El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la secretaría de esta Corporación.

**Providencia:** Sentencia del 5 de julio de 2018

**Radicación No.:**  66001-31-05-001-2018-00071-03

**Proceso:** Acción de tutela

**Accionante:** Luis Ángel Zuleta Largo

**Accionado:** Colpensiones

 Consorcio Colombia Mayor

**Juzgado de origen:** Primero Laboral del Circuito de Pereira

**Tema: SEGURIDAD SOCIAL / RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE INVALIDEZ / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA / PERSONAS CON ENFERMEDADES CONGÉNITAS, CRÓNICAS Y/O DEGENERATIVAS / REGLAS JURISPRUDENCIALES / NO COTIZÓ EN VIGENCIA DEL ACUERDO 049 / NO APLICA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA / PROCEDE NUEVA AFILIACIÓN AL PROGRAMA COLOMBIA MAYOR / CONFIRMA**

Cabe entonces resaltar que en la acción en cuestión, el actor es una persona de 60 años de edad, quien padece distrofia muscular, enfermedad de tipo progresiva - degenerativa, siendo así un sujeto de especial protección constitucional por la situación de indefensión y vulnerabilidad que presenta actualmente.

En casos como el traído a colación la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha declarado que, perseguir el amparo a la seguridad social por medio de la acción de tutela resulta una medida procedente para hacer efectivo el goce de los derechos constitucionales reclamados, aún más cuando el accionante agotó las actuaciones correspondientes dentro de la actividad administrativa.

(…)

Frente al reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada en la demanda, una vez revisada la historia laboral del señor Luis Ángel Zuleta Largo, la Sala encuentra que tal como lo indicó Colpensiones, no es acreedor de la pensión de invalidez, pues conforme a su fecha de estructuración, es decir el 5 de diciembre de 1996 (fl.28), le es aplicable el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su texto original, el cual exige un monto de 26 semanas cotizadas al momento de producirse el estado de invalidez o 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez para quienes hayan dejado de cotizar, semanas que no acredita, pues este comenzó a cotizar el 27 de junio de 1998, cerca de dos años después de la fecha de estructuración.

(…)

Frente a lo anterior, comprueba la Sala que la aplicación del referido Acuerdo se dio con base en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en un caso como el actual, no se restringe exclusivamente a ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a toda norma anterior con la cual el afiliado haya contraído una expectativa legitima, condición que no se cumple en el presente asunto pues ninguna de las cotizaciones efectuadas por el señor Zuleta Largo se dieron dentro de la vigencia del Acuerdo 049 de 1990, pues este comenzó a cotizar en 1998, fecha para la cual ya estaba vigente la Ley 100 de 1993.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_**

**(Julio 5 de 2018)**

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el día 7 de mayo de 2018 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por **Luis Ángel Zuleta Largo** en contra de **Colpensiones** ydonde se vinculó al **Consorcio Colombia Mayor**, por medio de la cual solicitó que se amparara sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna en conexidad con la salud, dignidad humana, mínimo vital, derecho a la igualdad los derechos a las personas en estado de discapacidad en conexidad con la vida, a las personas en estado de debilidad manifiesta y el derecho de protección a las personas de la tercera edad.

#### La demanda

 El aludido accionante solicita que se tutelen los derechos constitucionales a la seguridad social, vida digna en conexidad con la salud, dignidad humana, mínimo vital, derecho a la igualdad los derechos a las personas en estado de discapacidad en conexidad con la vida, a las personas en estado de debilidad manifiesta y el derecho de protección a las personas de la tercera edad; y se ordene a **La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** reconocer y pagar al accionante la pensión de invalidez desde el 31 de julio de 2014, más el retroactivo pensional hasta que se haga efectivo el pago.

Para fundar dichas pretensiones manifestó que, nació el 19 de octubre de 1957 y actualmente cuenta con 60 años de edad, encontrándose afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Refiere que acredita cotizaciones realizadas desde el 1 de junio de 1998 hasta el 31 de julio de 2014, un total de 641,29 semanas, cotizadas mediante el programa Subsidio al Aporte en Pensión del Fondo de Solidaridad Pensional, perteneciendo al Grupo Poblacional – Independiente Urbano 3 –desde el 01 de junio de 1998 hasta el 31 de junio de 2014.

Agrega que, prestó servicio como soldado en el Ejército Nacional de Colombia en un periodo comprendido entre el 16 de agosto de 1979 hasta el 30 de enero de 1981, acreditando un total de 75.59 semanas cotizadas que se encuentran a cargo de la entidad que certifica, según formatos del CLEBP 1,2 y 3B expedidos por el Ministerio de Defensa Nacional, teniendo así un total de 716.88 semanas, entre tiempos públicos y privados.

Afirma que, mediante dictamen de pérdida de capacidad laboral del 24 de febrero de 2015 se le otorgó una pérdida de capacidad laboral del 75.9% por la patología denominada*“G710- Distrofia muscular progresiva”,* con fecha de estructuración del 05 de diciembre de 1996. Ante este dictamen se presentó recurso de apelación, siendo este confirmado en su totalidad por la junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca.

 Refiere que, una vez en firme el dictamen de pérdida de capacidad laboral Nº. 16760415, el señor Zuleta Largo solicitó el 09 de agosto de 2017 el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ante La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la cual negó el reconocimiento pensional mediante resolución SUB 238998 del 26 de octubre de 2017, arguyendo que el asegurado comenzó a cotizar el día 01 de junio de 1998, fecha para la cual, ya había tenido ocurrencia el siniestro que generaría el pago de la prestación.

 Indica que frente a la referida resolución, presentó recurso de apelación mediante apoderado judicial el día 06 de diciembre de 2017, solicitando revocar en su totalidad la resolución en mención y que en su lugar se le reconociera la pensión de invalidez con su correspondiente retroactivo, frente a lo cual Colpensiones mediante resolución DIR 23095 del 18 de diciembre de 2017, confirmó en su totalidad la resolución apelada, argumentando que se realizaría un nuevo estudio teniendo en cuenta el Principio de Favorabilidad, y dando aplicación al precedente judicial de la Corte Constitucional, concepto del 26 de diciembre de 2014 (BZ 2014-10721634), mediante el cual se establecen los parámetros respecto de las solicitudes de pensión de invalidez tratándose de afiliados que padecen enfermedades congénitas, catastróficas y/o degenerativas, el cual señala que el parámetro de referencia para la validación de requisitos legales y contabilización de semanas NO será la fecha de estructuración de invalidez, sino la correspondiente a la fecha en que emite el dictamen de calificación que declara la pérdida de capacidad laboral.

 Con base en lo anterior, la entidad accionada manifestó en resolución DIR 23095 del 18 de diciembre de 2017 que el afiliado no cuenta con 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de emisión del dictamen de pérdida de capacidad laboral, ya que acredita 30 semanas dentro de este lapso, por lo cual no es procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez.

 Señala el señor Zuleta Largo que, no ha recibido la devolución de sus aportes en pensión bajo figura alguna.

 Menciona que por la Distrofia Muscular que padece, se encuentra imposibilitado para ejercer algún tipo de actividad laboral, arte o algún oficio que le genere ingreso suficiente para solventar sus necesidades económicas, viéndose obligado a vivir solo, en una pieza en arrendamiento que paga con ayuda de sus vecinos.

 Argumenta ser la tutela el medio más idóneo para la protección de sus derechos, puesto que, se busca evitar un perjuicio irremediable, no encontrando posible acudir al reconocimiento de su mesada pensional por vía ordinara, puesto que no lo considera favorable ya que la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que en la aplicación de la condición más beneficiosa solo se acude al régimen inmediatamente anterior al que le es aplicable al caso concreto, y así mismo la condición más beneficiosa solo aplica para perdidas de capacidad laboral estructuradas entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2006[[1]](#footnote-1), razón por la cual someter su caso a la jurisdicción ordinaria seria infructuoso.

Por todo lo anterior considera que, Colpensiones incurre en un yerro al negar su pensión de invalidez, pues está desconociendo su capacidad laboral reducida, la cual ha definido la Corte Constitucional como la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas.

#### Contestación de la demanda

 La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, a través del Director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial, contestó la presente, indicando que el afiliado no cuenta con las semanas establecidas para acceder a su reconocimiento pensional, ni siquiera dando aplicación al principio de favorabilidad. Igualmente, señaló que no es competencia del Juez Constitucional realizar un análisis de fondo frente al reconocimiento de una pensión de invalidez, pues ello es de conocimiento de un juez ordinario, por lo tanto solicitó que se declare improcedente la acción.

En vista de que esta corporación declaró la nulidad de lo actuado desde el auto admisorio de la acción constitucional adiado el pasado 9 de febrero, a efectos de que se vinculara al Consorcio Colombia Mayor para que informara las razones por las cuales inicialmente el señor Luis Ángel Zuleta largo se encontraba afiliado al Grupo Poblacional Discapacitado, grupo en el cual se le otorga un subsidio del 95% con un total de 800 semanas subsidiadas, y posteriormente luego de la mora y retorno del actor, Colombia Mayor decidió afiliarlo en el Grupo Poblacional Independiente Urbano 3, grupo al cual solo se le otorgan 500 semanas subsidiadas (fl.111); la Jueza de primera instancia por medio de auto del 24 de abril de 2018 ordenó surtir la notificación del auto admisorio de la acción a dicha entidad para que ejerciera su derecho de defensa (fl.115).

Frente a lo anterior, el Consorcio Colombia Mayor indicó que el señor Zuleta Largo fue afiliado en un Grupo Poblacional diferente al de discapacitados ya que con base en el principio de voluntariedad que rige las afiliaciones al programa, a los beneficiarios se les entrega un formulario de solicitud en el que diligencias sus datos y marcan el grupo al que desean ingresar, razón por la cual el señor Luis Ángel ingresó en el grupo Trabajador Independiente Urbano 3, pues en su formulario manifestó su deseo de ser inscrito en ese grupo, y una vez verificado que cumpliera con los requisitos para pertenecer a dicho grupo poblacional, se encontró que en efecto el referido señor podía ser beneficiario del programa, por lo que se procedió a su afiliación en esas condiciones. Igualmente solicitó que se vinculara al Ministerio del Trabajo puesto que la entidad es una cuenta especial de la nación, sin personería jurídica, adscrita a dicho Ministerio.

#### Providencia impugnada

La Jueza de primer grado negó las pretensiones en contra de Colpensiones, pero tuteló los derechos constitucionales del señor Luis Ángel Zuleta Largo, en el entendido de que ordenó al Consorcio Colombia Mayor validar nuevamente la afiliación del actor al Programa del Subsidio al Aporte en Pensiones en el Grupo Poblacional “Discapacitados (afiliados desde 1997 hasta 2007)”, a fin de que pueda seguir realizando cotizaciones al sistema general de pensiones, hasta completar las 800 semanas que le otorga el sistema.

Para llegar a tal conclusión la A-quo argumentó, en síntesis que, la sentencia T – 057 de 2017, que se refiere a la procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de prestaciones sociales, indica que la misma es procedente cuando se verifican unos supuestos, entre ellos que la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración publica o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio publico, supuesto que en este caso no se cumple respecto de Colpensiones porque encontró el despacho que el estudio pensional que esta entidad realizó fue conforme a derecho.

Sin embargo, se advierte que no puede olvidarse que la Sala Laboral del Tribunal Superior de este Distrito declaró la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la acción, a efectos de que se requiriera al Consorcio Colombia Mayor para que informara las razones por las cuales modificó el Grupo Poblacional en que se encontraba afiliado inicialmente el actor para el programa de subsidio pensional. De lo anterior se desprende que las cotizaciones a través del Sistema Subsidiado no surtieron a cabalidad la densidad que ofrece la ley, pues de 800 a las que podría acceder el actor en el grupo poblacional que le asiste por su condición, solo le permitieron acreditar 647,14 al cambiarlo al Grupo Poblacional como trabajador independiente, esto aduciendo que en aplicación al principio de voluntariedad, al beneficiario se le entregó un formulario en el cual manifestó su deseo de ser inscrito en el grupo “trabajador independiente urbano 3”, de lo cual Colombia Mayor procedió a verificar el cumplimiento de los requisitos para dicho grupo y posteriormente procedió a su afiliación en el mismo.

De lo anterior indicó el despacho que al actor no se le brindaron las garantías para acceder al grupo poblacional que conforme a su condición le fuere más beneficioso, por tanto encontró procedente la acción y en tal virtud consideró que si el actor aun perteneciere al Grupo Poblacional Discapacitado, se le subsidiaria un 95% y hasta un total de 800 semanas, con lo cual podría alcanzar las 50 semanas, dentro de los 3 años anteriores a la ultima cotización, que requiere para acceder a la pensión de invalidez conforme a las directrices impartidas por la Corte Constitucional teniendo en cuenta las condiciones del actor.

#### Impugnación

El Consorcio Colombia Mayor impugnó la decisión arguyendo que, lo ordenado carece de lógica pues no es posible validar la afiliación del accionante al Grupo Poblacional “Discapacitado (afiliados desde 1997 hasta 20070901), puesto que para ese grupo las afiliaciones debían realizarse entre 1997 y el 2007, y la segunda afiliación del accionante corresponde al 01 de abril de 2014, es decir, por el ámbito temporal de la afiliación no es posible validar lo ordenado. Seguidamente señaló que al dar contestación a la acción de tutela, se puso de presente al juez la necesidad de vincular al Ministerio del Trabajo por ser el ordenador del gasto del Fondo de Solidaridad Pensional, de modo que cualquier movimiento de dinero que deba realizar el fondo debe estar aprobado por el Ministerio, solicitud que el fallador ni siquiera estudió, pues se limitó a estudiar lo indicado en el caso concreto.

Igualmente, el accionante impugnó la decisión argumentando que tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de invalidez bajo los postulados de la sentencia T – 068 de 2017, en la cual se le reconoce una pensión de invalidez a una persona que acreditó su estado de invalidez superior al 50% y 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo anteriores a la fecha de estructuración, con base en los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, condiciones que indica le son aplicables.

#### Consideraciones

* 1. **Problema jurídico por resolver**

Determinar i) si es procedente en el caso bajo estudio el uso de la acción de tutela, y en caso afirmativo ii) si el señor Luis Ángel Zuleta Largo cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez conforme a su caso particular, de no ser así, iii) si hay necesidad de vincular al Ministerio del Trabajo, iv) si debe el Consorcio Colombia Mayor afiliar nuevamente al referido señor al programa de subsidio pensional, hasta tanto cumpla con las 800 semanas subsidiadas para el grupo poblacional al cual se encontraba afiliado en un principio.

* 1. **Procedencia excepcional de las tutelas que persiguen el reconocimiento y pago de pensiones**

En relación con, el mecanismo que tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados, la Corte Constitucional en temas de reconocimiento y pago de pensiones, se ha referido a ello en sentencia T-079 de 2016:

“*La Corte, en efecto, ha insistido en que los debates relativos al reconocimiento, liquidación o pago de prestaciones sociales deben someterse a consideración de los jueces de la jurisdicción ordinaria laboral o de la jurisdicción contencioso administrativa, según corresponda, de conformidad con las competencias que el legislador les atribuyó a estos funcionarios en esa materia. Tal regla, sin embargo, opera como una fórmula general de procedibilidad que puede replantearse en circunstancias excepcionales, en particular, ante la necesidad de salvaguardar bienes iusfundamentales cuya protección resulta impostergable. Cuando los medios ordinarios de defensa no resultan idóneos ni efectivos para alcanzar ese propósito, la intervención del juez constitucional se justifica, más allá de la disputa legal intrínseca al asunto objeto de examen, en aras de la salvaguarda oportuna de los derechos fundamentales del accionante.*

 Las controversias relativas al reconocimiento de derechos pensionales pueden abordarse en sede constitucional, desde esa perspectiva, cuando el agotamiento de los medios ordinarios de defensa supone una carga procesal excesiva para el peticionario. Esto puede ocurrir cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional o cuando, por cualquier otra razón, el trámite de un proceso ordinario lo expone a un perjuicio irremediable. Cada una de esas circunstancias da lugar a dos situaciones distintas de procedibilidad de la acción de tutela: aquella en la que la acción constitucional se interpone como mecanismo principal de defensa o aquella en la que se ejercita como medio judicial transitorio, para evitar la consumación del perjuicio al que acaba de aludirse.

 Para que la acción de tutela proceda como mecanismo principal y definitivo, el demandante debe acreditar que no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o que, teniéndolos, estos no resultan idóneos ni eficaces para lograr la protección de los derechos presuntamente conculcados. El ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio implica, a su turno, que los medios de protección judicial ordinarios, aun siendo idóneos y eficaces, puedan ser desplazados por la tutela ante la necesidad de evitar la consumación de un perjuicio irremediable. En esos eventos, la protección constitucional opera provisionalmente, hasta que la controversia sea resuelta por la jurisdicción competente, de forma definitiva.

El examen de procedibilidad formal de las tutelas instauradas para obtener el reconocimiento o el pago de derechos pensionales resulta así, inevitablemente vinculado al análisis de la aptitud que los instrumentos judiciales ordinarios tengan para el efecto en cada caso concreto. La decisión sobre la viabilidad de resolver en esta sede acerca del reconocimiento de un derecho pensional debe considerar, por eso, el panorama fáctico y jurídico que sustenta la solicitud de amparo.”

**5.3 Requisitos para acceder a la pensión de invalidez**

Los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, esto es, sin la modificación de la Ley 860 de 2003, consignan el concepto de estado de invalidez y los requisitos para acceder a la citada prestación de la siguiente manera:

“ARTICULO. 38.-Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

*ARTICULO. 39.- Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan con alguno de los siguientes requisitos:*

*a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y*

*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.”*

 Asimismo, el artículo 1º de la ley 860 de 2003 modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y consagro los siguientes requisitos para acceder a la pensión de invalidez:

*“ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*

*1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*

*2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.”*

* 1. **Reglas especiales consignadas en la jurisprudencia respecto de la pensión de invalidez de personas con enfermedades congénitas, crónicas y/o degenerativas**

Respecto al tema, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación SU-588 de 2016, se pronunció en los siguientes términos:

*“Cuando la solicitud pensional proviene de personas a las que se les ha calificado una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y se les ha establecido como fecha de estructuración una que coincide con el momento del nacimiento, con uno cercano a éste, con la fecha del primer síntoma o con la del diagnóstico, la Administradora de Fondos de Pensiones no puede limitarse a hacer el conteo mecánico de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a ese momento. En realidad, tratándose de patologías congénitas, crónicas y/o degenerativas, debe hacerse un análisis especial caso a caso, en el que además de valorar el dictamen, deberán tenerse en cuenta otros factores tales como, las condiciones específicas del solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral.*

*Lo anterior, se fundamenta en el hecho de que en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado, ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida de manera cierta desarrollar una labor.”*

Más adelante se indicó en dicha providencia:

*“Debido a lo anterior, en estos casos, el común denominador es que las personas cuenten con un número importante de semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración que le fue fijada por la autoridad médico laboral. Es por eso que esta Corte ha establecido que, luego de determinar que la solicitud fue presentada por una persona con una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, a las Administradoras de Fondos de Pensiones, les corresponde verificar que los pagos realizados después de la estructuración de la invalidez, (i) hayan sido aportados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del interesado y (ii) que éstos no se realizaron con el único fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social.*

*Respecto de la capacidad laboral residual, esta Corte ha indicado que se trata de la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad. En consideración de este elemento, a la Administradora de Fondos de Pensiones le corresponde comprobar que el beneficiario trabajó y, producto de ello, aportó al Sistema durante el tiempo que su condición se lo permitió o que consideró prudente (en el caso de las enfermedades únicamente congénitas). De la misma manera, tendrá que corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las 50 semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de cotizaciones que resulten de una actividad laboral efectivamente ejercida. El análisis de lo anterior busca evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantiza la sostenibilidad fiscal del mismo, en tanto que, si una persona ha cotizado durante varios años de manera ininterrumpida o, en su defecto, lo ha hecho de forma interrumpida, pero durante periodos de tiempo importantes, es fácil deducir que los aportes se han hecho gracias a la capacidad laboral residual con la cual ha podido ejercer un oficio que le ha permitido garantizar para sí y para su familia un mínimo vital.*

*Una vez el fondo de pensiones verifica (i) que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y, (ii) que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificará el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir que la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración. Al respecto, esta Corte ha considerado que ni el juez constitucional, ni la Administradora de Fondos de Pensiones pueden alterar la fecha de estructuración que definieron las autoridades médicas competentes. Por lo tanto, para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo, las distintas Salas de Revisión han tenido en cuenta la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico o, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.”*

**5.5 Caso concreto**

Para comenzar, debe la Sala analizar si en el presente caso a la luz de la jurisprudencia constitucional, conforme a las circunstancias particulares del actor, es procedente el uso de la acción de tutela para la protección de los derechos aparentemente conculcados.

 Cabe entonces resaltar que en la acción en cuestión, el actor es una persona de 60 años de edad, quien padece distrofia muscular, enfermedad de tipo progresiva - degenerativa, siendo así un sujeto de especial protección constitucional por la situación de indefensión y vulnerabilidad que presenta actualmente.

 En casos como el traído a colación la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha declarado que, perseguir el amparo a la seguridad social por medio de la acción de tutela resulta una medida procedente para hacer efectivo el goce de los derechos constitucionales reclamados, aún más cuando el accionante agotó las actuaciones correspondientes dentro de la actividad administrativa.

 Una vez revisada la documentación allegada al proceso por el accionante, se encuentra que este efectivamente agotó las actuaciones administrativas como consta en la respuesta que el Consorcio Colombia Mayor dio al recurso de reposición que interpuso el señor Zuleta Largo contra la comunicación que le informó sobre el retiro del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión, e igualmente en el escrito de apelación que interpuso ante Colpensiones contra el Acto Administrativo que le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, visibles a folio 41 y 59 del expediente, respectivamente.

En ese orden de ideas, conforme a la eficacia de los medios de defensa y las condiciones del accionante[[2]](#footnote-2), observa la Sala que pese a que el señor Zuleta Largo cuenta con la jurisdicción ordinaria laboral para resolver la cuestión que originó la interposición de la presente tutela, también es cierto que debido a la condición de discapacidad que padece y a que sus ingresos no le son suficientes para sufragar sus gatos, viéndose obligado a vivir del apoyo económico de terceras personas, tal como lo indicó en el libelo introductorio de la acción, se hace entonces evidente que dicha jurisdicción no es una vía eficaz para conseguir el amparo de los derechos del actor pues someterlo a los plazos y cargas procesales que el procedimiento ordinario laboral requiere, sería desproporcionado observando su condición.

Por lo anterior, se considera que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para resolver el dilema jurídico planteado, en aras de evitar un perjuicio irremediable derivado de la grave afectación del derecho al mínimo vital, ya que la jurisdicción ordinaria no parece efectiva a la luz de las condiciones del actor.

Frente al reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada en la demanda, una vez revisada la historia laboral del señor Luis Ángel Zuleta Largo, la Sala encuentra que tal como lo indicó Colpensiones, no es acreedor de la pensión de invalidez, pues conforme a su fecha de estructuración, es decir el 5 de diciembre de 1996 (fl.28), le es aplicable el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su texto original, el cual exige un monto de 26 semanas cotizadas al momento de producirse el estado de invalidez o 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez para quienes hayan dejado de cotizar, semanas que no acredita, pues este comenzó a cotizar el 27 de junio de 1998, cerca de dos años después de la fecha de estructuración.

 A pesar de que Colpensiones, luego del escrito de impugnación que presentó el accionante, realizó un nuevo estudio pensional reconociendo algunas de las reglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional para el caso de quienes padecen enfermedades degenerativas, como lo es la distrofia muscular del actor, solo tomó como hito el momento de emisión del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, y no consideró otros elementos como la fecha de la ultima cotización[[3]](#footnote-3), para efectos de contabilizar las semanas que exige la ley para acceder a la pensión de invalidez, sin embargo, el señor Luis Ángel tampoco cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en esas condiciones, pues la fecha de su ultima cotización corresponde al 7 de julio de 2014, siendo en este caso aplicable la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 860 de 2003, la cual exige un monto de 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración y una vez revisada la historia laboral se encuentra que entre el 7 de julio de 2011 y el 7 de julio de 2014, solo acredita un total de 38.61 semanas cotizadas.

Ahora bien, el apoderado judicial del actor señala en su escrito de impugnación que en la sentencia T – 068 de 2017, se reconoce la pensión de invalidez a una persona que tiene unas condiciones similares a las del actor, con base en los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, que exige 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo anterior a la fecha de estructuración.

Frente a lo anterior, comprueba la Sala que la aplicación del referido Acuerdo se dio con base en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en un caso como el actual, no se restringe exclusivamente a ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a toda norma anterior con la cual el afiliado haya contraído una expectativa legitima, condición que no se cumple en el presente asunto pues ninguna de las cotizaciones efectuadas por el señor Zuleta Largo se dieron dentro de la vigencia del Acuerdo 049 de 1990, pues este comenzó a cotizar en 1998, fecha para la cual ya estaba vigente la Ley 100 de 1993.

En cuanto a la necesidad de vincular al Ministerio del Trabajo, que refiere el Consorcio Colombia Mayor en su escrito de apelación, no lo encuentra esta Sala necesario, pues si bien es cierto que el Ministerio es el ordenador del gasto del Fondo de Solidaridad Pensional, el tramite debe realizarse como si se tratase de una nueva afiliación, pues los pagos en el presente caso se ordenan a futuro y no de manera retroactiva.

Por otra parte, respecto a lo que tiene que ver con el Consorcio Colombia Mayor, no puede perderse de vista que el actor fue calificado con un 75.9% de invalidez, que según la Junta Regional de Calificación de Invalidez se estructuró el 5 de diciembre de 1996, dato que muy seguramente lo tuvo en cuenta el Consorcio cuando lo afilió en una primera oportunidad al “Programa de Subsidio al Aporte en Pensión Grupo Poblacional Discapacitados” el 1º de junio de 1998, grupo poblacional al cual estuvo afiliado hasta el 2 de mayo de 2013, fecha en la cual el Consorcio lo desafilió por haber incurrido en mora. Posteriormente el actor nuevamente se afilió en el mes de abril de 2014, pero curiosamente, padeciendo la misma invalidez, fue asignado al grupo de Independiente Urbano 3.

 Arguye el consorcio que ello se debió al principio de voluntariedad que rige las afiliaciones al programa en virtud del cual el beneficiario es quien llena el formulario que se le entrega, seleccionando el grupo al que desea ingresar, imputando al actor la responsabilidad del cambio del grupo poblacional. Sin embargo dicho argumento no es de recibo: i) porque el consorcio maneja dineros públicos y por lo tanto debe ser riguroso en la constatación del cumplimiento de los requisitos para tal o cual grupo poblacional. Es decir, el principio de voluntariedad no le da al beneficiario petente de corso para afiliarse a cualquier grupo poblacional, sino a aquel al cual corresponde según sus circunstancias particulares. Ello quiere decir que si el actor se afilió al grupo “Trabajador Independiente Urbano 3”, el consorcio tenía la obligación de verificar dicha información, esto es, que el demandante con una incapacidad del 75.9% de todas maneras se encontraba trabajando. En el plenario no existe dicha prueba. ii) El consorcio tenia en su base de datos la información del actor, especialmente de que padecía una altísima incapacidad, lo que lo llevó a afiliarse inicialmente en el grupo poblacional “Discapacitado (afiliados desde 1997 hasta 20070901)”, durante 15 años.

Por las razones anteriores y a sabiendas de que las personas en situación de discapacidad tiene protección constitucional y convencional, el error en la afiliación de actor a un grupo poblacional al cual no pertenece, se debe a la negligencia del Consorcio y por tanto la Sala avala la decisión de la jueza de instancia.

Respecto a la imposibilidad que manifiesta el Consorcio para dar al cumplimiento a la orden de re afiliación del actor al Programa del Subsidio al Aporte en Pensiones en grupo poblacional de Discapacitados (afiliados desde 1997 hasta 20070901), por cuanto dicho grupo poblacional le asiste a quienes se afiliaron entre 1997 y el 01 de septiembre de 2007, y la ultima afiliación del señor Zuleta Largo se realizó en abril de 2014, se hace necesario adecuar dicha orden a un grupo poblacional que corresponda a la nueva fecha de afiliación, lo que conforme al CONPES Nº 3605 de 2009, corresponde al grupo poblacional denominado como Trabajadores Discapacitados al cual puede accederse a cualquier edad, si se cuenta con 500 semanas cotizadas previas a la afiliación al programa, condiciones que cumple a cabalidad el actor; en este grupo poblacional le son subsidiadas 750, con un porcentaje de subsidio del 95%.

En virtud de lo anterior, se confirmara la sentencia de primera instancia, pero con la modificación antes dicha.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el 7 de mayo de 2018, en el entendido de que la validación de la afiliación del señor Luis Ángel Zuleta Largo al Programa del Subsidio al Aporte en Pensión se haga en el grupo poblacional “Trabajadores Discapacitados” hasta completar las 750 semanas que le otorga el sistema en este grupo poblacional, por las razones aquí expuestas.

**SEGUNDO:** Confirma en todo lo demás la sentencia objeto de impugnación.

**TERCERO:** Notifíquese la decisión por el medio más eficaz**.**

**CUARTO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase

La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPULVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

Secretario

1. Sentencia SL 2358 de 2017 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia SU588 de 2016 [↑](#footnote-ref-2)
3. *T-153 de 2016* [↑](#footnote-ref-3)