El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / RECONOCIMIENTO PENSIONAL / IMPROCEDENCIA GENERAL DE LA TUTELA PARA ORDENARLO / EXCEPCIONES / REQUISITOS / ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE EL TEMA.**

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de la autoridades públicas, o particulares según se trate, siempre que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Este mecanismo de protección es de carácter residual y subsidiario porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ese entendido, nuestra Corte Constitucional estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales. (…)

… sobre la afectación del mínimo vital como perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional da cuenta que la naturaleza de la acción de tutela, impide reclamaciones relacionadas con el reconocimiento de pensiones, puesto que la competencia prevalente para ese tipo de conflictos de la jurisdicción ordinaria laboral o contencioso administrativo. Sin embargo, de manera excepcional, ha señalado, que en algunos casos muy específicos cuando se reclama pensión de vejez, sobrevivientes o invalidez, se ha verificado que se reúnen unas condiciones especiales que hacen viable esa tutela de los derechos fundamentales.

Ha precisado que, aunque en principio la existencia de otros medios de defensa judicial hace improcedente la acción de tutela, la sola presencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada. En realidad, para poder determinar cuál es el medio adecuado de protección, se hace imprescindible que el juez constitucional entre a verificar si, cumplidos ciertos condicionamientos, las acciones disponibles protegen eficazmente los derechos de quien interpone la acción o si, por el contrario, los mecanismos ordinarios carecen de tales características, evento en el cual el juez puede otorgar el amparo.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019)

Acta Nº 017 del 24-01-2019

Referencia: 66001-31-21-001-**2018-00089**-01

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por la señora AMPARO RIVERA BALLESTEROS, por intermedio de apoderado judicial, contra la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2018, mediante la cual el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Pereira resolvió la acción de tutela que promovió la accionante contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

**II. ANTECEDENTES**

1. La accionante promovió el amparo constitucional por considerar que COLPENSIONES vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna, salud, debido proceso y mínimo vital.

2. En síntesis, señaló como sustento de su reclamo lo siguiente:

2.1. La señora AMPARO RIVERA BALLESTEROS, ha estado toda su vida afiliada a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

2.2. El ISS, en resolución No. 104254 del 11 de agosto de 2011, le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con un pago único de $706.702 pesos.

2.3. Sufre de hipertensión con insuficiencia arterial y venosa de miembros inferiores, alteración visual, cardiopatía valvular, secuelas de fractura de tibia y peroné izquierdo y trastorno depresivo.

2.4. Como consecuencia de lo anterior y lo incapacitante de sus patologías, depende única y exclusivamente de la caridad de las personas más allegadas, ya que no percibe ningún tipo de ingreso, renta o pensión alguna, lo cual pone en grave riesgo su situación médica y familiar, y la hace una persona de especial protección.

2.5. El 13 de junio de 2017, fue calificada por el médico del fondo de pensiones quien le otorgó una pérdida de capacidad laboral del 50,67%, de origen común.

2.6. Con dicha calificación y teniendo las semanas de cotización requeridas por la ley, solicitó el reconocimiento de su pensión de invalidez a COLPENSIONES, entidad que por medio de la resolución No. SUB 170508 del 24 de agosto de 2017, le negó su solicitud aduciendo que al haber recibido ya indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la pensión de invalidez era incompatible.

2.7. Contra la decisión antes referida la accionante presentó recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante la resolución SUB 112477 del 26 de abril de 2018, nuevamente negando su solicitud.

3. Pide, conforme a lo relatado, la tutela de los derechos invocados y se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES conceder la pensión de invalidez a la señora AMPARO RIVERA BALLESTEROS.

4. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Pereira, que impartió el trámite legal (fl. 34 C. Ppal.). Fueron notificados la Directora de Prestaciones Económicas (A), la Subdirectora de Determinación de Derechos IX (A) y el Director de Acciones Constitucionales de Colpensiones (fl. 35 Cd. Ppal.).

4.1. Se pronunció el Gerente de Defensa Judicial de Colpensiones, quien indicó que la acción de tutela era improcedente por existir otros recursos o medios de defensa judicial respecto del trámite de la accionante. Informa que mediante la resolución No. 104254 del 11 de agosto de 2011, el ISS reconoció una indemnización sustitutiva de vejez a la actora, con un pago único de $706.702, de acuerdo con las 187 semanas cotizadas, la cual es incompatible con la pensión de invalidez; además, que al realizar el estudio de esta última con las semanas anteriormente indicadas, no acredita el mínimo de cotizaciones señaladas en la ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la ley 100 de 1993, es decir, 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Resalta que si la accionante está en desacuerdo con lo resuelto, debe agotar los procedimientos 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, por su naturaleza excepcional y subsidiaria. Indicó además que es obligación del juez de tutela defender el patrimonio público de Colpensiones. Solicita se desestime la acción de tutela contra COLPENSIONES y por lo tanto se declare la improcedencia de la misma. (fls. 37-40 id.).

**III. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

La profirió el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Pereira, que negó el amparo deprecado, al considerar que “...*contrario a lo manifestado por COLPENSIONES, la indemnización sustitutiva de pensión de vejez y la pensión de invalidez no son incompatibles -interpretación que comparte el Despacho acorde a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia-, y además a la postura de la Corte Constitucional sobre las cotizaciones hechas al sistema posteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral. (...)*

*De acuerdo a las pruebas aportadas durante este trámite constitucional, no hay forma de determinar el momento exacto en que la accionante perdió la capacidad real laboral, momento hasta el cual se podrían tener en cuenta los aportes para cumplir con el requisito de haber cotizado 50 semanas en los últimos 3 años anteriores al retiro pensional. De la constancia laboral aportada en el escrito de tutela se desprende que al 29 de mayo de 2018 la señora Amparo Rivera Ballesteros había superado los 180 días de incapacidad permanente, es decir a lo sumo perdió la capacidad de prestar sus servicios en la vida laboral desde 30 de noviembre de 2017, sino es que desde antes. Por lo que reiterando lo dicho, con las pruebas aportadas, no cumpliría con las 50 semanas cotizadas en los últimos 3 años anteriores al retiro pensional, concluyendo así que la entidad accionada no ha vulnerado ningún derecho fundamental de la señora Amparo Rivera Ballesteros.*”. (fls. 49-51 id.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

La sentencia fue impugnada por el apoderado judicial de la actora, exponiendo que dicha decisión resulta errónea ya que la accionante espera el reconocimiento de la pensión de invalidez tomando como fecha de estructuración la actual, pues se encuentra incapacitada, con lo que superaría con creces las semanas cotizadas, desconociendo las reglas jurisprudenciales con respecto a la fecha de estructuración de la invalidez cuando se trata de enfermedades catastróficas, crónicas o degenerativas; y, según el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por Colpensiones a marzo de 2018, desde el momento del reconocimiento de la indemnización sustitutiva (2011) hasta el 31 de marzo de 2018, la accionante cuenta con más de 50 semanas cotizadas. Trae a colación pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto a las cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración de personas cuya pérdida de capacidad laboral corresponda a una enfermedad crónica, degenerativa o congénita. Solicita se revoque el fallo de primera sede, se tutelen los derechos fundamentales invocados y se ordene a la entidad accionada reconocer la pensión de invalidez solicitada. (fls. 54-58 id.).

**V. CONSIDERACIONES**

1. Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación (art. 86 C.P., Decreto 2591 de 1991 y Decreto 1983 de 2017).

2. De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, la decisión adoptada en primera instancia y la impugnación, corresponde a la Sala resolver si COLPENSIONES vulneró los derechos invocados por la accionante, al negar la pensión de invalidez solicitada.

3. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de la autoridades públicas, o particulares según se trate, siempre que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

4. Este mecanismo de protección es de carácter residual y subsidiario porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ese entendido, nuestra Corte Constitucional estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

4.1. En lo tocante a la inmediatez, se halla cumplido, dado que la acción se interpone dentro de los seis (6) meses siguientes, después de notificada la última resolución que negó la pensión reclamada, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional que nos enseña: “(…) *en los casos en que se discuten derechos pensionales, (…) la inmediatez no puede ser entendida como un requisito de procedibilidad severo, ya que la vulneración de ese derecho subsiste en el tiempo por ser un derecho irrenunciable que no prescribe, por lo que es irrelevante el tiempo transcurrido entre la actuación que vulnera el derecho y el momento en el que se interpone la acción*”.

4.2. Ahora, respecto a la residualidad existen al menos dos excepciones a esa regla general: (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional, y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y/o se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86 CP).

5. En tal sentido, sobre la afectación del mínimo vital como perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional da cuenta que la naturaleza de la acción de tutela, impide reclamaciones relacionadas con el reconocimiento de pensiones, puesto que la competencia prevalente para ese tipo de conflictos de la jurisdicción ordinaria laboral o contencioso administrativo. Sin embargo, de manera excepcional, ha señalado, que en algunos casos muy específicos cuando se reclama pensión de vejez, sobrevivientes o invalidez, se ha verificado que se reúnen unas condiciones especiales que hacen viable esa tutela de los derechos fundamentales.

Ha precisado que, aunque en principio la existencia de otros medios de defensa judicial hace improcedente la acción de tutela, la sola presencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada. En realidad, para poder determinar cuál es el medio adecuado de protección, se hace imprescindible que el juez constitucional entre a verificar si, cumplidos ciertos condicionamientos, las acciones disponibles protegen eficazmente los derechos de quien interpone la acción o si, por el contrario, los mecanismos ordinarios carecen de tales características, evento en el cual el juez puede otorgar el amparo.

De acuerdo con esta jurisprudencia constitucional, puede sostenerse que para que proceda el reconocimiento, reajuste o pago de prestaciones pensionales en sede de tutela, el juez constitucional debe tener en cuenta que “*(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).[[1]](#footnote-1) (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. [[2]](#footnote-2)”.*

**VI. EL CASO CONCRETO**

1. Se recuerda que, en el presente caso, la señora AMPARO RIVERA BALLESTEROS, interpuso acción de tutela tras considerar que la entidad accionada, vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna, salud, debido proceso y mínimo vital, al negar mediante las resoluciones SUB 170508 del 24 de agosto de 2017 y SUB 112477 del 26 de abril de 2018[[3]](#footnote-3), el reconocimiento de su pensión de invalidez, bajo el argumento de ser incompatible con la indemnización sustitutiva de vejez que recibió la actora, con un pago único de $706.702; además que, al realizar el estudio de la prestación solicitada, con las 187 semanas que tenía cotizadas, no acredita el mínimo de las señaladas en la ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la ley 100 de 1993, es decir, 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

2. La accionante afirma cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en el régimen de prima media a cargo de COLPENSIONES, si se tiene en cuenta como fecha de estructuración la actual, fecha hasta la cual cuenta con más de 50 semanas cotizadas, pues en su caso se trata de enfermedades catastróficas, crónicas o degenerativas.

3. En su conocimiento, la Sala debe establecer si la acción de tutela es procedente para ordenar a COLPENSIONES el reconocimiento de una pensión de invalidez, aun cuando ya ha sido negada por la misma entidad, al estimar que no se cumplen los requisitos para ello.

4. Al valorar las condiciones personales de la accionante para determinar si procede el reconocimiento y pago de la prestación pensional en sede de tutela, encuentra esta Sala que en el asunto objeto de estudio, el amparo constitucional se erige como el mecanismo idóneo para reclamar el reconocimiento pensional, ya que fue calificada con un 50.67% de pérdida de capacidad laboral[[4]](#footnote-4), además carece de recursos para subsistir, como lo dijo en el escrito por medio del cual se promovió la acción, hecho que no fue desvirtuado por la parte demandada, por lo que puede afirmarse que se está frente a una persona digna de especial protección constitucional y por ende, el asunto planteado se torna de naturaleza constitucional.

5. Verificada la concurrencia de los requisitos generales de procedibilidad de la tutela para reclamar prestaciones sociales económicas, analizará la Sala si en el asunto propuesto se cumplen o no los requisitos fijados para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

6. En lo que atañe con la negativa de COLPENSIONES para conceder la prestación, derivada por el pago previo de una indemnización sustitutiva, en la sentencia T-703 de 2017 se explicó:

“*Por su parte, en las Sentencias T-606 de 2014[[5]](#footnote-5) y T-002 A de 2017[[6]](#footnote-6), las Salas de revisión fijaron la subregla jurisprudencial consistente en que el reconocimiento de una indemnización sustitutiva de vejez o invalidez no impide que el beneficiario reclame el derecho a la pensión, siempre y cuando el valor de esta última se compense con las mesadas pensionales. Así, el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001[[7]](#footnote-7) que señala taxativamente que “[…] las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez”, ha sido interpretado por la Corte en el sentido de que “[...]* ***no significa que a una persona que ya se le reconoció el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, no pueda volvérsele a examinar el derecho a una pensión, que cubra de manera más amplia las contingencias de la discapacidad****. ¨[…] la incompatibilidad de los beneficios pensionales no es una barrera para evaluar nuevamente los casos, ni efectuar un reconocimiento pensional, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente, cuando una de ellas se otorgó con apego a las normas legales y a la Constitución.”*

*En conclusión, la jurisprudencia “protege a quienes habiendo cumplido la edad para obtener una pensión no cotizaron el mínimo de semanas exigidas y declararon su imposibilidad de continuar haciéndolo, otorgándoles la opción de acceder a una indemnización, lo que no significa que, en caso de establecer que puede ser acreedor de una prestación mejor, como lo es la pensión propiamente, no pueda acceder a la misma, caso en el cual se descontará de las mesadas correspondientes el valor cancelado con anterioridad por dicho concepto.”[[8]](#footnote-8) Lo que no estaría autorizado por la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la Sentencia de tutela citada, “sería acceder a la pensión y a la indemnización sustitutiva por la misma causa. […] Aunque si después de concedida la indemnización, se establece que tiene derecho a la pensión, procede la compensación”[[9]](#footnote-9).*”

Con lo que queda claro que, a pesar del pago de la indemnización sustitutiva, es viable el reconocimiento de la prestación deprecada.

7. Ahora bien, siguiendo de cerca las últimas orientaciones de la Corte Constitucional sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez por este excepcional camino, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en la sentencia T-323 de 2018, expuso:

*“60. Con base en lo anterior, pasa la Corte a resolver el caso concreto. Una vez culminado, la Corporación considera que Colpensiones al negarse a reconocer y pagar la pensión de invalidez solicitada por el señor Suaza Villa, desconoció el precedente vinculante fijado en la Sentencia SU-442 de 2016. Además, este Tribunal sostiene que el referido fondo de pensiones omitió la aplicación del principio de la condición más beneficiosa dispuesto en el artículo 53 Superior como también procedió en contra de las expectativas legítimamente adquiridas por el afiliado, en atención a las siguientes razones:*

*60.1. Según el reporte de cotizaciones expedido por Colpensiones el 17 de agosto de 2017, se puede constatar que el peticionario trabajó y cotizó al Sistema General de Pensiones –SGP- desde el 20 de septiembre de 1982 hasta el 30 de abril de 1998, es decir, su situación jurídica se encuentra regulada por dos regímenes normativos: (i) el Acuerdo 049 de 1990, previo a la vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, y (ii) la Ley 860 de 2003, la cual regía a la fecha de estructuración de la discapacidad - 25 de agosto de 2015 -.*

*60.2. El Acuerdo 049 de 1990 –art. 6- señalaba que la pensión de invalidez se reconocía a quienes: “a) sean inválidos permanentes de manera completa, absolutos o gran inválido; y b) 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.”*

*60.3 Por su parte, la Ley 860 de 2003 establece que para acceder al derecho pensional en comentario, el afiliado debe: (i) haber sido declarado inválido mediante dictamen, y (ii) haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la discapacidad.*

*60.4. De la lectura y cotejo de esos dos cuerpos normativos a la luz de la situación jurídica del demandante, la Corte indica que es evidente que el mencionado Acuerdo resulta más favorable a sus intereses, por cuanto si bien ambas disposiciones legales prevén la exigencia de la declaratoria de discapacidad bajo un porcentaje de pérdida de capacidad laboral idéntico (igual o superior al 50%), lo cierto es que respecto al segundo requisito, esto es, el número de semanas cotizadas dentro de unos lapsos específicos, sí presentan una regulación bastante disímil, lo cual implica para el actor tratamientos muy diferentes a partir de la aplicación de cada uno de esos regímenes.*

*60.5. Mientras que la Ley 860 de 2003 prevé para el accionante que los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su discapacidad a efectos de que registre las 50 semanas exigidas por dicha ley, el Acuerdo 049 de 1990 dispone en su favor dos periodos para que contabilice las 150 o 300 semanas requeridas por esa disposición normativa, a saber: (i) dentro de los 6 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, o (ii) en cualquier época, con anterioridad a la discapacidad, respectivamente.*

*60.6. Nótese entonces como el referido Acuerdo es más beneficioso para el demandante, en tanto le provee mayores posibilidades de obtener el reconocimiento y pago del derecho pensional que solicita, indistintamente de que sea el inmediatamente anterior al vigente. Es por ello que bajo los términos de dicho Acuerdo es que se debe determinar si el actor observa cada uno de los presupuestos señalados en el mismo, pues esa es la opción que más se aproxima a la protección de sus expectativas que de manera legítima adquirió con ocasión del esfuerzo económico que desplegó durante el periodo en que cotizó al sistema pensional, lo cual a su vez conduce a la garantía efectiva de sus intereses y derechos fundamentales.*

*60.7. La Corporación constata que al peticionario le asiste la razón en la pensión de invalidez que reclama, toda vez que, según el plenario, reúne las exigencias señaladas en el Acuerdo 049 de 1990: (i) fue calificado con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 73.3%, y (ii) cuenta con 537 semanas cotizadas, en cualquier época, con anterioridad a la fecha de estructuración de su discapacidad -25 de agosto de 2015.*

*61. El Tribunal observa que no obstante la claridad del escenario anterior, Colpensiones optó por denegar el reconocimiento de la pensión de invalidez al aplicar la normatividad menos favorable para el actor regulada en la -Ley 860 de 2003. Así, la Corte concluye que la accionada vulneró los derechos fundamentales, a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad humana del señor FABIÁN DE JESÚS SUAZA VILLA, en tanto la pensión que se reclama debió reconocerse en los términos del Acuerdo 049 de 1990.*

*62. Todas esas circunstancias conducen a la revocatoria de los fallos de tutela proferidos en las instancias, para en su lugar, tutelar los derechos fundamentales invocados por el demandante y, en consecuencia, ordenar a la entidad accionada que reconozca la pensión de invalidez y pague retroactivamente las mesadas pensionales a que haya lugar por ese concepto.”*

8. Descendiendo al asunto que se decide, según el reporte de semanas cotizadas contenido en la resolución SUB 112477 del 26 de abril de 2018[[10]](#footnote-10), se puede constatar que la accionante cotizó al Sistema General de Pensiones –SGP- durante diferentes periodos de tiempo de forma discontinua desde el 24 de julio de 1972 hasta el 31 de marzo de 2018, es decir, su situación jurídica se encuentra regulada por dos regímenes normativos: (i) el Acuerdo 049 de 1990, previo a la vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994-, y (ii) la Ley 860 de 2003, la cual regía a la fecha de estructuración de la discapacidad -26 de enero de 2017[[11]](#footnote-11)-.

En primer término habrá de indicarse que la norma aplicable para el reconocimiento de la prestación reclamada es la que se encuentre vigente en la fecha de estructuración de la invalidez, que para el caso de la señora AMPARO RIVERA BALLESTEROS, es decir, para el 26 de enero de 2017, es el artículo 1° de la ley 860 de 2003, el cual dispone que para acceder a la pensión se requiere haber cotizado 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración; y sucede que en ese plazo anterior al 26 de enero de 2017, la actora no tiene cotizaciones; tampoco reúne las semanas requeridas con las que le figuran en vigencia de la mentada ley; basta contar que desde el 1 de mayo de 2017 hasta el 31 de marzo de 2018 acumula 330 días, esto es, 47.14 semanas.

Y de querer analizar la situación, bajo el principio de la condición más beneficiosa, esto es, de cara al otro régimen normativo citado, estos es, el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 de ese mismo año, que exigía “*b) 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*”, también conduce al fracaso, toda vez que desde el 24 de julio de 1972 y el 26 de enero de 1982 reunió 1313 días, equivalentes a 187.57 semanas.

9. Del análisis anterior se desprende que la accionante no logra acreditar la densidad de semanas que exigen las citadas normativas, ni siquiera bajo el principio de la condición más beneficiosa.

10. De otro lado la tesis del mandatario judicial de la accionante de que se tenga en cuenta como fecha de estructuración la actual, hasta la cual cuenta con más de 50 semanas cotizadas, pues en su caso el estado de invalidez se originó en enfermedades catastróficas, crónicas o degenerativas, lo cual sustenta en jurisprudencia de la Corte Constitucional, en situaciones que dice son como las de su representada, pero que revisadas en su conjunto, los asuntos allí analizados no son coincidentes, pues efectivamente se trata de personas cuya pérdida de capacidad laboral correspondía a una enfermedad de las características antes mencionadas, que no es el caso de la actora, puesto que los padecimientos de salud que presenta la señora AMPARO RIVERA BALLESTEROS no fueron catalogados como tal en el dictamen pericial (fls. 16-19 ib.).

11. En armonía con las premisas relacionadas en los acápites anteriores, la Sala confirmará el fallo impugnado.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero:** CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2018, por el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Pereira, dentro de la presente acción de tutela, por lo indicado en la parte motiva.

**Segundo:** Notifíquese esta decisión a los interesados por el medio más expedito posible (Art. 5o., Dto. 306 de 1992).

**Tercero:** Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

 (con ausencia justificada)

1. 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 que en razón de la imposibilidad de seguir cotizando para pensión decidió reclamar la indemnización sustitutiva de vejez y la entidad se la niega dejando sin efecto una resolución que se la concedía. La Corte ordenó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consultar en este punto la Sentencia T-789 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). En esta se concedió como mecanismo transitorio, el amparo a la seguridad social y al mínimo vital de la actora, que era compañera permanente del cotizante fallecido. Para ello la Corte reiteró los elementos del perjuicio irremediable en los siguientes términos: “(…) un perjuicio tendrá carácter irremediable cuando quiera que, en el contexto de la situación específica del peticionario, llene las siguientes características: (i) ser cierto e inminente, es decir, que su existencia actual o potencial se infiera objetivamente a partir de una evaluación razonable de hechos reales, y no de meras conjeturas o deducciones especulativas; (ii) ser grave, en la medida en que amenace con lesionar –o lesione- un bien o interés jurídico de alta importancia para el afectado; y (iii) requerir la atención urgente de las autoridades, en la medida en que su prevención o mitigación resulte indispensable e inaplazable para evitar la generación de un daño antijurídico que posteriormente no podrá ser reparado. Salta a la luz que la peticionaria en el caso bajo revisión se encuentra, efectivamente, en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable con motivo de los hechos que dieron lugar a la interposición de la acción de tutela, puesto que del reconocimiento de la sustitución pensional a la cual alega tener derecho depende la satisfacción de su mínimo vital.” [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 20-27 y 43-48 Cd. Ppal. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 16-19 Cd. Ppal. [↑](#footnote-ref-4)
5. M.P. María Victoria Calle Correa. En esta providencia, la Corte debió resolver el siguiente problema jurídico: ¿se vulneran los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de un afiliado a un fondo de pensiones (Orlando Castro Rojas), cuando se le niega el reconocimiento de la pensión de invalidez argumentando que no cotizó al menos cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y que ya le fue reconocida una indemnización sustitutiva, a pesar de que en el dictamen tomado como referencia se estableció el momento en que perdió el 58.8% de capacidad laboral, pero no el 50% exigido por la normativa vigente? [↑](#footnote-ref-5)
6. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. En esta providencia, la Corte se planteó la resolución del siguiente problema jurídico: ¿ establecer si se vulneran los derechos fundamentales de una persona que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, con la negativa del fondo de pensiones a reconocerle la pensión de invalidez bajo el argumento de no cumplir con los requisitos exigidos por la ley vigente al momento de la estructuración de la invalidez y haber recibió con anterioridad una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.? [↑](#footnote-ref-6)
7. “Por el cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida”. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia T-002 A de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [↑](#footnote-ref-8)
9. En este sentido la sentencia T-937 de 2013 indicó: “*puesto que es plausible que entre ambas prestaciones ocurra la compensación, en casos en los cuales se haya pagado una indemnización sustitutiva por error y posteriormente se demuestre que el afiliado si tenía derecho a la pensión, siempre que se trate de prestaciones de igual naturaleza u origen (vejez-vejez o invalidez-invalidez)*.” [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 25-27 y 46-48 Cd. Ppal. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 15 Cd. Ppal. [↑](#footnote-ref-11)