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.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante : Jairo Antonio Giraldo Henal

Accionado : Colpensiones

Litisconsorte : Subdirección de Determinación VI de Colpensiones

Terceros : Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones y otros

Radicaciones : 66001-31-18-001-2022-00003-01

Despacho de origen : Juzgado 1º Penal del Circuito para Adolescentes con función de conocimiento

Mg Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 86 del 03-03-2022

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE INVALIDEZ / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA / EXCEPCIONES / REQUISITOS / CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA / SE CONCEDE EL AMPARO.**

Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial… Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: (i) La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

La CC, en sede de unificación, respecto a reclamos tutelares relacionados con acreencias pensionales de invalidez y, a efectos de respetar la competencia privativa del juez ordinario laboral, fijó el siguiente “test de procedencia” que el juez constitucional debe comprobar para superar la residualidad…:

“… Debe acreditarse que el accionante, además de ser una persona en situación de invalidez, pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en una situación de riesgo derivada de, entre otras, alguna de las siguientes condiciones: (i) analfabetismo, (ii) vejez, (iii) pobreza extrema, (iv) cabeza de familia, (v) desplazamiento o (vi) padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa…”

A juicio de la Sala el presente asunto supera la subsidiariedad. El actor: (i) Además de la invalidez calificada, padece una enfermedad catastrófica…

(ii) Carece de recursos económicos para garantizar su subsistencia y la del núcleo familiar, conformado por su compañera permanente y nieta menor de cuatro (4) años…

La Alta Colegiatura… estableció como fundamentos para la valoración y reconocimiento vía tutela de una pensión de invalidez, los siguientes: (i) La seguridad social; (ii) La protección de las personas que por su condición de salud se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta; (iii) La confianza legítima; y, (iv) La condición más beneficiosa.



REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**ST2-0055-2022**

**Tres (3) de marzo de dos mil veintidós (2022).**

1. **El asunto por decidir**

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Informa el accionante tener 62 años y estar calificado con pérdida de capacidad laboral (En adelante PCL) del 50,34%, estructurada el 24-04-2021; solicitó el reconocimiento pensional y la autoridad lo desestimó con la resolución SUB268285 del 13-10-2021 porque incumple el requisito de las 50 semanas cotizadas durante los últimos tres (3) años, confirmada con la resolución DPE11360 del 17-12-2021, sin tener en cuenta la sentencia SU-442 de 2016 de la CC sobre la condición más beneficiosa. Agrega que ejerce la acción debido al tumor maligno que padece y su avanzada edad (Cuaderno No.1, pdf No.02).

1. **Los derechos invocados y la petición de protección**

El mínimo vital, la dignidad humana y la seguridad social. Pidió ordenar a la encausada reconocer y pagar la subvención pensional de invalidez, conforme al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 (Cuaderno No.1, pdf No.02).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

Se admitió la acción con auto del 13-01-2022 (Cuaderno No.1, pdf No.03); el 24-01-2022 se vinculó un litisconsorte (Ibidem, pdf No.06); el 25-01-2022 se sentenció (Ibidem, pdf No.09); y, el 03-02-2022 se concedió la impugnación (Ibidem, pdf No.12). Esta Magistratura con auto del 22-02-2022 decretó pruebas de oficio y enteró una irregularidad procesal; las partes atendieron el requerimiento (Cuaderno No.2, pdf Nos.05-09)

El fallo declaró improcedente la tutela, por carecer de subsidiariedad, porque el actor puede ventilar el problema jurídico ante los jueces laborales y no probó la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable (Cuaderno No.1, pdf No.09).

Recurrió el interesado y alegó que la grave enfermedad que padece y la precaria situación económica, son motivos suficientes para advertir la posible consumación de un perjuicio irremediable. Pidió revocar la decisión y conceder las pretensiones (Ibidem, pdf No.11).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
   1. La competencia funcional. La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del Despacho de la causa (Art. 32, D.2591/1991).
   2. El problema jurídico a resolver. ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado 1º Penal del Circuito para Adolescentes con función de conocimiento de Pereira, según la impugnación?
   3. Los presupuestos generales de procedencia
      1. La legitimación en la causa. Se cumple por activa porque el accionante está afiliado a Colpensiones y presentó la reclamación pensional (Ib., pdf No. 05, folios 16-21); y, en el extremo pasivo la **(1)** Subdirección de Determinación VI y la **(2)** Dirección de Prestaciones Económicas de Colpensiones por ser competentes para resolver ese tipo de ruegos y expedir los respectivos actos administrativos (Ib., pdf No.05, folios 16-21) (Acuerdo 131/2018).

Distinto es respecto a las Direcciones de **(3)** Medicina Laboral y **(4)** Acciones Constitucionales, ya que son incompetentes para resolver reclamaciones pensionales, tampoco fueron destinarios de los ruegos y emitieron respuesta alguna al interesado. Se adicionará el fallo para declarar improcedente el amparo en su contra, por carecer de legitimación(Acuerdo 131/2018).

5.3.2. La inmediatez.El artículo 86, CP, regula esta acción como mecanismo para proteger los derechos fundamentales de toda persona, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública o un particular.

Este requisito: *“(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”*, por lo tanto, *“(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)”* (2020)[[1]](#footnote-1). Aquello porque: *“(…) el transcurso de un lapso importante entre la presunta violación de derechos fundamentales y la presentación de la acción de tutela «es indicativo de la menor gravedad de la vulneración alegada o de la poca importancia que tendría el perjuicio que ella causa (…)”* (2021)[[2]](#footnote-2). Criterio reiterado por la Alta Magistratura (2022)[[3]](#footnote-3).

Se satisface porque la acción se promovió (13-01-2022) (Id., pdf No.01) aproximadamente un (1) mes después de expedido el último acto administrativo rebatido (17-12-2021) (Ib., pdf No.05, folios 19-21), claramente, dentro del plazo general de los seis (6) meses, fijado por la doctrina constitucional[[4]](#footnote-4)-[[5]](#footnote-5).

5.3.3. La subsidiariedad. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2021)[[6]](#footnote-6). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: **(i)** La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y **(ii)** La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

La CC, en sede de unificación, respecto a reclamos tutelares relacionados con acreencias pensionales de invalidez y, a efectos, de respetar la competencia privativa del juez ordinario laboral, fijó el siguiente *“test de procedencia”* que el juez constitucional debe comprobar para superar la residualidad, a saber (2019)[[7]](#footnote-7):

… Debe acreditarse que el accionante, además de ser una persona en situación de invalidez, pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en una situación de riesgo derivada de, entre otras, alguna de las siguientes condiciones: (i) analfabetismo, (ii) vejez, (iii) pobreza extrema, (iv) cabeza de familia, (v) desplazamiento o (vi) padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa.

Debe poder inferirse razonablemente que la carencia del reconocimiento de la pensión de invalidez afecta directamente la satisfacción de las necesidades básicas del accionante, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.

Deben valorarse como razonables los argumentos que proponga el accionante para justificar su imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigente al momento de la estructuración de la invalidez.

Debe comprobarse una actuación diligente del accionante para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez …

A juicio de la Sala el presente asunto supera la subsidiariedad. El actor: (i) Además de la invalidez calificada, padece una enfermedad catastrófica (Adenocarcinoma de colon sigmoide) (Ib., pdf No.05, folios 13-15).

(ii) Carece de recursos económicos para garantizar su subsistencia y la del núcleo familiar, conformado por su compañera permanente y nieta menor de cuatro (4) años (Cuaderno No.2, pdf No.08). No tiene bienes, la enfermedad le impide realizar su único oficio *“(…) genera limitaciones graves para la ejecución de tareas propias de su actividad laboral como soldador (…)”* (Cuaderno No.1, pdf No.05, folio 14), sobrevive de la ayuda que le brinda mensualmente un hermano y pertenece al régimen subsidiado de seguridad social[[8]](#footnote-8), circunstancia última que, por sí misma, permite inferir la incapacidad económica, habida cuenta de que solo cobija personas en estado de pobreza (Art.212, Ley 100).

(iii) Es razonable que el interesado dejara de cotizar a pensión, pues, solo desempeñó empleos informales (Cuaderno No.2, pdf No.08); y, (iv) Es evidente su actuar diligente. Reclamó la pensión (15-06-2021) (Ib., pdf No.05, folio 16) dos (2) meses después de expedida la calificación de PCL (26-04-2021) (Ib., pdf No.05, folio 16) y recurrió en apelación el acto administrativo desestimatorio (Ib., pdf No.05, folio 19).

Así las cosas, se considera que la vía ordinaria para procurar el reconocimiento pensional, bastante congestionada en este Distrito, que probablemente se extienda a dos instancias, bien por la apelación o consulta de la decisión, *se torna inidónea para salvaguardar con eficacia sus derechos constitucionales a la seguridad social y al mínimo vital*.

* 1. La pensión de invalidez - condición más beneficiosa. La Alta Colegiatura (2021)[[9]](#footnote-9) estableció como fundamentos para la valoración y reconocimiento vía tutela de una pensión de invalidez, los siguientes: **(i)** La seguridad social; **(ii)** La protección de las personas que por su condición de salud se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta; **(iii)** La confianza legítima; y, **(iv)** La condición más beneficiosa.

En torno a la confianza legítima, aseveró: *“(…) Quien ha reunido la densidad de semanas de cotización para pensionarse por invalidez en vigencia de un régimen, aun cuando no haya perdido aún la capacidad laboral en el grado exigido por la Ley, se forja la expectativa legítima consistente en la posibilidad de pensionarse en caso de que sobrevenga la ocurrencia del riesgo (…)”.* Y a continuación expuso: *“(…) una alteración abrupta, desprovista de regímenes de transición, y además desfavorable, constituye una defraudación de la confianza legítimamente contraída en la estabilidad de las instituciones (…)”.*

La expectativa legítima, entonces, se advierte en la persona que cotice a pensión en vigencia de un régimen que posteriormente se modifique o derogue, sin que el legislador prevea la transición, así lo adujo la Corte[[10]](#footnote-10): *“(…) una solicitud de reconocimiento pensional puede examinarse conforme a la condición más beneficiosa prevista en normas anteriores a la vigente al estructurarse una pérdida de 50% o más de capacidad laboral, en la medida en que la persona se haya forjado una expectativa legítima en vigencia de la normatividad anterior, y en que la reforma de esta última no se haya acompañado de un régimen de transición constitucionalmente aceptable (…)”.* Sublínea extratextual.

Seguidamente, la CC (2019)[[11]](#footnote-11) unificó el criterio jurisprudencial respecto a aplicación del Acuerdo 049 de 1990 y explicó que: *“(…) solo respecto de personas en situación de vulnerabilidad, esto es,* ***aquellas que satisfacen las exigencias del “test de procedencia”****(…) resulta razonable y proporcionado interpretar el principio de la condición más beneficiosa en el sentido de aplicar de manera ultractiva las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 en lo que respecta a la exigencia de densidad de semanas de cotización, a pesar de que su condición de invalidez se hubiere estructurado en vigencia de la Ley 860 de 2003 (…)”* (Negrilla a propósito) y aclaró que el reconocimiento de la prestación por parte del juez constitucional solo permite ordenar el pago de mesadas pensionales a partir de la presentación de la acción de tutela; los retroactivos, intereses e indexaciones, deben ser reclamados ante el juez ordinario laboral[[12]](#footnote-12).

1. **El caso concreto analizado**

Se revocará la sentencia opugnada para en su lugar amparar los derechos conculcados por la autoridad accionada, en razón a que desatendió el precedente jurisprudencial constitucional[[13]](#footnote-13) relativo a que el Acuerdo 049 de 1990 aplica para las personas que, durante su vigencia y antes de que entrara a regir la Ley 100, hayan cotizado las semanas exigidas.

Según los supuestos fácticos y los argumentos jurídicos plasmados, está probado que el actor reúne los requisitos de: **(i)** PCL superior al 50% (Art. 39, Ley 860), estructurada el 24-04-2021 (Ib., pdf No.05, folio 15); y, **(ii)** Cotización de 300 semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez, en vigencia del Acuerdo 049 de 1990 y antes de que entrara a regir la Ley 100 (01-04-1994), ya que aportó durante 2.374 días, equivalentes a 339 semanas, aproximadamente, entre el 06-05-1987 y el 18-12-1993 (Ib., pdf No.05, folio 16).

Así las cosas, fácil se advierte que el actor sí se forjó una expectativa legítima de pensionarse en caso de invalidez, inafectable por una modificación abrupta de las reglas aplicables, desprovista de regímenes de transición, y en aplicación del principio de la condición más beneficiosa desarrollado por la CC (2020)[[14]](#footnote-14). En consecuencia, se ordenará a las dependencias accionadas reconocer y pagar la mesada pensional de invalidez a partir de la presentación de la acción de tutela; las demás reclamaciones derivadas de la prestación deberán ventilarse ante el juez ordinario laboral, según la autorizada doctrina constitucional (2019)[[15]](#footnote-15).

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala 3ª de Asuntos Penales para Adolescentes, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**F A L L A,**

1. REVOCAR la sentencia proferida el 25-01-2022 por el Juzgado 1º Penal del Circuito para Adolescentes con función de conocimiento de Pereira, en su lugar, AMPARAR los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del señor Jairo Antonio Giraldo Henao.
2. ORDENAR, en consecuencia, a las doctoras Dalia Teresa Gamboa Naranjo y Andrea Marcela Rincón Caicedo, como Subdirectora de Determinación VI y Directora de Prestaciones Económicas de Colpensiones, respectivamente, en un plazo de cuarenta (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta decisión: **(i)** RECONOCER y PAGAR a favor del señor Giraldo Henao la pensión de invalidez constituida a partir de la presentación del amparo, es decir, desde el 13-01-2022.
3. ENVIAR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese,

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**Jorge A. Castaño Duque JAIME A. SARAZA N.**

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

*Con salvamento de voto*

1. CC. T-075 de 2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-131 de 2021. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-039 de 2022. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. SU-037 de 2019 y [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ. STC2701-2020, STC13404-2019,STC2154-2016 y STC10383-2016. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-034-2021, [T-053 de 2020](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-053-20.htm), T-422 de 2019, T-359 de 2019, C-132 de 2018, T-015 de 2016, T-162 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. SU-556 de 2019, reiterada en la T-036 de 2021. [↑](#footnote-ref-7)
8. <https://www.adres.gov.co/consulte-su-eps>. Consultado el 01-03-2022. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. SU-442 de 2016, reiterada T-703 de 2017 y SU-005 de 2018, T-086 de 2018 y T-113-2021 [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. SU-556 de 2019 [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. y T-359 de 2020, SU-556 de 2019 y SU-442 de 2016. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. SU-556 de 2019. [↑](#footnote-ref-15)