



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE  
CONTROL DE GARANTÍAS

Acción de Tutela No.:	17001 40 71 002 2020 00008 00
Titular del Derecho:	LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ
Acclonadas:	PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS
Vinculadas:	NUEVA E.P.S. SISTESA PROYECTOS S.A.S. JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ-CALDAS COLPENSIONES
Sentencia T.:	No. 029

Manizales, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veinte (2020)

I. ASUNTO

Procede el Despacho a emitir el fallo de primera instancia al interior de la Acción Constitucional que se inició por solicitud de la señora **JULIETA LÓPEZ GARCÍA**, actuando como agente oficiosa de su hijo **LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ** contra **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS**, trámite al que se vinculó a la **NUEVA E.P.S.**, **SISTESA PROYECTOS S.A.S.**, **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ-CALDAS** y **COLPENSIONES**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

**1.1.** Expone la parte actora que el señor **LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ** se encuentra afiliado en salud a través de la **NUEVA E.P.S.** y en pensiones a través del fondo privado **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS**.

Afirma que en la actualidad el agenciado cuenta con treinta y cinco (35) años de edad, hace parte del sistema de seguridad social como empleado en el cargo de pintor de la empresa **SISTESA PROYECTOS S.A.S.** desde el once (11) de noviembre del año dos mil dieciséis (2016), con una asignación mensual salarial correspondiente a un salario mínimo.

**1.2.** Refiere que el primero (1º) de diciembre del año dos mil dieciséis (2016) en consulta por medicina general prestada por urgencias al señor Ríos López, se dispuso su internación desde la fecha, por cuanto presentaba dificultades respiratorias, lo cual lo llevó a estar por casi un mes hospitalizado, allí se le diagnosticó con las enfermedades "ENFERMEDAD PULMONAR INTERSTICIAL, NO ESPECIFICADA Y AFECCIONES ALVEOLARES Y ALVEOLOPARITALES", además señala que al momento de ser atendido también presentó las afecciones de "NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA GRAVE, NEUMONIA MULTILÓBAR POSIBILIDAD DE PROTEINOSOS ALVEOLAR".

**1.3.** Aduce la actora que desde la referida atención médica y hasta la fecha, **LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ** ha estado incapacitado por enfermedad de origen general, dichas incapacidades fueron canceladas hasta el día 180 por la **NUEVA E.P.S.** y los días posteriores por **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS**.

Aclara que desde el pasado dieciséis (16) de junio del año dos mil dieciocho (2018) y hasta la fecha, las incapacidades generadas en favor de **LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ**, se debieron reclamar mediante tutela (Radicado 2019-063), la cual correspondió al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta localidad, el que mediante Sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil diecinueve (2019) salvaguardó los derechos del afectado y ordenó el pago de las incapacidades que se generen en su favor y a cargo de **NUEVA E.P.S.** y **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS** según corresponda (Fallo de Tutela - visible a folios 9 al 15)

1.4. Expone la actora que debido a que la incapacidad de su hijo superó los 180 días, se inició proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral, con la finalidad de obtener una pensión de invalidez. Afirma la actora que la calificación de PCL se emitió el pasado veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019) y arrojó un resultado de 81,48% con fecha de estructuración del primero (1º) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

1.5. Frente a la solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez, PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS mediante comunicado del quince (15) de octubre de dos mil diecinueve (2019) le negó la pensión de invalidez y a cambio reconoció una devolución de saldos por valor de \$4 031 473, enfatizando que dicha decisión se tomaba en virtud a que LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ, no tiene las 50 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a la fecha de reestructuración de la invalidez, ya que solo cotizó 29,43 semanas.

1.6. Aduce la actora que desde la fecha en que LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ inició a laborar (11 de noviembre de 2016), le han sido canceladas de manera ininterrumpida todas las cotizaciones tanto a la E.P.S., como a PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS.

1.7. Señala que en la actualidad el agenciado se encuentra incapacitado totalmente para desarrollar alguna labor, ya que es un paciente con dependencia total y requiere del suministro de oxígeno las 24 horas desde que fueron descubiertas sus patologías, además se le han realizado varias cirugías, requiere de múltiples terapias y actualmente recibe cuidados paliativos en casa y otras veces estando hospitalizado.

Señala la accionante que el señor LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ vela económicamente por ella y por un hijo de 15 años, del cual es su cuidador principal, debido a que su madre lo abandonó desde muy pequeño, por ello dependen del agenciado, así que si aceptan la devolución de saldos propuesta por PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS quedarían completamente desamparados en todo sentido, careciendo de un ingreso económico para garantizar sus necesidades.

## 2. Pretensiones

Con fundamento en lo anterior, se solicita la protección de los derechos fundamentales invocados, y en consecuencia peticiona que se ordene a la entidad accionada el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ.

## 3. Trámite Tutelar

La Acción Constitucional se recibió en este Juzgado el pasado diez (10) de febrero del año en curso, siendo las cinco de la tarde (5 00 p.m.), por lo que se admitió el día siguiente mediante Auto No. 025, en el que se dispuso la práctica de pruebas, la vinculación de NUEVA E.P.S., SISTESA PROYECTOS S.A.S., JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, la notificación y el traslado del escrito tutelar a las entidades accionada y vinculadas. Posteriormente a través de Auto No. 113 del catorce (14) de febrero del presente año, se dispuso la vinculación de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ-CALDAS. Finalmente en Auto No. 119 del diecinueve (19) de febrero de la corriente anualidad se dispuso la vinculación de COLPENSIONES.

## 4. RESPUESTA A LA ACCIÓN PÚBLICA

### 4.1. PROTECCIÓN FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS

En comunicado aportado al juzgado el día doce (12) de febrero del dos mil veinte (2020), se informó que el señor LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ, presenta afiliación ante dicho fondo de pensiones desde el pasado primero (1º) de septiembre del año dos mil dieciséis (2016). Afirma que el agenciado en tutela presentó ante PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez, motivo por el cual la entidad remitió al afiliado ante la Comisión Médico-Laboral con quien se tiene contrato de prestación de servicios, para que dicha entidad se encargara de determinar su pérdida de capacidad laboral.

Afirma que la Comisión Médico-Laboral determinó a través de dictamen la pérdida de capacidad laboral del señor LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ en un 81,48% con fecha de estructuración del primero (1º) de diciembre de dos mil dieciséis (2016) y de origen común.

Aduce la accionada que la parte actora se encontró inconforme con el referido dictamen en lo pertinente a la fecha de estructuración, por lo que interpuso recurso de apelación para que el caso fuese estudiado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, quien a través de dictamen confirmó el porcentaje de P.C.L (81,48%) y el origen común, pero determinó la fecha de estructuración a partir del diecisiete (17) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

Expone que frente al dictamen de la Junta Regional de Calificación, el accionante no presentó recurso de apelación, razón por la cual a la fecha dicho dictamen se encuentra en firme, ello en virtud del Decreto 1352 de 2013 específicamente en sus Arts. 44 y 45.

Señala la entidad que para ser reconocida una pensión de invalidez se debe cumplir con el requisito de la 50 semanas cotizadas durante los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, tal y como lo establece la ley 100 del 93 en su artículo 39, modificado por el Art. 1º de la Ley 860 de 2003, y al verificar el caso del señor LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ, se encontró que no cumple con el mencionado requisito, dado que no cuenta con el total de semanas cotizadas requeridas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, motivo por el cual mediante comunicado del quince (15) de octubre de dos mil diecinueve (2019), se le notificó la no procedencia de la pensión de invalidez reclamada ante la ausencia de los requisitos legales, reconociéndose en su defecto la devolución de saldos como prestación subsidiaria.

Enfatiza la entidad que en el caso del señor LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ, su invalidez se estructuró el día veinticinco (25) de abril de dos mil diecisiete (2017), en ese orden de ideas, las 50 semanas debían ser acreditadas entre ese día y el veinticinco (25) de abril de dos mil catorce (2014), no obstante, para dicho periodo solo cotizó 30 semanas. Enfatiza que en este caso no procede la petición de reconsideración del accionante sobre la decisión tomada por el Fondo de negar su solicitud de pensión de invalidez, ya que según se ha narrado anteriormente, él no cuenta con los requisitos para acceder a ella.

Asegura la accionada que no tiene ningún fundamento legal la pretensión de la parte actora relacionada con el reconocimiento de la pensión de invalidez, ya que no cumple con el requisito del número de semanas exigidas, y en ese orden de ideas, reconocer dicha prestación a las personas que no cumplen la totalidad de las semanas haría financieramente insostenible el Sistema de Pensiones, puesto que no existiría ningún límite para el reconocimiento, al punto que si alguien cotiza tan solo una semana podría reclamar el derecho a la igualdad, pues ya no se estaría dando observancia al parámetro señalado en la ley en virtud de ello, sería lo mismo haber cotizado 49 semanas o una.

Enuncia la entidad que el accionante tuvo en el año dos mil diecisiete (2017) su primer concepto de rehabilitación, es decir, que desde ese año, no se encuentra ejerciendo actividad laboral alguna y sus aportes son producto del pago de incapacidades, por ende, la fecha real de pérdida de capacidad laboral en el caso concreto coincide con la del dictamen de pérdida de capacidad laboral del accionante, por lo que por todos los casos posibles, el accionante no acredita el número de semanas necesarias para hacerse acreedor de una pensión de invalidez.

Por todos los señalamientos anteriores es que considera que no se vislumbra vulneración alguna a un derecho fundamental del accionante por parte de PROTECCIÓN S.A., ya que se le concedió la prestación económica a la que tenía lugar (Devolución de Aportes), lo que da entender que si el señor LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ se encontraba inconforme con dicha decisión tenía la vía ordinaria para presentar las pruebas que considere pertinentes y en dicho proceso que no es sumario y preferencial como la tutela entrar a controvertir las pruebas con los argumentos del caso.

Enfatiza la entidad accionada que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario que solo debe ser utilizado cuando los procedimientos legales resultan ineficaces o cuando no existen

otros medios de defensa judicial y en forma transitoria, para evitar un perjuicio irremediable, lo cual no ocurre en este caso, donde el legislador ha previsto las acciones legales para que las personas acudan ante la jurisdicción a pedir la salvaguarda jurídica de sus derechos. Por todo lo anterior se solicita denegar la presente acción de tutela por improcedente.

#### **4.2. SISTESA PROYECTOS S.A.S.**

En memorial del trece (13) de febrero del año dos mil veinte (2020), se pronunció frente a los hechos expuestos por la parte actora en el escrito de tutela y señaló que en su base de datos se evidencia que efectivamente el señor LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ se encuentra afiliado en salud a través de la NUEVA E.P.S. y a pensión ante PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS, refirió que el actor cuenta con 35 años de edad y se encuentra vinculado al sistema de seguridad social como empleado de dicha empresa en el cargo de pintor desde el once (11) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), enfatizó que por parte de SISTESA PROYECTOS S.A.S. se ha prestado apoyo económico y moral tanto al agenciado como a su familia. Señala la vinculada que frente a la pretensión de la parte actora se limita a lo que resulte probado en el presente trámite.

Se aporta por la entidad copia de los pagos y cotizaciones efectuadas a la salud y seguridad social en favor del accionante LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ (Folios 118 al 169)

#### **4.3. NUEVA E.P.S.**

Mediante escrito del trece (13) de febrero del año en marcha, solicita se les desvincule del presente trámite tutelar, teniendo en cuenta que la pretensión de la parte actora gira entorno a que se reconozca una pensión de invalidez por parte del fondo de pensiones Protección, por lo que se entendería que no ha habido vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante por parte de NUEVA E.P.S.

#### **4.4. JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ-CALDAS**

En oficio del diecisiete (17) de febrero del presente año, se limitó a indicar que frente a los hechos y pretensiones de la presente acción no se pronuncia, ya que dicha junta, no reconoce, ordena y/o paga pensiones de invalidez, ya que la competencia de dichas Juntas regionales y de la nacional, corresponde a calificar la pérdida de la capacidad laboral de quien lo solicite al tenor del Art. 41 de la Ley 100 de 1993.

#### **4.5. COLPENSIONES**

En memorial del veintiuno (21) de febrero del año dos mil veinte (2020), solicitó la desvinculación del presente trámite por falta de legitimación en la causa por pasiva, en vista de que dicha entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales del actor, dado que la posible afectación al accionante se reclama de PROTECCIÓN S.A., por ende es a dicha entidad a quien le corresponde demostrar las acciones adelantadas para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se consideran menoscabados. Afirma la entidad que al verificar en su base de datos se observa que no hay ningún tipo de petición en favor del actor presentada ante COLPENSIONES que este pendiente de resolver, concluyendo que dicha entidad ha actuado de forma responsable y en derecho.

#### **4.6. JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**

A pesar de encontrarse notificada del presente trámite tutelar, omitió pronunciarse frente a los hechos y pretensiones expuestas por la parte actora.

#### **4.7. CONSTANCIA SECRETARIAL**

En comunicación telefónica sostenida por el Despacho el día catorce (14) de febrero del año en marcha con la agente oficiosa JULIETA LÓPEZ GARCÍA, se indicó que en este momento en favor del agenciado LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ la NUEVA E.P.S. sigue generando y cancelando las incapacidades médicas que se disponen por los profesionales de la salud.

Señaló la accionante que lo cancelado por incapacidades es proporcional a lo cotizado, para el caso del agenciado es sobre el salario mínimo legal mensual vigente. Informa la demandante en tutela que al agenciado le dieron alta médica desde el pasado ocho (8) de febrero del presente año, pero reitera que continúa incapacitado

### III. CONSIDERACIONES

#### 1. Competencia

El Decreto 1382 de 2000, que establecía las denominadas *reglas de reparto* de la acción de tutela, fue derogado por el artículo 3.1.1. del Decreto 1069 de 2015, norma que a su vez y en virtud de su carácter compilatorio, consagró en los artículos 2.2.3.1.2.1. al 2.2.3.1.2.5. las disposiciones de naturaleza reglamentaria relacionadas con este tema. Posteriormente, mediante el Decreto 1983 de 2017 se modificaron los artículos 2.2.3.1.2.4. y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015.

A lo anterior, relativo, como se dijo, a las *reglas de reparto*, se suman las normas sobre *competencia*, propias del artículo 86 de la Constitución Nacional y del Decreto 2591 de 1991, que comprenden como criterios que definen competencia, el denominado *conocimiento a prevención*, el *factor territorial* y el *factor funcional*, que otorga competencia a los Juzgados con categoría de circuito cuando la demanda se dirige contra medios de comunicación.

En virtud de lo anterior, este Despacho judicial es competente para conocer la presente acción de tutela, por cuanto la entidad accionada es un particular encargado de la prestación de servicios de seguridad social con sede en esta ciudad.

#### 2. Problema Jurídico

Debe en esta oportunidad el Despacho determinar, si de cara a las circunstancias fácticas que fueron narradas en el escrito de tutela y los anexos aportados, en este asunto se advierte la vulneración a los derechos fundamentales de la parte actora. Específicamente si a través de la acción de tutela resulta procedente la protección del derecho a la vida en condiciones dignas, debido proceso y al mínimo vital del accionante y la concesión de la pensión de invalidez negada por AFP PROTECCIÓN.

Para ello y antes de proceder con el desarrollo del asunto concreto, se estima pertinente abordar los siguientes tópicos: i) sobre la acción de tutela, ii) sobre el principio de subsidiariedad, iii) sobre el reconocimiento y pago de la prestación pensional mediante tutela, iv) el derecho a la seguridad social y la pensión de invalidez, v) la fecha de estructuración de la invalidez y el retiro material y efectivo del mercado laboral, vi) el asunto en concreto.

#### 3. SOBRE LA ACCIÓN DE TUTELA.

**3.1.** La acción de tutela es un mecanismo consagrado en el artículo 86 de la Carta Política, mediante el cual el ciudadano puede buscar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos sean infringidos o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad y eventualmente, por particulares. Mediante ella, el juez, en un plazo perentorio, si detecta fractura de esos derechos supremos, emite una orden para que quien los vulnera o atenta contra ellos, actúe o se abstenga de hacerlo.

Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política han quedado amparados por la acción de tutela. Así configurada, la tutela es un mecanismo procesal, a través del cual las personas naturales o jurídicas en ejercicio de un derecho preferencial, tienen la facultad de exigir ante cualquier Juez de la República, la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando quiera que se presente una amenaza o violación de ellos, reza el artículo 86 de la Carta:

*"Artículo 86 Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales*

*fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública...*

**3.2.** Se entiende que esta figura Constitucional tiene el carácter de acción subsidiaria y naturaleza residual, es decir, solo es admisible en ausencia de otros medios de defensa y no procede contra situaciones consumadas e irreversibles y sólo es plausible la formulación de la respectiva pretensión por una sola vez.

#### **4. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA**

**4.1.** El carácter subsidiario de la acción de tutela, se refiere, como se indicó previamente, al hecho de que solo se puede acudir a este mecanismo en ausencia de otros medios ordinarios de defensa, o cuando existiendo estos, se tramite como mecanismo transitorio de defensa judicial para evitar un perjuicio irremediable. Se debe entender, que la acción de tutela no es un mecanismo judicial adicional o paralelo a los establecidos de manera previa por el legislador.

A partir de este planeamiento inicial ha insistido la Corte Constitucional, que la subsidiariedad es requisito fundamental de procedibilidad de la acción de tutela, lo cual confirma la naturaleza residual de este mecanismo. Por tal motivo, cuando las personas —bien sean naturales o jurídicas— adviertan como vulnerados sus derechos fundamentales, deberán acudir inicialmente a los medios ordinarios de defensa en procura de la protección de sus derechos, en tanto estos mecanismos sean oportunos y eficaces. En esta hipótesis, es evidente la improcedencia de la acción de tutela.

*"5. El principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela, se encuentra consagrado en el inciso 4º del artículo 86 de la Constitución y en el inciso 1º del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. Estas normas disponen que la tutela sólo procederá cuando: (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) existan medios judiciales y éstos no sean eficaces o idóneos para la protección de los derechos fundamentales, o (iii) se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*

*De la interpretación de las normas en comento, se evidencia que una de las hipótesis es que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a ellos y no a la tutela, a menos que el juez constitucional se percate de la posible consumación de un perjuicio irremediable.*

*De esta manera, cuando "una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer dentro del marco estructural de la administración de justicia, de un determinado asunto radicado bajo su competencia"*

*6. En este sentido, el principio de subsidiariedad y la excepcionalidad de la acción de tutela, reconocen la validez y viabilidad de los recursos judiciales ordinarios como mecanismos legítimos y prevalentes para salvaguardar los derechos, de modo que al existir tales mecanismos de defensa, se debe acudir a ellos preferentemente, siempre que sean conducentes para garantizar una eficaz protección constitucional de los derechos fundamentales de los individuos.*

*Bajo ese entendido, el sujeto que invoca la transgresión de sus derechos fundamentales por esta vía, debe agotar los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto. Esta exigencia y deber jurídico, pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada una instancia adicional en el trámite procesal, ni un mecanismo de defensa que remplace aquellos diseñados por el Legislador"*

**4.2.** En desarrollo de esta característica esencial que señaló el artículo 86 Superior, el Decreto 2591 de 1991 establece en su artículo 6º las circunstancias frente a las cuales la acción de tutela resulta improcedente, y de manera expresa se refiere en su numeral 1º al hecho de que

<sup>1</sup> Sentencia T-295 de 2016

"... existan otros recursos o medios de defensa judiciales ...". Se reafirma de esta manera, que el desconocimiento de la subsidiariedad de la acción de tutela, como mecanismo excepcional de protección de derechos fundamentales es una de las principales causales de su improcedencia.

4.3. Por ello, la Corte ha considerado que sólo se acudirá a la tutela cuando no existe alternativa jurídica de defensa, por lo que es necesario haber hecho uso de los recursos legales ofrecidos por el sistema.

*"Teniendo en cuenta el carácter subsidiario y residual que identifica la acción de tutela - con el que se busca impedir que la misma sea utilizada para sustituir los medios ordinarios de impugnación-, la jurisprudencia ha señalado que, en estos casos, la posibilidad de que se declare la existencia de una vía de hecho y se otorgue la protección constitucional a los derechos violados, está condicionada a que previamente el juez de tutela establezca si el afectado ha hecho uso oportuno de los recursos previstos en el proceso ejecutivo para reclamar la defensa de sus derechos".<sup>2</sup>*

*Se busca entonces preservar el carácter subsidiario y residual de la tutela y el profundo respeto e independencia de los jueces de las diferentes jurisdicciones, así como la "exclusiva competencia que éstos tienen para resolver los asuntos propios de sus materias, en un claro afán de evitar la paulatina desarticulación de sus organismos y de asegurar el principio de seguridad jurídica".<sup>3</sup>*

4.4. No obstante, existen casos en los cuales procede de manera excepcional la acción de tutela, previa verificación de la existencia de un **daño irremediable que haya sido efectivamente probado** y que afecte de forma directa al actor es así como la Alta Corte dispuso las condiciones que deben darse para que se configure el perjuicio irremediable:

- i) el perjuicio ha de ser inminente, es decir, que está por suceder.
- ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes.
- iii) el perjuicio debe ser grave, esto es, susceptible de generar un daño trascendente en el haber jurídico de una persona
- iv) exige una respuesta impostergable para asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

Por lo tanto, cuando se acredite la existencia de un perjuicio que sea inminente, es decir, que produzca de manera cierta y evidente la amenaza de un derecho fundamental, que imponga la adopción de medidas apremiantes para conjurarlo, que amenace de manera grave un bien jurídico, y que dada su urgencia y gravedad, imponga la impostergabilidad del amparo a fin de garantizar el restablecimiento del orden social justo en toda su integridad, aunado a que se demuestre la ineficacia del otro mecanismo existente, la acción de tutela será procedente.

4.5. Ya en lo referente a las prestaciones económicas del sistema de seguridad social, la naturaleza legal de las mismas, en contraposición con la naturaleza constitucional de la acción de tutela implican, en principio, la improcedencia de esta última, pues los afiliados tienen a su disposición de manera inicial el trámite que se debe adelantar ante la entidad correspondiente y en caso de que el beneficio sea denegado, existen acciones judiciales específicas para solicitar el reconocimiento de sus derechos, bien sea a través de la jurisdicción laboral o la jurisdicción contencioso administrativa en razón al tipo de vinculación laboral.

## 5. SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PRESTACIÓN PENSIONAL MEDIANTE TUTELA.

La Honorable Corte Constitucional en Sentencia T- 429 de 2017, ha establecido una serie de requisitos para acceder mediante tutela al reconocimiento y pago de la prestación pensional, así:

<sup>2</sup> Sentencia T-844 de 2005

<sup>3</sup> Sentencia T-629 de 2008

*Esta Corporación ha insistido en que la aptitud de los instrumentos judiciales ordinarios, para resolver de manera efectiva los problemas jurídicos relativos al reconocimiento y pago de derechos pensionales, debe establecerse a partir de una evaluación exhaustiva del panorama fáctico y jurídico que sustenta la pretensión de amparo<sup>4</sup>. En esa medida, ha supeditado la aplicación del requisito de subsidiariedad al examen de las circunstancias particulares del accionante. Así, el tiempo de espera desde la primera solicitud pensional a la entidad de seguridad social (procedimiento administrativo), la edad (personas de la tercera edad), la composición del núcleo familiar (cabeza de familia, número de personas a cargo), el estado de salud (condición de discapacidad, padecimiento de enfermedades importantes), las condiciones socioculturales (grado de formación escolar y potencial conocimiento sobre sus derechos y los medios para hacerlos valer) y las circunstancias económicas (promedio de ingresos y gastos, estrato socioeconómico, calidad de desempleo) de quien reclama el amparo constitucional, son algunos de los aspectos que deben valorarse para establecer si la pretensión puede ser resuelta eficazmente a través de los mecanismos ordinarios, o si, por el contrario, las dilaciones y complejidades que caracterizan esos procesos judiciales podrían conducir a que la amenaza o la vulneración iusfundamental denunciada se prolongue de manera injustificada."*

## **6. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA**

En Sentencia de Tutela T-046 de 2019, la guardiana de la Constitución, enseñó:

*"21. El artículo 48 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental a la seguridad social y, específicamente, se refiere a la seguridad social en pensiones. De conformidad con el artículo mencionado, la seguridad social tiene doble connotación: (i) se trata de un servicio público de carácter obligatorio, cuya cobertura se debe ampliar progresivamente y se encuentra bajo la dirección, coordinación y control del Estado, a quien corresponde desarrollarlo a través de leyes, y (ii) es un derecho fundamental que se garantiza a todos los habitantes, cuyo contenido está íntimamente ligado a la dignidad humana<sup>4</sup>.*

*En relación con el primero de estos elementos, el artículo 48 Superior dispone que los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a cualquier tipo de prestación y, en particular, la pensión de invalidez, son los establecidos por las leyes del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.*

*22. Los artículos 48 Superior y 2º de la Ley 100 de 1993, establecen que el servicio público de seguridad social se debe prestar con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Para el caso que se analiza, resulta relevante el segundo de estos principios.*

*El principio de universalidad supone que se proteja a todas las personas, sin ninguna discriminación y en todas las etapas de la vida. Este principio se ve reflejado en el objeto del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, que tiene como finalidad: (i) garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de pensiones y prestaciones; y (ii) propender por la ampliación progresiva de la cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones<sup>5</sup>.*

*23. La normativa referente a la pensión de invalidez está contenida en la Ley 100 de 1993, la cual establece la noción jurídica de invalidez, define los requisitos y el monto de la pensión de invalidez y señala las reglas aplicables a esta pensión en cada uno de los regímenes del sistema.*

*El artículo 38 de la Ley 100 de 1993 establece que se considera en situación de invalidez la "persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral".*

*Conforme con los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993, corresponde a las entidades del sistema (COLPENSIONES, ARL, EPS y aseguradoras) y a las juntas regionales y a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez evaluar la pérdida de capacidad laboral de conformidad con los criterios contenidos en el Manual Único para la Calificación de Invalidez<sup>6</sup>. El dictamen expedido por aquellas entidades contiene la calificación del porcentaje de la pérdida de capacidad*

<sup>4</sup> Sentencia T-658 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>5</sup> Artículo 10º de la Ley 100 de 1993.

<sup>6</sup> En virtud de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, se expidió el Decreto 917 de 1999 que adopta el Manual Único para la Calificación de la Invalidez, que fue derogado por el Decreto 1507 de 2014 "Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional".

laboral y, en caso de que el afiliado sea calificado con más del 50% de pérdida de capacidad laboral, la determinación de la fecha en la que se estructuró el estado de invalidez.

La estructuración de la invalidez consiste en el momento en que se produce la pérdida de capacidad laboral, y es definida en el artículo 3º del Decreto 1507 de 2014, como "( ) la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado éstos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional"

El artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, refiere los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. Específicamente, la norma establece que para que una persona acceda a la pensión de invalidez por enfermedad de origen común debe acreditar la pérdida de capacidad superior al 50 % y haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de la estructuración.

En suma, de conformidad con las normas descritas, para obtener la pensión de invalidez, el afiliado debe: (i) tener una pérdida de capacidad calificada con un porcentaje igual o superior al 50 % y (ii) haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral."

#### **7. FECHA DE ESTRUCTURACIÓN DE LA INVALIDEZ Y EL RETIRO MATERIAL Y EFECTIVO DEL MERCADO LABORAL.**

Frente a dicho ítem, la Corte Constitucional en la ya referida Sentencia T 046 de 2019, expuso:

"24. El artículo 3º del Decreto 1507 de 2014 establece la forma en que debe declararse la fecha en que acaeció para el calificado, de manera permanente y definitiva, la pérdida de su capacidad laboral. La fecha de estructuración es un concepto técnico, por ello debe sustentarse en el análisis integral de la historia clínica y ocupacional, los exámenes clínicos y de las ayudas diagnósticas que se requieran.

En efecto, los dictámenes que emiten las Juntas de Calificación deben contener los fundamentos de hecho y de derecho con los que se declara el origen, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración de la invalidez. De conformidad con el artículo 51 del Decreto 1352 de 2013<sup>7</sup>, los fundamentos de hecho son aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia, esto es, las historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos y, en general, los que puedan servir de prueba para certificar una determinada relación causal.

Así pues, la calificación integral de la invalidez, de la que hace parte la fecha de estructuración, deberá tener en cuenta los aspectos funcionales, biológicos, psíquicos y sociales del ser humano, pues la finalidad es determinar el momento en que una persona no puede seguir ofreciendo su fuerza laboral por la disminución de sus capacidades físicas e intelectuales<sup>8</sup>.

Así las cosas, es razonable exigir la valoración integral de todos los aspectos clínicos y laborales que rodean al calificado al momento de establecer la fecha de estructuración de la invalidez, debido al impacto que tal decisión tiene sobre el derecho a la seguridad social, lo que determina su relevancia constitucional.

25. Ahora bien, generalmente la fecha de estructuración coincide con la incapacidad laboral del trabajador. Sin embargo, en ocasiones la pérdida de capacidad es un hecho que se presenta progresivamente en el tiempo y no concuerda con la fecha de estructuración de la invalidez. Es decir, existe una diferencia temporal entre la total

<sup>7</sup> "Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones".

<sup>8</sup> Sentencia T-561 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla. La providencia concedió el amparo de los derechos a la vida digna, seguridad social y mínimo vital de una persona diagnosticada con esquizofrenia esquizo-afectiva a la que se le negó la pensión de invalidez pues, a pesar de continuar trabajando y cotizando al sistema de seguridad social de pensiones con posterioridad a la fecha de estructuración de su situación de invalidez, sólo tenía 17 semanas de anterioridad a esta fecha.

*incapacidad para continuar laborando y el momento en que inició la enfermedad, presentó su primer síntoma u ocurrió el accidente, según sea el caso<sup>9</sup>*

*La falta de concordancia entre la fecha de estructuración y el momento en que se presenta el retiro material y efectivo del mercado laboral puede explicarse por la presencia de enfermedades crónicas, padecimientos de larga duración, enfermedades congénitas o degenerativas, bien sea porque se manifestaron desde el nacimiento o a causa de un accidente. Lo anterior implica que una pérdida de capacidad laboral generada de manera paulatina en el tiempo<sup>10</sup> en ocasiones no corresponde a la fecha de estructuración dictaminada, pues en los mencionados eventos, aquella se limita a informar el momento en que acaeció la enfermedad y no la circunstancia misma de la incapacidad para trabajar.*

*La negativa del reconocimiento de la pensión con fundamento en este argumento puede llevar a la violación de los derechos fundamentales de las personas que, a pesar de tener una invalidez que se agrava de manera progresiva, se han integrado al mercado laboral y han realizado los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y desconocería una serie de principios de orden constitucional tales como "(i) el principio de universalidad; (ii) el principio de solidaridad; (iii) el principio de integralidad; (iv) el principio de prevalencia de la realidad en materia laboral y de seguridad social (art. 53. CP), así como (v) la buena fe"<sup>11</sup>. En efecto, después de haber ejercido una labor que les permitió integrarse al mercado laboral, su situación de salud puede desmejorar al punto de que ya no pueden trabajar y, al momento de solicitar el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, los fondos de pensiones aplican el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 sin tener en cuenta la capacidad laboral residual que posiblemente les permitió desempeñar una función y, en esa medida, trabajar.*

*26 Para la Corte Constitucional tal práctica es reprochable por dos razones. En primer lugar, constituye un enriquecimiento sin justa causa, debido a que "(...) no resulta consecuente que el sistema se beneficie de los aportes hechos con posterioridad a la estructuración para, luego, no tener en cuenta este periodo al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión"<sup>12</sup>.*

*27 En segundo lugar, comporta la violación del derecho fundamental a la igualdad de las personas en situación de discapacidad, porque desconoce que el Estado tiene la obligación de poner a disposición todos los recursos necesarios para la protección de este grupo poblacional. En efecto, cuando se niega el reconocimiento de una pensión de invalidez a una persona en situación de discapacidad, se desconoce el mandato constitucional de lograr la igualdad real entre este grupo poblacional y el resto de las personas, pues a pesar de haber hecho factible su integración laboral, se impide que en el momento en que resulte imposible continuar en el empleo con ocasión del agotamiento de su capacidad laboral residual, accedan a la prestación que permite enfrentar la contingencia derivada de la invalidez.*

*28 Conforme con lo expuesto, para esta Corporación la invalidez que se agrava progresiva y paulatinamente en el tiempo merece un tratamiento jurídico especial y diferente al que se aplica a los casos ordinarios. La **Sentencia SU-588 de 2016**<sup>13</sup> establece las reglas que deben ser tenidas en cuenta por las Administradoras de Fondos de Pensiones al momento de estudiar la solicitud de reconocimiento del derecho pensional de una persona con una*

<sup>9</sup> Sentencia T-158 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. La providencia concedió el amparo transitorio de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la pensión de invalidez, a la vida, al mínimo vital, a la igualdad, al debido proceso y a la dignidad humana del accionante diagnosticado con VIH/SIDA al establecer que su fondo de pensiones negó la pensión de invalidez sin tener en cuenta que la pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva, se presentó el nueve (9) de noviembre de dos mil nueve (2009) fecha a partir de la cual si se cumplía el requisito de semanas cotizadas para acceder a la prestación pensional.

<sup>10</sup> Sentencia T-158 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>11</sup> Sentencia SU-588 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

<sup>12</sup> Sentencia T-699A de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil. La sentencia concluyó que la negativa de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías a reconocerle la pensión de invalidez al accionante que contrajo VIH vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana de los derechos fundamentales alegados por el actor al considerar que resulta desproporcionado y contrario al mandato de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, la aplicación rigurosa de la Ley 860 de 2003 a una persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta en razón de la grave enfermedad que padece, y que, en todo caso, después de la fecha de estructuración de la invalidez, y hasta cuando la misma fue calificada continuó ejerciendo la actividad laboral y cotizando al sistema, de modo que a la fecha de calificación de la invalidez ya contaba con más de las 50 semanas de aportes exigidas por la normalidad vigente a ese momento.

<sup>13</sup> M.P. Alejandro Linares Cantillo.

*enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, las cuales serán reiteradas en esta oportunidad.*

*En primer lugar, la Administradora de Fondos de Pensiones no puede limitarse a hacer el conteo mecánico de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración y debe hacer un análisis especial caso a caso, en el que además de valorar el dictamen, debe tenerse en cuenta otros factores tales como las condiciones específicas del solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral.*

*En segundo lugar, a las Administradoras de Fondos de Pensiones les corresponde verificar que los pagos realizados después de la estructuración de la invalidez (i) hayan sido aportados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del interesado, y (ii) que éstos no se realizaron con el único fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social.*

*La mencionada sentencia de unificación señala que la capacidad laboral residual se trata de la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad y, en consideración de este elemento, a la Administradora de Fondos de Pensiones le corresponde comprobar que el beneficiario trabajó y, producto de ello, aportó al Sistema durante el tiempo que su condición se lo permitió.*

*En tercer lugar, una vez el fondo de pensiones verifica que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificará el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir, que la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración. En particular, esta Corte ha considerado que ni el juez constitucional, ni la Administradora de Fondos de Pensiones pueden alterar la fecha de estructuración que definieron las autoridades médicas competentes. Por lo tanto, para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo, las distintas Salas de Revisión han tenido en cuenta: (i) la fecha de calificación de la invalidez o (ii) la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico o, inclusive, (iii) la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.*

29. La **Sentencia T-694 de 2017**<sup>14</sup> amparó los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social de un accionante diagnosticado con la enfermedad de Huntington dictaminado con una pérdida de capacidad del 66,35 % con fecha de estructuración de la invalidez el 7 de julio de 2009 cuya solicitud de pensión de invalidez fue negada por el fondo privado de pensiones por no acreditar el número de semanas cotizadas exigido por la ley. Aunque el accionante demostró que realizó aportes desde el mes de julio de 2009 hasta el 10 de marzo de 2010 en vigencia de una relación laboral, entre el 17 de julio de 2009 y el 17 de agosto de 2010 el accionante estuvo cubierto por incapacidades con ocasión de la enfermedad laboral determinada por su médico.

La providencia mencionada consideró que, pese a que el período de cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración coincidía con las incapacidades reconocidas, esas semanas debían tenerse en cuenta para efectos de analizar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. En particular, la sentencia señaló que "no podía ni puede exigírsele al accionante que debía estar trabajando o reintegrarse a la labor que cumplía para ese momento, porque como se señaló, estaba haciendo uso de la incapacidad laboral que se le había otorgado por el médico respectivo"<sup>15</sup> y concluyó que el accionante tiene derecho a que el fondo de pensiones le reconozca los aportes realizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, "pues seguía vinculado a la empresa pero no podía reintegrarse porque estaba incapacitado"<sup>16</sup>.

30. En conclusión, las administradoras de pensiones no pueden desconocer la capacidad laboral residual que conservó una persona afectada por una enfermedad congénita, degenerativa o crónica, durante el tiempo posterior a la fecha de estructuración, con la cual continuó trabajando y realizó las cotizaciones al sistema en ejercicio de una efectiva

<sup>14</sup> M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

<sup>15</sup> Sentencia T-694 de 2017, consideración 8.6.1.

<sup>16</sup> Sentencia T-694 de 2017, consideración 8.6.1.

*y probada capacidad laboral residual hasta el momento en el que de forma definitiva le fue imposible continuar desempeñándose laboralmente. Por consiguiente, las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual sobre las cuales no se constate un ánimo defraudatorio al sistema de seguridad social deben ser tenidas en cuenta para verificar si se cumplen los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de invalidez y para el efecto se pueden tomar como hitos temporales la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de la última cotización efectuada o la fecha de solicitud del reconocimiento pensional."*

## **8. DEL ASUNTO CONCRETO**

**8.1.** De entrada, anunciará el Despacho que encuentra que esta demanda constitucional es procedente y deben ampararse los derechos fundamentales invocados por el accionante, lo que se hará a través de una orden provisional, como se verá en el acápite respectivo.

**8.1.1.** La parte actora refiere que desde el primero (1º) diciembre de 2016 el señor LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ fue diagnosticado con "ENFERMEDAD PULMONAR INTERSTICIAL, NO ESPECIFICADA Y AFECCIONES ALVEOLARES Y ALVEOLOPARITALES", que le generó incapacidades médicas desde dicha fecha hasta hoy en día. Por este motivo, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas calificó su PCL en 81,48 % y fecha de estructuración el veinticinco (25) de abril de dos mil diecisiete (2017)<sup>17</sup>.

Mediante decisión del 15 de octubre de 2019, PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS negó la solicitud de pensión de invalidez del agenciado al considerar que no cumplió con la cotización de por lo menos 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración. Sin embargo, se encuentra acreditado dentro del legajo que el accionante con posterioridad a abril de dos mil diecisiete (2017) ha seguido cotizando ininterrumpidamente al Sistema General de Seguridad Social. Aunado a lo anterior, en el escrito de tutela se indica que el señor Ríos López, debe sostener económicamente a su hijo de 15 años y a su señora madre, pese a no poder desempeñar ninguna actividad que le genere ingresos suficientes diferentes a las incapacidades canceladas que corresponden un salario mínimo legal mensual vigente.

Se tiene que la parte actora interpuso una primera acción de tutela, por medio de la cual se buscaba salvaguardar su derecho fundamental al mínimo vital y seguridad social, en vista de que PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS y NUEVA E.P.S., se estaban negando a cancelar las incapacidades médicas generadas en favor del señor LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ, por lo tanto el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Manizales, dispuso:

*"PRIMERO: TUTELAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL MÍNIMO VITAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL del señor LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 75 103305, frente a LA NUEVA EPS Y EL FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN, conforme se dejó plasmado en la considerativa.*

*SEGUNDO: ORDENAR A LA NUEVA EPS, que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, contadas desde la notificación de este fallo, si no lo ha hecho, PROCEDA A RECONOCER Y PAGAR LAS INCAPACIDADES A SU CARGO Y A FAVOR DEL SEÑOR LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ, GENERADAS A PARTIR DE JUNIO DE 2018.*

*TERCERO: ORDENAR AL FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN, que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, contadas desde la notificación de este fallo, si no lo ha hecho, PROCEDA A RECONOCER Y PAGAR LAS INCAPACIDADES A SU CARGO Y A FAVOR DEL SEÑOR LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ, GENERADAS A PARTIR DE JUNIO DE 2018.*

*CUARTO: El incumplimiento injustificado, a este deber constitucional y legal, faculta al afectado o sus Representantes Legales para promover incidente de desacato a este fallo.*

Ahora bien, dicha decisión tutelar fue objeto de impugnación la cual fue resuelta por la Sala

<sup>17</sup> Cuaderno original, folio 100. Este dictamen se encuentra en firme al considerar que no se presentaron los recursos legales que establece el Decreto 1072 de 2015.

Penal del Tribunal Superior de Manizales mediante providencia del cuatro (4) de octubre de dos mil diecinueve (2019), en la cual ordenó

*"PRIMERO CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia de fecha, naturaleza, y procedencia supra mencionadas, que por vía de apelación conoció la Sala*

*SEGUNDO REVOCAR exclusivamente el numeral tercero de la sentencia de tutela de primera instancia y en su lugar ORDENAR a la Nueva EPS que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este pague las incapacidades en favor del señor Luis Fernando Ríos López a partir del 19 de junio de 2018 y hasta el 14 de agosto de la presente anualidad, así como las que se causen con posterioridad y hasta tanto se resuelva la solicitud de pensión de invalidez que el accionante ya realizó ante PROTECCIÓN S.A."*

Como puede verse, al accionante a través de las sentencias de tutela acabadas de referir se le protegió su derecho al mínimo vital, al ordenársele a la Nueva EPS y a PROTECCIÓN SA el pago de las incapacidades que se le generaran. No obstante, dicha protección contiene una condición que opera como un límite y que ya se verificó: *hasta tanto se resuelva la solicitud de pensión de invalidez que el accionante realizó a PROTECCIÓN S.A.* como dictaminó el Tribunal Superior de Manizales, Sala Penal. En efecto, a partir del pasado 15 de octubre de 2019, la AFP PROTECCIÓN negó dicho reconocimiento al accionante. Es decir, la protección constitucional otorgada anteriormente se encuentra en vilo de suspenderse, lo que hace relevante constitucionalmente el debate que se plantea ante este Judicial en esta oportunidad.

**8.1.2.** Bien, claro el panorama fáctico básico, debe señalarse que no hay duda frente a la legitimación de la señora JULIETA LÓPEZ GARCÍA para actuar como agente oficiosa de su hijo LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ, dado que por su condición de salud se le dificulta actuar directamente para velar por sus derechos e intereses. En cuanto al cumplimiento del requisito de la inmediatez, estima este judicial que se cumple también, si se tiene en cuenta que la condición médica del accionante es actual y que la situación que lo expone a una desprotección de su derecho al mínimo vital y la posible afectación a sus derechos a la igualdad y debido proceso, consistente en la negativa al pago de la pensión de invalidez por parte de la AFP PORVENIR (que se dio el pasado 15 de octubre de 2019, hace 4 meses aproximadamente) se encuentra también latente.

En cuanto al requisito de subsidiariedad, considera el Despacho que el nivel de urgencia respecto del pronunciamiento acerca de la concesión o no de la pensión de invalidez amerita la intervención inmediata del juez constitucional, por lo que se debe entender cumplido. De todas formas, se señala desde ya que estima el Despacho que la protección a otorgar deberá ser provisional, por cuanto de esta manera se garantizará su subsistencia al accionante mientras este se acerca a la jurisdicción correspondiente a discutir el reconocimiento de su pensión de invalidez. Mientras tanto, como ya se verá, se efectuará dicha protección.

Sobre este tema debe tenerse presente que si bien es sabido que en casos como este existe la posibilidad de que el accionante acuda directamente ante el juez natural, que en este caso es el juez laboral, para definir si tiene o no derecho a la pensión de invalidez, no resulta una medida suficientemente idónea ante la afectación de la salud del actor, que le impide tener cualquier tipo de iniciativa laboral y por ende cualquier pago de salario que le sirva para proveer su existencia y la de su familia (dentro de la que hay un menor de edad), por lo que depende netamente del pago de las incapacidades médicas que le sean generadas.

Sobre este último punto, resulta preciso recordar que la orden de tutela de la Sala Penal del Tribunal de Manizales que protegió los derechos del accionante precisó que la obligación del pago de dichas incapacidades llegaría hasta la decisión de reconocimiento o no de la pensión de invalidez elevada por el señor LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ ante la AFP PROTECCIÓN, lo que ocurrió el pasado 15 de octubre de 2019.

Así las cosas, a pesar de que existe un medio de protección idóneo, no resulta suficientemente capaz de garantizar la no afectación irremediable de los derechos del actor. Existe un medio de defensa idóneo que no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, característica que tendría el tiempo que el accionante –en su condición de salud- y su familia –dentro de la cual hay un menor de edad y dos adultos mayores- pasen sin recibir emolumento alguno,

generándose así un perjuicio en su mínimo vital y dignidad. Por ello, se efectuará a continuación el estudio de fondo del debate planteado y se otorgará una protección provisional, mientras se ventila este asunto ante la jurisdicción ordinaria laboral.

La argumentación de por qué se otorgará el amparo es como sigue

**8.2.** Dentro de la documentación que se encuentra en el expediente, el Despacho evidencia que el accionante LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ es una persona en situación de discapacidad, que sufre delicadas enfermedades pulmonares como lo es la "ENFERMEDAD PULMONAR INTERSTICIAL, NO ESPECIFICADA Y AFECCIONES ALVEOLARES Y ALVEOLOPARITALES", lo cual prácticamente le imposibilita realizar actividades laborales, tan es así que a la fecha viene recibiendo cuidados paliativos. Con base en las afecciones anotadas, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas le otorgó al agenciado 81,48% de porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y ocupacional en dictamen del veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019).

**8.3.** Por otro lado, a pesar de esta condición, la AFPE PROTECCIÓN negó el reconocimiento de la pensión de invalidez por cuanto al momento de la fecha de estructuración no había cotizado todavía al sistema 50 semanas o más como lo exige el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que dice:

*Artículo 39 de la Ley 100 de 1993: tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*

1. *Invalidez causada por enfermedad: que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*
2. *Invalidez causada por accidente: que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.*

[ . . ]

No obstante lo anterior, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional en las providencias que se citaron en el acápite respectivo, se ha aceptado la procedencia de la tutela contra decisiones de administradoras de pensiones cuando se ha acreditado un grado mínimo de diligencia del accionante al solicitar la protección del derecho y la afectación al mínimo vital. En este caso, como ha podido verse, se han verificado ambos requisitos, pues el accionante ha elevado varias solicitudes y ha manifestado su inconformidad frente a las decisiones que le han negado su pensión de invalidez. Igualmente, como ya se dejó claro, existe un riesgo inminente de afectación a su mínimo vital.

**8.4.** Ahora, si bien el señor LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ, al 25 de abril de 2017 no había completado todavía las 50 semanas de cotización al sistema pensional de las que habla el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, siguió vinculado laboralmente y siguió aportando al sistema. De hecho, todavía lo hace, a través de la empresa SISTESA PROYECTOS S.A.S., a la cual está vinculado laboralmente.

Se advierte entonces que el accionante ha cotizado al Sistema de Seguridad Social con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez que consta en el dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional (25 de abril de 2017). Dentro del cartulario se tiene el informe allegado por SISTESA PROYECTOS S.A.S. empleador actual del señor LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ, con quien mantiene una vinculación laboral vigente y se evidencia que posterior al 25 de abril de 2017 siguieron cotizando al sistema (Salud y pensión) en favor del agenciado, lo cual generó semanas de cotización, así:

-De mayo de 2017 a diciembre de 2017, 32 semanas.

- 2018: 52 semanas.

-2019: 52 semanas.

-2020: 8 semanas.

Total de semanas cotizadas posterior a la fecha de estructuración = 144.

**8.5.** Ahora bien, acerca del análisis de que los aportes al fondo de pensiones con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez sean consecuencia del ejercicio de capacidad laboral residual y no se realicen con el propósito de defraudar el Sistema de Seguridad Social, exigencia contenida en la Sentencia SU - 588 de 2016, este judicial considera lo siguiente (de la mano de la sentencia T-046 de 2019)

De la documentación que obra en el expediente, las semanas cotizadas que LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ ha registrado se hicieron en virtud de la vinculación laboral que tiene con SISTESA PROYECTOS S.A.S desde noviembre de 2016. Estos aportes se presumirían realizados en ejercicio de la capacidad laboral residual del accionante. En suma de ello se puede evidenciar que la parte actora aportó incapacidades médicas transcritas por NUEVA E.P.S. con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez (Folios 38-47), lo cual coincide con las manifestaciones del escrito de tutela y su empleador sobre la imposibilidad para desempeñar las laborales para las cuales fue contratado por la enfermedad que padece el señor Ríos López.

Sin embargo, es importante resaltar que la Corte Constitucional en **Sentencia T-694 de 2017**<sup>18</sup> amparó los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social de un accionante diagnosticado con una enfermedad degenerativa cuya solicitud de pensión de invalidez fue negada al no acreditar el número de semanas cotizadas exigido por la ley. La decisión referida concluyó que el accionante tiene derecho a que el fondo de pensiones le reconozca los aportes realizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, **"pues seguía vinculado a la empresa pero no podía reintegrarse porque estaba incapacitado"**<sup>19</sup> y, de ese modo, consideró que a pesar de que las cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración coincidían con las incapacidades reconocidas, esas semanas debían tenerse en cuenta para efectos de analizar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

El mentado pronunciamiento proferido por la Corte Constitucional debe ser aplicado para resolver el caso concreto del agenciado LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ, en virtud de los principios de buena fe, seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad<sup>20</sup> y en aras de hacer efectiva la especial protección constitucional de la cual es titular el tutelante pues la enfermedad pulmonar que lo aqueja lo ha conducido a una situación de discapacidad. Además, se desempeñaba como pintor, recibiendo un salario mínimo mensual legal vigente, lo que lo expone a una situación de vulnerabilidad específica para ver garantizados sus derechos fundamentales, en particular, su derecho a la seguridad social.

Conforme con lo anterior, el Despacho considera que los aportes registrados por el accionante con posterioridad al veinticinco (25) de abril de dos mil diecisiete (2017) fueron efectuados en ejercicio de su capacidad laboral residual, pues se encontraba vinculado laboralmente con su empleador y en uso de las incapacidades médicas reconocidas a su favor.

**8.6.** Por otro lado, este judicial advierte que en el presente asunto no se observa un ánimo defraudatorio al sistema de seguridad social por parte del accionante, ello en virtud que i) sus semanas de cotización no se restringieron al cumplir las 50 semanas de cotización que exige la ley. El historial de cotizaciones allegado por SISTESA PROYECTOS S.A.S y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS evidencia que las semanas cotizadas en favor del actor exceden considerablemente el número requerido para obtener la pensión, pues para el quince (15) de octubre del año dos mil diecinueve (2019) sumaba 180,43 semanas de cotización (Folios 105 al 108). ii) El historial de cotización del agenciado no inicia con la estructuración de la invalidez, sino desde diciembre de dos mil dieciséis (2016), cuando inició a laborar con SISTESA PROYECTOS S.A.S. y a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).<sup>21</sup>

<sup>18</sup> M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

<sup>19</sup> Sentencia T-694 de 2017, consideración 8.6.1.

<sup>20</sup> Sentencia SU-314 de 2017 M.P. Iván Escruería Mayolo: "El precedente horizontal tiene fuerza vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución".

<sup>21</sup> Folios 118 al 169 del Expediente.

8.7. Es dable señalar también, que no resulta aceptable tampoco ignorar que ha sido en razón de la vinculación laboral vigente que mantiene el accionante con SISTESA PROYECTOS SAS. Que se han seguido efectuado los aportes a seguridad social y pensiones a favor del señor LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ. Desconocer la existencia de dichos pagos implicaría ni más ni menos que favorecer un enriquecimiento sin causa de la AFP PROTECCIÓN, que habría de seguir recibiendo dichos pagos sin garantizar la consecuencia natural de los mismos, cual es acceder a la pensión de invalidez solicitada.

A partir de lo anterior, conforme con la jurisprudencia constitucional acerca de la capacidad residual de las personas que sufren una enfermedad crónica, degenerativa o congénita que establece que, para efectos del análisis del requisito de semanas cotizadas para acceder a la pensión de invalidez, deben contabilizarse los aportes efectuados con posterioridad a la fecha de estructuración, este judicial concluye que LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ cumple con los requisitos de acreditar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y el número de semanas exigidos que lo convierten en acreedor de la pensión de invalidez.

8.8. Como consecuencia de lo anterior, se tiene que PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital de LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ pues, al ser sujeto de especial protección constitucional por su situación médica, al percibir un salario mínimo del cual también dependen su hijo menor de edad y su señora madre, deben tenerse en cuenta las semanas de cotización posteriores a la estructuración de la invalidez para el reconocimiento de la pensión de invalidez, de los cuales no se evidenció que obedecieran al ánimo de defraudar el sistema de seguridad social en pensiones.

El señor LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ tiene derecho a la pensión de invalidez, y al negar su reconocimiento bajo el argumento de que no cumple con las 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, sin tener en cuenta las semanas de cotización posteriores a tal fecha, PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS vulnera los derechos fundamentales del agenciado.

8.9. Por las anteriores razones, este judicial concederá el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital del señor LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ vulnerados por la accionada y como consecuencia de ello ordenará a PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS que, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del presente fallo, como medida provisional, reconozca y pague la pensión de invalidez solicitada por el accionante, hasta que el Juez Ordinario Laboral se pronuncie sobre el presente asunto, siempre y cuando el accionante instaure las acciones judiciales pertinentes ante la justicia ordinaria laboral, dentro de los cuatro (4) meses siguientes, contados a partir de la notificación de la presente providencia. En caso que no se ejerzan las acciones respectivas las medidas protectoras consignadas en este proveído cesarán sus efectos.

#### IV. DECISIÓN

Sin necesidad de desarrollar adicionales consideraciones, **el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con función de Control de Garantías de Manizales**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: TUTELAR** los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital del señor **LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ** vulnerados por **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS**, dados los argumentos expuestos en precedencia.

**SEGUNDO: ORDENAR** a **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS** que, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del presente fallo, como medida provisional, reconozca y pague la pensión de invalidez solicitada por el accionante **LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ** (C.C. No. 75 103 505) hasta que el Juez Ordinario Laboral se pronuncie sobre el

presente asunto, siempre y cuando el accionante instaure las acciones judiciales pertinentes ante la justicia ordinaria laboral, dentro de los cuatro (4) meses siguientes, contados a partir de la notificación de la presente providencia. En caso que no se ejerzan las acciones respectivas las medidas protectoras consignadas en este proveído cesaran sus efectos.

**TERCERO: EXHORTAR** al señor LUIS FERNANDO RÍOS LÓPEZ (C.C. No 75 103 505) que acuda ante la jurisdicción ordinaria laboral, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta decisión, para presentar las acciones judiciales respectivas a efectos de obtener una decisión definitiva sobre la concesión de su pensión de invalidez.

**CUARTO: NOTIFICAR** el presente fallo a las partes, advirtiéndoles que el mismo puede ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes.

**QUINTO:** De no ser impugnada la presente decisión, **REMITIR** las diligencias a la Secretaría General de la Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

**JUAN MAURICIO PEÑA SALAZAR**  
JUEZ

