***TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO***

******

***PEREIRA RISARALDA***

***MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES***

*Radicación Nro.: 66001-31-05-002-2015-00633-01*

*Proceso: Acción de Tutela*

*Accionante: Teresa Salazar Acevedo*

*Accionado: Colpensiones*

*Juzgado de Origen: Segundo Laboral del Circuito*

*Providencia: Segunda Instancia*

***Tema****:*

TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES LABORALES/ Improcedencia cuando no existe certeza sobre el cumplimiento de los presupuestos requeridos para acceder a la pensión de invalidez

“(…) es evidente que hay una controversia en torno a la fecha de estructuración, pues la determinada en el dictamen es del 01 de junio de 2013, lo que no le permitiría causar el derecho pues en los tres años anteriores no tiene cotizaciones, y ella persigue que se tome como tal la de la última cotización -31 de mayo de 2008-. Este aspecto, resulta esencial para determinar la existencia misma del derecho pensional, habida cuenta que es desde la fecha de estructuración que se cuentan las semanas para determinar el nacimiento de la pensión de invalidez; por lo que no hay certeza de que la señora Salazar Acevedo tenga derecho a esa pensión, aspecto que sin duda, debe ser sometido a debate en el curso de un proceso ordinario laboral, que cuenta con las etapas procesales correspondientes para el efecto. (…)”

Cita: Corte Constitucional, sentencia T-334 de 2011.

Pereira, dieciséis de febrero de dos mil dieciséis.

Acta número \_\_\_\_ 16 de febrero de 2016.

 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 30 de noviembre de 2015, dentro de la acción de tutela promovida por ***Teresa Salazar Acevedo*** en contra de la ***Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones,*** por la presunta violación de sus derechos fundamentales al mínimo vital, la dignidad humana, la seguridad social y la igualdad.

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

*I-* ***SENTENCIA.***

***1. Hechos jurídicamente relevantes.***

Relata el apoderado judicial de la accionante, que esta padece desde hace algún tiempo de múltiples problemas de salud, consistentes en trastorno depresivo de la conducta, disminución de la agudeza visual y varices, que por tal motivo inició el trámite para la calificación de su pérdida de capacidad laboral, que tal proceso concluyó con un dictamen que fijó la merma en la capacidad laboral de la actora en un 52.78%, estructurada el 01 de junio de 2013 y con un origen común, que por tal motivo se solicitó la pensión de invalidez a Colpensiones, que la entidad negó la prestación aduciendo que no tenía cotizaciones en los tres años que anteceden a la estructuración de la invalidez, que la accionante cuenta con 465,71 semanas cotizadas en toda su vida, siendo su último aporte el 31 de mayo de 2008, calenda para la cual dejó de laborar, pues sus capacidades se encontraban altamente mermadas, lo que se prueba con el inicial dictamen de la Junta de Risaralda, que indica que la pérdida de capacidad laboral se estructuró el 25 de noviembre de 2008. Refiere que la jurisprudencia constitucional ha tomado en estos casos como calenda de estructuración de la invalidez la fecha de la última calificación.

Finalmente indica que la accionante es una persona de 72 años de edad, que se encuentra en una situación económica precaria, que no cuenta con un ingreso mínimo vital y depende de la ayuda de sus amigos y familiares, razón por la cual no puede soportar el trámite de un proceso ordinario laboral, siendo la tutela el mecanismos idóneo para proteger sus garantías fundamentales.

Por tales razones pide que se ampare los derechos fundamentales anunciados y se ordene a Colpensiones como medida para su protección, el reconocer la pensión de invalidez tomando como fecha de estructuración el 31 de mayo de 2008.

***2. Actuación procesal.***

Admitida la tutela, se dio traslado a Colpensiones, entidad que allegó respuesta aduciendo que la tutela es un mecanismo subsidiario, que el real escenario para debatir el derecho perseguido son los procedimientos administrativos y judiciales.

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

La *a-quo* dictó sentencia de fondo por medio de la cual negó la acción pretendida, al encontrar que esta Sala de Decisión acogió un criterio de la Corte Constitucional, en el que indicó que para que un acción de tutela proceda para el pago de prestaciones económicas de la seguridad social, es indispensable que se satisfagan tres presupuestos: (i) que se acredite una inminente afectación del mínimo vital como perjuicio irremediable, (ii) que los medios judiciales existentes sean insuficiente para contrarrestar la amenaza y (iii) que resulta indiscutible la prestación perseguida. En el caso puntual, la a-quo encontró que la prestación pensional no es irrebatible, pues existe una clara disputa sobre la fecha desde la cual se estructuró la pérdida de capacidad laboral, lo que implica un análisis probatorio y jurídico más a fondo del que puede surtirse en una acción de tutela, dado lo breve y sumario del trámite de tutela.

***4. Impugnación.***

El apoderado judicial de la accionante impugnó la anterior decisión, encontrando que la procedencia de la acción de amparo constitucional se basa en el delicado estado de salud de la accionante, lo que la lleva a tener una pérdida de capacidad laboral del 52.78%, además de su precaria condición económica y su avanzada edad, lo que hace imperioso que deba resolverse su situación pensional de inmediato, so pena de causar un 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***

*¿Es posible que por vía de tutela se ordene el pago de la pensión de invalidez a la accionante?*

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

 La acción de tutela fue estatuida por el Constituyente de 1991 con el fin de dotar a las personas de un mecanismos expedito para proteger sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos hubieren resultado afectados o vulnerados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de los particulares, en los precisos casos señalados por el legislador.

Una de las características especiales de la esta acción constitucional, es su carácter subsidiario, lo que quiere decir que su aplicación está restringida a aquellos eventos en los cuales no existe otro medio de defensa judicial o el existente resulta poco idóneo para amparar la garantía fundamental.

Entratándose del reconocimiento de una prestación pensional, se ha dicho con suficiencia que, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo, pues se cuenta con el proceso ordinario laboral que es el escenario adecuado para rebatir la procedencia de la misma, en la cual se cuenta con las oportunidades probatorias y de defensa idóneas que garantizan una mejor decisión por parte del Juez. Sin embargo, por vía de excepción, es posible que se ordene por medio de tutela el pago de tales prestaciones, siempre que se satisfagan unas subreglas decantadas por la jurisprudencia constitucional, las cuales se enlistan con precisión, entre otras, en la sentencia T-334 de 2011, con el siguiente tenor:

*“Acercando dichos requisitos generales de procedencia de la tutela, al pago de prestaciones económicas pensionales por esa vía, tema desarrollado ampliamente por esta Corte, se pueden identificar las siguientes reglas jurisprudenciales: i) Que no exista otro medio idóneo de defensa judicial, aclarando que “la sola existencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada”. La idoneidad debe ser verificada por el juez constitucional en cada caso concreto, preguntándose si las acciones disponibles protegen eficazmente los derechos fundamentales de quien invoca la tutela, ya sea como mecanismo transitorio o no. ii) Que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable y/o una inminente afectación a derechos fundamentales. iii) Que la falta de reconocimiento y/o pago de la pensión se origine en actuaciones que, en principio, permitan desvirtuar la presunción de legalidad que gozan las actuaciones de las entidades administradoras del servicio público de la seguridad social. iv) Que se encuentre acreditado el cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios para el reconocimiento y/o pago de la pensión o que, sin que ello se encuentre plenamente demostrado, exista un alto grado de certeza respecto de la procedencia de la solicitud. v) Que a pesar de que le asiste al accionante el derecho pensional que reclama, éste fue negado de manera caprichosa o arbitraria”.*

Como se decanta de la cita jurisprudencial, uno de los presupuestos exigidos para que se pueda ordenar, en sede de tutela, el reconocimiento y pago de prestaciones económicas derivadas del sistema de seguridad social en pensiones, es que exista certeza –total o en alto grado- de que el titular del derecho fundamental satisface los presupuestos exigidos para acceder a ella y que, por ende, su negativa obedece a actuaciones caprichosas o arbitrarias de la entidad.

En el caso sub-lite, tal como lo encontró la juzgadora de primer grado, es evidente que hay una controversia en torno a la fecha de estructuración, pues la determinada en el dictamen es del 01 de junio de 2013, lo que no le permitiría causar el derecho pues en los tres años anteriores no tiene cotizaciones, y ella persigue que se tome como tal la de la última cotización -31 de mayo de 2008-. Este aspecto, resulta esencial para determinar la existencia misma del derecho pensional, habida cuenta que es desde la fecha de estructuración que se cuentan las semanas para determinar el nacimiento de la pensión de invalidez; por lo que no hay certeza de que la señora Salazar Acevedo tenga derecho a esa pensión, aspecto que sin duda, debe ser sometido a debate en el curso de un proceso ordinario laboral, que cuenta con las etapas procesales correspondientes para el efecto.

Lo anterior lleva, indefectiblemente, a la misma conclusión que adoptó la Jueza de primer grado, razón por la cual se confirmará la decisión impugnada.

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,

***FALLA***

***1º. Confirmar*** el fallo del 30 de noviembre de 2015, proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira Risaralda dentro de la acción de tutela adelantada por la señora **Teresa Salazar Acevedo** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**

***2. Notificar*** *la decisión por el medio más eficaz.*

***3. 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**

Magistrado Ponente

**ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

 Magistrado Magistrada -Salva voto-

**Leonardo Cortes Pérez**

Secretario

Providencia: Sentencia del 16 de febrero de 2016

Radicación No. : 66001-31-05-002-2015-00633-01

Proceso: ACCIÓN DE TUTELA

Accionante: TERESA SALAZAR ACEVEDO

Accionado: COLPENSIONES

Magistrado Ponente: Dr. FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

SALVAMENTO DE VOTO: Dra. ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Tema: PENSIÓN DE INVALIDEZ TRANSITORIA: La Corte Constitucional en la sentencia T-483 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa, reiteró el deber de los agentes del estado de realizar actos tendientes a garantizar el goce y ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas en estado de incapacidad. En cumplimiento de ese deber constitucional, el Alto Tribunal, como acción afirmativa, ha concedido la pensión de invalidez a veces en forma definitiva y otras en forma transitoria, dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso y ha exhortado a todos los jueces constitucionales a que hagan lo propio.

# SALVAMENTO DE VOTO

Frente al proyecto aprobado por la Sala mayoritaria manifiesto mi inconformidad total, por las siguientes razones:

1. **Precedente jurisprudencial respecto a las personas en situación de discapacidad:** La Corte Constitucional en la sentencia T-483 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa, reiteró el deber de los agentes del estado de realizar actos tendientes a garantizar el goce y ejercicio en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas en estado de incapacidad. En la aludida providencia se expuso lo siguiente:

“Las personas con discapacidad tienen derecho a no ser discriminadas y a que se adopten medidas tendientes a lograr que su derecho a la igualdad sea efectivo, garantizándoles su participación e integración plena en la sociedad. Este derecho está consagrado en la Constitución y en tratados internacionales, normas en las que se establecen obligaciones en cabeza del Estado, entre las que se encuentran la de “tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad” , y la de abstenerse de realizar actos o prácticas que sean incompatibles con su protección especial. Para cumplir estas obligaciones, existe un deber de adoptar medidas como la implementación de “ajustes razonables”, entendido como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que se requieren en un caso particular, para garantizarle a las personas con discapacidad el goce y ejercicio en condiciones de igualdad de sus derechos humanos y libertades fundamentales, las cuales no deben imponer una carga desproporcionada o indebida.”

En cumplimiento de ese deber constitucional, el Alto Tribunal, como acción afirmativa, ha concedido la pensión de invalidez a veces en forma definitiva y otras en forma transitoria, dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso y ha exhortado a todos los jueces constitucionales a que hagan lo propio.

1. **Caso concreto:** Solicita la actora que en sede de tutela se le conceda la pensión de invalidez, tomando como fecha de estructuración de la invalidez la que corresponde a la última cotización que hizo al fondo de pensiones COLPENSIONES que lo fue el **31 de mayo de 2008**, arguyendo que a partir de esa fecha sus capacidades laborales se encontraban sumamente menguadas y no podía vincularse laboralmente ni tampoco ejercer como trabajadora independiente. Como prueba de su disminución laboral por enfermedad, aduce que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 29 de abril de 2010 determinó que tenía una pérdida de capacidad laboral del 41.93% con fecha de estructuración el 25 de noviembre de 2008. Relata que con posterioridad fue valorada nuevamente por la Junta Nacional de Calificación Invalidez el 24 de abril de 2015 quien le determinó una pérdida de capacidad laboral del 52.78% con fecha de estructuración el 1º de junio de 2013, razón por la cual solicitó ante COLPENSIONES la respectiva pensión de invalidez pero dicha entidad se la negó por carecer de las 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración. Advirtió que cotizó al sistema un total de 465.71, que su actual estado patológico empeora con el transcurso del tiempo, lo cual, sumado a su avanzada edad (73 años) y su precaria situación económica le hace imposible esperar el fallo de un proceso ordinario.

Revisados los documentos anexos a la demanda, se observa que efectivamente la tutelante cuenta con dos dictámenes de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN en la que bajo la misma patología “TRASTORNO DEPRESIVO DE LA CONDUCTA, DISMINUCIÓN DE LA AGUDEZA SIN ESPECIFICACIÓN Y VARICES EN OTROS SITIOS” estipula dos porcentajes de pérdida de capacidad laboral y dos fechas distintas de estructuración de la misma (folios 15 a 24), tal como se narró líneas atrás. Así mismo del “REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES” (folio 25, 26) se infiere que en los tres años anteriores a la fecha de estructuración del segundo dictamen de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN *–que la fijó para el 1 de junio de 2013)-*, la actora NO cuenta con 50 semanas cotizadas. En cambio, si reuniría ese número en los tres años anteriores a la fecha de estructuración que se dio en el primer dictamen que lo fijó para el 28 de noviembre de 2008.

Este panorama devela que la determinación de cuál es la fecha de estructuración del estado de invalidez que se debe tener en cuenta en este caso, amerita un proceso que ofrezca mayores posibilidades probatorias como lo es el proceso ordinario, tal como lo sostiene la sentencia mayoritaria.

Con todo, teniendo en cuenta que al parecer la enfermedad de la actora es DEGENERATIVA, específicamente la que tiene que ver con el TRANSTORORNO DEPRESIVO DE LA CONDUCTA, la cual la viene padeciendo desde el 28 de noviembre de 2008 y cuya patología fue a la que con mayor porcentaje se le dio en el segundo dictamen, podría considerarse la posibilidad de otorgar en forma transitoria la pensión de invalidez a la tutelante, teniendo en cuenta su avanzada edad y la imposibilidad de seguir cotizando por los graves problemas que padece por cuenta del trastorno depresivo, como se narra en el ACTA INDIVIDUAL DE LA SALA No. 4, que a la sazón dice: *“Presenta un nivel cognitivo general muy bajo con respecto a su edad y escolaridad, orientada parcialmente en tiempo y lugar, con mucha dificultad hace proceso de cálculo, tiene problemas de memoria inmediata. Presenta dificultades para seguir órdenes de más de dos acciones, la reproducción del lenguaje es eficiente pero lenta, tiene problemas para denominar palabras de mediano y bajo uso, muestra problemas de fluidez fonológica y semántica con dificultad escribe y lee. No logro (sic) realizar la tarea de wiscon sin después de varias explicaciones y demostraciones, tiene problemas de flexibilidad mental y control mental, confunde los colores, pierde el foco de atención. Presenta depresión severa y problemas de comportamiento”.* (folio 18)

Se itera, el trastorno depresivo lo venía padeciendo la actora desde el 2008 y no desde el 1º de junio de 2013 como lo dijo la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN en el segundo dictamen, porque esa fecha en realidad corresponde a INFORME DE EVALUACIÓN NEUROPSICOLOGICA *–la del 1º de junio de 2013-* y no al momento en que la demandante adquirió la enfermedad, circunstancia que en realidad salta a la vista en la presente acción de tutela.

En estos términos sustento mi salvamento de voto

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN