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.

Radicación No.: 66001-31-05-002-2019-00240-01

Proceso: Tutela 2º Instancia

Accionante: Mauricio Céspedes Mejía

Accionado: Colpensiones y Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE INVALIDEZ / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA DISPONERLO / REQUISITOS / AFECTACIÓN DEL MÍNIMO VITAL / CERTEZA SOBRE LA EXISTENCIA DEL DERECHO / CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA / PRESUPUESTOS PARA APLICAR POR ESTA VÍA EL ACUERDO 049 DE 1990.**

… en materia pensional, por ejemplo, la regla general es la improcedencia de la acción de tutela, sin embargo, de manera excepcional, puede concederse tal amparo, incluso, en forma definitiva, cuando se evidencia que el medio judicial de defensa creado por el legislador para el efecto, es inocuo ante la violación de la garantía fundamental…

La Corte Constitucional ha supeditado la procedencia de la acción de tutela en estos casos, al cumplimiento de ciertos presupuestos: (i) la excepcionalidad por afectación al mínimo vital, cuando la prestación laboral sea la única fuente de recursos económicos para la atención de las necesidades básicas, y (ii) se demuestre el perjuicio de los derechos fundamentales de la persona, al punto que los mecanismos ordinarios se tornen insuficientes para la protección. Dicho perjuicio debe ser inminente, requerir medidas urgentes para ser conjurado, a partir de la implementación de medidas impostergables, y ser grave. La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. (…)

De lo anterior se desprenden tres presupuestos esenciales para la prosperidad de la protección tutelar frente a prestaciones económicas de la seguridad social, a saber: (i) que se acredite una afectación inminente del mínimo vital; (ii) que los medios judiciales existentes se tornen insuficientes para contrarrestar esa amenaza y (iii) que resulte irrebatible la prestación, esto es, que no se tenga incertidumbre alguna, respecto al carácter exigible del derecho y a la correlativa obligación de la parte accionada. (…)

Ha sido posición reiterada de la jurisprudencia de la Corte Constitucional el señalar que es posible aplicar el régimen pensional de una norma derogada cuando ella proporciona una condición más beneficiosa para el trabajador. Esto con el fin de no transgredir una expectativa legítima de derechos, no contrariar el principio de progresividad en materia de seguridad social, y aplicar el principio de condición más beneficiosa para el trabajador, prevista en el artículo 53 de la Constitución. (…)

… en el presente asunto no es tampoco procedente siquiera plantear el tema invocando dicho principio, si se tiene en cuenta que para admitir su aplicación y estudiar el reconocimiento de la pensión de invalidez con base en los postulados del Decreto 758 de ese mismo año, necesariamente se requiere que: (i) el afiliado haya satisfecho 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, requisito que debe estar satisfecho para el momento en que comenzó a regir la Ley 100/93, o sea antes del 1º de abril de 1994 o (ii) que tenga 150 semanas cotizadas dentro de los 6 años anteriores antes de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, es decir entre el 1º de abril de 1988 y el mismo día y mes del año 1994, además de tener esa misma densidad de semanas (150) en los seis años que anteceden la estructuración de la invalidez, en el entendido de que ese suceso debe ocurrir antes del 1º de abril de 2000. (Ver sentencia CSJ SL 466 de 2013).

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

****

**PEREIRA RISARALDA**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Pereira, diecinueve de julio de dos mil diecinueve.

### Acta número \_\_\_ del 19 de julio de 2019.

Procede la Sala de Decisión Laboral de este Tribunal a resolver la impugnación, contra la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, (Risaralda), el 14 de junio del presente año, dentro de la acción de tutela promovida por **Mauricio Céspedes Mejía** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** y la **AFP Porvenir S.A**.*,* por la presunta violación de los derechos fundamentales a la seguridad social, dignidad humana, igualdad, entre otros.

El proyecto presentado por el ponente, fue aprobado y corresponde a la siguiente,

***I- SENTENCIA.***

**1. Hechos jurídicamente relevantes.**

Relata el accionante que nació el 16 de junio de 1971; que inició sus cotizaciones al sistema pensional a través del ISS desde el 28 de junio de 1990 y hasta el mes de septiembre de 1995, pues el mes siguiente se trasladó al RAIS a través de la afiliación a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A.; que retornó al RPM el 30 de septiembre de 2016, con efectividad a partir del mes siguiente; que acredita en el sistema pensional un total de 315.86 semanas cotizadas hasta el 30 de abril de 2008; que Colpensiones mediante dictamen No. DML-2521 de 2018, le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 67.18%, de origen común, estructurada el 5 de octubre de 2015, tomando en consideración los diagnósticos de: “Hipertensión Esencial (Primaria)”, “Diabetes Mellitus insulinodependiente con complicaciones múltiples”, “Insuficiencia renal terminal” y “Amputación de miembros” que Colpensiones a través de la Resolución SUB 319575 de 2018 le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez que había solicitado el 19 de septiembre de 2018, al considerar que no era la entidad competente, razón por la que el 28 de febrero del año en curso elevó idéntica solicitud ante el fondo privado, quien respondió indicando que debía practicarse una nueva calificación ante dicho fondo y diligenciar una serie de documentos.

Aduce que se encuentre en estado de indefensión debido a su estado de salud y de sus concisiones físicas que le impiden laborar; que vive en precarias condiciones económicas, por cuanto eventualmente recibe ayuda de otras personas, y su familia no están en condiciones de brindarle la colaboración económica suficiente, situación que según él, lo pone en riesgo de indigencia y mendicidad.

Por lo anterior, solicita se tutelen los derechos fundamentales que invoca como vulnerados, y en consecuencia, de manera principal, se ordene a Colpensiones dejar sin efecto la resolución a través de la cual le negó el derecho pensional, y en su lugar proceda a su reconocimiento y pago a partir del 5 de octubre de 2015, fecha de estructuración, dado que acredita más de 300 semanas en cualquier tiempo, conforme lo exige el Acuerdo 049/90. En su defecto, solicita se realice el conteo de la densidad de semanas exigidas en la Ley 860 de 2003, tomando en consideración la fecha en que realizó la última cotización al sistema pensional, esto es, del 30 de abril de 2008.

Como pretensión subsidiaria, pide que se condene al fondo privado accionado al pago de la prestación económica, en la forma antes referida.

***2. Actuación procesal.***

Admitida la tutela, las entidades accionadas guardaron silencio dentro del término otorgado para descorrer el traslado.

***3. Sentencia de primera instancia.***

La juez de primera instancia dicó sentencia en la negó por improcedente el amparo constitucional. En la motiva, indicó que si bien es cierto el accionante es sujeto de especial protección, dada su condición de persona con discapacidad, también lo es que no demostró la existencia de un perjuicio irremediable que justifique la intervención del Juez Constitucional, y desplace el mecanismo judicial ordinario, si se tiene en cuenta que no se acreditó la afectación al mínimo vital, en tanto que, desde el 30 de abril de 2008, está inactivo en el sistema pensional.

***4. Impugnación.***

El vocero judicial del accionante impugnó la decisión, aduciendo que el juzgador debe ser más flexible al estudiar la procedibilidad de la acción de tutela, en aquellos casos en que interviene un sujeto de especial protección, máxime cuando el accionante no puede soportar los tiempos y cargas que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial dada las múltiples patologías que padece. Refirió que los derechos fundamentales de su representado han sido vulnerados, pues pese a que la entidad accionada dio respuesta a la petición pensional, lo cierto es que le negó el derecho bajo el argumento de no reunir la densidad de semanas exigidas, a sabiendas de que en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, conforme a los presupuestos del Acuerdo 049/90, tiene causado el derecho a la pensión de invalidez, por lo que a su juicio, sí quedó demostrado el perjuicio irremediable.

***II- CONSIDERACIONES.***

***1. Competencia.***

Esta Colegiatura es competente para resolver la impugnación presentada por la parte accionada, en virtud de los factores funcional y territorial.

***2. Problema Jurídico***

*¿La acción de tutela es procedente para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez acá pretendida?*

*¿Se vulneraron los derechos fundamentales del accionante al negar la prestación pensional pretendida?*

***3. Desarrollo de la problemática planteada****:*

La acción de tutela dentro del ordenamiento nacional, fue creada por el constituyente de 1991, con el objetivo primordial de darle una protección efectiva a los Derechos de Primera Generación, es decir, de garantizar el cumplimiento y la salvaguarda de aquellos derechos fundamentales (artículos del 11 al 41 de la Constitución Política o de aquellos que por el desarrollo jurisprudencial han adquirido este estatus) que hacen parte de la esencia del ser humano; generando en cabeza del juez constitucional la obligación de analizar la necesidad, proporcionalidad y racionalidad de los medios, para obtener la protección del derecho fundamental evaluado y de esta manera buscar siempre el fin más idóneo, altamente proporcional y que menos perjuicios genere para obtener su real protección.

 Sin embargo, jurisprudencialmente se ha decantado que la acción de tutela es improcedente para lograr el reconocimiento de las prestaciones económicas otorgadas por el sistema de la seguridad social, pues para tales fines existen las distintas vías judiciales, entre ellas el procedimiento ordinario laboral, el tramite ejecutivo, el contencioso administrativo, entre otros.

 En este sentido, en materia pensional, por ejemplo, la regla general es la improcedencia de la acción de tutela, sin embargo, de manera excepcional, puede concederse tal amparo, incluso, en forma definitiva, cuando se evidencia que el medio judicial de defensa creado por el legislador para el efecto, es inocuo ante la violación de la garantía fundamental[[1]](#footnote-1):

*“(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).[[2]](#footnote-2) (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.[[3]](#footnote-3)*”.

 En efecto, cuando con su violación, además de afectarse el derecho en sí mismo, se ven afectadas otras garantías fundamentales, es procedente otorgar las prestaciones del sistema de seguridad social por vía de tutela. Y ello tiene lógica, especialmente en materia pensional, si se analiza la finalidad de las prestaciones que allí se otorgan, como es el suplir la remuneración de una persona y permitirle satisfacer sus necesidades básicas, esto es, el mínimo vital.

 La Corte Constitucional ha supeditado la procedencia de la acción de tutela en estos casos, al cumplimiento de ciertos presupuestos: (i) la excepcionalidad por afectación al mínimo vital, cuando la prestación laboral sea la única fuente de recursos económicos para la atención de las necesidades básicas, y (ii) se demuestre el perjuicio de los derechos fundamentales de la persona, al punto que los mecanismos ordinarios se tornen insuficientes para la protección. Dicho perjuicio debe ser inminente, requerir medidas urgentes para ser conjurado, a partir de la implementación de medidas impostergables, y ser grave. La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad[[4]](#footnote-4).

Solo en esos eventos, frente a lo irrebatible de la prestación por el cumplimiento de todos los requisitos, y a las circunstancias de cada caso particular, la acción de tutela desplazará el mecanismo ordinario de defensa.[[5]](#footnote-5)

 De lo anterior se desprenden tres presupuestos esenciales para la prosperidad de la protección tutelar frente a prestaciones económicas de la seguridad social, a saber: (i) que se acredite una afectación inminente del mínimo vital; (ii) que los medios judiciales existentes se tornen insuficientes para contrarrestar esa amenaza y (iii) que resulte irrebatible la prestación, esto es, que no se tenga incertidumbre alguna, respecto al carácter exigible del derecho y a la correlativa obligación de la parte accionada.

**Principio de la condición más beneficiosa**

Ha sido posición reiterada de la jurisprudencia de la Corte Constitucional el señalar que es posible aplicar el régimen pensional de una norma derogada cuando ella proporciona una condición más beneficiosa para el trabajador. Esto con el fin de no transgredir una expectativa legítima de derechos, no contrariar el principio de progresividad en materia de seguridad social, y aplicar el principio de condición más beneficiosa para el trabajador, prevista en el artículo 53 de la Constitución.[[6]](#footnote-6)

En consecuencia, ha considerado que si una persona cumple con los requisitos que ha determinado dicho régimen pensional para el reconocimiento de la pensión de invalidez, es posible aplicarle dicho régimen para conceder la prestación pensional, aunque no reúna las exigencias de la norma vigente al momento de la fecha de estructuración de la invalidez (ver sentencia SU 442 de 2016).

**Caso concreto.**

El accionante solicitó el amparo sus derechos fundamentales, al considerar que han sido transgredidos por la parte accionada por negarse al reconocimiento de la pensión de invalidez. Por consiguiente, la Sala emprenderá el análisis del cumplimiento de los requisitos exigidos para la procedencia excepcional de la presente acción constitucional.

1. Legitimación en la causa por activa, se encuentra acreditada en la medida en que el accionante, como titular de los derechos reclamados, promovió la solicitud de amparo a través de su portavoz judicial.
2. Inmediatez, se tiene que Colpensiones negó el derecho pensional a través de la Resolución SUB 319578 del 6 de diciembre de 2018, y que el 18 de marzo de 2019, presentó ante dicha entidad un derecho de petición solicitando información sobre su situación pensional, de modo que, al haberse presentado esta acción constitucional el 31 de mayo del año en curso, es decir, término que se considera razonable, se cumpla también con este requisito.

1. Frente al requisito de subsidiariedad, la Sala observa que si bien la acción de tutela no es el único medio o instrumento de defensa judicial que posee el accionante para la protección de sus derechos fundamentales, pues puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para lograr el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que reclama, lo cierto es que dicho mecanismo no es idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos presuntamente vulnerados, en la medida en que está en condición de discapacidad, pues posee una pérdida de capacidad laboral del 67.18%, amén de que según las declaraciones extrajuicio aportadas al plenario, se encuentra en graves condiciones socioeconómicas, por lo que requiere una solución pronta por esta vía expedita y sumaria.
2. En cuanto a la afectación al mínimo vital, debe tenerse en cuenta que dados los graves quebrantos de salud de accionante, pues padece de múltiples patologías “Hipertensión Esencial (Primaria)”, “*Diabetes Mellitus insulinodependiente con complicaciones múltiples”, “Insuficiencia renal terminal” y “Amputación de miembros”;* lógico resulta entonces que no pueda acceder al mercado laboral y proveerse su sostenimiento diario, amén de que refiere que no cuenta con los medios económicos para subsistir, afirmación ésta que a pesar de constituir una afirmación indefinida, no fue desvirtuada por la parte accionada.

Lo anterior, es suficiente para dar por sentado de manera favorable el examen de procedibilidad formal de la acción de tutela, por lo que procederá la Sala a verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, advirtiendo desde ya que es deber del accionante demostrar que satisface todos los requisitos legales para el efecto.

Así las cosas, en consideración a que la norma aplicable para el reconocimiento de la pensión de invalidez es la que vigente al momento de estructurarse el estado invalidante, en el sub-lite, no es otra que la Ley 860 de 2003, dado que tal situación en el accionante tuvo lugar el 5 de octubre de 2015.

Dicho precepto normativo, exige como presupuestos para acceder a la pensión de invalidez: (i) tener una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50 % y, (ii) haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. Frente al primero, no hay duda de su reconocimiento, pues tal como se dijo, según el dictamen No. DML2521 de 2018 expedido por Colpensiones, el actor presenta una pérdida de capacidad laboral del 67.18%, de origen común, estructurada el 5 de octubre de 2015, ver folios 42 a 45.

Empero, el segundo requisito, tal como se aduce en el escrito de tutela, no se satisfizo por el accionante, ni aun bajo los presupuestos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que le introdujo modificaciones a la norma aplicable al asunto, en la medida en que, por un lado el asegurado no alcanzó a colmar 50 semanas de aportes dentro de los tres (3) años que preceden a tal estructuración; y por el otro, en su calidad de afiliado no cotizante al momento del tránsito legislativo entre la Ley 100/93 y la 860 de 2003, esto es, al 26 de diciembre de 2003, no demostró haber aportado 26 semanas o más en el año inmediatamente anterior al cambio, es decir, entre el 26 de diciembre de 2002 y ese mismo día y mes del año 2003, amén de que la estructuración de su estado invalidante tampoco no ocurrió entre ese límite temporal, por consiguiente, acorde con la interpretación del órgano de cierre de la especialidad laboral, no lo cobija el postulado del principio de la condición más beneficiosa (ver sentencia CSJ SL 2358 de 2017).

Ahora bien, el accionante solicita la aplicación ultractiva del Acuerdo 049/90, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, con apego a los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional.

No obstante, en el presente asunto no es tampoco procedente siquiera plantear el tema invocando dicho principio, si se tiene en cuenta que para admitir su aplicación y estudiar el reconocimiento de la pensión de invalidez con base en los postulados del Decreto 758 de ese mismo año, necesariamente se requiere que: (i) el afiliado haya satisfecho 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, requisito que debe estar satisfecho para el momento en que comenzó a regir la Ley 100/93, o **sea antes del 1º de abril de 1994** o (ii) que tenga 150 semanas cotizadas dentro de los 6 años anteriores antes de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, es decir entre el 1º de abril de 1988 y el mismo día y mes del año 1994, además de tener esa misma densidad de semanas (150) en los seis años que anteceden la estructuración de la invalidez, en el entendido de que ese suceso debe ocurrir antes del 1º de abril de 2000. (Ver sentencia CSJ SL 466 de 2013).

De lo anterior, puede establecerse que para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, se requiere que las 300 semanas exigidas, deban haber sido cotizadas **con antelación al 01 de abril de 1994,** fecha en la cual entró a regir la Ley 100 de 1993, y no en cualquier tiempo como se pretende y, frente a la hipótesis de las 150 semanas en los 6 años anteriores, exige como primera medida que la estructuración de la invalidez ocurra en el período de los 6 años que subsiguieron la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, hasta el 31 de marzo de 2000.

Ninguno de tales supuestos fue acreditado por el accionante, si se tiene en cuenta que las 300 semanas de cotización apenas las vino a reunir en el año 2008, y si bien reporta más de 150 semanas en los 6 años anteriores a la vigencia de la Leu 100/93, en todo caso, la estructuración de la invalidez está por fuera del límite temporal fijado por la jurisprudencia en cita, razón por la cual refulge evidente que tampoco se dan las condiciones para reconocerse el derecho con apoyo en esa normativa.

Por consiguiente, no es dable resolver el caso acudiendo a dicha regla excepcional y restrictiva, por cuanto si bien la acción de tutela podría considerarse el mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales que se invocaron como vulnerados, lo cierto es que el accionante no acreditó haber reunido el número de semanas exigidas en vigencia de una norma ya derogada, para efectos de consolidar una expectativa legítima, razón por la que su situación pensional está gobernada íntegramente por la Ley 860 de 2003, vigente para el momento en que se estructuró su invalidez, sin que lograse acreditar el cumplimiento de los requisitos allí exigidos para acceder al derecho.

Por ende, se modificará la sentencia de primer grado que declaró la improcedencia de la presente acción, para en su lugar, negar el amparo constitucional solicitado.

En mérito de lo expuesto***,*** *el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,* administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

 **RESUELVE**

**1º. Modificar** el ordinal 1º de la sentencia impugnada proferida el 14 de junio de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la presente acción de tutela, en el sentido de **Negar** el amparo constitucional solicitado por el señor Mauricio Céspedes Mejía, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**2º. Confirmar** todo lo demás**.**

**3º. Notificar** la decisión por el medio más eficaz.

**4º. Remitir** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

***FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES***

***ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA***

 *Magistrada Magistrada*

1. Sentencia T-673 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa [↑](#footnote-ref-1)
2. 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. [↑](#footnote-ref-2)
3. Consultar en este punto la Sentencia T-789 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia T-647 de 13-10-2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia T-948 de 2007. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T-194 de 2016. [↑](#footnote-ref-6)