El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 17 de julio de 2018

Proceso:     Acción de Tutela

Radicación Nro. : 66001-31-03-002-2018-00523-01

Accionante: GLORIA ISABEL HERNÁNDEZ PALOMINO

Accionado: COLPÈNSIONES

Magistrado Ponente: EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: MÍNIMO VITAL / SEGURIDAD SOCIAL / SOLICITUD RECONOCIMIENTO PENSIONAL / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL / PENSIÓN DE INVALIDEZ-Requisitos / CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA / APLICACIÓN ACUERDO 049 / AFILIACIÓN POSTERIOR A VIGENCIA DE LEY 100 / NO CUMPLE REQUISITOS / CONFIRMA / NIEGA**

Ahora, respecto a la residualidad existen al menos dos excepciones a esa regla general : (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional, y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y/o se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86 CP).

(…)

De acuerdo con esta jurisprudencia constitucional, puede sostenerse que para que proceda el reconocimiento, reajuste o pago de prestaciones pensionales en sede de tutela, el juez constitucional debe tener en cuenta que *“(i) de su protección dependa la eficacia de derechos fundamentales de aplicación inmediata como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital (criterio de conexidad). (ii) se trate de sujetos de especial protección constitucional (iii) cuando existiendo otro medio de defensa el mismo no resulte idóneo, ni eficaz para garantizar la protección de los derechos fundamentales del peticionario, evento en el que la tutela procede como mecanismo principal y definitivo de defensa, ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y cierta por otra vía y (iv) cuando se promueva como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”*.

(…)

Al valorar las condiciones personales de la accionante para determinar si procede el reconocimiento y pago de la prestación pensional en sede de tutela, encuentra esta Sala que en el asunto objeto de estudio, el amparo constitucional se erige como el mecanismo idóneo para reclamar el reconocimiento pensional, ya que la Junta de Calificación de Invalidez de Risaralda, calificó a la actora con un 61.68% de pérdida de capacidad laboral , además carece de recursos para subsistir, como lo dijo en el escrito por medio del cual se promovió la acción, hecho que no fue desvirtuado por la parte demandada, por lo que puede afirmarse que se está frente a una persona digna de especial protección constitucional y por ende, el asunto planteado se torna de naturaleza constitucional.

(…)

Y de querer analizar la situación, bajo el principio de la condición más beneficiosa, esto es, de cara al precedente normativo de la disposición citada, estos es, el decreto 758 de 1990, aprobatorio del acuerdo número 049 de ese mismo año, que exigía “b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez”, de entrada conduce al fracaso pues, como ya se dijo, la accionante empezó a cotizar a partir del 1º de noviembre de 1996 (fls. 50-56 Ib.).

8. Del análisis de la historia laboral se desprende que la accionante no logra acreditar la densidad de semanas que exigen las citadas normativas, ni siquiera bajo el principio de la condición más beneficiosa.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, diecisiete (17) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Acta Nº 259 del 17-07-2018

Referencia: 66001-31-03-002-**2018-00523**-01

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por la señora GLORIA ISABEL HERNÁNDEZ PALOMINO, por intermedio de apoderado judicial, contra la sentencia proferida el día 6 de junio de 2018, mediante la cual el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira resolvió la acción de tutela que promovió la opugnante contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

**II. ANTECEDENTES**

1. La accionante promovió el amparo constitucional por considerar que COLPENSIONES vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, dignidad humana, igualdad y mínimo vital.

2. En síntesis, señaló como sustento de su reclamo lo siguiente:

2.1. La señora GLORIA ISABEL HERNÁNDEZ PALOMINO, desde hace algún tiempo viene padeciendo severos problemas de salud consistentes en “AMPUTACIÓN TRAUMÁTICA DE AMBAS PIERNAS, BURSITIS DEL HOMBRO, DIABETES MELLITUS NO INSULINODEPENDIENTE, GASTRITIS CRÓNICA, GLAUCOMA PRIMARIO DE ÁNGULO ABIERTO, HIPERTENSIÓN ESENCIAL Y OTROS ESTADOS POSQUIRÚRGICOS ESPECIFICADOS”.

2.2. El 21 de junio de 2017, fue calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, entidad que le otorgó una pérdida de capacidad laboral del 61,68%, de origen común y fecha de estructuración el 10 de diciembre de 1994.

2.3. Solicitó el reconocimiento de su pensión de invalidez a COLPENSIONES, entidad que por medio de la resolución No. SUB 291609 del 18 de diciembre de 2017, le negó su solicitud al considerar que no reunía los requisitos exigidos por el acuerdo 049 de 1990 (norma vigente para la fecha de estructuración).

2.4. Ante la negativa de la pensión, la accionante presentó recurso de apelación contra la resolución antes referida, solicitando que para su caso en particular se diera aplicación a la línea jurisprudencial decantada por la honorable Corte Constitucional, y se considerara como fecha de estructuración la de su dictamen, es decir, 21 de junio de 2017.

2.5. Mediante resolución DIR 5500 del 14 de marzo de 2018, COLPENSIONES confirmó que no accedía al reconocimiento de la pensión de invalidez.

2.6. La situación de la accionante es lamentable, ya que además de encontrarse invalida, no goza de salario o bienes de riqueza que le permitan obtener el ingreso necesario para sufragar los gastos que satisfagan las necesidades básicas del diario vivir, principalmente las de alimentación, salud, servicios públicos y vestido; en consecuencia, ha tenido que acudir en estos últimos meses a la caridad de amigos y familiares para tratar de cubrir en parte algunas de estas.

2.7. Considera que la solicitud de pensión de invalidez debe ser resuelta teniendo en cuenta como fecha de estructuración la de su calificación, es decir, 21 de junio de 2017, y de ser así, se le exigiría contar con 50 semanas en los tres años anteriores a la citada fecha, periodo en el cual acredita 82.66 semanas cotizadas.

3. Pide, conforme a lo relatado, la tutela de los derechos invocados y se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES reconocer la pensión de invalidez a la señora GLORIA ISABEL HERNÁNDEZ PALOMINO, tomando como fecha de estructuración la de su calificación, es decir, 21 de junio de 2017.

4. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, que impartió el trámite legal (fl. 60 Cd. Ppal.). Fueron notificados la Directora de Prestaciones Económicas y el Subdirector de Determinación de Derechos de la entidad accionada. (fls. 61-63 Ib.).

4.1. Se pronunció el Director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial de Colpensiones, quien indicó que la acción de tutela era improcedente por existir otros recursos o medios de defensa judicial respecto del trámite de la accionante. Informa que mediante la resolución SUB 291609 del 18 de diciembre de 2017, negó el reconocimiento de la pensión de vejez, frente a la cual se interpuso recurso de apelación y con la resolución DIR 291609 (sic) del 14 de marzo de 2018, se resolvió dicho recurso y confirmó en todas y cada una de sus partes la primera de las referidas.

Resalta que si la accionante está en desacuerdo con lo resuelto, debe agotar los procedimientos judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su solicitud vía acción de tutela, ya que esta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial, por su naturaleza excepcional y subsidiaria. Solicita se desestime la acción de tutela contra COLPENSIONES y por lo tanto se declare la improcedencia de la misma. (fls. 67-70 Ib.).

**III. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

La profirió el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, que no concedió el amparo constitucional reclamado, al considerar que la situación de la actora no encaja en los supuestos señalados por la Corte Constitucional en los pronunciamientos referidos en la demanda de tutela, ya que estos se refieren a enfermedades crónicas y degenerativas, en las cuales debe tenerse como fecha de estructuración la de la última cotización al sistema. En este caso en particular, la invalidez se produjo en un solo acto (amputación de extremidades inferiores, producto de accidente de tránsito) y no derivado de una enfermedad degenerativa. La fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral se dio el 12 de diciembre de 1994, fecha para la cual la actora no contaba con 150 semanas cotizadas dentro del los 6 años anteriores a la fecha de su estado de invalidez, o las 300 semanas en cualquier tiempo anterior a la misma; tampoco las satisface, ni siquiera analizándolas a la luz de los regímenes anteriores al que estaba vigente para esa época, de manera que las decisiones de la accionada no quebrantan el orden constitucional. (fls. 82-86 Ib.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

El fallo fue impugnado por la parte actora, exponiendo que dicha decisión resulta errónea porque la accionante no solamente tiene la amputación de sus miembros inferiores, sino que también tiene diagnosticadas enfermedades como “BURSITIS DEL HOMBRO, DIABETES MELLITUS NO INSULINODEPENDIENTE, GASTRITIS CRÓNICA, GLAUCOMA PRIMARIO DE ÁNGULO ABIERTO, HIPERTENSIÓN ESENCIAL Y OTROS ESTADOS POSQUIRÚRGICOS ESPECIFICADOS”, las cuales son de carácter crónico y otras como la diabetes de orden degenerativo, pues la misma afecta directamente diferentes órganos del cuerpo; además, teniendo en cuenta las recientes sentencias emitidas por la Corte Constitucional respecto al cambio de fecha de estructuración para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, fallos en los cuales ha sido progresiva y proteccionista en situaciones como la de la accionante. Solicita se revoque el fallo de primera sede, se tutelen los derechos fundamentales invocados y se ordene a la entidad accionada reconocer la pensión de invalidez, tomando para ello como fecha de estructuración la de su calificación (fls. 90-91 Ib.).

**V. CONSIDERACIONES**

1. Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió el fallo atacado.

2. De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, la decisión adoptada en primera instancia y la impugnación, corresponde a la Sala resolver si COLPENSIONES vulneró los derechos invocados por la accionante, al negar la pensión de invalidez solicitada por ausencia del cumplimiento de los requisitos para ello y no aplicar al caso concreto como fecha de estructuración la de su calificación.

3. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de la autoridades públicas, o particulares según se trate, siempre que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

4. Este mecanismo de protección es de carácter residual y subsidiario porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ese entendido, nuestra Corte Constitucional estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

4.1. En lo tocante a la inmediatez, se halla cumplido, dado que la acción se interpone dentro de los seis (6) meses siguientes, después de notificada la resolución que negó la pensión reclamada, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional que nos enseña: “(…) *en los casos en que se discuten derechos pensionales, (…) la inmediatez no puede ser entendida como un requisito de procedibilidad severo, ya que la vulneración de ese derecho subsiste en el tiempo por ser un derecho irrenunciable que no prescribe, por lo que es irrelevante el tiempo transcurrido entre la actuación que vulnera el derecho y el momento en el que se interpone la acción*”.

4.2. Ahora, respecto a la residualidad existen al menos dos excepciones a esa regla general : (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional, y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y/o se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86 CP).

5. En tal sentido, sobre la afectación del mínimo vital como perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional da cuenta que la naturaleza de la acción de tutela, impide reclamaciones relacionadas con el reconocimiento de pensiones, puesto que la competencia prevalente para ese tipo de conflictos de la jurisdicción ordinaria laboral o contencioso administrativo. Sin embargo, de manera excepcional, ha señalado, que en algunos casos muy específicos cuando se reclama pensión de vejez, sobrevivientes o invalidez, se ha verificado que se reúnen unas condiciones especiales que hacen viable esa tutela de los derechos fundamentales.

Ha precisado que, aunque en principio la existencia de otros medios de defensa judicial hace improcedente la acción de tutela, la sola presencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada. En realidad, para poder determinar cuál es el medio adecuado de protección, se hace imprescindible que el juez constitucional entre a verificar si, cumplidos ciertos condicionamientos, las acciones disponibles protegen eficazmente los derechos de quien interpone la acción o si, por el contrario, los mecanismos ordinarios carecen de tales características, evento en el cual el juez puede otorgar el amparo.

De acuerdo con esta jurisprudencia constitucional, puede sostenerse que para que proceda el reconocimiento, reajuste o pago de prestaciones pensionales en sede de tutela, el juez constitucional debe tener en cuenta que “*(i) de su protección dependa la eficacia de derechos fundamentales de aplicación inmediata como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital (criterio de conexidad).[[1]](#footnote-1) (ii) se trate de sujetos de especial protección constitucional (iii) cuando existiendo otro medio de defensa el mismo no resulte idóneo, ni eficaz para garantizar la protección de los derechos fundamentales del peticionario, evento en el que la tutela procede como mecanismo principal y definitivo de defensa, ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y cierta por otra vía y (iv) cuando se promueva como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. [[2]](#footnote-2)”.*

**VI. EL CASO CONCRETO**

1. Se recuerda que, en el presente caso, la señora GLORIA ISABEL HERNÁNDEZ PALOMINO, interpuso acción de tutela tras considerar que la entidad accionada, vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, dignidad humana, igualdad y mínimo vital, al negar mediante las resoluciones SUB 291609 del 18 de diciembre de 2017 y DIR 5500 del 14 de marzo de 2018[[3]](#footnote-3), el reconocimiento de su pensión de invalidez, bajo el argumento de no haber cotizado ninguna en el periodo comprendido entre el 10 de diciembre de 1993 y el 10 de diciembre de 1994, fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, tampoco reúne 150 semanas cotizadas dentro de los 6 años anteriores al estado de invalidez, o las 300 semanas en cualquier época anteriores a dicha fecha, razón por la cual no es posible aplicar la condición más beneficiosa, ni es posible estudiar la prestación teniendo en cuenta la fecha de emisión del dictamen, es decir, la fecha de calificación del 21 de junio de 2017, ya que la enfermedad que padece la solicitante no es una degenerativa.

2. La accionante afirma cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en el régimen de prima media a cargo de COLPENSIONES, si se tiene en cuenta como fecha de estructuración la de su calificación, es decir, 21 de junio de 2017, y contar con 50 semanas en los tres años anteriores a la citada fecha, periodo en el cual acredita 82.66 semanas cotizadas.

3. En su conocimiento, la Sala debe establecer si la acción de tutela es procedente para ordenar a COLPENSIONES el reconocimiento de una pensión de invalidez, aun cuando ya ha sido negada por la misma entidad, al estimar que no se cumplen los requisitos para ello.

4. Al valorar las condiciones personales de la accionante para determinar si procede el reconocimiento y pago de la prestación pensional en sede de tutela, encuentra esta Sala que en el asunto objeto de estudio, el amparo constitucional se erige como el mecanismo idóneo para reclamar el reconocimiento pensional, ya que la Junta de Calificación de Invalidez de Risaralda, calificó a la actora con un 61.68% de pérdida de capacidad laboral[[4]](#footnote-4), además carece de recursos para subsistir, como lo dijo en el escrito por medio del cual se promovió la acción, hecho que no fue desvirtuado por la parte demandada, por lo que puede afirmarse que se está frente a una persona digna de especial protección constitucional y por ende, el asunto planteado se torna de naturaleza constitucional.

5. Verificada la concurrencia de los requisitos generales de procedibilidad de la tutela para reclamar prestaciones sociales económicas, analizará la Sala si en el asunto propuesto se cumplen o no los requisitos fijados para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

6. En primer término habrá de indicarse que la norma aplicable para el reconocimiento de dicha prestación es la que se encuentre vigente en la fecha de estructuración de la invalidez, que para el caso de la señora GLORIA ISABEL HERNÁNDEZ PALOMINO, es decir, para el 10 de diciembre de 1994[[5]](#footnote-5), es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, el cual prescribía “*a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de producirse el estado de invalidez. b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.*”, requisito que se adujo no cumple y en realidad así ocurre, ya que la accionante inició sus aportes el 1º de noviembre de 1996[[6]](#footnote-6).

7. Y de querer analizar la situación, bajo el principio de la condición más beneficiosa, esto es, de cara al precedente normativo de la disposición citada, estos es, el decreto 758 de 1990, aprobatorio del acuerdo número 049 de ese mismo año, que exigía “*b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez*”, de entrada conduce al fracaso pues, como ya se dijo, la accionante empezó a cotizar a partir del 1º de noviembre de 1996 (fls. 50-56 Ib.).

8. Del análisis de la historia laboral se desprende que la accionante no logra acreditar la densidad de semanas que exigen las citadas normativas, ni siquiera bajo el principio de la condición más beneficiosa.

Para ser más claros, la actora no se encontraba cotizando al sistema al momento de estructuración de su invalidez, 10 de diciembre de 1994, ya que la señora GLORIA ISABEL HERNÁNDEZ PALOMINO inició sus aportes al sistema el 1º de noviembre de 1996, casi dos años después.

9. De otro lado la tesis del mandatario judicial de la accionante de que se tenga en cuenta como fecha de estructuración la de la calificación de pérdida de la capacidad laboral, es decir, el 21 de junio de 2017, que sustenta en abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional, en situaciones que dice son como las de su representada, no son coincidentes, ya que revisadas en su conjunto, se observa que olvida el vocero judicial, que allí los asuntos analizados se enmarcaron en “personas cuya pérdida de capacidad laboral correspondía a una enfermedad crónica, degenerativa o congénita”, que no es el caso que nos ocupa, puesto que los padecimientos de salud que presenta la señora GLORIA ISABEL HERNÁNDEZ PALOMINO no fueron catalogados como tal, mucho menos el que determinó la sustentación de la fecha de estructuración, como se puede observar en el concepto final del dictamen pericial (fl. 25 ib.).

7. Así las cosas, la Sala confirmará la decisión de primer grado.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero:** CONFIRMAR la sentencia proferida el día 6 de junio de 2018, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, dentro de la presente acción de tutela, por lo indicado en la parte motiva.

**Segundo:** Notifíquese esta decisión a los interesados por el medio más expedito posible (Art. 5o., Dto. 306 de 1992).

**Tercero:** Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. La Corte en la Sentencia T-1046 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Treviño) estudió la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar la indemnización sustitutiva y resolvió tutelar el derecho a la seguridad social en conexidad con el mínimo vital y la vida digna de persona de la tercera edad que en razón de la imposibilidad de seguir cotizando para pensión decidió reclamar la indemnización sustitutiva de vejez y la entidad se la niega dejando sin efecto una resolución que se la concedía. La Corte ordenó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consultar en este punto la Sentencia T-789 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). En esta se concedió como mecanismo transitorio, el amparo a la seguridad social y al mínimo vital de la actora, que era compañera permanente del cotizante fallecido. Para ello la Corte reiteró los elementos del perjuicio irremediable en los siguientes términos: “(…) un perjuicio tendrá carácter irremediable cuando quiera que, en el contexto de la situación específica del peticionario, llene las siguientes características: (i) ser cierto e inminente, es decir, que su existencia actual o potencial se infiera objetivamente a partir de una evaluación razonable de hechos reales, y no de meras conjeturas o deducciones especulativas; (ii) ser grave, en la medida en que amenace con lesionar –o lesione- un bien o interés jurídico de alta importancia para el afectado; y (iii) requerir la atención urgente de las autoridades, en la medida en que su prevención o mitigación resulte indispensable e inaplazable para evitar la generación de un daño antijurídico que posteriormente no podrá ser reparado. Salta a la luz que la peticionaria en el caso bajo revisión se encuentra, efectivamente, en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable con motivo de los hechos que dieron lugar a la interposición de la acción de tutela, puesto que del reconocimiento de la sustitución pensional a la cual alega tener derecho depende la satisfacción de su mínimo vital.” [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 30-34; 45-49 y 72-81 Cd. Ppal. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 20-25 Cd. Ppal. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 20-25 Cd. Ppal. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 50-56 Cd. Ppal. [↑](#footnote-ref-6)