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.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 2 de marzo 2018

Radicación No.: 66001-31-05-004-2018-00001-01

Proceso: Acción de tutela

Accionante: Alcibiades Rueda Pérez

Accionado: Colpensiones

Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

**Temas: SEGURIDAD SOCIAL / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA PARA OTORGAR PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL / REGLAS JURISPRUDENCIALES / ACREDITADAS EN EL CASO CONCRETO / PENSIÓN DE INVALIDEZ-REQUISITOS / CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA / NO CUMPLIÓ REQUISITO DE SEMANAS COTIZADAS / CONFIRMA NIEGA.** 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.

(…)

(iii) 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 en la actualidad cuenta con 70 años de edad, y está en condición de discapacidad, pues posee una pérdida de capacidad laboral superior al 50 %, por lo que requiere una solución pronta por esta vía expedita y sumaria.

(iv) En cuanto a la afectación al mínimo vital, debe tenerse en cuenta que dada la edad y los quebrantos de salud de accionante, lógico resulta 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 entidad accionada.

(…)

Ahora, si bien el órgano de cierre constitucional a través de múltiples pronunciamientos ha aceptado la aplicación ultractiva de normas ya derogadas, en virtud de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en el presente asunto no es procedente siquiera plantear el tema invocando dicho principio, por cuanto el accionante no demostró el cumplimiento de los requisitos exigidos en normas anteriores a la vigencia de la Ley 860 de 2003, pese a haber sufragado un total de 548.58 semanas de aportes al sistema entre el 1 de octubre de 2001 y el 31 de agosto de 2012, veamos:

(i) Al no estar cotizando al momento de la invalidez, debía entonces acreditar 26 semanas cotizadas dentro del año inmediatamente anterior al siniestro, requisito que no satisfizo, pues en dicho lapso reporta cero (0) cotización. Aunado a ello, la fecha de estructuración se dio más allá del 26 de diciembre de 2006, acorde con la interpretación del órgano de cierre de la especialidad laboral (sentencia SL 2358 de 2017).

(ii) Tampoco se podría acudir a la condición más beneficiosa (Acuerdo 049 de 1990), por cuanto al 1º de abril de 1994, el accionante ni siquiera estaba afiliado al sistema pensional.

Por consiguiente, no es dable resolver el caso acudiendo a dicha excepción, pues se itera, el accionante no ha contrajo una expectativa legítima por haber reunido el número de semanas exigidas en una norma ya derogada, 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 exigidos para acceder al derecho.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

****

**PEREIRA RISARALDA**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Radicación No.: 66001-31-05-004-2018-00001-01

Proceso: Tutela 2ª Instancia

Accionante: Alcibiades Rueda Pérez

Accionado: Colpensiones

Providencia Segunda Instancia

Tema: Excepción a la regla general de subsidiariedad de la acción de tutela: si bien por regla general la acción de tutela no procede para ventilar asuntos cuyo conocimiento ha sido asignado a la jurisdicción ordinaria, lo cierto es que con fundamento en la cláusula superior de protección preferente a las personas que se hallan en condiciones de vulnerabilidad (artículo 13 Constitución Política), el juez constitucional está facultado para intervenir en asuntos de dicha naturaleza.

Pereira, dos de marzo de dos mil dieciocho

### Acta número \_\_\_ del 02 de marzo de 2018.

Procede la Sala de Decisión Laboral de este Tribunal a resolver la impugnación, contra la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda), el 23 de enero de 2018, dentro de la acción de tutela promovida por ***Alcibiades Rueda Pérez*** contra de la ***Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones***, por la presunta violación de sus derechos fundamentales a la vida digna, seguridad social, mínimo vital, salud e igualdad.

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

**I. *HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES***

Relata el accionante que de conformidad con el dictamen emitido por ASALUD, presenta una pérdida de capacidad laboral del 55.03%, de origen común, estructurada el 29 de julio de 2016; que la Junta Regional de Calificación de Invalidez modificó la fecha de estructuración fijándola para el 10 de noviembre de 2015, a través del dictamen No. 10060677-567 de 2017; que cotizó un total de 548.58 semanas al sistema pensional administrado por Colpensiones, entre el 1 de octubre de 2001 y el 31 de agosto de 2012; que presentó solicitud de pensión de invalidez ante la entidad accionada, la cual fue resuelta negativamente mediante Resolución SUB 134543 del 2017; que para la entrada en vigencia de la Ley 860/03, esto es, al 29 de diciembre de 2002, se encontraba realizando aportes al sistema pensional y tenía más de 26 semanas en cualquier tiempo; que a la presentación de esta acción constitucional contaba con 70 años de edad.

Por consiguiente, solicita la protección de sus derechos fundamentales, y como consecuencia de ello, que en aplicación del principio de la condición más beneficiosa se ordene a Colpensiones reconocer y pagar la pensión de invalidez de origen común a partir del mes de noviembre de 2015, en cuantía no inferior al salario mínimo legal vigente, las mesadas adicionales y la sanción por mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100/93.

La entidad accionada allegó respuesta solicitando se declare la improcedencia de la acción de tutela, por considerar que el juez constitucional no es el competente para realizar un análisis de fondo frente al reconocimiento de la prestación reclamada, pues ello compete al juez ordinario.

*II.* SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La Jueza del conocimiento negó el amparo solicitado, considerando que pese a que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales invocados por el actor, lo cierto es que no acredita el cumplimiento de los requisitos para acceder a la prestación pensional reclamada, ni aun en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

*III.* IMPUGNACIÓN.

El accionante impugnó la decisión, ratificándose en los argumentos esbozados en el escrito de tutela.

*IV. CONSIDERACIONES.*

1. ***Competencia.***

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

1. ***Problema jurídico a resolver.***

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

***Desarrollo de la problemática planteada***

A efectos de analizar el objetivo que tiene la acción de tutela dentro del ordenamiento nacional, es preciso señalar que la misma 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, de entrada puede afirmarse que jurisprudencialmente está decantado que ésta 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 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 y 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.

**Caso concreto.**

El tutelante solicitó el amparo los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna, seguridad social, mínimo vital entre otros, los cuales considera transgredidos por la entidad accionada por no haberle reconocido 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 la sentencia que negó el derecho pensional – Resolución SUB 134543 del 25 de julio de 2017, quedó ejecutoriada el 13 de diciembre de ese mismo año, amén de que la presentación de esta acción judicial se dio el 11 de enero de 2018, por lo que apenas transcurrieron 28 días. De modo que, se trata de un término razonable que hace que se cumpla con este requisito.
3. 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 en la actualidad cuenta con 70 años de edad, y está en condición de discapacidad, pues posee una pérdida de capacidad laboral superior al 50 %, por lo que requiere una solución pronta por esta vía expedita y sumaria.
4. En cuanto a la afectación al mínimo vital, debe tenerse en cuenta que dada la edad y los quebrantos de salud de accionante, lógico resulta 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 entidad accionada.

Superado el examen de procedibilidad formal de la acción de tutela, la Sala constatará, en el caso bajo estudio, 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 se encuentre vigente al momento de estructurarse la situación invalidante, dado que en el caso del actor ello tuvo lugar el 10 de noviembre de 2015, la norma que gobierna su situación pensional es el artículo 39 de la Ley 860 de 2003, cuyos presupuestos para acceder a la pensión de invalidez se contraen a: tener una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50 % y, haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Frente al primer requisito, no milita discusión en torno a que el actor presenta una pérdida de capacidad laboral del 55.03 %, de origen común, estructurada el 10 de noviembre de 2015, ver folios 10 a 13.

De otra parte, en cuanto a la densidad de cotizaciones, conforme a la historia laboral allegada al plenario, se observa que durante el 10 de noviembre de 2012 y ese mismo día y mes del año 2012, esto es, durante los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, el actor reporta cero (0) semanas de aportes, por lo que fácil es colegir que no satisfizo las exigencias necesarias para hacerse acreedor del derecho a la prestación pensional acá reclamada.

Ahora, si bien el órgano de cierre constitucional a través de múltiples pronunciamientos ha aceptado la aplicación ultractiva de normas ya derogadas, en virtud de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en el presente asunto no es procedente siquiera plantear el tema invocando dicho principio, por cuanto el accionante no demostró el cumplimiento de los requisitos exigidos en normas anteriores a la vigencia de la Ley 860 de 2003, pese a haber sufragado un total de 548.58 semanas de aportes al sistema entre el 1 de octubre de 2001 y el 31 de agosto de 2012, veamos:

 (i) Al no estar cotizando al momento de la invalidez, debía entonces acreditar 26 semanas cotizadas dentro del año inmediatamente anterior al siniestro, requisito que no satisfizo, pues en dicho lapso reporta cero (0) cotización. Aunado a ello, la fecha de estructuración se dio más allá del 26 de diciembre de 2006, acorde con la interpretación del órgano de cierre de la especialidad laboral (sentencia SL 2358 de 2017).

(ii) Tampoco se podría acudir a la condición más beneficiosa (Acuerdo 049 de 1990), por cuanto al 1º de abril de 1994, el accionante ni siquiera estaba afiliado al sistema pensional.

Por consiguiente, no es dable resolver el caso acudiendo a dicha excepción, pues se itera, el accionante no ha contrajo una expectativa legítima por haber reunido el número de semanas exigidas en una norma ya derogada, 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 exigidos para acceder al derecho.

Por ende, se confirmará íntegramente 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,

***RESUELVE***

***1º. Confirmar*** el fallo impugnado, proferido el 23 de enero de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela de la referencia.

***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

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

 Magistrada Magistrada

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretario

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)