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 Secretaría de esta Sala.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Providencia**: Sentencia – 2ª instancia – 15 de marzo de 2017

**Proceso:** Acción de Tutela – Revoca decisión del a quo y niega el amparo

**Radicación Nro.** : 66001-31-05-005-2014-00037-01

**Accionante:** José Uriel Muñoz

**Accionado:** Administración Colombiana de Pensiones Colpensiones

**Vinculado:** Gerencia Nacional de Reconocimiento y Nacional de Nómina de Colpensiones

**Tema a Tratar: SUBSIDIARIEDAD**

La Corte Constitucional ha dicho que la acción de tutela procede (i) cuando no existan otros medios de defensa judiciales para la protección del derecho amenazado o vulnerado; (ii) cuando existiendo los mismos no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales, caso en el cual la tutela desplaza el medio ordinario de defensa; (iii) y cuando sea imprescindible la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, opera entonces como mecanismo transitorio de protección.

Teniendo en cuenta lo anterior, el órgano de cierre constitucional[[1]](#footnote-1) ha determinado por regla general que la acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez resulta improcedente por cuanto existen mecanismos judiciales ordinarios, sin embargo, su procedencia es excepcional, cuando se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable o la falta de idoneidad del medio judicial ordinario.

Pereira, Risaralda, quince (15) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Acta número \_\_\_\_ de 15-03-2017

Decide la Sala la impugnación de la sentencia proferida dentro de la acción de tutela instaurada por el señor José Uriel Muñoz identificado con cédula de ciudadanía No.10.057.659, quien actúa a través de apoderado judicial, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones donde se vinculó a la Gerencia Nacional de Reconocimiento y Nacional de Nómina de Colpensiones.

**ANTECEDENTES**

**1. Derechos fundamentales invocados, pretensión y hechos relevantes en los que se funda**

Quien promueve el amparo, pretende la protección del mínimo vital, igualdad, y seguridad social, para lo cual solicita se ordene a Colpensiones reconozca y pague su pensión de invalidez desde el 31-05-2009, fecha en la que realizó la última cotización al sistema.

Narra su apoderado que (i) el accionante padece severos problemas de salud como cefalea, demencia, disminución de la agudeza visual y trastorno depresivo, razón por la cual inició proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, que concluyó el 01-08-2016, cuando se dictaminó por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda un porcentaje de 51.04%, con fecha de estructuración el 24-12-2014 y origen común; (ii) el 05-10-2016 solicitó la pensión de invalidez, que negó Colpensiones mediante Resolución No.GNR360564 del 29-11-2016, al acreditar cero (0) semanas entre el 24-12-2011 al 24-12-2014 y confirmada a través de Resolución VPB 45852 del 27-12-2016.

(iii) Agrega que el señor Muñoz tiene 417 semanas cotizadas y la fecha de la última cotización fue el 31-05-2009, debido a que no contaba con las capacidades físicas suficientes para emplearse y continuar cotizando al sistema como dependiente, por lo que resulta injusto que no se reconozca a su favor pensión de invalidez por no acreditar 50 semanas cotizadas en los últimos tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez; (iv) asimismo que su situación es lamentable, al contar con 71 años de edad y ser inválido, pues su situación económica es precaria al llevar más de siete 7 años sin laborar, por lo que depende de algunos familiares y amigos.

**2. Pronunciamiento de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**

Alegó que la acción de tutela es improcedente por cuanto toda controversia que se presente en el marco de la seguridad social debe ser conocida por la jurisdicción laboral. Que mediante resolución GNR 360564 de 29-11-2016 negó la pensión de invalidez, la que se encuentra debidamente notificada y mediante resolución VPB 45852 de 27-12-2016 resolvió el recurso de apelación por medio del cual confirmó la decisión.

**3. Pronunciamiento de la Gerencia Nacional de Reconocimiento y Nacional de Nómina de Colpensiones**

A pesar de estar debidamente notificados descorrieron el traslado en silencio.

**4. Sentencia impugnada**

La Jueza de instancia negó por improcedente la acción de tutela; como fundamento, manifestó que la controversia suscitada no es propia de un escenario constitucional, pues amerita un debate jurídico que debe dirigir el juez laboral, máxime cuando Colpensiones decidió por vía administrativa las solicitudes del accionante.

Agregó que el estado de invalidez alegado además presenta un escollo frente al derecho reclamado por vía de tutela, teniendo en cuenta que el actor al momento de la estructuración de la pérdida de capacidad laboral-24-12-2014- contaba con 69 años, por lo que la pérdida de capacidad laboral se debe a las consecuencias propias de la vejez (invalidez por decrepitud).

**5. Impugnación**

El accionante impugna el fallo al considerar que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez por ser una persona de 71 años de edad e inválida (51.04%), elementos que configuran una debilidad manifiesta, por lo que considera que se le debe reconocer su pensión con fecha de estructuración, la de su última cotización al sistema.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción, al ser superior funcional del Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, quien profirió la decisión.

**2. Problemas jurídicos**

En atención a lo expuesto por el accionante, la Sala se formula los siguientes interrogantes:

(i) ¿La acción de tutela es procedente para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que solicita el accionante quien cuenta con 71 años de edad y un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 51.04%?

(ii) De ser afirmativo lo anterior, ¿Se vulneró el derecho a la seguridad social del accionante con la expedición de la resolución GNR 360564 de 29-11-2016 que negó la pensión de invalidez por no haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración y no tener en cuenta las semanas cotizadas por el accionante mucho antes de ese momento?

Previo a abordar los interrogantes planteados le compete a la Sala verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

**3. Requisitos de procedencia de la tutela**

Se tiene como requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991: (i) la presunta vulneración de un derecho fundamental por acción u omisión de una autoridad pública y en algunos casos por particulares, (ii) legitimación por activa y por pasiva de los accionados, (iii) la inmediatez y (iv) subsidiariedad[[2]](#footnote-2).

**3.1. Legitimación**

Está legitimado por activa el señor José Uriel Muñoz, a través de apoderado debidamente constituido, al ser el titular de sus derechos al mínimo vital, igualdad, y seguridad social.

Así mismo, lo está por pasiva la Gerencia Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, pues a ella se le endilga la presunta conducta violatoria de los derechos al mínimo vital, igualdad, y debido proceso, cuya protección se reclama, por ser quien profirió la resolución GNR 360564 de 29-11-2016, de la que se duele el accionante.

Por el contrario, no lo está la Administradora de Pensiones Colpensiones ni la Gerencia Nacional de Nómina de la misma entidad, por no ser quienes profirieron la resolución en mención.

**3.2 Derecho fundamental**

No cabe duda que son fundamentales el mínimo vital, igualdad y seguridad social.

**3.3. Inmediatez**

Se encuentra también satisfecha por cuanto la fecha del acto administrativo es de 29-11-2016, el que quedó en firme el 27-12-2016 transcurriendo desde esta fecha hasta la presentación de la acción de amparo (23-01-2017), menos de un (1) mes que se considera razonable para incoar dicha acción.

**3.4. Subsidiariedad**

La Corte Constitucional ha dicho que la acción de tutela procede (i) cuando no existan otros medios de defensa judiciales para la protección del derecho amenazado o vulnerado; (ii) cuando existiendo los mismos no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales, caso en el cual la tutela desplaza el medio ordinario de defensa; (iii) y cuando sea imprescindible la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, opera entonces como mecanismo transitorio de protección.

Teniendo en cuenta lo anterior, el órgano de cierre constitucional[[3]](#footnote-3) ha determinado por regla general que la acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez resulta improcedente por cuanto existen mecanismos judiciales ordinarios, sin embargo, su procedencia es excepcional, cuando se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable o la falta de idoneidad del medio judicial ordinario.

En relación con la idoneidad del medio judicial adujo la Corte Constitucional[[4]](#footnote-4) que es necesario revisar que los mecanismos judiciales tengan la capacidad para proteger de forma efectiva los derechos de la persona, esto es, verificar que las pretensiones pueden ser tramitadas y decididas de forma adecuada por esta vía, o si por su situación, no puede acudir a dicha instancia.

Y respecto del perjuicio irremediable, de manera somera decantó[[5]](#footnote-5), que se presume que la pensión de invalidez es la forma en la que puede procurarse una vida digna y asegurar su mínimo vital, cuando la persona ha sido calificada con una pérdida de capacidad laboral alta y por ello ha dejado de recibir ingresos, y no cuenta con otros.

Sin embargo, el perjuicio irremediable debe estar acreditado, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia de la acción de tutela, teniendo en cuenta que al Juez de tutela le está vedado, en términos de la Corte Constitucional[[6]](#footnote-6), estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo el contexto en el que ha ocurrido el presunto perjuicio.

Asimismo dicho perjuicio en los términos de la Corte Constitucional[[7]](#footnote-7) debe ser (i) inminente, esto es que amenaza o está por suceder; (ii) urgente, que es necesario realizar o ejecutar para dar respuesta con prontitud; (iii) grave, que equivale a la intensidad del daño en la persona y (iv) que sea la acción de tutela impostergable en virtud de la urgencia y gravedad.

Por lo anterior, en caso de ser procedente la acción de tutela, la medida de amparo será definitiva, cuando el mecanismo judicial no resulte idóneo y eficaz, especialmente cuando la persona se enfrenta a un estado de indefensión o circunstancias de debilidad manifiesta; y transitoria, cuando a pesar de ser idóneo el mecanismo judicial, la amenaza o violación de los derechos requiere de medidas urgentes.

Al respecto la Sala avizora que se satisface el requisito de subsidiariedad como pasa a estudiarse, razón por la cual entrará a estudiar de fondo el presente amparo.

En primera medida es necesario señalar que la acción de tutela no es el único medio o instrumento de defensa judicial que posee el accionante para la protección de sus derechos al mínimo vital, igualdad y seguridad social, teniendo en cuenta que puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral a través de un proceso ordinario laboral para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que reclama, sin embargo dada su edad, 71 años de edad y situación de discapacidad, no es un mecanismo idóneo y eficaz para salvaguardar el derecho que considera conculcado, pues su pretensión puede ser tramitada y decidida de forma pronta por esta vía.

Por lo tanto se advierte que se cumple con uno de los requisitos para la procedencia excepcional de la tutela como es el de falta de idoneidad del medio judicial.

Ahora resulta pertinente abordar en segundo lugar el otro requisito que es el impedir la causación de un perjuicio irremediable o que esté consumado, en aplicación a lo previamente esbozado, se evidencia su existencia, que se infiere por su edad y su situación de discapacidad, lo que hace un sujeto de especial protección constitucional, aspecto que unidos, lógico resulta, está en imposibilidad de darse su sostenimiento.

En este orden de ideas, se tiene por configurado un perjuicio irremediable, razón por la cual resulta procedente esta acción de amparo.

Frente a lo anterior, ha establecido la Corte Constitucional[[8]](#footnote-8): *“(…) cuando se acredita que la negativa de otorgarla por parte de la empresa prestadora del servicio afecta el mínimo vital, la vida en condiciones dignas de una persona y de su núcleo familiar, y que además por su condición de discapacidad el tutelante requiere de una especial protección por parte del Estado, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para evitar que la vulneración persista.*

**4. Fundamentos jurídicos de la decisión**

**4.1 Pensión de invalidez**

Al tenor del artículo 39 de la Ley 860 de 2003, teniendo en cuenta la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de origen común del señor Muñoz (24-12-2014), se requiere para los afiliados al sistema de seguridad social, que sea declarado inválido y acredite 50 semanas dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Por su parte el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original dispuso que tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que sean declarados inválidos y cumplan con los siguientes requisitos: (i) que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de producirse el estado de invalidez o (ii) que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

Y el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, en el artículo 6 se dispone que tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan los siguientes requisitos: (i) ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y (ii) haber cotizado para el seguro de invalidez, vejez y muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.

**4.2 Principio de la condición más beneficiosa**

Frente a este aspecto, la Corte Constitucional[[9]](#footnote-9) ha caracterizado el principio de la condición más beneficiosa en pensiones de invalidez como un derecho constitucional, en virtud del cual 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 norma anterior y que en la forma de ésta no se haya acompañado de un régimen de transición.

**5. Caso concreto**

Se encuentra debidamente acreditado al interior de este trámite tutelar que: (i) el señor José Uriel Muñoz cuenta con 71 años de edad (fl.10); (ii) tiene una pérdida de capacidad laboral del 51,04%, de origen común y estructurada el 24-12-2014 (fls.11 a 12); (iii) el diagnóstico emitido en el dictamen de la pérdida de la capacidad laboral del señor Muñoz es de *“cefalea, demencia no especificada, disminución indeterminada de la agudeza visual de ambos ojos, trastorno depresivo recurrente, no especificado”* (iv) el accionante nació el 02-11-1945, según se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía, visible a folio 10 y; (v) que cotizó un total de 416,86 semanas al sistema pensional, desde el 03-07-1987, cuando se afilió al mismo, y el 31-01-2010, cuando efectuó la última cotización (fls.13 a 16).

Por otra parte, de conformidad con la fecha de estructuración del estado de invalidez del señor Muñoz, esto es, el 24-12-2014, la norma que se encontraba vigente era el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, sin el requisito de fidelidad al sistema, que fue declarado inexequible mediante sentencia C-428 de 2009, los únicos requisitos que debía cumplir para causar el derecho a la pensión de invalidez, era haber cotizado por lo menos 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de su estado de invalidez.

Conforme se precisó líneas atrás, el señor Muñoz tiene una pérdida de la capacidad laboral equivalente al 51,04%, estructurada el 24-12-2014 y en relación con el cumplimiento del requisito de la densidad de cotizaciones, en atención a los registros plasmados en la historia laboral visible a folios 13 y s.s. del cuaderno de primer grado, se advierte que entre 24-12-2014 y la misma fecha de 2011, es decir, dentro de los 3 años anteriores a la estructuración del estado de invalidez, el actor no tiene ninguna semana de cotización, con lo cual resultaría fácil colegir que no satisfizo las exigencias del artículo artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

Sin embargo y teniendo en cuenta la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, también se analizará su procedibilidad en el caso concreto.

A la luz de la Ley 100 de 1993 en su versión original, las exigencias de la mentada Ley para el reconocimiento de la pensión de invalidez tampoco se cumplen, por cuanto la historia laboral refleja que al momento de estructurarse el estado de invalidez (24-12-2014), no se encontraba cotizando el actor y, tampoco, reportaba aportes por 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a esa fecha, como lo exigía la norma en cuestión, toda vez que la última cotización realizada fue la del periodo de enero de 2010.

Sin que pueda analizarse bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, toda vez que el Acto Legislativo 01 de 2005 dispone en la parte final del inciso 4° que: “*Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones",* creado con la expedición de la Ley 100 de 1993y desarrollado a partir del artículo 10 *ibídem*, lo que significa que él se encuentra constituido por esa normativa y las modificaciones introducidas por la Ley 860 de 2003, en tratándose de la pensión de invalidez, de donde debe entenderse excluido el Acuerdo 049 de 1990, por ser anterior a estas, sin embargo, no sobra decir que aún si fuere aplicable dicho Acuerdo, tampoco reúne las 300 semanas de cotización con anterioridad al 01-04-1994, pues solo obtuvo 97.59 semanas, a pesar que demostró un porcentaje de pérdida de su capacidad laboral que le produjo una invalidez; tampoco las 150 en los últimos seis (6) años previos a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, 01-04-1988 al 31-03-1994, teniendo en cuenta que sólo logró 58,43 semanas, ni 150 dentro de los 6 años anteriores a la pérdida de capacidad laboral, en el entendido en que la invalidez no ocurrió antes del 01-04-2000 sino hasta el 24-12-2014.

Aunado a lo anterior, se tiene que al analizarse los pormenores que rodearon la contingencia, esto es, de la discapacidad, se colige que la misma se generó cuando el tenía cumplidos 69 años de edad y que lo fue por el producto de enfermedades propias de la vejez, demencia, disminución de la agudeza visual, y no de una patología o enfermedad en específico distante a la edad, como puede deducirse de la lectura del dictamen visible a folio 12, por lo tanto para estas personas que han perdido su capacidad para laborar por el deterioro natural del cuerpo humano no está dispuesta la pensión de invalidez, por lo que deben optar por el reconocimiento de la subvención por vejez, porque es este el riesgo o contingencia real que se presenta, de conformidad con el artículo 9 del Acuerdo 049 de 1990 aplicable de conformidad con el inciso 2 del artículo 31 de la Ley 100 de 1993 que expresamente tiene previsto una prestación diferente para estos eventos.

**CONCLUSIÓN**

Por consiguiente, si bien era procedente esta acción constitucional, no vulneró la Gerencia Nacional de Reconocimiento de Colpensiones el derecho a la seguridad social del actor, quien no tiene satisfechos los requisitos para adquirir la pensión de invalidez por ninguna de las normas ya referidas, en consecuencia se revocará la decisión del 02-02-2017 para en su lugar negar el amparo, sin que pueda cambiarse la fecha de estructuración apara anticiparla como lo pretende el actor, pues éste no es el entendido de las sentencias de la Corte Constitucional[[10]](#footnote-10) cuando a ello ha procedido.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda - Sala Cuarta de Decisión**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de 02-02-2017 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira dentro de la presente tutela, incoada por el señor José Uriel Muñoz identificado con cédula de ciudadanía No.10.057.659, quien actúa a través de apoderado judicial, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones donde se vinculó a la Gerencia Nacional de Reconocimiento y Nacional de Nómina de Colpensiones, para en su lugar **NEGAR** el amparo frente a la Gerencia Nacional de Reconocimiento de Colpensiones, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO: COMUNICAR** esta decisión a las partes e intervinientes en el término de Ley y al juzgado de origen.

**CUARTO: REMITIR** el expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Magistrada Ponente**

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN Magistrado Magistrada**

1. Corte Constitucional. Sentencia T-194 de 21-04-2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 12-04-2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional. Sentencia T-194 de 21-04-2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia T-304 de 15-06-2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-5)
6. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T-647 de 13-10-2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia T-032 de 01-02-2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [↑](#footnote-ref-8)
9. CORTE CONSTITUCIONAL. T-401 del 30-06-2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia T-194 de 21-04-2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. [↑](#footnote-ref-10)