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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / PENSIÓN DE INVALIDEZ / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA FRENTE A PERSONAS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA.**

Uno de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, tiene que ver con la subsidiariedad. Concretamente, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, establece que ella es improcedente si se cuenta con otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; sin embargo ha sido aclarado por la jurisprudencia que en ciertos casos, particularmente cuando se trate de sujetos de especial protección, puede recurrirse directamente a la vía constitucional, en garantía de sus derechos fundamentales. También se ha hecho énfasis en que, por regla general, este amparo es improcedente para el reconocimiento de derechos de raigambre laboral, a menos que se den unas condiciones fijadas por Corte Constitucional…

Requisitos que, ciertamente, se hallan cumplidos en la presente acción, si se tiene en cuenta que el accionante se reporta como una persona de especial protección constitucional, dada su edad, 83 años, y su condición de invalidez, que asciende al 53.97% de pérdida de capacidad laboral (f. 46, c. 1); además, lo que alega, precisamente, es la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital, pues, según indica y se sustenta con una declaración extrajuicio (f. 73, c.1), depende de una hija de crianza con dificultades económicas; lo que no fue contrariado por la demandada…

… es oportuno enfilar el asunto por el principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de invalidez, como se propone. (…)

Colpensiones negó la subvención porque “el asegurado no acredita el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez”, situación que da al traste con lo reglado en el artículo 1° de la ley 860 del 2003.

Sin embargo, halla la Sala que, si bien es cierto que el accionante incumple con los requisitos de la Ley 860 del 2003, también lo es que cumple con lo exigido en el Decreto 232 de 1984 que modificó el 3041 de 1966…

De ahí que deba concluirse que el demandante se forjó una legítima expectativa pensional durante la vigencia del citado régimen que estuvo vigente hasta cuando entró a regir el Decreto 758 de 1990 desde el 1º de febrero de 1990.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA No. 6 DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTE**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Pereira, abril veinticuatro del dos mil diecinueve

Expedientes: 66001-31-18-001-2019-00014-01 Acta N° 162 del 24 de abril del 2019

Procede la Sala a decidir la impugnación propuesta por la parte demandante contra la sentencia del 5 de marzo del 2019, proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira - Risaralda, en esta acción de tutela que **Ancízar Hernández Galeano** promovió frente a **COLPENSIONES**.

**ANTECEDENTES**

Por conducto de apoderado judicial, acudió el demandante en procura de la protección de sus derechos fundamentales de petición, seguridad social, igualdad y dignidad humana, que estima lesionados por la entidad accionada.

Narró que cuenta con 82 años de edad y fue calificado con un porcentaje del 53,97% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración del 22 de agosto del año 2018; acredita un total de 531,43 semanas de cotización al 1° de abril del año 1994, empero, mediante la resolución SUB 30956 del 31 de enero del 2019 Colpensiones le negó la subvención por invalidez.

Agregó que depende económicamente de una hija de crianza que se dedica a trabajar como manicurista independiente quien se encuentra en precarias condiciones económicas, porque, además de los gastos del hogar, debe pagarle a personas que lo cuiden, ya que padece demencia y está imposibilitado para desplazarse solo.

Pidió, en consecuencia, el amparo de los derechos invocados con la orden a Colpensiones de reconocer la pensión de invalidez en su favor con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990; también que se le ordene a la encartada el pago del retroactivo, a partir de la fecha de presentación de esta demanda.

El Juzgado de primer grado dio trámite a la acción y notificó de lo pertinente, a la Vicepresidencia de Operaciones, a la Gerencia Determinación de Derechos, a las Direcciones de Prestaciones Económicas, de Estandarización, Nómina de Pensionados y de Acciones Constitucionales, todas de Colpensiones. (f. 75, c1)

Intervino la Directora de Acciones Constitucionales, quien con fundamento en el carácter subsidiario de la acción de tutela, la estimó improcedente.

Sobrevino el fallo de primer grado que coincidió en la improcedencia alegada por la demandada; llamó la atención sobre el hecho de que el demandante omitió recurrir el acto administrativo mediante el cual le fue negada la prestación que por este medio depreca, y en punto a que guardó silencio sobre una indemnización sustitutiva que le fue reconocida en precedencia.

Impugnó el demandante, quien considera errado el argumento para desestimar su pedimento, habida cuenta de que es una persona inválida, de avanzada edad, que en la actualidad requiere de la prestación para paliar el menoscabo de su mínimo vital.

En esta sede quedó saneada una irregularidad procesal, relacionada con la falta de notificación de la Subdirección de Determinación IV de Colpensiones, autoridad que negó la subvención.

**CONSIDERACIONES**

La Constitución de 1991 instituyó la acción de tutela como un mecanismo breve y sumario mediante el cual toda persona puede conseguir de un juez la protección de sus derechos fundamentales, siempre que ellos estén siendo vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad, o de un particular en determinados casos.

En este asunto, Ancízar Hernández Galeano dirigió su reclamo contra la Administradora Colombiana de Pensiones, con el fin de que se resuelva favorablemente su petición de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, desechada por cuanto no cuenta con los requisitos establecidos en el artículo 1° de la ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la ley 100, para acceder a ella.

El Juzgado de instancia, se dijo, despachó desfavorablemente el amparo, al considerarlo improcedente.

Uno de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, tiene que ver con la subsidiariedad. Concretamente, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, establece que ella es improcedente si se cuenta con otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; sin embargo ha sido aclarado por la jurisprudencia que en ciertos casos, particularmente cuando se trate de sujetos de especial protección, puede recurrirse directamente a la vía constitucional, en garantía de sus derechos fundamentales. También se ha hecho énfasis en que, por regla general, este amparo es improcedente para el reconocimiento de derechos de raigambre laboral, a menos que se den unas condiciones fijadas por Corte Constitucional, que en la sentencia SU-442 de 2016 explicó que:

La acción de tutela es procedente si se emplea cuando (i) el actor no dispone de otro medio judicial de defensa; o (ii) existen otros medios de defensa judicial pero es necesaria la tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable;[[1]](#footnote-1) o (iii) los recursos disponibles no son idóneos o eficaces, toda vez que su sola existencia formal no es garantía de su utilidad en el caso concreto. En este último caso, la determinación de la eficacia e idoneidad de los recursos ordinarios no debe obedecer a un análisis abstracto y general. Es competencia del juez constitucional examinar cuál es la eficacia que, en concreto, tiene el otro instrumento de protección.[[2]](#footnote-2) Y para determinar esto último la jurisprudencia de esta Corte ha señalado dos pautas generales: primero, debe verificarse si los otros medios de defensa proveen un remedio integral, y segundo si son expeditos para evitar un perjuicio irremediable.[[3]](#footnote-3)

Requisitos que, ciertamente, se hallan cumplidos en la presente acción, si se tiene en cuenta que el accionante se reporta como una persona de especial protección constitucional, dada su edad, 83 años, y su condición de invalidez, que asciende al 53.97% de pérdida de capacidad laboral (f. 46, c. 1); además, lo que alega, precisamente, es la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital, pues, según indica y se sustenta con una declaración extrajuicio (f. 73, c.1), depende de una hija de crianza con dificultades económicas; lo que no fue contrariado por la demandada; en adición, ha intentado infructuosamente obtener la prestación deprecada y debido a su edad y su expectativa de vida, el proceso judicial no resulta idóneo para la efectiva protección de sus derechos.

La Corte Constitucional en la sentencia T-376 de 2011, reiterada en la Sentencia T-716 de 2015, precisó que:

“La jurisprudencia constitucional ha manifestado que el proceso ordinario laboral, debido a su duración y a los costos económicos que implica, no resulta idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas que, como el actor, han sido calificadas como inválidas y a quienes les ha sido negada su pensión de invalidez, ya que sus condiciones y la ausencia de la prestación referida implican, de entrada, una afectación a la salud y al mínimo vital del peticionario”.

Es decir, que la subsidiariedad reclamada por el juzgado, se viene a menos y la inmediatez se cumple porque el acto administrativo cuestionado data del 31 de enero del presente año.

Dicho lo cual, es oportuno enfilar el asunto por el principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de invalidez, como se propone.

Sobre el tema ha insistido la Corte, como se lee en la sentencia antes citada[[4]](#footnote-4) y más recientemente, en la sentencia T-086 del 2018, en la que arribó a esta síntesis:

19. Ahora bien, tanto la Corte Constitucional como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia reconocen el principio de la condición más beneficiosa. Sin embargo, el alcance de este principio fue un motivo de desacuerdo jurisprudencial. Durante varios años, la Corte Constitucional utilizó mayoritariamente la tesis amplia[[5]](#footnote-5) de la condición más beneficiosa, según la cual es posible aplicar cualquiera de los tres regímenes que han regulado el derecho a la pensión de invalidez sin límite de tiempo. Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene una tesis restrictiva[[6]](#footnote-6), de la que se desprende que la norma aplicable es la inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez.

**La Corte Constitucional zanjó esta discusión en la sentencia SU-442 de 2016 previamente referida. Esta providencia determinó que una solicitud de reconocimiento pensional puede examinarse conforme a las normas anteriores a la que se encontraba vigente cuando se estructuró una pérdida de capacidad laboral igual o mayor del 50%, con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa. Con respecto a su alcance en el tiempo, esta Corporación determinó que la condición más beneficiosa en pensiones de invalidez no se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo el cual el afiliado o beneficiario haya generado una expectativa legítima conforme a la jurisprudencia. Así mismo, estableció lo siguiente:**

*“Por lo demás, una vez la jurisprudencia ha interpretado que la condición más beneficiosa admite sujetar la pensión de invalidez a reglas bajo cuya vigencia se contrajo una expectativa legítima, no puede apartarse de esa orientación en un sentido restrictivo, a menos que se ofrezcan razones poderosas suficientes que muestren que: (i) la nueva posición tiene mejor sustento en el orden legal y constitucional, (ii) los argumentos para apartarse priman sobre los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad de trato que están a la base del respeto al precedente constitucional, y (iii) está en condiciones de desvirtuar la prohibición de retroceso injustificado en materia de derechos sociales fundamentales, establecida en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.”*

20. Adicionalmente, la referida sentencia realizó algunas precisiones sobre la aplicación de la condición más beneficiosa y reiteró la concepción de *“expectativa legítima”*. En particular, estableció que, en casos de pensiones de invalidez, sólo es posible aplicar la condición más beneficiosa a un usuario que tenía una expectativa legítima bajo una norma anterior.

Para mostrar la aplicación de la condición más beneficiosa, dicha providencia reiteró el proceso llevado a cabo en las sentencias T-569 de 2015[[7]](#footnote-7)y T-065 de 2016[[8]](#footnote-8) de la siguiente manera:

a)   el supuesto fáctico parte del caso de un usuario del sistema general de pensiones que cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en vigencia de alguna de las dos normas anteriores a la Ley 860 de 2003;

b)   la legislación en la que cumple los requisitos para acceder a la pensión de invalidez es derogada sin contemplar un régimen de transición;

c)    el cambio de legislación hizo más gravosa la situación del usuario, en la medida en que con la nueva normativa no cumple con los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez;

d)  con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen, el usuario solicita el reconocimiento de una pensión de invalidez;

e)   el usuario no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003;

**Con fundamento en lo anterior, la Corte aplicó la condición más beneficiosa bajo el argumento de que el peticionario tenía una expectativa legítima, debido a que había cumplido con los requisitos establecidos para acceder a la pensión en alguna de las legislaciones anteriores**.

En consecuencia, se evidencia que la jurisprudencia de esta Corporación ha aplicado la condición más beneficiosa exclusivamente en aquellos casos en los que una persona cumplió con los requisitos de un régimen derogado para acceder a la pensión de invalidez y en ausencia de un régimen de transición, con fundamento en que se han defraudado sus expectativas legítimas de acceder a una pensión dentro de un régimen que perdió vigencia.

21. En conclusión, para aplicar el principio de la condición más beneficiosa es necesario que la persona que busca el reconocimiento de una pensión de invalidez: (i) cumpla con los requisitos exigidos para acceder a dicha prestación en un régimen derogado, lo que se constituye como una expectativa legítima de acogerse a él; y (ii) no cumpla con las exigencias requeridas en el nuevo régimen, el cual dejó sin efectos al anterior sin contemplar un régimen de transición para sujetos que hubieran cumplido con las condiciones previas.” (Se destaca)

En el caso concreto se tiene que la fecha de estructuración de la invalidez del accionante, que asciende al 53,97%, es el 22 de agosto del año 2018 (f. f. 46, c. 1) y que acreditó 531 semanas cotizadas, entre los años 1969 y 1984. (f. 50, c.1)

Colpensiones negó la subvención porque *“el asegurado no acredita el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez*”, situación que da al traste con lo reglado en el artículo 1° de la ley 860 del 2003.

Sin embargo, halla la Sala que, si bien es cierto que el accionante incumple con los requisitos de la Ley 860 del 2003, también lo es que cumple con lo exigido en el Decreto 232 de 1984 que modificó el 3041 de 1966 y que establece:

Artículo primero, El artículo 59 del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por Decreto 3041 del mismo año quedará así:

Tendrán derecho a pensión por invalidez los asegurados que reúnan las siguientes condiciones:

a) Ser inválido permanente conforme a lo preceptuado en el artículo 62 del Decreto-ley 433 de 1971.

b) Tener acreditadas 150 semanas de cotización- para los riesgos de invalidez, vejez y muerte I. V. M., dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez o **300 semanas de cotización en cualquier época.**

De ahí que deba concluirse que el demandante se forjó una legítima expectativa pensional durante la vigencia del citado régimen que estuvo vigente hasta cuando entró a regir el Decreto 758 de 1990 desde el 1º de febrero de 1990.

Llama la atención la gran similitud de este caso, con otros puestos bajo la lupa de la Corte Constitucional, en los cuales, como en este, los demandantes, a pesar de que perdieron su capacidad laboral de manera reciente, habían acumulado una densidad suficiente de semanas durante la vigencia de la citada normatividad; consecuencia de lo cual, se estimó que debían acceder a la pensión por invalidez.

Por ejemplo vale la pena leer los siguientes extractos:

El accionante comenzó a cotizar al Sistema de Seguridad Social **en 1973**, bajo lo dispuesto por el **Decreto 3041 de 1966**, **modificado por el Decreto Reglamentario 232 de 1984** y en vigencia del Decreto 758 de 1990, que requería acreditar, por un lado, **la condición de invalidez permanente** y, por otro, 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la fecha de estructuración o **300 semanas de cotización en cualquier época**, consolidó el total de semanas para acceder a la pensión de invalidez. Para puntualizar, **el actor, se encuentra calificado con 60.80%** de pérdida de capacidad laboral y padece de una enfermedad degenerativa, aunada a la amputación de su miembro inferior derecho, en consecuencia, cumple con el primer requisito dispuesto por el Decreto 758. Respecto al segundo, según el último reporte de semanas cotizadas, enviado por Colpensiones el 19 de septiembre de 2017, **cotizó 350.42 semanas al Sistema de Seguridad Social, en el periodo comprendido entre el 15 de enero de 1973 y el 31 de marzo de 1994**, esto es**, en vigencia de la norma en comento**, como arriba se señaló. Entonces, al accionante le asiste una expectativa legítima de pensionarse, la cual no puede desconocerse.[[9]](#footnote-9)

En la misma sentencia pero en otro caso semejante puntualizó:

Ahora bien, el accionante comenzó a cotizar al Sistema de Seguridad Social en **1969,** bajo lo dispuesto por el **Decreto 3041 de 1966, modificado por el Decreto Reglamentario 232 de 1984** y en vigencia del Decreto 758 de 1990, que requería acreditar, por un lado, la condición de invalidez permanente y, por otro, 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la fecha de estructuración o **300 semanas de cotización en cualquier época**, consolidó el total de semanas para acceder a la pensión de invalidez. Bajo este último marco normativo el actor se encuentra calificado con **73.2% de pérdida de capacidad laboral** y padece de una enfermedad degenerativa, por ende, cumple con el primer requisito; respecto al segundo, según la historia laboral, **cotizó 660.14 semanas en el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 1969 y el 2 de febrero de 1992**, **esto es, en vigencia de la citada normatividad**. Así pues, al accionante le asiste una expectativa legítima de pensionarse, la cual no puede desconocerse, dado que la Corte Constitucional la ha protegido en aplicación de la condición más beneficiosa, principio y criterio de interpretación que exige resolver la duda entre la aplicación de una norma vigente y una derogada, en favor de aquella que resulte más beneficiosa, tal como ya se explicó.[[10]](#footnote-10)

También de manera más reciente en la misma Corporación se estudió este caso, totalmente cercano al que hoy escruta esta Colegiatura:

Para el caso que nos ocupa, **el accionante tiene una calificación del  61.85% de pérdida de capacidad laboral** y padece de glaucoma primario de ángulo abierto, enfermedad que es considerada como degenerativa, **por lo tanto, se entiende superado el primer requisito**. En relación con el segundo, según la historia laboral, **cotizó 357.28** semanas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones de la siguiente manera:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Entidad que laboró** | **Desde** | **Hasta** | **Días cotiz.** |
| Independiente | **1974/03/01** | 1976/07/31 | 884 |
| Independiente | 1976/08/01 | 1976/12/01 | 123 |
| Independiente | 1977/04/01 | 1978/07/31 | 487 |
| Independiente | 1978/08/01 | 1978/09/01 | 32 |
| Municipio de Génova | 1983/04/16 | 1983/12/30 | 255 |
| Municipio de Génova | 1984/01/01 | 1984/12/30 | 360 |
| Municipio de Génova | 1985/01/01 | **1985/12/30** | 360 |

Lo anterior, en el período comprendido entre el 1º de marzo de 1974 y el 30 de diciembre de 1985, **esto es, en vigencia del Decreto 232 de 1984.**

En este sentido, al actor le hubiese sido reconocida la pensión de invalidez si el régimen pensional no le hubiese cambiado, por ende, **tiene una expectativa legítima de pensionarse. Debido a esto, se aplicará el principio de la condición más beneficiosa y se le aplicará aquella disposición que resulte más favorable al accionante, para este caso resulta ser el Decreto 232 de 1984 y no el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, ley que se encuentra vigente.[[11]](#footnote-11)**

Nadie pone en duda, en conclusión, que el señor Hernández Galeano no alcanza las exigencias de la Ley 860 del 2003 como esgrimió Colpensiones, y que es inviable aplicar en este caso lo reglado en el Decreto 758 de 1990 tal como se quiso hacer ver en la demanda; no obstante aquí, como en los casos que acaban de repasarse, al actor le asiste el derecho que depreca bajo la égida del principio de condición más beneficiosa que le impone a la judicatura remontarse a lo reglado en el Decreto 232 de 1984 que modificó el 3041 de 1966 y que fue la legislación que estuvo vigente durante la época en que realizó sus aportes al Sistema General de Pensiones.

Por lo expuesto, se revocará la sentencia objeto de alzada y, en su lugar, se concederá el amparo, en lo que atañe con la pretensión orientada a que se reconozca la pensión de invalidez.

Además porque, aunque no fue el fundamento de la defensa de Colpensiones, es pertinente recordar que el pago previo de una indemnización sustitutiva (f. 51, c.1) no implica que deba quedar irresuelta la contingencia por invalidez que, en la actualidad, presenta el asociado. Para el efecto, en la reciente Sentencia T-703-17 se explicó:

Por su parte, en las Sentencias T-606 de 2014[[12]](#footnote-12) y T-002 A de 2017[[13]](#footnote-13), las Salas de revisión fijaron la subregla jurisprudencial consistente en que el reconocimiento de una indemnización sustitutiva de vejez o invalidez no impide que el beneficiario reclame el derecho a la pensión, siempre y cuando el valor de esta última se compense con las mesadas pensionales. Así, el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001[[14]](#footnote-14) que señala taxativamente que *“[…] las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez”,* ha sido interpretado por la Corte en el sentido de que *“[...]* ***no significa que a una persona que ya se le reconoció el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, no pueda volvérsele a examinar el derecho a una pensión, que cubra de manera más amplia las contingencias de la discapacidad****. ¨[…] la incompatibilidad de los beneficios pensionales no es una barrera para evaluar nuevamente los casos, ni efectuar un reconocimiento pensional, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente, cuando una de ellas se otorgó con apego a las normas legales y a la Constitución.”*

En conclusión, la jurisprudencia “protege a quienes habiendo cumplido la edad para obtener una pensión no cotizaron el mínimo de semanas exigidas y declararon su imposibilidad de continuar haciéndolo, otorgándoles la opción de acceder a una indemnización, lo que no significa que, en caso de establecer que puede ser acreedor de una prestación mejor, como lo es la pensión propiamente, no pueda acceder a la misma, caso en el cual se descontará de las mesadas correspondientes el valor cancelado con anterioridad por dicho concepto.”[[15]](#footnote-15) Lo que no estaría autorizado por la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la Sentencia de tutela citada, “sería acceder a la pensión y a la indemnización sustitutiva por la misma causa. […] Aunque si después de concedida la indemnización, se establece que tiene derecho a la pensión, procede la compensación”[[16]](#footnote-16).

Con lo que queda claro que, a pesar del pago de la indemnización sustitutiva, es viable el reconocimiento de la prestación deprecada, sin perjuicio de que se ordene la compensación respectiva.

En consecuencia se ordenará a la Subdirección de Determinación IV de Colpensiones, dejar sin efectos la resolución SUB 30956 del 31 de enero del año 2019 mediante la cual se negó la prestación pedida, para en su lugar ordenarle, proferir un nuevo acto administrativo en el que reconozca y disponga el pago de la pensión de invalidez deprecada, de conformidad con las directrices establecidas en esta providencia.

Se negará el resguardo en lo que toca con la pretensión orientada a que se ordene el pago del retroactivo *“a partir del día de la presentación de la presente tutela”* pues esa es una situación discutible que desdibuja su relevancia constitucional, y en consecuencia, debe ser conjurada por la justicia ordinaria, además ello no contribuye a superar en forma inminente la afectación del mínimo vital del accionante.

Se adicionará la sentencia, para absolver a las demás dependencias de Colpensiones citadas al asunto, por no hallar de su parte transgresión alguna a los derechos fundamentales del actor.

**DECISIÓN**

Por lo expuesto, **la Sala 6 de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **REVOCA** la sentencia dictada el 5 de marzo del año 2019, por el  Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira - Risaralda, en esta acción de tutela que **Ancízar Hernández Galeano** promovió frente a **COLPENSIONES**. En su lugar:

1. Se CONCEDE el amparo de los derechos fundamentales reclamados.

2. Se ORDENA a la a la Subdirección de Determinación IV de Colpensiones, en cabeza de Lady Andrea Chavarro Velásquez, o quien haga sus veces, que proceda, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación que de esta providencia se le haga, a dejar sin efectos la resolución SUB 30956 del 31 de enero del año 2019 y a expedir un nuevo acto administrativo en el que reconozca y disponga el pago de la pensión de invalidez reclamada porel accionante, teniendo presentes las líneas trazadas en esta providencia.

La funcionaria deberá hacer el cálculo pertinente y descontar la indemnización sustitutiva reconocida en precedencia al accionante, de manera periódica.

3. Se NIEGA la pretensión orientada a que se reconozca el retroactivo pensional.

4. Se ABSUELVE a las demás dependencias de Colpensiones citadas al trámite por no hallar de su parte vulneración alguna a los derechos fundamentales del actor.

Notifíquese esta decisión a las partes y demás interesados, en la forma prevista en el artículo 5º del Decreto 306 de 1992; oportunamente remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. A su regreso, archívese.

Los Magistrados,

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ DUBERNEY GRISALES HERRERA**

1. El perjuicio irremediable es un daño a un bien que se deteriora irreversiblemente hasta el punto en que ya no puede ser recuperado en su integridad. No siendo todo daño irreparable, el perjuicio al que aquí se alude debe ser (i) inminente; (ii) grave; (iii) requerir de medidas urgentes para su supresión, y (iv) demandar la acción de tutela como una medida impostergable. Por inminencia se ha entendido algo que amenaza o que está por suceder prontamente. Es decir, un daño cierto y predecible cuya ocurrencia se pronostica objetivamente en el corto plazo a partir de la evidencia fáctica y que justifica la toma de medidas prudentes y oportunas para evitar su realización. Así pues, no se trata de una simple expectativa o hipótesis. El criterio de gravedad, por su parte, se refiere al nivel de intensidad que debe reportar el daño. Esto es, a la importancia del bien jurídico tutelado y al nivel de afectación que puede sufrir. Esta exigencia busca garantizar que la amenaza o violación sea motivo de una actuación extraordinariamente oportuna y diligente. El criterio de urgencia, por otra parte, está relacionado con las medidas precisas que se requieren para evitar la pronta consumación del perjuicio irremediable y la consecuente vulneración del derecho. Por esta razón, la urgencia está directamente ligada a la inminencia. Mientras que la primera alude a la respuesta célere y concreta que se requiere, la segunda hace referencia a la prontitud del evento. La impostergabilidad de la acción de tutela, por último, ha sido definida como la consecuencia de la urgencia y la gravedad, bajo el entendido de que un amparo tardío a los derechos fundamentales resulta ineficaz e inoportuno. Sobre los elementos constitutivos del perjuicio irremediable se pueden ver las consideraciones hechas en las siguientes Sentencias: T- 225 de 1993 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), T-789 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-761 de 2010 (MP María Victoria Calle Correa), T-424 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-206 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-471 de 2014 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez), entre muchas otras. [↑](#footnote-ref-1)
2. El artículo 6 numeral 1° del Decreto 2591 de 1991 ofrece un desarrollo admisible de la Constitución Política, y de acuerdo con su texto, la disponibilidad de dichos medios debe ser “apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante” (Dcto 2591 de 1991, art. 6.1). [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia SU-961 de 1999 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa. Unánime). En esa ocasión, la Corte debía definir si una acción contenciosa era eficaz para resolver una determinada pretensión, y concluyó que no lo era. Por esa razón, juzgó que la acción de tutela debía considerarse el medio de defensa idóneo. En ese contexto definió los criterios para determinar si los otros medios de defensa judicial, distintos a la tutela, son eficaces. Lo hizo en el siguiente sentido: “[…] En cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone.  Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral”. [↑](#footnote-ref-3)
4. También en las sentencias T- 190, T-235 y T-295 de 2015. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia T-774 de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas; Sentencia T-137 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 11 de noviembre de 2015. Radicado 54093. M.P. Luis Gabriel Miranda. [↑](#footnote-ref-6)
7. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-7)
8. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia T-703 del 2017 [↑](#footnote-ref-9)
10. Ibídem [↑](#footnote-ref-10)
11. Sentencia T-053 del 2018 [↑](#footnote-ref-11)
12. M.P. María Victoria Calle Correa. En esta providencia, la Corte debió resolver el siguiente problema jurídico: ¿se vulneran los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de un afiliado a un fondo de pensiones (Orlando Castro Rojas), cuando se le niega el reconocimiento de la pensión de invalidez argumentando que no cotizó al menos cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y que ya le fue reconocida una indemnización sustitutiva, a pesar de que en el dictamen tomado como referencia se estableció el momento en que perdió el 58.8% de capacidad laboral, pero no el 50% exigido por la normativa vigente? [↑](#footnote-ref-12)
13. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. En esta providencia, la Corte se planteó la resolución del siguiente problema jurídico: ¿ establecer si se vulneran los derechos fundamentales de una persona que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, con la negativa del fondo de pensiones a reconocerle la pensión de invalidez bajo el argumento de no cumplir con los requisitos exigidos por la ley vigente al momento de la estructuración de la invalidez y haber recibió con anterioridad una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.? [↑](#footnote-ref-13)
14. “Por el cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida”. [↑](#footnote-ref-14)
15. Sentencia T-002 A de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [↑](#footnote-ref-15)
16. En este sentido la sentencia T-937 de 2013 indicó: “puesto que es plausible que entre ambas prestaciones ocurra la compensación, en casos en los cuales se haya pagado una indemnización sustitutiva por error y posteriormente se demuestre que el afiliado si tenía derecho a la pensión, siempre que se trate de prestaciones de igual naturaleza u origen (vejez-vejez o invalidez-invalidez).” [↑](#footnote-ref-16)