



JUZGADO CUARENTA Y UNO (41) LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
j41ctolbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, siete (07) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

ACCIÓN DE TUTELA promovida por **MARÍA MERCEDES CORTES OSPINA** en contra de **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

ANTECEDENTES

MARÍA MERCEDES CORTES OSPINA, a través de apoderado, instauró acción de tutela contra el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** para que, por este medio le sea amparado el derecho fundamental **al mínimo vital**, como consecuencia de ello, se ordene a la accionada el reconocimiento y pago de pensión por invalidez, en cuantía de 1 salario mínimo desde el 16 de febrero de 2022 y la afiliación al sistema de salud a la Nueva EPS, que fue a la que estuvo vinculada durante su vida laboral.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, en síntesis, manifestó qué la accionante tiene 58 años de edad, se mantuvo activa en el mundo laboral de 1988 al 2016, cuando iniciaron las afectaciones a su salud que le impidieron continuar sus labores como empleada de servicios generales. Indica que el 16 de octubre de 2021 la IPS Proyectar Salud SAS emitió certificado de discapacidad física con un porcentaje de dificultad de desempeño del 50.42%. Narra que el 29 de noviembre de 2021 radicó ante Protección los documentos para el trámite del reconocimiento de la pensión por invalidez. Manifiesta igualmente, que el 6 de diciembre de 2021 elevó ante dicho fondo solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral. También expone que el 28 de febrero de 2022 Protección le notificó el dictamen de pérdida de capacidad laboral en un porcentaje del 54.09%, con fecha de estructuración el 16 de febrero de 2022 por origen común. Como deficiencias anotadas por la IPS Suramericana en el dictamen están: a) Deficiencia en el movimiento de la cadera (izquierda) b) Deficiencia por dolor crónico somático (meralgia parestésica cadera izquierda Hallux Valgus pie derecho) c) Deficiencia auditiva global (hipoacusia neurosensorial bilateral) d) Deficiencia por enfermedad del útero (histerectomía) e) Deficiencia por enfermedad de las trompas de falopio y el ovario (salpingooforectomía bilateral) f) Deficiencia por enfermedad del hígado (hígado graso) y que está diagnosticada con: a) H903 – Hipoacusia neurosensorial, bilateral b) G571 – Meralgia parestésica, cadera izquierda c) N390 – Infección de vías urinarias, sitio no especificado a repetición d) K297 – Gastritis no especificada e) K760 – Degeneración grasa del hígado no clasificada en otra parte, hígado graso f) E784 – Otra hiperlipidemia g) M201 – Hallux Valgus (adquirido), pie derecho h) Z907 – Ausencia adquirida de órgano(s) genital(es), histerectomía – Salpingooforectomía bilateral i) R522 – Otro dolor crónico. Manifestó que ha sido sometida a estos procedimientos quirúrgicos: laparoscopia con o sin biopsia – tumor benigno del ovario izquierdo; escisión de lesión amplia en la pared abdominal con rotación de colgajo – tumefacción / tumor intra abdominal y pélvica; histerectomía total abdominal – leiomioma del útero; aplicación de aloinjerto estructural en pelvis y cadera – coxartrosis; reemplazo prostético total de cadera izquierda – coxartrosis; bloqueo regional continuo en trocánter mayor y bursa de cadera izquierda – bursitis del trocánter. También describe que se generó el trámite de emisión del bono pensional expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, liquidado por \$1.183.369. Su historia laboral reporta un total de 661.43 semanas cotizadas a sus 57 años. Dice también que el 28 de junio de 2022 Protección le informó

que le había sido negada la pensión por invalidez, reconociéndole a cambio la devolución de saldos, por cuanto en los últimos 3 años no tenía cotizadas 50 semanas al sistema de pensiones, desatendiendo con ello los criterios jurisprudenciales de la condición más beneficiosa, contemplada en las sentencias SU-442 de 2016, SU-556 de 2019 y T-188 de 2020. que en ciertos casos permiten la aplicación ultractiva de las normas anteriores, que favorecen a la actora para obtener su pensión por invalidez. Así mismo indicó, que actualmente no tiene trabajo, ni recibe pensión, tampoco ingresos económicos o subsidios, acude a la caridad de los vecinos, no cuenta con propiedad alguna o inmueble, vive en un cuarto en el apartamento de su expareja, debido a sus patologías no se puede valer por sí misma, y se encuentra reportada por una deuda que no ha podido cancelar, por lo que el reconocimiento y pago de la pensión es su única esperanza de un ingreso mínimo vital.

Frente al cumplimiento de las condiciones de procedencia descritas en la Sentencia SU-556 de 2019, expresa que la accionante cumple con todas las condiciones del test para su reconocimiento pensional, así:

Primera condición: Se encuentra en situación de invalidez y de pobreza, también acredita la condición de vejez, está reducida a vivir en una habitación y sufre de una enfermedad crónica producto del cáncer desarrollado y por el cual fue sometida a una cirugía la cual le generó de por vida dolor crónico en la parte baja del abdomen. También para su movilidad necesita ayuda de un bastón. Segunda condición: El no reconocimiento de la pensión de invalidez afecta la satisfacción de sus necesidades básicas, pues no tiene ningún salario, no cuenta con ninguna propiedad, ni tiene recursos para abastecerse de una alimentación. Tercera condición: Dejó de cotizar al sistema debido a sus padecimientos de salud, siendo su enfermedad el detonante para la pérdida de su empleo. Cuarta condición: Notificada del dictamen, inició con los trámites de estudio y solicitud para el reconocimiento de su pensión por invalidez ante la accionada, y posteriormente acudió a la Defensoría del Pueblo para solicitar ayuda.

De la segunda sub regla: expresó que la fecha de estructuración de la invalidez: lo cumple, pues su pérdida de la capacidad laboral es 54.09%, su fecha de estructuración del 16 de febrero de 2022, esto es, en vigencia de la Ley 860 de 2003. No se acredita la densidad de semanas que exige la Ley 860 de 2003: No las acreditó, pero sí cotizó entre 1988 y 2016, 661.43 semanas, cumpliendo así su deber de solidaridad. En el último año anterior a la estructuración de la invalidez, no reportó cotización alguna: Acredita la densidad de semanas que exigía alguna de las normas anteriores a la Ley 860 de 2003. Puede ser beneficiaria de las reglas contenidas en el Decreto 758 de 1990 por cuanto estuvo afiliada y cotizando al sistema de pensiones de prima media en vigencia de dicha norma, igualmente continuó afiliada e hizo cotizaciones a pensiones durante la vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que son normas que se puede aplicar en forma ultractiva. Acreditó el número de semanas cotizadas antes de la fecha de estructuración de la invalidez exigidas por el artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990 (300 semanas en cualquier tiempo), incluso las requeridas por la ley 100 de 1993 (26 semanas), creándose una expectativa legítima para lograr su pensión.

TRÁMITE PROCESAL

La acción de tutela correspondió por reparto al Juzgado Tercero (3) Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, quien mediante auto proferido el día 15 de julio de 2022, admitió la acción de tutela en contra de **AFP PROTECCIÓN S.A.** y ordenó VINCULAR a la IPS PROYECTAR SALUD, S.A.S., a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la NUEVA EPS.

PROYECTAR SALUD S.A.S. no hace manifestación al respecto, pues su informe lo fue por hechos distintos a los que originan esta acción de tutela.

La **OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, interviene manifestando que no existe vulneración alguna a los derechos de la accionante, ya que de su parte cumplió con la obligación que surgía frente a la petición elevada por la actora, a través de la emisión y redención - pago anticipado por invalidez del bono pensional Tipo A Modalidad 2, mediante Resolución No. 27107 del 20 de mayo de 2022, cuya fecha de redención anticipada por invalidez del bono lo fue el 16 de febrero de 2022, que corresponde a la fecha de estructuración de la invalidez de la accionante.

Indica que la entidad responsable de determinar la prestación a la cual podría llegar a tener derecho la accionante, así como la forma de su financiación, es la administradora a la que está afiliada la accionante, trámite en el que la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no tiene ninguna injerencia al no tener a su cargo la gestión de derechos pensionales, nómina, ni actividades asociadas a pagos de mesadas u otros derechos pensionales.

Por su parte, **la NUEVA EPS**, solicita su desvinculación por no existir acción u omisión de su parte que vulnere los derechos de la accionante, ya que la misma no se encuentra como afiliada a la NUEVA EPS, sino a SALUD TOTAL EPS, por lo que el asunto que se debate no es de su competencia.

El Fondo de Pensiones y Cesantías **PROTECCIÓN S.A.**, aduce que esta acción de tutela es improcedente, porque no cumple con los requisitos de subsidiaridad. Que el amparo constitucional no es un mecanismo alternativo para lograr la protección de derechos, sino un medio residual y subsidiario, supeditado a la falta de recursos o medios de defensa judicial que permitan hacer valer las pretensiones del afectado, salvo que se utilice como mecanismo transitorio ante la presencia de un perjuicio irremediable, el cual no se comprueba en caso de referencia. Expone igualmente que el legislador ya ha previsto otras acciones legales específicas con el fin de que las personas soliciten el cumplimiento de sus derechos ante la jurisdicción ordinaria laboral.

En lo atinente a la solicitud de pensión de la actora, dice que la misma no procede, por cuanto no cumple el requisito de 50 semanas, ya que en atención al artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, y que a su vez fue modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, así como acorde al Decreto 1507 del 2014, se realizó la calificación de pérdida de capacidad laboral a cargo de la Comisión Médica, determinándose mediante dictamen del 25 de febrero de 2022 una pérdida de la capacidad laboral del 54.09%, de origen enfermedad común y fecha de estructuración del 16 de febrero de 2022, calificación contra la cual no se interpuso recurso, por lo que estando en firme el mismo, continuó con el análisis de los demás requisitos que deben acreditarse para acceder a la pensión de invalidez, pues además de la pérdida de capacidad laboral superior al 50%, se debe cumplir con el requisito de las 50 semanas de cotización durante los últimos 3 años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez, tal como lo establece el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de Ley 860 de 2003, requisito que no cumplió, y por ello el 28 de junio de 2022 le notificó la no procedencia de la pensión de invalidez, reconociéndole en su defecto la devolución de saldos como prestación subsidiaria, a la que no se presentó solicitud de reconsideración.

Expuso también que no aplica principio de condición más beneficiosa, porque no se cumple el test de procedencia de Corte Constitucional ni el régimen de transición establecido por la Corte Suprema de Justicia para aplicación del principio, pues no

presentó reconsideración a la definición de la prestación económica de invalidez, así como tampoco presentó demanda de proceso ordinario laboral. Ahora, la fecha estructuración es 16 de febrero de 2022, no cumple requisitos de la Ley 860 de 2003 (acreditar 50 semanas de cotización dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez), para el período comprendido entre el día 16 de febrero de 2019 y el día 16 de febrero de 2022 cotizó 0 semanas, razón por la cual no cumple con el requisito establecido en la Ley 860 de 2003 para tener derecho a la pensión de invalidez. Tampoco cumple con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 (26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez), en aplicación de la condición más beneficiosa. Para el caso de la referencia, se determinó que para el período comprendido entre el día 16 de febrero de 2021 y el día 16 de febrero de 2022, se cotizó 0 semanas, razón por la cual no cumple con el requisito establecido en la Ley 100 de 1993 para tener derecho a la pensión de invalidez. Para la Corte Suprema de Justicia no aplica entonces ni debe siquiera analizarse reconocimiento prestacional por condición más beneficiosa a la luz del Decreto 758 de 1990, pues es clara en afirmar dentro de la sentencia antes referenciada, que esto únicamente aplica respecto de norma inmediatamente anterior, la cual en el presente caso es la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios.

Adicionalmente, indica que se desvirtúa la ocurrencia de perjuicio irremediable, al tener a su disposición la prestación subsidiaria de devolución de saldos por invalidez, que asciende a la suma de \$39.942.691, la que puede variar de acuerdo con la rentabilidad que genere el Fondo.

DECISIÓN DE PRIMER GRADO

El Juzgado Tercero (3) Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, en sentencia de fecha 29 de julio de 2022, resolvió tutelar la solicitud de amparo, en los siguientes términos:

“PRIMERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE la acción de tutela instaurada por **María Mercedes Cortes Ospina** identificada con c.c. 30.344.484 en contra de la **AFP Protección S.A** conforme lo expuesto.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: PUBLICAR esta providencia en la página de la Rama Judicial e informar a las partes sobre la forma de consultar la misma.

CUARTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada por la parte interesada dentro de los 3 días hábiles siguientes a su notificación.”

Para sustentar la anterior decisión, el A quo se fundó en el material probatorio arrimado y el precedente jurisprudencial, al realizar el estudio de procedibilidad, así como el test de procedencia de la misma establecidos por la ley y la jurisprudencia, consideró que no era procedente esta acción de tutela en el asunto sometido a escrutinio, por no reunir los 4 requisitos y no acreditar el requisito de subsidiariedad que desplace los medios ordinarios para el reconocimiento excepcional de la pensión de invalidez, y así las cosas a su juicio la reclamación de la accionante lo que pretende es resolver una discrepancia de carácter legal y administrativa que no comporta un compromiso de derechos fundamentales, y de aceptarse lo acá pretendido, sería hacer perder eficacia a los medios ordinarios establecidos previamente por el legislador, habida cuenta que es el la jurisdicción ordinaria laboral la llamada a dirimir el asunto.

Dentro del estudio realizado en esta instancia, se estructuró en primer lugar el objeto de la acción constitucional, posteriormente su procedencia excepcional para derechos pensionales, donde como es sabido la jurisprudencia estableció su no procedencia en esta sede, ya que por ser conflictos atinentes al reconocimiento y pago de prestaciones, deben ser resueltos por la jurisdicción ordinaria laboral o la contenciosa administrativa, y solo excepcionalmente prospera la acción de tutela ante la existencia de otro mecanismo judicial y ordinario de defensa, cuando se trate de protección ante un perjuicio irremediable que solo puede ser atajado con la orden de tutela como mecanismo transitorio mientras se acude al Juez Natural.

Continúa con la aplicación del test de procedencia que cita la Sentencia SU 556 de 2019 de la Corte Constitucional, y el análisis de la condición más beneficiosa con los conceptos dados por ambas Cortes, concluyendo que frente a las 4 condiciones, estableció:

PRIMERA CONDICIÓN: No se pudo establecer que cuente con una condición de analfabetismo, tampoco puede ser catalogada como una persona de la tercera edad ya que no supera los 80 años según la proyección de expectativa de vida del DANE para las mujeres. No acredita una condición de extrema pobreza ya que en el registro del SISBEN fue clasificada en el grupo de población en pobreza moderada, tampoco probó ser madre cabeza de familia. Tampoco adujo ser o haber sido víctima directa o indirecta de desplazamiento. Sí acredita esa primera condición por cuanto revisado el dictamen de pérdida de la capacidad laboral aportado, cuenta con un antecedente de cáncer de cérvix, patología catalogada como catastrófica, la que sumado a las múltiples patologías que le han sido diagnosticadas la ubican en una situación de riesgo.

SEGUNDA CONDICIÓN: Si bien se advierten una serie de declaraciones que exponen el contexto económico de la accionante, lo cierto es que no está acreditada la afectación del mínimo vital de la señora María Mercedes Cortes Ospina. Ello si se tiene en cuenta que en visita de valoración médica laboral realizada en su domicilio el 16 de febrero de 2022, en los antecedentes sociofamiliares, se destaca que convive con su expareja, quien se encarga de sus gastos económicos junto con sus hijos que laboran como bacteriólogo, chef y en el área administrativa de la bolsa de valores. De ahí que, se observa que la actora cuenta con un soporte económico que es suplido por su núcleo más cercano, quienes son los primeros llamados a proveer y brindar la atención que requiere la señora María Mercedes Cortes Ospina en virtud del principio de solidaridad, esto mientras la accionante acude a los mecanismos ordinarios para ventilar la controversia.

También cuenta con la prestación subsidiaria de la devolución de saldos que asciende a \$39.942.691, suma que si bien no es comparable con una pensión, si puede brindar en favor de la accionante una protección a su mínimo vital.

TERCERA CONDICIÓN: La accionante aduce como justificación de su imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas en la Ley 860 de 2003 la situación de salud que limitó sus posibilidades de mantenerse en el mercado laboral. Si bien cuenta con antecedentes clínicos que pudieron incidir en su aptitud para desempeñar una labor, se observa que la estructuración de la invalidez, acaeció el 16 de febrero de 2022, por lo que no se encuentra comprobado con suficiencia que antes de dicha data no contara con las condiciones físicas y la capacidad necesaria para desarrollar una labor que le permitiera cotizar las semanas que requiere para obtener la pensión de invalidez.

CUARTA CONDICIÓN: Su actuar no es del todo diligente, pues sí presentó su solicitud de reconocimiento pensional en un plazo cercano a la fecha en que se realizó la notificación del dictamen, pero no presentó ningún tipo de inconformidad ante la AFP frente a la negativa del reconocimiento de la pensión de invalidez y tampoco realizó reclamó alguno frente a la fecha de estructuración establecida en el dictamen, a pesar de

haber señalado que sus patologías y afectaciones de salud tuvieron una preponderante incidencia en su aptitud para laborar desde hace ya varios años atrás.

Indica además, que no está demostrado que la acción de tutela resulte ser el mecanismo más eficaz para lograr la protección de las garantías constitucionales, toda vez que, al no evidenciarse una inminente afectación a los derechos fundamentales, esta cuenta con los mecanismos judiciales y administrativos ordinarios para solicitar el pago deprecado, los cuales, en este caso, son suficientemente idóneos para dar una solución, en la medida que no se probó la afectación a sus derechos fundamentales y además tienen garantizado el servicio de salud al tener afiliación activa en la EPS Salud Total

Finalmente, el A quo precisa que como quiera que el alto tribunal señaló que solo si se acreditan las 4 condiciones expuestas, la acción de tutela debe considerarse procedente, al no cumplirse en el presente caso no procede la misma.

IMPUGNACIÓN

MARÍA MERCEDES CORTES OSPINA a través de apoderado, el 5 de agosto de 2022, presentó escrito de impugnación al fallo de tutela proferido por el A quo, solicitando sea revocado el fallo de primera instancia y en su lugar se amparen los derechos fundamentales del señor “ARTURO BAUTISTA RAMÍREZ” (sic), solicitud que soporta en los siguientes argumentos:

EXISTENCIA DE UN PERJUICIO IRREMEDIABLE, la procedibilidad de la tutela estará supeditada a que se dirija a evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Expone que en el escrito de tutela se evidencia que la accionante se encuentra en un estado de debilidad manifiesta no solo por las cirugías a las cuales se ha visto sometida y las secuelas que las mismas han generado, sino porque está imposibilitada para ejercer actividades laborales, también las afectaciones a su salud actual producto del deterioro progresivo de las mismas, todo esto se debe entender como una imposibilidad de la accionante para valerse por sí misma y el no disfrute efectivo de sus derechos, por lo que se entiende se está generado una vulneración de los derechos fundamentales invocados. Con las declaraciones aportadas con la tutela, se puede inferir por parte del juez que la accionante no cuenta con absolutamente ningún tipo de ayuda más haya que la mera voluntad de quien fuera su expareja de dejarla vivir en el lugar en el cual este último reside, sin que ello implique una obligación por parte de su expareja, por lo que si su expareja le dice que ya no puede vivir con él, esta quedaría prácticamente en la calle, pues no cuenta con el apoyo de ninguno de sus hijos, mantiene es una relación poco cercana con ellos.

Manifiesta que al no garantizarle a la actora el acceso a una prestación para asegurar la vida en condiciones dignas, constituye una violación a la misma dignidad de la accionante.

DERECHO A LA IGUALDAD respecto a este derecho plantea que la pensión de invalidez es un componente esencial del derecho fundamental a la seguridad social, que goza de una garantía constitucional y es protegido en el ámbito internacional. Garantizarle el derecho a la igualdad a la accionante es entender que si a una persona se le exige una densidad de 50 semanas para garantizar el reconocimiento de la pensión, debería dársele el mismo trato a quien ha cotizado al sistema más de 500 semanas y que ha quedado en estado de debilidad manifiesta, pues con esa cotización se puede demostrar que su intención no es defraudar al sistema pensional si no construir su historia laboral para garantizar el reconocimiento de una pensión que la salvguarde en su vejez, por lo que solicita al despacho no desconocer el monto de cotización de la actora.

La señora María Mercedes Cortes Ospina cumple con el requisito de densidad de semanas de cotización Ley 797 de 2003 Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas. Ley 100 de 1994: Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos 26 Semanas. Decreto 758 de 1990: Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez. Por lo anterior se solicita al despacho tener en cuenta y no desechar de plano las cotizaciones realizadas por la accionante brindándole la oportunidad de tener un sustento con el cual poder solventar sus gastos básicos mensuales en esta etapa de su vida.

AFFECTACIÓN AL MÍNIMO VITAL narra que el despacho manifestó que no existe afectación al mínimo vital de la accionante pese a que como se ha indicado la señora María Mercedes Cortes Ospina actualmente no recibe ningún tipo de ingreso, remuneración o ayuda, es una persona de avanzada edad la cual ya no es aceptada en ninguna empresa ni puede reintegrarse al mundo laboral, por la falta de recursos se ha visto en la necesidad de vivir de la caridad de sus conocidos y vecinos, quienes le prestan auxilio para que pueda solventar sus gastos del día, así como los del desplazamiento para sus citas médicas, tampoco tiene esposo ni pareja que la ayuden en su manutención. Por lo que habiendo trabajado toda su vida intentando cumplir con los requisitos para el acceso a una pensión de vejez, vea debido a su condición de discapacidad como se le escapa la oportunidad de poder tener una vejez en condiciones digna al menos con el reconocimiento de una pensión por invalidez y con el reconocimiento de la pensión de invalidez se busca que ella misma pueda solventar sus gastos económicos y darse una vejez digna.

PADECIMIENTO DE UNA ENFERMEDAD DEGENERATIVA: La accionante dejó de cotizar al sistema debido a su padecimiento de salud. Cuenta con una enfermedad degenerativa que con el paso del tiempo tiende a agravarse, su deterioro aumentara con el tiempo, razón por la cual su calidad de vida también lo será, por esto se busca que se le garantice el acceso a la pensión de invalidez, por lo cual no se puede inferir como lo hace el despacho que la suma de cerca de cuarenta millones provenientes de la devolución de saldos a la que puede acceder la usuaria, pueda sustituir lo que es la pensión de invalidez pues esta persistiría mientras se encuentre con vida mientras que la devolución de saldos ni siquiera le garantizaría poder solventar el pago de un arriendo o la adquisición de una vivienda esto mucho menos entendiendo que el DANE taso la exceptiva de vida de las mujeres en 74 años.

CONSIDERACIONES

Este Despacho es competente para conocer de la presente acción constitucional, con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el numeral 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario No. 1382 de 2001.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es procedente para reclamar la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de una persona, cuando quiera que estos resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos expresamente señalados por el inciso final de este precepto.

Ahora bien, corresponde a este Despacho determinar si, la decisión de primera instancia fue ajustada a Derecho o por el contrario si carece de fundamento y en consecuencia se ha vulnerado los derechos fundamentales de la señora **MARÍA MERCEDES CORTÉS OSPINA al mínimo vital**, al no haberse ordenado el reconocimiento y pago de su

pensión de invalidez mediante esta acción constitucional, esto en atención a la condición de la misma y en aplicación de la excepcionalidad y condición más beneficiosa que acá se reclama.

Previo a estudiar de fondo el asunto, es necesario determinar en primera oportunidad la procedibilidad de la acción, al respecto, el artículo 6 del decreto 2591 de 1911 dispone:

“ARTICULO 6o. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

1. *Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*
2. *Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.*
3. *Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*
4. *Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*
5. *Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.”*

Por su parte, vale la pena resaltar que la Honorable Corte Constitucional ha reiterado que no siempre el juez de tutela debe ser el primero en ser llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia para que cese inmediatamente la vulneración.

Bajo estos parámetros, la tutela constituye un medio eficaz para evitar la arbitrariedad de la administración pero en ningún momento puede constituirse en un mecanismo alternativo que supla las omisiones y el deber que tiene la accionante de cumplir con los procedimientos que han sido establecidos por la propia normatividad en procura de la satisfacción de los derechos que crea tener en su favor, pues al no aplicarse lo anterior, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de diferentes temas, y no de protección de los derechos fundamentales; Al punto, la sentencia T-030 de 2015, la Corte Constitucional indicó lo siguiente:

“La regla general es que el mecanismo constitucional de protección no puede superponerse a los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico de forma que los suplante o que se actúe como una instancia adicional para debatir lo que ya se ha discutido en sede ordinaria.”

En atención a lo anterior se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, también ha instituido la jurisprudencia unas excepciones en la que el juez de tutela debe determinar su eventual procedencia y tener en cuenta eventos en los que, existiendo medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, pueden llegar a permitir la procedencia de la acción de tutela, tales como:

“(i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos

fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.”

En igual vía, en reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual fue recogida en SU 049 de 2017, la corte ha enseñado que la tutela procede cuando:

“3.1 (i) el actor no dispone de otros medios judiciales de defensa; o (ii) dispone de ellos pero se requiere evitar un perjuicio irremediable; o (iii) los recursos disponibles no son idóneos o eficaces, toda vez que su sola existencia formal no es garantía de su utilidad en el caso concreto. En este último caso, la determinación de la eficacia e idoneidad de los recursos ordinarios no debe obedecer a un análisis abstracto y general. Es competencia del juez constitucional examinar cuál es la eficacia que, en concreto, tiene el otro instrumento de protección. Y para determinar esto último la jurisprudencia de esta Corte ha señalado dos pautas generales: primero, debe verificarse si los otros medios de defensa proveen un remedio integral, y segundo si son expeditos para evitar un perjuicio irremediable.

3.2. La procedibilidad de la acción de tutela está, igualmente, supeditada al cumplimiento del requisito de inmediatez. Éste exige que la acción sea interpuesta de manera oportuna en relación con el acto que generó la presunta vulneración. La inmediatez encuentra su razón de ser en la tensión existente entre el derecho constitucional a presentar una acción de tutela en todo momento y el deber de respetar la configuración de aquella acción como un medio de protección inmediata de los derechos fundamentales. Es decir, que pese a no contar con un término de prescripción por mandato expreso del artículo 86 superior, debe existir necesariamente una correspondencia entre la naturaleza expedita de la tutela y su interposición oportuna.

3.3. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el examen de procedencia de la tutela debe ser más flexible cuando están comprometidos derechos fundamentales de sujetos de especial protección, o en circunstancias de debilidad manifiesta. En desarrollo del derecho fundamental a la igualdad, el Estado les debe garantizar a estas personas un tratamiento diferencial positivo y analizar los requisitos de subsidiariedad e inmediatez desde una óptica menos estricta, pues en estos casos el actor experimenta una dificultad objetiva y constitucionalmente relevante para soportar las cargas procesales que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial.

Descendiendo al caso concreto, del conjunto de pruebas que obran aportadas al plenario, este Despacho estableció como hechos los siguientes:

- i)** La accionante tiene 58 años de edad, quien cotizó al sistema de pensiones del año 1988 al 2016, contando con 661,43 semanas cotizadas, las que se interrumpieron cuando iniciaron sus afectaciones a su salud que le impidieron continuar laborando.
- ii)** Fue calificada con una pérdida de capacidad laboral en un porcentaje del 54.09%, cuya fecha de estructuración es el 16 de febrero de 2022, por origen común.
- iii)** Como deficiencias anotadas se dictaminaron: a) Deficiencia en el movimiento de la cadera (izquierda) b) Deficiencia por dolor crónico somático (meralgia parestésica cadera izquierda Hallux Valgus pie derecho) c) Deficiencia auditiva global (hipoacusia neurosensorial bilateral) d) Deficiencia por enfermedad del útero (histerectomía) e) Deficiencia por enfermedad de las trompas de falopio y el ovario (salpingooforectomía bilateral) f) Deficiencia por enfermedad del hígado (hígado graso) y que está diagnosticada con: a) H903 – Hipoacusia neurosensorial, bilateral b) G571 – Meralgia parestésica, cadera izquierda c) N390 – Infección de vías urinarias, sitio no especificado a repetición d) K297 – Gastritis no especificada e) K760 – Degeneración grasa del hígado no clasificada en otra parte, hígado graso f) E784 – Otra hiperlipidemia g) M201 – Hallux Valgus (adquirido), pie derecho h) Z907 – Ausencia adquirida de

órgano(s) genital(es), histerectomía – Salpingooforectomia bilateral i) R522 – Otro dolor crónico. Manifestó que ha sido sometida a estos procedimientos quirúrgicos: laparoscopia con o sin biopsia – tumor benigno del ovario izquierdo; escisión de lesión amplia en la pared abdominal con rotación de colgajo – tumefacción / tumor intra abdominal y pélvica; histerectomía total abdominal – leiomioma del útero; aplicación de aloinjerto estructural en pelvis y cadera – coxartrosis; reemplazo protético total de cadera izquierda – coxartrosis; bloqueo regional continuo en trocánter mayor y bursa de cadera izquierda – bursitis del trocánter.

- iv) Solicitó ante la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., reconocimiento de la pensión por invalidez, la cual le fue negada el 28 de junio de 2022, reconociéndole a cambio la devolución de saldos, fundada en que no cumplía los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2010, esto es en los últimos 3 años no tener cotizadas 50 semanas al sistema.
- v) El Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió bono pensional, liquidado en un valor de \$1.183.369.
- vi) Con ello se desconoció los criterios jurisprudenciales en aplicación de la condición más beneficiosa, contemplada en las sentencias SU-442 de 2016, SU-556 de 2019 y T-188 de 2020
- vii) En la actualidad no se encuentra trabajando, ni recibe pensión, tampoco ingresos económicos o subsidios, acude a la caridad de los vecinos, tampoco cuenta con propiedad alguna o inmueble, vive en un cuarto en el apartamento de su expareja, debido a sus patologías sus desplazamientos deben ser acompañados de un bastón canadiense, y se encuentra reportada por una deuda que no ha podido cancelar, por lo que el reconocimiento y pago de la pensión es su única esperanza de un ingreso mínimo vital.
- viii) Su registro a SISBEN indica que pertenece al grupo B4.

Ahora, frente al reconocimiento de prestaciones económicas por vía de tutela, es sabido que su procedencia está amparada en base a los distintos pronunciamientos jurisprudenciales y se encuentra supeditada al lleno de unos requisitos sine qua non, sin los cuales la misma se hace improcedente.

Lo que para el caso bajo estudio se presenta, pues no se advierte el cumplimiento de la totalidad de los presupuestos para su prosperidad, tal como lo expuso en su momento el A Quo al decidir la improcedencia de esta acción, no con ello desconociendo la protección especial que recae en la accionante, en atención a sus patologías, dando lugar a la confirmación del fallo objetado.

Así las cosas, vale traer a colación lo preceptuado por la Corte Constitucional en el test de procedencia dispuesto en la citada Sentencia SU 556 de 2019, así:

“la valoración de la exigencia de subsidiariedad de la acción de tutela cuando se pretende el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa

(...)

104. Para la Sala, esta diversidad de criterios jurisprudenciales puede dar lugar a la resolución incoherente de casos semejantes, en contradicción con la garantía de igualdad y seguridad jurídica. Por tanto, en la medida en que la sentencia SU-442 de 2016 no previó parámetros homologables para valorar la exigencia de subsidiariedad de la acción de tutela en este tipo de asuntos, es necesaria su unificación.

105. En consecuencia, para efectos de otorgar seguridad jurídica en la valoración de este tipo de pretensiones en sede de tutela^[157] y, a su vez, garantizar una igualdad de trato, la Sala

unifica su jurisprudencia en torno a la exigencia del ejercicio subsidiario de la acción de tutela, el cual se satisface cuando se acreditan las siguientes 4 condiciones, cada una necesaria y en conjunto suficientes, del siguiente “*test de procedencia*”:

Test de procedencia	
Primera condición	Debe acreditarse que el accionante, además de ser una persona en situación de invalidez ^[158] , pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en una situación de riesgo derivada de, entre otras, alguna de las siguientes condiciones: (i) analfabetismo, (ii) vejez, (iii) pobreza extrema, (iv) cabeza de familia, (v) desplazamiento o (vi) padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa.
Segunda condición	Debe poder inferirse razonablemente que la carencia del reconocimiento de la pensión de invalidez afecta directamente la satisfacción de las necesidades básicas del accionante, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.
Tercera condición	Deben valorarse como razonables los argumentos que proponga el accionante para justificar su imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigente al momento de la estructuración de la invalidez.
Cuarta condición	Debe comprobarse una actuación diligente del accionante para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

106. La superación del test de procedencia en cada caso en concreto permite valorar las distintas circunstancias que inciden en la eficacia del mecanismo judicial principal para la garantía de los derechos que ampara el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez^[159], dado que considera las condiciones de vulnerabilidad derivadas del entorno social y económico del accionante. De allí que las razones que justifican la unificación de la jurisprudencia en torno a estas cuatro condiciones, cada una necesaria y en conjunto suficientes del “*test de procedencia*”, sean las siguientes: (resaltado del Despacho)

107. En relación con la primera exigencia, no puede considerarse suficiente la situación de invalidez del accionante, pues supondría un desplazamiento absoluto de la competencia del juez ordinario por la del juez constitucional, en asuntos relativos al reconocimiento de la pensión de invalidez, si se tiene en cuenta que una condición necesaria para su reconocimiento es la prueba de la invalidez. Por tanto, es razonable la exigencia de acreditar circunstancias adicionales que justifiquen el trato preferente del accionante, en relación con otras personas en igualdad de condiciones. De tiempo atrás la jurisprudencia constitucional ha reconocido que “*aún dentro de la categoría de personas de especial protección constitucional existen diferencias materiales relevantes que rompen su horizontalidad y los sitúan en disímiles posiciones de vulnerabilidad que merecen distintos grados de protección*”^[160]. Precisamente, la valoración de otros factores como el analfabetismo, la avanzada edad, la discapacidad física o mental, la pobreza, la condición de cabeza de familia, la calidad víctima de desplazamiento o el padecimiento de una enfermedad crónica, congénita, catastrófica o degenerativa es relevante, en cada caso, para valorar el carácter subsidiario de la acción de tutela.

108. La segunda condición del test de procedencia permite valorar como relevante *prima facie* el reconocimiento de la pensión de invalidez como único medio idóneo para que el accionante satisfaga sus necesidades básicas^[161]. Esta condición materializa la obligación de la sociedad de auxiliar a aquellas personas que no pueden ayudarse a sí mismas^[162], por encontrarse en “*condiciones de acentuada indefensión*”^[163]. Es, precisamente, en estos supuestos, en los que tal deber es apremiante y exigible.

109. La tercera condición del test reconoce la importancia de la autonomía individual para satisfacer por sí mismo las exigencias normativas que se imponen para el reconocimiento de determinadas prestaciones sociales. Por tal razón, solo en caso de que se acredite una situación de razonable imposibilidad de haber cumplido las exigencias normativas impuestas por el ordenamiento jurídico al momento de la estructuración de la invalidez –la cotización al Sistema General de Pensiones de un determinado número de semanas– es posible que el juez constitucional se pronuncie acerca de un reconocimiento que, en principio, corresponde al juez ordinario.

110. Finalmente, en los términos de la jurisprudencia constitucional, la cuarta exigencia es “*una precondition para el ejercicio de la acción de tutela*”^[164], pues supone acreditar un grado mínimo de diligencia para la protección de los derechos propios, por vía administrativa o judicial^[165].

Con base en lo anteriormente expuesto tenemos entonces que:

En lo que respecta al primer supuesto tal como se indicó por la jurisprudencia, se hace necesario acreditar circunstancias adicionales que justifiquen el trato preferente, las que hoy no se evidencian, pues pese a que en el escrito de tutela así como en el de impugnación se reitera la condición de la accionante – su dificultad para movilizarse en atención a sus procedimientos quirúrgicos trasplantes de cadera y el antecedente del cáncer que padeció y por el que fue también intervenida quirúrgicamente, esta no es suficiente para amparar su pretensión, ello en razón a que no se está frente a una persona en condición de analfabetismo, su edad no es avanzada, tampoco es madre cabeza de familia, pues no tienen hijos a cargo a quienes deba proveer, ya que sus hijos según su dicho, ya tienen sus familias y no viven bajo el mismo techo con ella; no pertenece a población víctima del desplazamiento, así mismo, si bien es cierto se encuentra certificada por el SISBEN B4, no puede entenderse que por esto se encuentra en condición de pobreza extrema o indigencia, esta clasificación lo es pobreza moderada, tiene un lugar donde vivir, como es la habitación en la casa de su ex pareja, ello no quiere decir que al hacer esta apreciación se esté desconociendo su situación económica, quien al no contar con una pensión recibe ayuda de sus vecinos o conocidos para su alimento, vestuario y transporte para asistir a sus citas médicas.

Ahora, frente al segundo presupuesto, tampoco se demostró que el reconocimiento de la pensión de invalidez fuere el único medio idóneo para satisfacer sus necesidades básicas, existen también los subsidios brindados por el Gobierno, a los que también puede acudir, mientras se le reconoce su prestación, nótese que desde la fecha en que aparentemente dejó cotizar al sistema (2016) a hoy, ha transcurrido tiempo más que prudente y sin contar con un ingreso aparente, ha subsistido.

Lo mismo ocurre con la tercera condición, no se acreditó la situación razonable por la que no efectuó las cotizaciones que determinaba la normatividad al momento en que fue estructurada su invalidez, pues esta lo fue del 22 de febrero de 2022, y del año 2016 a la fecha no se cotizó, desconociendo el por qué no pudo continuar realizando los aportes.

No se advierte para la protección de sus derechos, actuación distinta a la petición que elevara en su momento para el reconocimiento y pago de pensión de invalidez ante la Administradora de Pensiones PROTECCIÓN S.A., la que una vez negada, seguidamente presenta la acción de tutela para su reconocimiento, sin agotar previamente la vía ordinaria, escenario idóneo para debatir el reconocimiento de la prestación económica en comento. En igual sentido no se halla probado el perjuicio irremediable que haga excepcionalmente, procedente esta acción, toda vez que no se encuentra probado el por qué no pueda soportar la espera de las resultas del proceso ordinario, si desde el año 2016 a la fecha encuentra el despacho que ha logrado satisfacer sus necesidad básicas, sin depender de una pensión.

En las circunstancias narradas, considera este Despacho que, la accionante pese a ser un sujeto de especial protección, la acción de tutela no es el mecanismo eficaz de protección de su derecho al mínimo vital, dado que no se encuentran agotadas las 4 condiciones para el análisis en sede de tutela, pues cada una es necesaria y en conjunto suficientes para ello. Consecuente con ello, se relevará al estudio de la aplicación del principio de condición más beneficiosa.

De esta manera, no es posible acoger por este Despacho los argumentos alegados por el apoderado de la actora en su escrito de impugnación, debiéndose en su defecto confirmar la sentencia proferida el 29 de julio de 2022.

DECISIÓN

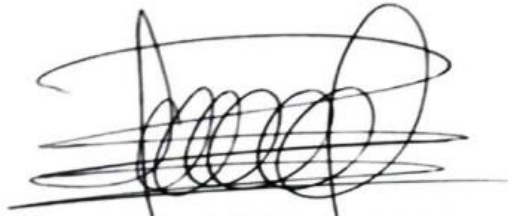
En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y UNO (41) LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero (3) de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, del veintinueve (29) de julio de 2022.

SEGUNDO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS GERARDO NIVIA ORTEGA
Juez

**JUZGADO CUARENTA Y UNO LABORAL DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

La providencia que antecede se notificó por Estado

Nº 148 del 8 de septiembre de 2022.



LUZ ANGELICA VILLAMARIN ROJAS

Secretaria