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 – 02 de mayo de 2018

Proceso:     Acción de Tutela – Pensión invalidez – Improcedente – Confirma

Radicación Nro. : 66001 31 09 001 2018 00025 010

Accionante: Luis Guillermo Zapata

Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

Magistrado Ponente: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Temas: **MÍNIMO VITAL / SEGURIDAD SOCIAL / VIDA DIGNA / PENSIÓN DE INVALIDEZ / IMPROCEDENTE / REVOCA / DEBILIDAD MANIFIESTA / CASO LÍMITE / CONCEDE -** Así las cosas, esta Sala considera que en atención a las circunstancias del caso concreto existe una afectación desproporcionada de los derechos fundamentales del señor Ossa Osorio con la aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, toda vez que tal como quedó demostrado en el plenario, el señor Ossa Osorio cotizó 47,15 semanas al sistema, cifra que se acerca a las 50 semanas de cotización exigidas por la Ley 100 de 1993, su pérdida de capacidad laboral es del 54.30%, ha cotizado al sistema un total de 567.71 y además, el accionante de avanzada de edad, 75 años, no cuenta con los ingresos suficientes para satisfacer las necesidades básicas propias y la de su familia, teniendo en cuenta que es el encargado del sostenimiento de su esposa, sus dos nietos y dos bisnietos como consta en la declaración rendida en el juzgado de primer grado (folio 143), por lo tanto, no es viable exigirle agotar el proceso ordinario con la demora existente en la definición de los conflictos relativos al reconocimiento de la pensión de invalidez. Es por esto que, en este caso en concreto el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 puede ser inaplicado en aras de garantizar al accionante sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida digna.

Si bien es cierto el número de semanas (50) que exige la norma para acceder a la pretensión que reclama el accionante, representa una forma de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema al imponer un rango de acceso al reconocimiento de la prestación pensional de aquellos afiliados al sistema que no lograron efectuar las cotizaciones exigidas para optar por la pensión de vejez, esta resulta ser una medida de carácter económico, sin que esas 2,95 semanas que le hacen falta al señor Ossa Osorio para completar las 50 afecten ostensiblemente la sostenibilidad del sistema, con mayor razón si tenemos presente el gran número de aquellas que alcanzó a cotizar el actor en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración.

Consecuente con lo anterior, se reitera que en este asunto específico estamos en presencia de un “evento límite” que amerita la intervención del juez de tutela, aun cuando en principio el señor Ossa Osorio no cumple con los requisitos para que se le otorgue la pensión de invalidez, en el sentido de que no cuenta con la densidad que señala el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 863 de 2003 -esto es 50 semanas anteriores a la fecha de estructuración-, pero por estar próximo a cumplirlos, se hace necesario revocar el fallo estudiado para en su lugar, tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y dignidad humana al señor Rusbel Francisco Ossa Osorio.

Por tal razón, se ordenará a COLPENSIONES que dentro del mes siguiente a la notificación de esta providencia, emita un nuevo pronunciamiento respecto de la pensión de invalidez solicitada por el señor Rusbel Francisco Ossa Osorio, quien se encuentra en un “caso límite” por cuanto le falta 2,95 semanas para completar las 50 exigidas en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, norma que debe ser inaplicada con el fin de proteger las garantías constitucionales del accionante por su particular situación de vulnerabilidad en la que se halla. Así mismo, se precisa que en caso de que COLPENSIONES, luego de estudiar el caso del señor Ossa Osorio, resuelva reconocer y pagar la pensión de invalidez al señor Rusbel Francisco Ossa Osorio, deberá descontar de la mesada pensional lo que se adeuda por concepto del pago incompleto de 2.95 semanas que le falta para acreditar aportes por las 50 semanas.

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

####  SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, dieciséis (16) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Aprobado por Acta No.0428

Hora: 4:00 p.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

Nuevamente procede la Sala a resolver la impugnación presentada por el señor Rusbel Francisco Ossa Osorio frente al fallo de tutela proferido el 15 de marzo de 2018 por el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira en contra el Consorcio Colombia Mayor y Colpensiones.

2. RESUMEN DE LOS HECHOS

2.1. El amparo constitucional fue promovido por el señor Rusbel Francisco Ossa Osorio, de 73 años de edad, quien informó que estuvo afiliado al Consorcio Colombia Mayor desde el 8 de noviembre de 2001 hasta el 1º de septiembre de 2008 y por sus múltiples enfermedades le fue calificada su pérdida de capacidad laboral el 25 de abril de 2011 por el entonces ISS, hoy Colpensiones, la que arrojó un porcentaje del 54.30%, estructurada el 25 de octubre de 2010 mediante dictamen No.2730, por lo que solicitó la pensión de invalidez, pero esta fue negada por no contar con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, pese a tener un total de 567.71 semanas registradas en su historia laboral. Señaló que el 11 de junio de 2015 recibió de Colpensiones lo correspondiente a la indemnización sustitutiva.

Indicó que a través de un derecho de petición se dio cuenta que el Consorcio Colombia Mayor lo había retirado del programa por la causal del cumplimiento de la edad máxima de 65 años, sin que el mismo hubiera sido notificado de esa situación, pero esa entidad consideró que el accionante se entendía notificado por conducta concluyente por el hecho de haber solicitado la indemnización sustitutiva en noviembre de 2015.

Adujo que en la historia laboral expedida por COLPENSIONES se evidencia que realizó dos consignaciones por un monto de $7.400 en los meses de noviembre y diciembre de 2008, lo que quiere decir que esa entidad recibió el pago a sabiendas de que el accionante había sido retirado del Consorcio Colombia Mayor por el cumplimiento de los 65 años de edad, es decir, que al aceptar esos valores, se estaría estableciendo un enriquecimiento sin justa causa.

Mencionó que nunca fue notificado de que sería retirado de su programa de subsidios, por lo que no pudo hacer uso de los recursos administrativos correspondientes, en tal sentido, no pudo ejercer la vía gubernativa, ni cuenta con los mecanismos ordinarios de defensa judicial que le permitan acceder a lo solicitado en este trámite. Por lo tanto, concluyó que el Consorcio Colombia Mayor vulneró su derecho fundamental al debido proceso administrativo.

Señaló que desde el año 2013 se encuentra afiliado al programa de Protección Social del Adulto Mayor de Colombia Mayor y debido a su situación de pobreza extrema, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión por vejez la cual fue despachada desfavorablemente por no cumplir con el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años a la fecha de estructuración de la invalidez y que tampoco se le podía aplicar el principio de la condición más beneficiosa al no acreditar la 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior.

Solicitó que se vinculara a COLPENSIONES por ser la entidad encargada de administrar los recursos del régimen pensionales de prima media y la decisión de fondo que se tome puede afectar el valor de los aportes pensionales que realizó, así como su posibilidad de percibir la pensión de invalidez, si se tiene en cuenta que acredita 47.15 semanas entre octubre de 2007 y octubre de 2010 cuando se le estructuró la invalidez, faltándole 3 semanas de las cuales se preocupó por cancelar como lo mencionó anteriormente con el fin de lograr a una vida digna, ya que sus actuales condiciones de marginalidad.

Por lo tanto, el actor solicitó: i) tutelar sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social en conexidad con la vida digna; ii) ordenar al Consorcio Colombia Mayor 2013 que proceda a realizar los pagos comprendidos entre el 1º de noviembre y 31 de diciembre de 2008 como consecuencia de haber omitido la debida notificación del acto administrativo por el cual fue desvinculado del programa y iii) ordenar a Colpensiones que le reconozca y pague la pensión de invalidez.

2.2. Se tuvieron como pruebas las allegadas con la demanda de tutela (Fls. 11-31)

2.3. En cumplimiento a lo ordenado por esta Sala en auto del 20 de febrero de 2018 (Fls. 79-81), el juzgado de conocimiento procedió a notificar a Colpensiones y al Consorcio Colombia Mayor 2013 (Fl. 92).

3. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

3.1. NUEVA EPS S.A. – EJE CAFETERO

Su apoderado judicial luego de hacer un mención errónea al señor Jaime Zuluaga Montoya, argumentó que la entidad accionada no está legitimada en la causa por pasiva, dado que las pretensiones del actor, están encaminadas a Colpensiones para que reconozca la pensión de invalidez, es más el actor no tiene ningún tipo de vínculo con la entidad a afiliación al sistema de seguridad social en salud, la cual la realiza es MEDIMÁS EPS en el régimen subsidiado.

Consideró no haber existido vulneración a derechos fundamentales, toda vez que se ha actuado en estricto cumplimiento de la normatividad vigente y se han brindado los servicios en salud requeridos conforme las competencias de esa EPS.

Por lo anterior, solicitó no conceder la acción de tutela y desvincular a esa EPS de la misma; igualmente, que le sea notificado el fallo de forma total a fin de ejercer a plenitud el derecho de defensa (Fls. 41-43).

3.2. CONSORCIO COLOMBIA MAYOR 2013

Informó que verificada la base de datos de la entidad, halló que el accionante se afilió en el Programa de Subsidio al Aporten en Pensión PSAP desde el 1º de noviembre de 2001 en el grupo población “trabajador independiente rural”, retirado del programa el 28 de abril de 2003. Se afilió desde el 1º de junio de 2004 como “trabajador independiente rural” y retirado definitivamente el 1º De noviembre de 2008 por la causal de haber cumplido 65 años de edad.

Explicó que conforme al artículo 29 de la Ley 100 de 1993 el actor fue desvinculado del programa al cumplir los 65 años el 7 de octubre de 2008, constituyéndose esto como el hecho irrefutable que lo hizo incurrir en la causal para exclusión, por cuanto como administrador fiduciario debe observar estrictamente las normas que regulan el Fondo de Solidaridad Pensional.

Indicó que durante el tiempo que el accionante permaneció en el programa alcanzó un total de 300 semanas subsidiadas a través de la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad Pensional, las que el Consorcio no adeuda al actor, ya que realizó el giro a Colpensiones hasta el momento en que fue desvinculado del programa.

Mencionó que la finalidad de que el subsidio es de carácter temporal, según lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia T-757 de 2011.

Consideró que las actuaciones del actor demuestran que desde años atrás tenía conocimiento de su retiro del programa PSAP porque al resolver Colpensiones su solicitud de pensión de invalidez del año 2012, le informó que no contaba con el número mínimo de semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, es decir, que en el año 2008 sus aportes subsidiados habían finalizado. Además, en noviembre de 2015 el actor solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez lo que indica que conocía el número de semanas que le fueron subsidiadas que le permitieron hacer el cálculo de la suma de dinero que recibiría como indemnización sustitutiva.

Solicitó que se denieguen todas las pretensiones del actor, toda vez que el Consorcio Colombia Mayor 2013 no le ha vulnerado el derecho fundamental alguno, además, por no ser el mecanismo idóneo para reconocimiento de prestaciones económicas, sumado a que no se cumplen los principios de subsidiariedad e inmediatez. Finalmente, solicitó integrar al contradictorio al Ministerio de Trabajo (Fls. 114-120). Para lo cual allegó como pruebas las visibles en los folios 121 al 126.

3.3. COLPENSIONES

Informó que al señor Ossa Osorio mediante la Resolución SUB 260385 del 17 de noviembre de 2017 se le dio respuesta frente a su petición tendiente a que se le reconociera la pensión de invalidez, sin que a la fecha la entidad tenga solicitudes pendientes por absolver al actor.

Consideró que si el accionante no está con lo resuelto debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su solicitud vía acción de tutela, ya que esta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial, pues la Corte Constitucional ha sido reiterativa en sostener que la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de prestaciones económicas pues, por su naturaleza excepcional y subsidiaria, esta no puede reemplazar las acciones ordinarias creadas por el legislador para resolver asuntos de naturaleza litigiosa.

Conforme lo anterior, no es competencia del juez constitucional realizar un análisis de fondo frente al reconocimiento de la pensión de invalidez sin existir solicitud previa, además en este caso el actor pretende desnaturalizar la acción de tutela pretendiendo que por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y subsidiariedad, sean reconocidos derechos que son de conocimiento del juez ordinario competente a través de los mecanismos legales establecidos para ello. Por lo tanto, solicitó que se declarara la improcedencia del presente amparo constitucional (Fls. 131-135).

Adjuntó copia de la Resolución SUB 260385 del 17 de noviembre de 2017 junto con el acta de notificación (Fls. 136-142).

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

4.1. Antes de proferir la sentencia de primer grado, el señor Rusbel Francisco Ossa Osorio rindió una declaración en el juzgado de conocimiento en la que dio a conocer lo siguiente: i) que su núcleo familiar estaba conformado por su esposa, dos nietos y dos bisnietos; ii) no percibe ingresos económicos sino que subsiste con la ayuda de amigos y del subsidio de “adulto mayor” la cual consiste en $120.000 cada dos meses; iii) uno de sus nietos sufre esquizofrenia, los bisnietos estudian y su esposa sufre del colon y cáncer de piel, el otro nieto ayuda en un restaurante en donde le dan $10.000; iv) los gastos del hogar ascienden aproximadamente a $700.000, los que corresponden a alimentación, servicios, medicamentos que no están en el POS y $300.000 de arriendo y v) que no tiene bienes muebles e inmuebles (Fl. 143).

4.2. Mediante sentencia del 15 de marzo de 2018 el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, declaró improcedente la tutela encaminada a obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y a ordenar el pago de los aportes de los meses de noviembre y diciembre de 2008, toda vez que el accionante cuenta con otro mecanismo judicial para reclamar su pensión, además, que no halló que el mismo se encontrara frente a un perjuicio irremediable que ameritara el amparo (Fls.144-146).

El señor Ossa Osorio fue notificado personalmente del fallo anterior el 21 de marzo de 2018 (Fl. 147).

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Dentro del término legal para presentar la impugnación, el 26 de marzo de 2018, el señor Rusbel Francisco Ossa Osorio consideró que el juez de tutela no comprendió la dimensión de sus patologías y la gravedad de su situación, en atención a ello manifiesta que actualmente presenta diagnóstico de enfermedad de rodillas *“Artopatria Lumbar, Lumbalgias Artropatía Degenerativa de Rodillas Radiculopatia Severo*”, cuyo padecimiento le ha provocado episodios de inmovilidad casi total de los miembros inferiores, sin pronóstico de recuperación funcional positivo tal como lo indica el dictamen, debiendo usar bastón. Señala que la artritis inflamatoria por ser una enfermedad crónica le produce una rigidez y disminución casi total de la movilidad articular.

Indicó que es una persona que no cuenta con recursos para su propia subsistencia ni la de su familia, pues carece de algún ingreso estable, sumado a que no tiene condiciones físicas para trabajar y se encuentra viviendo en condiciones precarias sumado al padecimiento de su esposa, circunstancias que evidencian la conjuración de un perjuicio irremediable. Por lo tanto, consideró desproporcional que se someta a la espera de que se resuelva su situación en un proceso ordinario, teniendo en cuenta los múltiples padecimientos que lo convierten cada día en una persona más dependiente y con una posibilidad nula de retornar al mercado laboral. Es así como la negativa al reconocimiento de la pensión de pensión de invalidez por parte de Colpensiones afecta no solo su calidad de vida, sino también la de su familia, por ende los medios ordinarios resultan absurdos para garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales afectados.

Así mismo hizo relación a la jurisprudencia constitucional en el sentido de que *“cuando quien acude a las vías constitucionales para solicitar se ampare su derecho a la seguridad social, se encuentra dentro del grupo de las personas a quienes la constitución les brinda una especial protección”.* Adujo que por el hecho de estar recibiendo un subsidio de $120.000 mensuales del programa de protección social de adulto de Colombia Mayor, no significa que con dicho monto puedan subsistir él y su familia. En esos términos solicitó se concediera el recurso de impugnación con el fin de que Colpensiones proceda al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez (Fls. 151 al 160), para lo cual anexó copia de las historias clínicas a nombre de la señora María Graciela Arana de Ossa quien presenta un diagnóstico de tumor maligno en la cabeza, cara y cuello (Fls. 161-164) como a nombre del accionante (Fls. 165-170).

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Esta Sala es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 reglamentario del artículo 86 de la C.N. A su vez se cumplen los requisitos de legitimación por activa y por pasiva, previstos en los artículos 10 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

6.2. Problema jurídico y solución al caso en concreto

6.2.1. Le corresponde determinar a esta Corporación si la decisión adoptada en primera instancia fue acorde a los preceptos legales y jurisprudenciales o si por el contrario, hay lugar a revocarla de acuerdo a los planteamientos expuestos por la parte impugnante.

6.3. La Constitución Política Colombiana consagró la acción de tutela en su artículo 86 como un derecho que tiene toda persona para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en su caso, protección que consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo, fallo que será de inmediato cumplimiento; pero esta acción solo es procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

6.4. Ahora bien, la Corte Constitucional ha identificado seis causales específicas de improcedencia de la tutela, que son las siguientes:

1. *Existencia de otro medio de defensa judicial.[[1]](#footnote-1)*
2. *Existencia del Habeas Corpus.[[2]](#footnote-2)*
3. *Protección de derechos colectivos.[[3]](#footnote-3)*
4. *Casos de daño consumado.[[4]](#footnote-4)*
5. *Tutela frente a actos de carácter general, impersonal y abstracto.[[5]](#footnote-5)*
6. *A su vez se han considerado como causales de improcedencia de la tutela, el incumplimiento del principio de inmediatez[[6]](#footnote-6); la tutela contra sentencias de tutela[[7]](#footnote-7) y la tutela temeraria[[8]](#footnote-8).*

6.5. La acción de amparo se encuentra regida por el principio de *subsidiariedad,* ya que no se puede acudir a la tutela para suplantar los medios judiciales existentes[[9]](#footnote-9), lo cual obliga al juez a verificar si el medio ordinario resulta idóneo y eficaz para proteger las garantías del actor, con el fin de establecer la procedencia de la tutela.[[10]](#footnote-10) De acuerdo con este requisito, la acción de tutela solo será procedente cuando: *“(i) no exista en el ordenamiento jurídico un mecanismo judicial, o (ii) existiendo sea ineficaz y/o (iii) inidóneo. En todo caso, (iv) será procedente de manera transitoria cuando se constate la existencia de un perjuicio irremediable. Pues bien, en materia laboral el requisito de subsidiariedad adquiere una connotación particular. La Corte ha sostenido que cuando se trate de controversias relativas al derecho al trabajo, la acción de tutela en principio no es el mecanismo adecuado para debatirlas pues en “el ordenamiento jurídico colombiano prevé para el efecto acciones judiciales específicas cuyo conocimiento ha sido atribuido a la jurisdicción ordinaria laboral y a la de lo contencioso administrativo, según la forma de vinculación de que se trate, y afirmar lo contrario sería desnaturalizar la acción de tutela, concretamente su carácter subsidiario y residual”.* (Subrayas nuestras)

6.6. La seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela (SU-060 de 2010):

 *“4.- La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”*[*[2]*](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/su062-10.htm#_ftn2)*.*

*La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social*[*[3]*](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/su062-10.htm#_ftn3)*. El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que:  “Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.*

*De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe:   “Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. (…)”*

6.7. SOLUCIÓN AL CASO EN CONCRETO

6.7.1. Acudió el señor Rusbel Francisco Ossa Osorio al juez constitucional con el fin de que se ordene a COLPENSIONES reconozca y pague la pensión de invalidez, a la cual considera tiene derecho por cuanto presenta una pérdida de capacidad laboral del 54.30%, registra 567.71 semanas al sistema de pensiones y porque COLPENSIONES debe tener en cuenta los valores que consignó por los meses de noviembre y diciembre de 2008, pues de esta manera podría conseguir las semanas que le faltan para acceder a la prestación económica reclamada.

6.7.2. En primer lugar, esta Sala debe aclarar que por ser el señor Ossa Osorio un adulto mayor de 75 años de edad, quien se encuentra inválido y con escaso medios económicos, circunstancias que lo hacen una persona de especial protección por parte del Estado, para lo cual el juez de tutela al momento de estudiar el asunto puesto en su conocimiento, debe ser más flexible, tal como lo expresó la Corte Constitucional en Sentencia T-080 de 2008, así:

*“(…), el juicio de procedibilidad de la acción de tutela no puede ser igual en todos los casos, pues este debe ser flexible cuando se trata de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y demandan una protección constitucional especial como son, los ancianos, los niños, las mujeres embarazadas, las madres o padres cabeza de familia o las personas que padecen algún tipo de discapacidad física o mental, eventos en los cuales la procedencia de la acción se hace menos estricta[[11]](#footnote-11).*

*En consecuencia, esta Sala llama la atención a los jueces de instancia de las acciones de tutela de la referencia, por cuanto quienes invocan el amparo de sus derechos fundamentales son personas que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por edad, pues son adultos mayores y por la enfermedad que padecen, la cual ya ha sido calificada y se ha determinado que efectivamente padecen una discapacidad, por lo que son sujetos de especial protección constitucional que merecen un trato preferencial por parte del Estado y, por tanto, el análisis de la procedencia de la acción es mucho más flexible. Lo anterior sin tener en cuenta que, como resultado de su estado de salud y de edad, se encuentran en una situación económica precaria al estar imposibilitados para trabajar y proveerse de los medios necesarios para su subsistencia y la de su familia. (…)”* (Subrayas propias)

6.7.3. De acuerdo a lo subrayado, esta instancia aclara que el *A quo* no debió concluir que la demanda de amparo era improcedente, toda vez que por la situación de debilidad manifiesta del tutelante se supera el test de procedencia de la acción de tutela y lo que el juez debe verificar es si la misma se concede o no ante la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del sujeto de especial protección constitucional.

6.7.4. Por su parte, COLPENSIONES mediante la Resolución SUB 260385 del 17 de noviembre de 2017 negó al señor Ossa Osorio el reconocimiento de la pensión de invalidez por no registrar 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez, de acuerdo al artículo 1º de la Ley 860 de 2003, el cual modificó la artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Igualmente, la entidad consideró que al haber sido reconocida al actor la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de $3.887.475, su petición era incompatible con la que ahora reclama. Frente a este último análisis, este Tribunal hará la siguiente observación aludiendo que esto es una exposición insuficiente para el rechazo de la pensión de invalidez, basados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional relacionada en la Sentencia T-606 de 2014:

*“(…) Esa doctrina constitucional se fundamenta en el carácter irrenunciable e imprescriptible del derecho a la seguridad social (art. 48 CP), en el sentido de que el reconocimiento de una indemnización sustitutiva no puede significar la renuncia a percibir una pensión a la cual se tenía derecho desde el principio. El derecho a determinada prestación nace cuando una persona cumple los presupuestos legales vigentes al momento de causarse el mismo, y ese derecho es irrenunciable. El accionante puede abstenerse de reclamar el pago efectivo de las mesadas, e inclusive puede aceptar otra prestación sustituta, pero no despojarse de la titularidad del derecho, ni de la facultad de reclamar en el futuro el pago periódico de su prestación. En su caso, de encontrarse que tiene derecho a la pensión de invalidez, tendría que decirse que el mismo se perfeccionó desde el momento en que se estructuró su invalidez*. (…) (Subrayas nuestras)

Así las cosas, aun cuando COLPENSIONES le reconoció al accionante la indemnización sustitutiva de la vejez en el año 2015, no es óbice para estudiar o reconocer el derecho a la pensión de invalidez.

6.7.5. Precisado lo anterior, los requisitos para acceder a la pensión de invalidez según el artículo 39 de la Ley 100, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, son: (i) que el afiliado haya perdido el 50% o más de su capacidad laboral; y (ii) que haya cotizado 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

6.7.6. En este caso, el señor Ossa Osorio le fue calificada su pérdida de capacidad laboral en 54.30% con fecha de estructuración del 25 de octubre de 2010 (Fls. 14-16). En la historia laboral de COLPENSIONES aparece que el accionante cotizó en el período comprendido entre el 25 de octubre de 2007 al 25 de octubre de 2010, esto es dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, un total de 47.15 semanas (8.57+ 4.29+4.29+30.00), según se desprende del folio 11, faltándole 2,95 semanas para completar las 50 exigidas en la norma antes transcrita, lo que resulta desproporcional frente a los derechos fundamentales del actor, quien se encuentra en un “caso límite” por estar muy cerca de alcanzar dicho requisito legal. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia T-503 de 2017, señaló que: “*si bien el requisito de la densidad pensional es constitucional, el estudio mecánico del mismo puede vulnerar derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentran cerca de alcanzar las 50 semanas,* *“(p)or ello, la Corte Constitucional ha planteado una dogmática de análisis que resuelve esos eventos límite que tiene la virtualidad remediar los posibles quebrantos de principios de la Carta Política. En esas hipótesis, el juez constitucional debe analizar si en atención a las circunstancias de caso concreto existe una vulneración desproporcionada de los derechos fundamentales con el fin de aplicar la excepción de inconstitucionalidad”.*  (Subrayas propias)

6.7.7. Debe explicarse, que las cotizaciones que el accionante registra dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su PCL, se hicieron mientras estuvo vinculado en el régimen subsidiado, excepto las dos consignaciones que realizó en los meses de noviembre y diciembre de 2008 cada una por $7.400, luego de haber sido desafiliado del programa de adulto mayor Colombia Mayor por haber cumplido la edad de 65 años. Al respecto, esta Sala considera que las cotizaciones de los meses referidos deben tenerse en cuenta, toda vez que COLPENSIONES no rechazó dichos pagos, ni los condicionó a que el accionante estuviera afiliado al programa de subsidios para adultos o lo hubiera excluido por cuanto había cumplido 65 años de edad. De tal manera, que COLPENSIONES al recibir los aportes pensionales en los meses de noviembre y diciembre de 2008, que el afiliado canceló de manera particular, inició una nueva cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte; por lo tanto, esa entidad no puede desconocer los principios de buena fe y confianza legítima que le asisten al actor, quien tenía la plena convicción que con las cotizaciones que realizó de manera independiente, tendría una consecuencia favorable frente a sus garantías pensionales. En lo que respecta a estos principios constitucionales, la Corte Constitucional indicó lo siguiente:

*“El principio de buena fe en las relaciones entre la administración y el ciudadano implica esperar una conducta leal y honesta, que incorpora un valor de confianza, en cuanto el ciudadano y la administración, deben actuar según las exigencias del principio constitucional previsto en el artículo 83 superior; por ello, “así como la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan, ni exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos, tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias (…)*

*(...) Respecto de esta última, la buena fe es una máxima de optimización que debe orientar los procedimientos al interior de las entidades, con el objeto de construir relaciones basadas en la confianza legítima, que permitan la materialización de las expectativas del ciudadano, más aún si estas surgen bajo un marco de legalidad (…)”.*

6.7.8. En la jurisprudencia de la sentencia mencionada anteriormente (T-503 de 2017), la Corte Constitucional concluyó que cuando un afiliado al sistema de seguridad social solicita el reconocimiento de la pensión de invalidez, pese a no cumplir con la densidad de semanas exigidas por la normatividad vigente, pero se encuentra próximo a cumplirlos, es necesario que el juez constitucional evalúe, con el fin de acceder o no al reconocimiento pensional, lo siguiente:

*“(i) la situación de desprotección del afiliado (estado de salud, fuentes alternativas de ingresos, personas a cargo, la condición de indefensión que le produce la enfermedad que lo afecta, entre otros); (ii) las semanas efectivamente cotizadas al sistema en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez y durante su historia laboral; y por último, (iii) identificar los principios en conflicto y determinar, por medio de la ponderación, si la afectación de un principio constitucional se justifica porque favorece en mayor medida otros principios.*

*5.4. En relación con el último de los presupuestos que debe ser analizado por el juez constitucional, esto es el juicio de ponderación, el mismo se efectúa cuando la norma cuya aplicación se cuestiona puede ser inaplicada en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, al resultar desproporcionada para el caso concreto. Siguiendo las conclusiones de la Sentencia C-258 de 2013, reiterada en la Sentencia T-235 de 2015, el juicio de ponderación implica el análisis de las siguientes etapas, a saber:*

1. *Finalidad de la medida y la idoneidad de los medios elegidos para alcanzarla: para superar este análisis, la medida adoptada, que implica una restricción de derechos, debe (i) ser legítima desde una perspectiva constitucional y (ii) ser adecuada para conseguir la meta propuesta, es decir, los medios deben ser aquellos que permitan alcanzar efectivamente el fin perseguido.*
2. *La necesidad de la limitación: consiste en un análisis que permita establecer si la finalidad perseguida con la medida restrictiva de derechos puede alcanzarse mediante mecanismos menos lesivos para los derechos y principios interferidos.*
3. *La proporcionalidad. Esta etapa se basa en la realización de un estudio de los costos y beneficios de la medida sometida a control constitucional. Así, una medida es ajustada a la Constitución siempre y cuando no implique un sacrificio mayor al beneficio que puede lograr en una relación de costo – beneficio[[12]](#footnote-12).*

*5.5. En el caso objeto de estudio, los principios que se encuentran en colisión son: de un lado (i) la protección a las personas en situación de discapacidad, la solidaridad, la igualdad y los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital; frente a (ii) los principios de eficiencia económica del sistema, el principio democrático que da un lugar preponderante al Legislador en la configuración del derecho a la pensión, y el principio de igualdad formal, que se ve restringido siempre que el juez crea una excepción para un caso concreto” (…)”* (Subrayas fuera del texto original)

6.7.9. Así las cosas, esta Sala considera que en atención a las circunstancias del caso concreto existe una afectación desproporcionada de los derechos fundamentales del señor Ossa Osorio con la aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, toda vez que tal como quedó demostrado en el plenario, el señor Ossa Osorio cotizó 47,15 semanas al sistema, cifra que se acerca a las 50 semanas de cotización exigidas por la Ley 100 de 1993, su pérdida de capacidad laboral es del 54.30%, ha cotizado al sistema un total de 567.71 y además, el accionante de avanzada de edad, 75 años, no cuenta con los ingresos suficientes para satisfacer las necesidades básicas propias y la de su familia, teniendo en cuenta que es el encargado del sostenimiento de su esposa, sus dos nietos y dos bisnietos como consta en la declaración rendida en el juzgado de primer grado (folio 143), por lo tanto, no es viable exigirle agotar el proceso ordinario con la demora existente en la definición de los conflictos relativos al reconocimiento de la pensión de invalidez. Es por esto que, en este caso en concreto el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 puede ser inaplicado en aras de garantizar al accionante sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida digna.

6.7.10. Si bien es cierto el número de semanas (50) que exige la norma para acceder a la pretensión que reclama el accionante, representa una forma de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema al imponer un rango de acceso al reconocimiento de la prestación pensional de aquellos afiliados al sistema que no lograron efectuar las cotizaciones exigidas para optar por la pensión de vejez, esta resulta ser una medida de carácter económico, sin que esas 2,95 semanas que le hacen falta al señor Ossa Osorio para completar las 50 afecten ostensiblemente la sostenibilidad del sistema, con mayor razón si tenemos presente el gran número de aquellas que alcanzó a cotizar el actor en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración.

6.7.11. Consecuente con lo anterior, se reitera que en este asunto específico estamos en presencia de un “evento límite” que amerita la intervención del juez de tutela, aun cuando en principio el señor Ossa Osorio no cumple con los requisitos para que se le otorgue la pensión de invalidez, en el sentido de que no cuenta con la densidad que señala el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 863 de 2003 -esto es 50 semanas anteriores a la fecha de estructuración-, pero por estar próximo a cumplirlos, se hace necesario revocar el fallo estudiado para en su lugar, tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y dignidad humana al señor Rusbel Francisco Ossa Osorio.

6.7.12. Por tal razón, se ordenará a COLPENSIONES que dentro del mes siguiente a la notificación de esta providencia, emita un nuevo pronunciamiento respecto de la pensión de invalidez solicitada por el señor Rusbel Francisco Ossa Osorio, quien se encuentra en un “caso límite” por cuanto le falta 2,95 semanas para completar las 50 exigidas en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, norma que debe ser inaplicada con el fin de proteger las garantías constitucionales del accionante por su particular situación de vulnerabilidad en la que se halla. Así mismo, se precisa que en caso de que COLPENSIONES, luego de estudiar el caso del señor Ossa Osorio, resuelva reconocer y pagar la pensión de invalidez al señor Rusbel Francisco Ossa Osorio, deberá descontar de la mesada pensional lo que se adeuda por concepto del pago incompleto de 2.95 semanas que le falta para acreditar aportes por las 50 semanas.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 15 de marzo de 2018 por el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, dentro de la acción de tutela insaturada por el señor Rusbel Francisco Ossa Osorio en contra de COLPENSIONES.

SEGUNDO: TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y dignidad humana del señor Rusbel Francisco Ossa Osorio.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora de Pensiones COLPENSIONES que dentro del mes siguiente a la notificación de esta providencia, emita un nuevo pronunciamiento respecto de la pensión de invalidez solicitada por el señor Rusbel Francisco Ossa Osorio, quien se encuentra en un “caso límite” por cuanto le falta 2,95 semanas para completar las 50 exigidas en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, norma que debe ser inaplicada en este caso particular conforme a lo expuesto en la parte considerativa. Así mismo, se precisa que en caso de que COLPENSIONES, luego de estudiar el caso del señor Ossa Osorio, resuelva reconocer y pagar la pensión de invalidez al señor Rusbel Francisco Ossa Osorio, deberá descontar de la mesada pensional lo que se adeuda por concepto del pago incompleto de 2.95 semanas que le falta para acreditar aportes por las 50 semanas.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito posible y remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

WILSON FREDY LÓPEZ

Secretario

1. Decreto 2591 de 1991, artículo 6-1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Decreto 2591 de 1991, artículo 6-2. [↑](#footnote-ref-2)
3. Decreto 2591 de 1991, artículo 6-3. [↑](#footnote-ref-3)
4. Decreto 2591 de 1991, artículo 6-4. [↑](#footnote-ref-4)
5. Decreto 2591 de 1991, artículo 6-5. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T - 903 de 2008 entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T - 1219 de 2001 [↑](#footnote-ref-7)
8. Decreto 2591 de 1991, artículo 38. Sentencia T-407 de 2005 entre otras. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia T-409 de 2008 [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia T-011 de 1997 entre otras. [↑](#footnote-ref-10)
11. Corte Constitucional, sentencia T-080 del 31 de enero de 2008, MP. Rodrigo Escobar Gil. [↑](#footnote-ref-11)
12. En este sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia T-555 de 2011, reiteró que “en la sentencia T-422 de 1992, la Corte Constitucional indicó, como pautas orientadoras, que el trato desigual no afecta el principio de proporcionalidad si es: a) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; b) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso en términos del sacrificio de otros principios o derechos constitucionales, para alcanzar el fin válido; y c) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tienen un mayor valor en el ordenamiento que aquél que se pretende satisfacer con el trato diferenciado”. [↑](#footnote-ref-12)