

Sentencia T-043/19



Referencia: Expediente T-6.953.923

Acción de tutela instaurada por Jesús Antonio Giraldo Ochoa contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A y Seguros de Vida Alfa S.A.

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., cinco (5) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Diana Fajardo Rivera, Carlos Bernal Pulido y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia de segunda instancia proferida veintitrés (23) de mayo de 2018 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago Valle del Cauca, que confirmó la sentencia dictada el dieciséis (16) de abril de 2018 por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartago Valle del Cauca, dentro de la acción de tutela instaurada por Jesús Antonio Giraldo Ochoa contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y Seguros de Vida Alfa S.A.

En virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago Valle del Cauca remitió a la Corte Constitucional el expediente T-6.953.923; posteriormente la Sala de Selección de Tutelas Número Nueve¹ de esta Corporación, mediante Auto del 17 de septiembre de 2018, eligió para efectos de su revisión el asunto de referencia y por reparto correspondió al Despacho del Magistrado Alberto Rojas Ríos.

I. ANTECEDENTES

¹ Integrada por los Magistrados Luis Guillermo Guerrero y Cristina Pardo Schlesinger.

1.1. Hechos

- 1.1.1** Jesús Antonio Giraldo Ochoa de 51 años indica que, el 10 de noviembre de 2017, fue calificado por parte de Seguros de Vida Alfa S.A con un porcentaje de 56.20% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración del 25 de septiembre de 2017. Lo anterior a causa de una enfermedad de origen común, diagnosticada como epilepsia tipo no especificado, esquizofrenia no especificada y queratosis actínica.
- 1.1.2** El 15 de diciembre de 2017 radicó ante la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A documentos relacionados con la solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez a la cual considera tener derecho.
- 1.1.3** El 14 de marzo de 2018 la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, Porvenir S.A negó el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada por el actor bajo el argumento de que el mismo no cumple con el requisito de 50 semanas cotizadas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez, según lo establece el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003².
- 1.1.4** Contrario a la razón que sustentó la aludida negativa, afirma que tal como lo acredita su historia de cotizaciones, si cuenta con las 50 semanas exigidas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez.
- 1.1.5** Señala encontrarse en una difícil situación económica. Está desempleado, no tiene hijos, es soltero y no cuenta con recursos económicos que le permitan satisfacer su congrua subsistencia, ni la de su señora madre de 95 años, quien depende de él. Ambos se encuentran afiliados al régimen subsidiado según se evidencia en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES), con un puntaje de 22.38.

1.2. Solicitud de Tutela

² ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

Con fundamento en lo expuesto, el actor solicita el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana, los cuales han sido presuntamente vulnerados por la Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías Porvenir S.A, con el fin de que la referida entidad reconozca y pague la pensión de invalidez a la cual considera tener derecho junto con las sumas adeudadas por concepto de retroactivo desde el 25 de septiembre de 2017 a la fecha.

1.3. Pruebas relevantes aportadas al proceso

- (i)** Copia de la cédula de ciudadanía del señor Jesús Antonio Giraldo Ochoa, en la cual se certifica que nació el día 02 de marzo de 1967. (folio 15)
- (ii)** Copia de la cedula de ciudadanía de la señora María Teresa Ochoa Giraldo, en la cual se certifica que nació el día 13 de diciembre de 1923. (folio 16)
- (iii)** Formulario expedido por parte de Seguros de Vida Alfa S.A, en el cual se evidencia que el señor Jesús Antonio Giraldo Ochoa fue calificado con un porcentaje de 56.20% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración del 25 de septiembre de 2017. (Folio 37)
- (iv)** Solicitud elevada por el accionante el 15 de diciembre de 2017, ante la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S,A en la cual solicita el reconocimiento de la pensión de invalidez a la cual considera tener derecho. (folio 21)
- (v)** Respuesta de Porvenir S.A, en la cual niega la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez elevada por el actor, bajo el argumento de que el mismo no cumple con la totalidad de requisitos exigidos para su aprobación, teniendo en cuenta que no acredita las cincuenta (50) semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez. (Folio 22)
- (vi)** Relación histórica de cotizaciones realizadas por el señor Jesús Antonio Giraldo Ochoa, expedida por Porvenir S.A. (Folios 23 a 29)
- (vii)** Declaración juramentada extra proceso de Jesús Antonio Giraldo Ochoa, en la cual manifiesta, entre otras cosas que pertenece al régimen subsidiado, que vive con su señora madre, quien recibe un subsidio de adulto mayor equivalente a \$150.000 cada dos meses, suma de dinero con la cual intentan subsistir pero no les es

suficiente dadas las condiciones de salud en las que se encuentran los dos. (Folio 35)

1.4. Actuación Procesal

Traslado y contestación de la demanda

Asumido el conocimiento de la acción de tutela por parte del Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías, mediante Auto del 3 de abril de 2018, por un lado se corrió traslado a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, y a Seguros de Vida Alfa S.A, con el fin de que se pronunciaran sobre los hechos que motivaron la presente acción de tutela, y por otro lado, vinculó a la Superintendencia Financiera de Colombia, al Ministerio de Trabajo y al Ministerio de Salud.

Respuesta de las entidades accionadas y vinculadas

Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A

Mediante escrito del 04 de abril de 2018, la citada entidad indicó, en primer lugar, que el señor Jesús Antonio Giraldo Ochoa no cumple con el requisito de 50 semanas cotizadas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez, según lo establece el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003³.

En segundo lugar, solicitó que se declarara la improcedencia de la presente acción de tutela. Señaló que no se acreditó prueba alguna que permitiera demostrar la configuración de un perjuicio irremediable que amerite la intervención del juez constitucional. Indicó que el señor Jesús Antonio Giraldo Ochoa cuenta con la opción de acudir ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral para hacer valer sus pretensiones.

Seguros de Vida Alfa S.A

Mediante oficio del 6 de abril de 2018, la referida entidad señaló que, el 10 de noviembre de 2017, el caso del señor Jesús Antonio Giraldo Ochoa fue calificado por el Grupo Interdisciplinario de Calificación de Invalidez de Seguros de Vida Alfa S.A, fijando un porcentaje de pérdida de capacidad

³ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

laboral de 56.20%, con fecha de estructuración del 25 de septiembre de 2017 y de origen enfermedad común. En este sentido, asegura, cumplió con la obligación que le asiste de manejar el seguro previsional de los afiliados a la AFP Porvenir y como ente calificador de la pérdida de capacidad laboral del accionante, siguiendo el procedimiento establecido por las normas que regulan la materia.

Indicó que no es la entidad competente para realizar el reconocimiento y pago de dicha prestación económica, toda vez que, dicha obligación le corresponde a la EPS o a la AFP, según el caso.

En este orden de ideas, solicitó su desvinculación de la presente acción de tutela, dada la falta de legitimación en la causa por pasiva que se presenta.

En cuanto a la Superintendencia Financiera de Colombia, Ministerio de Trabajo y el Ministerio de Salud.

Mediante oficios del 04 y 05 de abril de 2018 las referidas entidades solicitaron su desvinculación de la presente acción de tutela, alegaron la falta de legitimación en la causa por pasiva ante la ausencia de acción u omisión alguna desplegada por su parte, que conduzca a la vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

1.5. Decisiones judiciales objeto de revisión

Primera instancia

Mediante fallo proferido el 16 de abril de 2018 el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartago, Valle del Cauca, declaró la improcedencia de la presente acción de tutela al considerar que la mera circunstancia de calificación de pérdida de capacidad laboral no es suficiente para considerar al actor como sujeto de especial protección constitucional. Señaló que el accionante tiene 51 años en la actualidad, por lo que puede deducirse que no hace parte de la población de la tercera edad. Así mismo, no acredita padecer enfermedad distinta a aquella por la que fue calificado. En este sentido agregó “*el Despacho no observa en este momento un perjuicio irremediable que permita al juez de tutela inmiscuirse en el trámite que debe ser adelantado ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral*”⁴

Impugnación

El señor Jesús Antonio Giraldo Ochoa impugnó la sentencia de primera instancia, al considerar que el juez que profirió el fallo se limitó a dar por ciertos los argumentos expuestos por la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, dejando de valorar las pruebas que se

⁴ Folio 107 del Expediente.

aportan con el escrito de tutela, como es la relación histórica de movimientos de Porvenir S.A, donde se evidencia que cumple con las 50 semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez.

Consideró que la acción de tutela es el mecanismo más efectivo, con el cual cuenta para la protección de los derechos fundamentales que presuntamente están siendo vulnerados por la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Al respecto indicó: *“soy una persona invalida, sin posibilidad de trabajar ni recibir ingresos, con una enfermedad que en cualquier momento me puede matar, sería más gravosa mi situación si tuviese que esperar de dos a tres años a que un juez laboral resuelva mi situación pensional”*⁵.

Segunda instancia

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago- Valle del Cauca, mediante fallo del 23 de mayo de 2018, confirmó la decisión de primera instancia. Consideró que el actor no acreditó haber agotado los recursos que tiene a su alcance en contra del acto administrativo que le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada, razón por la que encuentra válido declarar la improcedencia de la presente acción de tutela.

1.6 Actuación procesal surtida en sede de revisión

El 26 de octubre de 2018, el señor Jesús Antonio Giraldo Ochoa, envió a este Despacho escrito por medio del cual informó que cuando su situación de salud no era tan grave, trabajaba como conductor de vehículos públicos, no obstante, debido a los fuertes ataques que le producen la epilepsia y la esquizofrenia que padece no pudo volver a trabajar en ese oficio, y se le ha dificultado desempeñarse en cualquier otro. Indica lo siguiente: *“a la gente le da miedo darme trabajo por el problema de la enfermedad, ya que puedo ocasionar un accidente. Estuve trabajando en una finca fumigando y cuando me dio el ataque salí rodando por un barranco”*.

Asegura que es difícil trabajar con su enfermedad, debido a que en cualquier momento puede sufrir un ataque. Señala que vive con su señora madre, quien tiene 98 años, y se encuentra en estado de desnutrición, pues debido a la escasez de recursos económicos, la alimentación de ambos es regular, él pesa 51 kilos.⁶

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

⁵ Folio 113 del Expediente

⁶ El accionante anexa fallo de tutela en el cual se observa que le fue ordenado a su señora madre Ensure Advance 400 gr polvo, debido a la desnutrición proteicocalórica que padece.

Esta Corte es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 17 de septiembre de 2018, expedido por la Sala de Selección Número Nueve de esta Corporación, que decidió someter a revisión el presente asunto.

2. Planteamiento del caso

En el presente caso, el señor Jesús Antonio Giraldo Ochoa, solicita el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana, los cuales han sido presuntamente vulnerados por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, luego de que se negara a reconocer la pensión de invalidez a la cual considera tener derecho, bajo el argumento de que el actor no cumple con el requisito de 50 semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez, según lo establece el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003⁷.

En este sentido, solicita se tengan en cuenta las condiciones que lo circunscriben como sujeto de especial protección constitucional, esto es **(i)** la calificación de pérdida de capacidad laboral del 56.20%; **(ii)** las diferentes patologías que aquejan su salud y **(iii)** su difícil situación económica.

Problemas jurídicos a resolver

Con miras a resolver la situación jurídica planteada, la Sala estima pertinente determinar, en primer lugar, si en el presente caso, concurren las reglas jurisprudenciales sobre el requisito de subsidiariedad para el reconocimiento de derechos pensionales. Para ello se iniciará por analizar el siguiente problema jurídico:

¿Resulta procedente la acción de tutela instaurada por Jesús Antonio Giraldo Ochoa de 51 años, quien padece epilepsia tipo no especificado, esquizofrenia no especificada y queratosis actínica, calificado con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 56.20% y quien actúa en nombre propio, contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, a través de la cual solicita que le sea reconocida la

⁷ ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

pensión de invalidez a la cual considera tener derecho, en la medida en la que existen otros medios judiciales a su favor?

Paso seguido se determinará si en el presente caso concurren los demás requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela.

En caso de que se supere el anterior estudio de forma, la Sala Novena, desarrollará el problema jurídico que a continuación se plantea:

¿La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. vulnera los derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana del señor Jesús Antonio Giraldo Ochoa, al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez a la cual considera tener derecho, bajo el argumento de que el actor no cumple con el requisito de 50 semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez, según lo establece el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003⁸?

2.1 Reglas sobre el requisito de subsidiariedad para el reconocimiento de derechos pensionales. Reiteración de jurisprudencia

Como ya lo ha señalado esta Sala de Revisión en anteriores oportunidades,⁹ la jurisprudencia constitucional ha establecido, en virtud del artículo 86 de la Carta Política, que la acción de tutela es un medio judicial con carácter residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio de defensa de lo invocado, o existiéndolo, no resulte eficaz e idóneo, o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹⁰.

⁸ ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

⁹ Sentencia T- 378 de 2018, T- 225 de 2018, entre otras.

¹⁰ “la procedencia de la acción de tutela, cuando existen otros medios de defensa judicial, se sujeta a las siguientes reglas: (i) procede como **mecanismo transitorio**, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario¹⁰; (ii) procede la tutela como **mecanismo definitivo** cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia¹⁰. Además, (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, **personas de la tercera edad**, entre otros. El examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos”. Sentencias T-789 de 2003, T- 456 de 2004, T-328 de 2011, T-079 de 2016, entre otras.

Al respecto este Tribunal ha señalado que *“no es suficiente la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Es indispensable que ese mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de brindar inmediata y plena protección a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. **No podría oponerse un medio judicial que colocara al afectado en la situación de tener que esperar por varios años mientras sus derechos fundamentales están siendo vulnerados.**”*¹¹ (Negrillas fuera del texto original).

En lo referente a la posibilidad de instaurar acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, esta Corporación ha dejado sentado que si bien estos asuntos deben someterse a consideración de los jueces de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, tal regla puede replantearse a medida que surjan circunstancias excepcionales que ameriten la necesidad de salvaguardar garantías iusfundamentales cuya protección resulta impostergable.

En este sentido, esta Corte ha indicado que en aquellos eventos en los que se busca el reconocimiento de un derecho pensional por vía tutela, el análisis de procedibilidad formal se flexibiliza dependiendo de las circunstancias personales del accionante, es por ello que debe analizarse, por ejemplo, si se trata de un sujeto de especial protección constitucional, como es el caso de personas que por sus condiciones físicas o mentales se encuentren en estado de debilidad manifiesta, y además se encuentren imposibilitados para procurarse los medios necesarios que garanticen sus necesidades básicas.

Bajo este panorama, esta Corporación ha considerado que, la acción de tutela resulta procedente para el reconocimiento de pretensiones pensionales *“si su desconocimiento compromete de forma conexa derechos fundamentales como el mínimo vital y la vida digna, y el juez constitucional, a la luz de las particularidades fácticas del caso en revisión, arriba a la conclusión de que el mecanismo judicial de que dispone el interesado es ineficaz, debido a que no resuelve el conflicto de manera integral o no es lo suficientemente expedito frente a la exigencia de protección inmediata de derechos fundamentales”*¹²

Ahora bien, la Corte ha señalado que en el caso de aquellas personas que se encuentran en condición de discapacidad *“el rigor del principio de subsidiariedad debe ser atemperado debido a que, según lo ha establecido el artículo 47 del texto constitucional, el Estado debe ofrecer a las personas que padecen disminuciones de orden físico, sensorial o síquico un tratamiento privilegiado, obligación en la cual se encuentra comprendido*

¹¹ Sentencia T- 468 de 1999, Sentencia T- 582 de 2010.

¹² Sentencias T- 581 de 2006, T- 248 de 2008, T- 484 de 2012.

el deber de ofrecer a los discapacitados la atención especializada que requieran. En idéntico sentido, el artículo 13 superior consagra la obligación en cabeza del Estado de promover las condiciones que procuren una igualdad real y efectiva entre los ciudadanos, lo cual supone la adopción de ‘medidas a favor de grupos discriminados o marginados. En consecuencia, la solución de este tipo de controversias debe llevarse a cabo con esmerada cautela y prontitud, en la medida en que se encuentran comprometidos los derechos de un sector de la población que se haya en condiciones de acentuada indefensión.’”¹³

Así las cosas, esta Sala de Revisión evaluará la situación particular del señor Jesús Antonio Giraldo Ochoa, con el fin de determinar la procedencia de fondo de la discusión jurídica planteada.

El actor, quien tiene 51 años de edad, **(i)** padece epilepsia tipo no especificado, esquizofrenia no especificada y queratosis actínica, enfermedades de origen común, por las cuales fue calificado con un porcentaje de 56.20% de pérdida de capacidad laboral; **(ii)** a causa de los quebrantos propios de su estado de salud, se le dificulta en gran medida procurarse los recursos económicos que le permitan satisfacer su congrua subsistencia, pues no puede desempeñar de manera regular y segura algún oficio, debido a las afectaciones mentales que padece¹⁴; **(iii)** vive con su señora madre, quien debido a su edad (95 años) y al grave cuadro de desnutrición que padece¹⁵, depende de él, cabe recalcar, como bien lo señaló el accionante en el escrito allegado en sede de revisión, que, a causa de la escasez de recursos económicos en la que se encuentra, la alimentación de ambos es regular¹⁶ y **(iv)** se encuentra afiliado al Régimen Subsidiado según se evidencia en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud (ADRES), con un puntaje de 22.38.

Si bien el señor Jesús Antonio Giraldo Ochoa cuenta con la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral para elevar sus pretensiones, este medio, aunque es idóneo, en la medida en que ha sido previsto como herramienta judicial para cuestionar controversias de esta naturaleza, no resulta eficaz en este caso concreto debido al juicio dispendioso que implica el desarrollo de esta clase de proceso, tratándose de una persona que debido a las afectaciones mentales que padece, traducidas en un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 56.20%, y la falta de recursos económicos para procurarse su congrua subsistencia y la de su señora madre, quien

¹³ Sentencia T- 154 de 2008.

¹⁴ Así lo expresó mediante escrito allegado en sede de revisión el 26 de octubre de 2018, al asegurar que ha sufrido episodios durante el ejercicio de actividades laborales, que han puesto en peligro su vida. Al respecto señaló: “*a la gente le da miedo darme trabajo por el problema de la enfermedad, ya que puedo ocasionar un accidente. Estuve trabajando en una finca fumigando y cuando me dio el ataque salí rodando por un barranco*”.

¹⁵ El accionante anexa fallo de tutela en el cual se observa que le fue ordenado a su señora madre ENSURE ADVANCE 400 GR POLVO, debido a la DESNUTRICIÓN PROTEICOCALORICA QUE PADECE.

además presenta un severo cuadro de desnutrición, generaría una afectación prolongada a los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana del actor.

Con fundamento en lo anterior la Sala encuentra que es la acción de tutela el mecanismo definitivo con el cual cuenta el actor para solicitar la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana, teniendo en cuenta las circunstancias que lo circunscriben como sujeto de especial protección constitucional por parte del Estado.

Legitimación en la causa por activa

En virtud del artículo 86 de la Constitución Política, esta Corporación, en Sentencia SU-337 de 2014, especificó las reglas jurisprudenciales en cuanto a la legitimación por activa, a saber: **(i)** la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar “*por sí misma o por quien actúe a su nombre*”; **(ii)** no es necesario que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre; y **(iii)** ese tercero debe, sin embargo, tener una de las siguientes calidades: **a)** representante del titular de los derechos, **b)** agente oficioso, o **c)** Defensor del Pueblo o Personero Municipal¹⁷

El Decreto 2591 de 1991 reglamenta en su artículo 10 la legitimidad e interés en la acción de tutela, y señala que:

“la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante (...)”

La jurisprudencia de esta Corporación¹⁸ también ha desarrollado las hipótesis para instaurar acción de tutela: “**(a) ejercicio directo, cuando quien interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental;** (b) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (c) por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo; y finalmente, (d) por medio de agente oficioso”. (Sin negrilla en el texto original)

En el presente caso, el señor Jesús Antonio Giraldo Ochoa, acudió al amparo de tutela en ejercicio directo, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana,

¹⁷Estas reglas fueron reiteradas en la Providencia T-083 de 2016, T-291 de 2016.

¹⁸ Sentencias T-308 de 2011, T- 482 de 2013, T-841 de 2011.

los cuales han sido presuntamente vulnerados por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, al negar el reconocimiento de la pensión de invalidez a la cual considera tener derecho; por tanto la sala verifica el cumplimiento del requisito de legitimación en la causa por activa.

Legitimación en la causa por pasiva

En virtud del artículo 1¹⁹ y 5²⁰ del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra toda acción u omisión en la que incurran las autoridades. A su vez, el artículo 86 superior prevé que la acción de tutela es procedente frente a particulares cuando **a)** estos se encuentran encargados de la prestación de un servicio público, **b)** la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo; o **c)** el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular.

En este sentido, siendo la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, una entidad privada encargada de la prestación del servicio público de la seguridad social, dentro del Sistema General de Pensiones²¹, y la entidad encargada de reconocer la pensión de invalidez solicitada por el actor y salvaguardar los derechos presuntamente conculcados, la acción de tutela resulta procedente en su contra.

Inmediatez

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede interponerse en todo momento y lugar. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que debe existir “*una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales*”²² lo anterior, en razón a que dicha acción constitucional tiene como finalidad conjurar situaciones urgentes que requieren de la actuación rápida de los jueces.²³

En el caso objeto de revisión, el tiempo transcurrido entre el 14 de marzo de

¹⁹ “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 éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela”.

²⁰ “La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto”. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

²¹ Decreto 2591 de 1991, artículo 42 Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: (...), numeral 8: “Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.”

²² Sentencia SU-241 de 2015.

²³ Sentencia T- 038 de 2017.

2018, fecha en la cual la Administradora Colombiana de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A negó la solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez elevada por el actor, y la fecha en la que este último instauró la acción de tutela, esto es 3 de abril de 2018, transcurrió un mes aproximadamente, tiempo que se estima razonable.

Con todo, y toda vez que la presunta vulneración a los derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana del accionante continúa, ante la negativa emitida por parte de la entidad accionada para reconocer la pensión de invalidez a la cual considera tener derecho, la Sala encuentra que se cumple a cabalidad con este requisito.

Así, la Sala encuentra procedente de la presente acción de tutela, por lo que pasará a realizar el análisis de los problemas jurídicos concernientes al fondo del asunto.

Con el fin de resolver los problemas jurídicos de fondo, se abordarán los siguientes ejes temáticos **(i)** derecho a la seguridad social, **(ii)** el régimen jurídico de la pensión de invalidez en el marco legal y jurisprudencial. Reiteración de jurisprudencia.

Derecho a la seguridad social.

En relación con la presente consideración, se reiterará y se seguirá muy de cerca, lo ya desarrollado por las Salas de Revisión de Tutelas, en Sentencias T- 028 de 2017²⁴, T- 378 de 2018²⁵, T- 225 de 2018²⁶, entre otras, teniendo en cuenta que en ellas se destacó el concepto, la naturaleza y la protección constitucional del derecho a la seguridad social.

²⁴ Sentencia T -028 de 2017, MP Alberto Rojas Ríos, en esta oportunidad se resolvió la situación jurídica de una persona de 73 años, a quien Colpensiones le negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la que estimaba tener derecho, debido a que las cotizaciones por el realizadas, no se efectuaron únicamente a -Colpensiones- sino a otras cajas. La Sala reiteró la postura de la Corte sobre la posibilidad de contabilizar los tiempos cotizados con independencia de a que administradora se hubiera hecho el pago de la cotización, por lo que tuteló los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas del actor.

²⁵ Sentencia T- 378 de 2018, MP Alberto Rojas Ríos, en aquel entonces la Sala Novena de Revisión de Tutelas, concedió el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana, luego de que el Ministerio de Defensa negara el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la cual tenía derecho la accionante, en calidad de madre del causante, bajo el argumento que el Decreto 2728 de 1968 no consagra dicha prestación con ocasión de la muerte del personal de soldados grumetes e infantes de Marina de las Fuerzas Militares de Colombia.

²⁶ Sentencia T- 225 de 2018, MP Alberto Rojas Ríos, en esta oportunidad la sala abordó la consideración relacionada con el derecho a la seguridad social, luego de que la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) se negara a reconocer el retroactivo pensional al cual tenía derecho el entonces accionante, bajo el argumento de que si bien el actor, mediante novedad de retiro efectuada por su empleadora, suspendió el pago de cotizaciones en pensión en el año 2013, no lo hizo en salud, circunstancia que imposibilita el desembolso de la retroactividad pensional, por seguir vinculado laboralmente a la empresa y percibir salario. La sala señaló que la desafiliación que se predica por parte del trabajador particular, para determinar el momento a partir del cual es acreedor del disfrute a la pensión de vejez, y con ello reclamar el pago del retroactivo pensional al que haya lugar, no es equivalente a la desvinculación laboral, solo implica que el trabajador deje de cotizar al sistema de pensiones y no al de salud. Esto, en razón a que las causales de extinción de la obligación de cotizar a estos sistemas se rigen por reglas distintas, y la cesación de la obligación de cotizar solo se circunscribe al sistema pensional.

El artículo 48 de la Carta Política, dispone que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público en cabeza del Estado, que debe garantizarse a todas las personas *“en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”*. Para esta Corporación la seguridad social es un derecho de raigambre fundamental, que debe ser definido de la siguiente manera: *“conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”*²⁷

En Sentencia T-628 de 2007, esta Corporación estableció que la finalidad de la seguridad social guarda:

*“necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político”*²⁸, donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación²⁹”

Aunado a lo anterior, es necesario destacar que el concepto de “seguridad social” hace referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas; por ello, con respecto al contenido de este especial derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19 destacó que:

“El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de

²⁷ Sentencia T -036 de 2017.

²⁸ Artículos 2, 13, 5 de la Constitución. Véase la sentencia C-575 de 1992.

²⁹ Artículo 366 de la Constitución.

*salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo*³⁰.”

En reiteradas ocasiones, esta Corporación ha señalado que la fundamentalidad de este especial derecho encuentra sustento en su vínculo funcional con el principio de dignidad humana y en la satisfacción real de los derechos humanos, pues, a través de éste, resulta posible que las personas afronten con decoro las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos.³¹

De igual modo, esta Corporación, en Sentencia T-200 de 2010, destacó que la importancia de este derecho radica en que *"su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional"* y, por tanto, se constituye en un elemento esencial para la materialización del modelo de Estado que hemos acogido y que nos define como una sociedad fundada en los principios de dignidad humana, solidaridad, trabajo y prevalencia del interés general.³²

A manera de conclusión, la garantía del derecho a la seguridad social, entendida como el mecanismo a partir del cual es posible asegurar la efectividad de los demás derechos de un individuo, en los eventos en los que éste se ha visto afectado por ciertas contingencias, se constituye en uno de los institutos jurídicos que un Estado que pretenda ostentar la condición de Social de Derecho debe asegurar.

El régimen jurídico de la pensión de invalidez en el marco legal y jurisprudencial. Reiteración de jurisprudencia

Esta Corporación ha señalado que la pensión de invalidez tiene como finalidad *"proteger a las personas de las contingencias derivadas de una enfermedad de origen común o profesional o por haber padecido un accidente que disminuye o finiquita su capacidad laboral. Así las cosas, para solventar esta circunstancia, se otorga una prestación mensual destinada a satisfacer las necesidades básicas que garanticen la subsistencia digna del afectado"*.³³

Bajo este panorama, se reiterará lo ya señalado por la Sala Novena de Revisión, en Sentencia T- 063 de 2018³⁴, sobre los requisitos previstos por el

³⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19. Introducción, Numeral 2.

³¹ Sentencias T-032 de 2012; T-072 de 2013 y T-146 de 2013 entre otras.

³² Constitución Política de Colombia, Artículo 1.

³³ Sentencias T- 434 de 2012, T- 068 de 2017, T- 053 de 2018, entre otras.

³⁴ En esta oportunidad, la Sala Novena de Revisión estudió dos casos, en los cuales Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A negaron el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez solicitada por los accionantes. La Sala encontró que en ambos casos, los actores

ordenamiento jurídico para acceder a la pensión de invalidez, desde las siguientes disposiciones legales:

Artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990³⁵: estableció que la pensión de invalidez se reconocería a quienes: “*a) sean inválidos permanentes de manera completa, absolutos o gran inválido; y b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.*” En ese régimen jurídico existían varios tipos de invalidez y el médico laboral del ISS era quien señalaba el porcentaje de incapacidad.³⁶

Ley 100 de 1993: fijó el régimen sobre la pensión de invalidez. En el artículo 38 ibídem se indicó que la invalidez es “*aquella situación cuando por cualquier causa de origen no profesional, provocada sin intención, la persona ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral*”. De manera concreta el legislador señaló: “*Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan con alguno de los siguientes requisitos: a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez*”.

Artículo 11 de la Ley 797 de 2003³⁷: modificó la citada norma agravando los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, por ejemplo estableció una condición de fidelidad al sistema y aumentó a 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la pérdida de capacidad laboral. No obstante, en la sentencia C-1056 de 2003, este Tribunal declaró inexecutable esa disposición legislativa debido a que adoleció de vicios de trámite en su formación.

cumplían con los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para acceder a la pensión de invalidez, por lo que revocó las decisiones de instancia y amparó los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de los accionantes, quienes por sus especiales condiciones económicas y de salud eran sujetos de especial protección constitucional.

³⁵ “*Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones: a) Ser inválidos permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido, y b) Haber cotizado para el seguro de invalidez, vejez y muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez*”.

³⁶ Sentencia T- 566 de 2014, T- 610 de 2016.

³⁷ “*Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. 2. Invalidez por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma*”.

Artículo 1° de la Ley 860 de 2003: el Legislador modificó nuevamente los requisitos para acceder a la pensión de invalidez diferenciando entre la pérdida de capacidad laboral por origen de enfermedad y por accidente, así como fijando un criterio de fidelidad al sistema, en los siguientes términos:

*“**Artículo 39.** Requisitos para obtener la pensión de invalidez. 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 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.*

***Parágrafo 1°.** Los menores de veinte años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.*

***Parágrafo 2°.** Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres años.”*

En el año 2009, mediante Sentencia C - 428, esta Corporación declaró inexecutable el requisito de fidelidad dispuesto en este artículo, luego señaló que fijar un tiempo podía tornarse en una regresión del derecho a la seguridad social y además desprotegía a las personas de la tercera edad, que no podían cumplir esa condición.³⁸

Posteriormente, mediante Sentencia C - 727 de 2009, esta Corte, al resolver otra demanda de constitucionalidad contra el Artículo 1° de la Ley 860 de 2003, decidió estarse a lo resuelto en la Sentencia C- 428 de 2009, y en cuanto al parágrafo 2 señaló que: “El parágrafo 2° establece una excepción a la regla fijada en los incisos 1 y 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en cuanto al número de semanas exigibles durante los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez. Los cargos originalmente planteados por el accionante establecían una comparación entre el artículo 39 de la Ley 100

³⁸ Ver decisión T- 610 de 2018.

de 1993 y el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. Sin embargo, el contenido del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, fue modificado por la sentencia C-428 de 2009, como resultado de la declaratoria de exequibilidad parcial de los numerales 1 y 2”³⁹

A manera de conclusión, los requisitos a la fecha exigidos para acceder a la pensión de invalidez⁴⁰ son: **(i)** que el afiliado sea declarado en estado de invalidez mediante dictamen médico, que realizan Colpensiones, los fondos o las juntas de calificación; y **(ii)** que haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. No obstante, la densidad de semanas exigidas varía en dos circunstancias, **a)** cuando se trata de personas menores de veinte años de edad, quienes sólo deben acreditar 26 semanas cotizadas en el último año anterior al hecho generador de la invalidez o su declaratoria; y **b)** cuando se trata de personas afiliadas al sistema de seguridad social que hayan cotizado por lo menos el 75% de las semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez, quienes solo deben comprobar 25 semanas de cotización en los últimos tres años.

Caso concreto

En el presente caso, el ciudadano Jesús Antonio Giraldo Ochoa, de 55 años, instauró en nombre propio acción de tutela con el fin de solicitar el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana, luego de que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, se negara a reconocer la pensión de invalidez a la cual considera tener derecho.

El 10 de noviembre de 2017, el señor Jesús Antonio Giraldo Ochoa, de 55 años, fue calificado por parte de Seguros de Vida Alfa S.A con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 56.20%, con fecha de estructuración del 25 de septiembre de 2017. Así, el 15 de diciembre de 2017 procedió a solicitar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, el reconocimiento de la pensión de invalidez a la cual considera tener derecho. Sin embargo, la referida entidad negó la prestación solicitada, bajo el argumento de que el actor no cumple con el requisito de 50 semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez.

Ahora bien, dentro de la historia laboral del accionante se demuestra que el mismo cotizó mas de 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez -25 de septiembre de

³⁹ Ibídem.

⁴⁰ Sentencia T- 511 de 2014, T- 610 de 2016. Cabe recalcar que según lo dispone el artículo 69 de la Ley 100 de 1993, “los requisitos para obtener la pensión de invalidez, el monto y el sistema de su calificación en el régimen de ahorro individual con solidaridad, se regirá por las disposiciones contenidas en los artículos 38, 39, 40 y 41 de la presente Ley”.

2017- por cuanto registra 56.42 semanas cotizadas en el marco de ese periodo⁴¹. (Laboró y cotizó 395 días en esos tres años).

Atendiendo las circunstancias descritas, y teniendo en cuenta que el señor Jesús Antonio Giraldo Ochoa **(i)** fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 56. 20%, con fecha de estructuración del 25 de septiembre de 2017, a causa de enfermedad de origen común, y que **(ii)** cotizó más de 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, la Sala encuentra que el accionante cumple a cabalidad con los requisitos exigidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003⁴², para acceder a la pensión de invalidez que reclama.

Así las cosas, esta Sala atribuye a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A la vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad humana del ciudadano Jesús Antonio Giraldo Ochoa, al negar sin fundamento alguno la pensión de invalidez solicitada, aun cuando dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez (25 de septiembre de 2017) este ya cumplía con el requisito de cotizaciones exigido por la Ley.

Por consiguiente esta Sala advertirá a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A que, en lo sucesivo se abstenga de negar el reconocimiento de pensiones, sin razón jurídica que lo fundamente, sobre todo cuando la persona haya cumplido los requisitos establecidos en las disposiciones normativas respectivas y las reglas jurisprudenciales decantadas por esta Corporación para acceder a ella.

En el mismo sentido, se le atribuye al juez constitucional que profirió el fallo que se revisa el desconocimiento de los derechos fundamentales invocados por el actor, al ignorar el estado de debilidad manifiesta que lo circunscribe como sujeto de especial protección constitucional, dadas las especiales condiciones económicas y de salud en las que se encuentra, como bien quedó esbozado en el acápite de subsidiariedad.

Bajo este panorama, la Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional procederá a revocar la decisión proferida en segunda instancia el veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago - Valle del Cauca, que confirmó la sentencia del dieciséis (16) de abril de dos mil dieciocho (2018)

⁴¹ Así se evidencia en la relación histórica de cotizaciones realizadas por el señor Jesús Antonio Giraldo Ochoa, expedida por Porvenir S.A el 26 de marzo de 2018. (Folios 23 a 29).

⁴² ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

dictada por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartago - Valle del Cauca, mediante el cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela.

En su lugar, la Sala procederá a conceder el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana del señor Jesús Antonio Giraldo Ochoa, y en consecuencia ordenará a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, que reconozca y pague la pensión de invalidez a la cual tiene derecho el accionante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

El derecho pensional debe reconocerse desde el momento de la causación del derecho, (25 de septiembre de 2017) incluyendo la suma adeudada a la accionante por concepto de retroactivo pensional.

Síntesis de la decisión

En esta oportunidad, correspondió a la sala determinar si ¿La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana del señor Jesús Antonio Giraldo Ochoa, al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez a la cual considera tener derecho, bajo el argumento de que el actor no cumple con el requisito de 50 semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez, según lo establece el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003⁴³ ?

Al examinar las condiciones fácticas y jurídicas del presente caso, se constató que el señor Jesús Antonio Giraldo Ochoa, **(i)** fue calificado con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 56.20%, con fecha de estructuración del 25 de septiembre de 2017, a causa de enfermedad de origen común, y **(ii)** cotizó 56.42 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez⁴⁴. Así, se demuestra que, el accionante sí cumple con los requisitos exigidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, contrario a lo que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A argumentó, al negar el reconocimiento de la prestación reclamada. Bajo esta consideración, la Sala atribuye a dicha entidad la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la

⁴³ ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

⁴⁴ Así se evidencia en la relación histórica de cotizaciones realizadas por el señor Jesús Antonio Giraldo Ochoa, expedida por Porvenir S.A el 26 de marzo de 2018. (Folios 23 a 29).

seguridad social y a la dignidad humana del señor Jesús Antonio Giraldo Ochoa.

Con fundamento en lo anterior, la Sala Novena de Revisión de tutelas, procederá a revocar las decisiones de instancia, en las cuales se declaró la improcedencia de la presente acción de tutela, para en su lugar tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana del ciudadano Jesús Antonio Giraldo Ochoa, por lo cual se ordenará a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A que, realice el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la cual tiene derecho, de acuerdo con el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003. Esto, a partir de la causación del derecho (25 de septiembre de 2017) junto con la suma adeudada por el concepto de retroactivo.

Finalmente la Sala advertirá a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A para que, en lo sucesivo se abstenga de negar el reconocimiento de pensiones, sin razón jurídica que lo fundamente, sobre todo cuando la persona haya cumplido con los requisitos establecidos en las disposiciones normativas respectivas y las reglas jurisprudenciales decantadas por esta Corporación para acceder a ella.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR el fallo del veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciocho (2018) proferido en segunda instancia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cartago -Valle del Cauca, que confirmó la sentencia del dieciséis (16) de abril de dos mil dieciocho (2018) dictada por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cartago - Valle del Cauca, mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela, para en su lugar **TUTELAR** los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, y a la dignidad humana del ciudadano JESÚS ANTONIO GIRALDO OCHOA.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTOS JURIDICOS la respuesta emitida por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, con radicado 0200001150084100 del 14 de marzo

de 2018, a través de la cual negó el reconocimiento de la pensión de invalidez al ciudadano JESÚS ANTONIO GIRALDO OCHOA.

TERCERO.- ORDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, que, dentro del término de cinco (5) días siguientes a la notificación de esta sentencia, expida la resolución que reconozca la pensión de invalidez a la cual tiene derecho el ciudadano JESÚS ANTONIO GIRALDO OCHOA, de acuerdo con el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, y dentro de los diez (10) días siguientes efectúe el pago correspondiente. La prestación así reconocida, se pagará desde el momento de la causación del derecho (25 de septiembre de 2017), incluyendo la suma adeudada al accionante por concepto de retroactivo pensional.

CUARTO.- ADVERTIR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A que, en lo sucesivo, se abstenga de negar el reconocimiento de pensiones sin razón jurídica que lo fundamente, sobre todo cuando la persona haya cumplido los requisitos establecidos en las disposiciones normativas respectivas y las reglas jurisprudenciales decantadas por esta Corporación para acceder a ella.

QUINTO.- Por Secretaría General de esta Corporación **LÍBRENSE** las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado
Con salvamento de voto

MARTA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
CARLOS BERNAL PULIDO
A LA SENTENCIA T-043/19**

Referencia: T-6.953.923

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

En atención a la decisión adoptada por la Sala Novena de Revisión en el proceso de la referencia, me permito presentar Salvamento de Voto, con fundamento en que la condición de vulnerabilidad del accionante, debidamente probada en el expediente, solo hubiera dado lugar a que esta Corte considerara estudiar las pretensiones de la tutela, si existía claridad acerca del cumplimiento de todos los requisitos pensionales. En el caso sub examine, sin embargo, esta circunstancia no se presenta, pues los aportes correspondientes a los meses de febrero a junio de 2017 fueron pagados el 23 de noviembre de 2017, esto es, después de la calificación y de la estructuración de la invalidez del señor Giraldo Ochoa⁴⁵. En el expediente se evidencia que, para el día de la calificación e, incluso, para la fecha de estructuración de la invalidez, el tutelante no cumplía con los requisitos legales. Igualmente, las pruebas documentales del plenario dan cuenta de una discrepancia entre los aportes efectivamente pagados durante los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez⁴⁶, de un lado, y los “periodos cotizados” durante el mismo lapso⁴⁷, del otro, aspectos que, a mi juicio, debieron ser estudiados por el juez ordinario y no por el de tutela en un trámite que se caracteriza por la celeridad y la informalidad procedimental.

Con el acostumbrado respeto,

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

⁴⁵ Cfr. Fl. 57, Cdn. 1.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ *Ibíd.*

