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 DE PENSIÒN DE INVALIDEZ / CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA / ACUERDO 049 DE 1990 / REQUISITOS / HABER FORJADO LA EXPECTATIVA LEGÍTIMA EN VIGENCIA DE LA NORMA ANTERIOR A LA QUE SE PRETENDE ACOGER.**

Este instrumento 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. (…)

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).

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…

Descendiendo al asunto que se decide, según el reporte de semanas cotizadas, se puede constatar que la accionante cotizó al Sistema General de Pensiones – SGP durante el periodo del 01 de septiembre de 2003, hasta el 31 de diciembre de 2011, es decir, su situación jurídica se encuentra regulada por la Ley 860 de 2003, la cual regía a la fecha de estructuración de la discapacidad -09 de marzo de 2017-.

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 María Olga González Sánchez, es decir, para el 09 de marzo de 2017, es el artículo 1° de la Ley 860 de 2003…

Para el caso concreto, se debe tener en cuenta que la señora María Olga González Sánchez, solo presenta cotizaciones a partir del año 2003, lo que significa que la expectativa legítima para obtener su pensión de invalidez, se rige solo por la Ley 860 de 2003, ya que la totalidad de las 420 semanas fueron cotizadas únicamente en vigencia de dicha ley. Por consiguiente no le es aplicable la condición más beneficiosa, ya que tal y como lo afirma la sentencia antes citada, esta solo aplica “en la medida en que la persona se haya forjado una expectativa legítima en vigencia de la normatividad anterior”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, veinte (20) de marzo de dos mil veinte (2020)

Acta Nº 114 del 20-03-2020

Referencia: 66001-31-10-002-**2020-00018**-01

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por la señora MARÍA OLGA GONZÁLEZ SÁNCHEZ, por intermedio de apoderada judicial, contra la sentencia proferida el 31 de enero de 2020, mediante la cual el Juzgado Segundo de Familia 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 al mínimo vital, dignidad humana, igualdad y seguridad social.

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

2.1. La señora MARÍA OLGA GONZÁLEZ SÁNCHEZ, nació el 23 de diciembre de 1946, por lo que cuenta con 73 años de edad.

2.2. Desde hace algún tiempo viene padeciendo severos problemas de salud consistentes en: “HIPERTENSIÓN ESENCIAL, ENFERMEDAD VALVULAR CARDIACA, MIELOMA MÚLTIPLE Y OSTEOPOROSIS”; motivo por el cual inició proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral ante la entidad accionada.

2.3. El 3 de mayo de 2017, fue calificada por el departamento de medicina laboral del fondo de pensiones, quien le otorgó una pérdida de capacidad laboral del 58.96%, de origen común y estructurada el 9 de marzo de 2017.

2.4. El 30 de abril de 2019, por medio de radicado N° 2019\_5625718, solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, rogando allí la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, al tener más de 300 semanas cotizadas anteriores a su fecha de estructuración.

2.5. La entidad accionada por medio de la Resolución N° SUB 167044 del 27 de junio de 2019, le negó su solicitud al considerar que esta no cumple con los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003 para acceder a tal prestación.

2.6. Contra la decisión antes referida presentó recurso de apelación el 9 de agosto de 2019; el cual fue resuelto mediante la Resolución N° DPE 10658 del 1 de octubre de 2019, donde se confirmó en todas sus partes el acto administrativo recurrido.

2.7. Realizó aportes durante toda su vida laboral, desde el 01/09/2003 hasta el 31/12/2011, para un total de 420 semanas cotizadas, todas antes de la fecha de estructuración de la invalidez.

2.8. Aclara que no cumple con los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003, como tampoco los planteados en la Ley 100 de 1993 en su versión original, pero si con los del artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990.

2.9. A raíz de su cuadro de enfermedades, le queda casi que imposible acceder a un trabajo o labor con el cual pueda brindarse el sustento diario, razón por la cual la pensión reclamada se convierte en su única esperanza para cubrir las contingencias que demanda el diario vivir.

3. Pide, conforme a lo relatado, la tutela de los derechos invocados y se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES reconocer la pensión de invalidez aplicando el Acuerdo 049 de 1990, con base en la Sentencia SU-442 de 2016.

4. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Segundo de Familia de Pereira, que le impartió el trámite legal. Fueron notificados el SUBDIRECTOR DE DETERMINACIÓN II FUNC ASIG SUB III y la DIRECTORA DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. (fl. 42 C. Ppal.).

4.1. Se pronunció la Directora (A) de la Dirección de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, quien informó que mediante la resolución N° GNR 328040 del 23 de octubre de 2015, reconoció una indemnización sustitutiva de vejez a la actora, con un pago único de $705.533, de acuerdo con las 420 semanas cotizadas; además, que al realizar el estudio con las semanas anteriormente indicadas, no acreditó el mínimo de cotizaciones para ser beneficiaria de la prestación bajo las normas vigentes, ni los requisitos institucionales para la aplicación de la condición más beneficiosa, por lo que le fue negada mediante las resoluciones SUB 105821 del 23 de junio de 2017; SUB 167044 del 27 de junio de 2019; y, DPE 10658 del 01 de octubre de 2019.

Resalta que de acuerdo con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela será improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, razón por la cual, en concordancia con el numeral 4° del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo, toda controversia que se presente en el marco del Sistema de Seguridad Social entre afiliados, beneficiaros o usuarios, empleadores y entidades administradoras deberá ser reconocida por la jurisdicción ordinaria laboral. De tal forma 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 declare la improcedencia de la acción de tutela. (fls. 47-49 id.).

**III. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

La profirió el Juzgado Segundo de Familia de Pereira, que declaró improcedente el amparo invocado, al considerar que “... *la tutela es ante todo una acción excepcional y un remedio para salvaguardar derechos fundamentales, pero no una vía procesal concurrente o paralela con otros medios judiciales, a la cual puedan acceder las personas ad libitum para defender posiciones subjetivas invocando la vulneración a derechos fundamentales, cuando la pasividad demostrada por la demandante durante más de un bienio para alegar por ésta vía la vulneración o amenaza de derechos superiores, en búsqueda del reconocimiento de la pensión de invalidez que ya le ha sido negada en dos oportunidades por Colpensiones conllevan necesariamente a concluir, que la controversia legal presentada respecto del derecho o no al reconocimiento del status de pensionada deba ser dirimida por el juez natural (jurisdicción ordinaria laboral) a quien se atribuye la competencia de dichos asuntos...”*. (fls. 65-78 id.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

La sentencia fue impugnada por la apoderada judicial de la actora, exponiendo que si bien existe otro mecanismo judicial por medio del cual se pueda reclamar la pensión de invalidez de la accionante, el mismo no resulta ser eficaz y proteccionista con esta, teniendo en cuenta que en la jurisdicción laboral de esta ciudad no se está aplicando la condición más beneficiosa en torno a la pensión de invalidez, a diferencia de la jurisdicción constitucional, la cual ha avalado de forma contundente la aplicación de la misma, tal como se manifestó en el escrito de tutela, que en la sentencia SU-442 de 2016, la Corte Constitucional solidificó su línea y postura en cuanto a la aplicación de la condición más beneficiosa en materia de la pensión de invalidez específicamente del Acuerdo 049 de 1990, avalando en forma contundente tal situación, por lo cual la accionante tiene derecho a la prestación que reclama. (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 instrumento 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 MARÍA OLGA GONZÁLEZ SÁNCHEZ, interpuso acción de tutela tras considerar que la entidad accionada, vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana, igualdad y seguridad social, al negar mediante las resoluciones N° SUB 167044 del 27 de junio de 2019 y N° DPE 10658 del 01 de octubre de 2019, el reconocimiento de su pensión de invalidez, al no acreditar el mínimo de semanas señaladas en la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la ley 100 de 1993.

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 el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, en razón de la condición más favorable.

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 58.96% de pérdida de capacidad laboral, 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[[3]](#footnote-3) y T-002 A de 2017[[4]](#footnote-4), 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[[5]](#footnote-5) 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.”[[6]](#footnote-6) 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”[[7]](#footnote-7).*”

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[[8]](#footnote-8), se puede constatar que la accionante cotizó al Sistema General de Pensiones – SGP durante el periodo del 01 de septiembre de 2003, hasta el 31 de diciembre de 2011, es decir, su situación jurídica se encuentra regulada por la Ley 860 de 2003, la cual regía a la fecha de estructuración de la discapacidad -09 de marzo de 2017-.

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 MARÍA OLGA GONZÁLEZ SÁNCHEZ, es decir, para el 09 de marzo 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 09 de marzo de 2017, la actora no tiene semanas cotizadas.

Y de querer analizar la situación, bajo el principio de la condición más beneficiosa, esto es, de cara al otro régimen normativo citado, esto 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*”, conduce a pensar que la señora MARÍA OLGA GONZÁLEZ SÁNCHEZ aparentemente cumple con este requisito, toda vez que está calificada con una pérdida de capacidad laboral del 58.96%, y reunió 420 semanas cotizadas antes de la fecha de estructuración.

Sin embargo, según lo expuesto por la sentencia SU-442 de 2016 acerca de la condición más beneficiosa, se tiene que tener en cuenta que, una vez una persona contrae una expectativa legítima en vigencia de un esquema normativo alcanza entonces un derecho a que le sea protegida. Así se dijo en dicha sentencia:

*“… puede caracterizarse este principio en pensiones de invalidez como un derecho constitucional, en virtud del cual una solicitud de reconocimiento pensional puede examinarse conforme a la condición más beneficiosa prevista en normas anteriores a la vigente al estructurarse una pérdida de 50% o más de capacidad laboral, en la medida en que la persona se haya forjado una expectativa legítima en vigencia de la normatividad anterior, y en que la reforma de esa última no se haya acompañado de un régimen de transición constitucionalmente aceptable. En la jurisprudencia se ha aplicado precisamente a la pensión de invalidez tras observar que la sucesión de regímenes y normas aplicables al aseguramiento de este riesgo ha estado desprovista de esquemas para la transición que protejan las expectativas legítimas. Tomando desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se advierte que la pensión de invalidez se ha regido por tres esquemas normativos diferentes y sucesivos: el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que exigía acreditar la condición de invalidez y tener 150 semanas en los6 años anteriores a la fecha de acaecimiento del riesgo o 300 semanas en cualquier tiempo; el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, que exigía estructuración de la invalidez y 26 semanas de cotización para quien se encontrara cotizando, o 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración para quien hubiese dejado de hacerlo: y finalmente la Ley 860 de 2003, actualmente en vigor, que exige constitución de la invalidez y 50 semanas en los 3 años anteriores a la misma. Ninguna de estas reformas ha contemplado un régimen de transición para la pensión de invalidez que garantice las expectativas legítimas, por lo cual es dable aplicar en concreto la condición más beneficiosa las disposiciones anteriores a quienes se les hayan forjado mientras estuvieron vigentes. (Subraya fuera del texto)*

*Este principio constitucional debe ser diferenciado de los principios de favorabilidad e indubio pro operario. Todos abogan por la protección del trabajador, pero no se aplican en las mimas situaciones, ni siempre buscan disipar incertidumbres. La favorabilidad tiene lugar cuando se duda sobre la aplicación de dos (2) o más normas válidas y vigentes que regulan la misma situación fáctica. El principio de indubio pro operario, por su parte, se aplica cuando frente a una misma norma surgen varias interpretaciones sensatas, debiendo escogerse la que más le favorezca al trabajador. De esta manera, la condición más beneficiosa se desarrolla sobre la base de la certeza, pues el operador jurídico sabe cuál es la norma vigente y cuál, por ende, debería aplicar. Lo que sucede es que, al comprobar que dicha actuación tendría unos efectos desproporcionadamente injustos en un caso particular, acude a una excepción resolviendo la situación con una norma derogada. Los principios de favorabilidad e indubio pro operario, por el contrario nacen para solucionar una duda, toda vez que ante la coexistencia de dos normas o interpretaciones, no hay razones válidas para proferir, de entrada, una de ellas.*

*[…] Ahora bien, el propósito de este fallo es unificar la doctrina constitucional, en lo que respecta a si las normas aplicables en virtud del principio constitucional de la condición más beneficiosa son solo las inmediatamente anteriores a las vigentes. Conviene entonces anotar que si bien la aplicación parcial de la Ley 860 de 2003, en los términos expuestos, ha dado lugar a una jurisprudencia consistente, hay una discusión sobre el alcance de este principio que gira en torno a* ***cuál norma derogada puede ser aplicada*** *para la resolución de un caso. Más precisamente, se ha discutido en la jurisprudencia constitucional y en la laboral ordinaria si en virtud de ese principio fundamental sólo se puede aplicar la norma inmediatamente anterior a la Ley 860 de 2003; esto es la Ley 100 de 1993 en su redacción original, o si también se puede aplicar otra igualmente anterior, aunque su vigencia no anteceda inmediatamente a la Ley 860 de 2003, como es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.*

*[…] La Constitución no predetermina con detalle el modo como debe protegerse, y por tanto el legislador puede prever un régimen de transición dentro de un amplio margen para garantizar estas expectativas legítimas. Pero si no lo hace desaparece por ello el derecho a que sean protegidas, y el Juez de aplicar la Constitución como norma suprema. En concreto esto supone, para un caso en como este, que quien antes de entrar en vigencia el sistema general de pensiones ya cotizó 300 semanas o más, como lo exigía para entonces el Decreto 758 de 1990, se forjó la expectativa legítima de adquirir su pensión de invalidez, en el evento infortunado del advenimiento del riesgo. Un cambio en esa normatividad estaba entre las competencias del legislador, pero ninguna reforma podía anular dicha expectativa legítima, y por tanto reformas sucesivas tampoco podían hacerlo. Como dijo la Corte en la sentencia T-832a de 2013”. (Subraya fuera del texto)*

Para el caso concreto, se debe tener en cuenta que la señora MARÍA OLGA GONZÁLEZ SÁNCHEZ, solo presenta cotizaciones a partir del año 2003, lo que significa que la expectativa legítima para obtener su pensión de invalidez, se rige solo por la Ley 860 de 2003, ya que la totalidad de las 420 semanas fueron cotizadas únicamente en vigencia de dicha ley. Por consiguiente no le es aplicable la condición más beneficiosa, ya que tal y como lo afirma la sentencia antes citada, esta solo aplica “*en la medida en que la persona se haya forjado una expectativa legítima en vigencia de la normatividad anterior”*.

9. En armonía con las premisas relacionadas en los acápites anteriores, la Sala revocará el fallo impugnado, para en su lugar negar el amparo invocado.

**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:** REVOCAR la sentencia proferida el 31 de enero de 2020, por el Juzgado Segundo de Familia de Pereira, dentro de la presente acción de tutela, para en su lugar NEGAR el amparo de los derechos fundamentales invocados, 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**

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. 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-3)
4. 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-4)
5. “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-5)
6. Sentencia T-002 A de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [↑](#footnote-ref-6)
7. 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-7)
8. Fls. 33-40 cuaderno Ppal. [↑](#footnote-ref-8)