

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2023-00833-00

ACCIONANTE: JORGE ALBERTO MORA PARDO

ACCIONADAS: A.F.P. PORVENIR S.A.

SENTENCIA

En Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días del mes de octubre del año dos mil veintitrés (2023), procede este Despacho Judicial a resolver la acción de tutela impetrada por **JORGE ALBERTO MORA PARDO**, quien solicita el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la salud, presuntamente vulnerados por la **A.F.P. PORVENIR S.A.**

RESEÑA FÁCTICA

Indica el accionante que se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones desde el 07 de marzo de 1980.

Que tiene 60 años de edad y cuenta con 374 semanas cotizadas en la **A.F.P. PORVENIR S.A.**

Que hace 2 años le diagnosticaron la enfermedad huérfana *Corea de Huntington* y cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 51.5%.

Que el 04 de julio de 2023 solicitó a la A.F.P. el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Que el 11 de julio de 2023 la A.F.P. dio respuesta, indicándole que no acredita el requisito de 50 semanas de cotización en los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Por lo anterior, solicita el amparo de sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordene a la **A.F.P. PORVENIR S.A.** reconocer y pagar la pensión de invalidez.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

A.F.P. PORVENIR S.A.

La accionada allegó contestación el 17 de octubre de 2023, en la que manifiesta que el accionante se encuentra afiliado y fue calificado el 25 de diciembre de 2022 con una PCL superior al 50%, de origen común, con fecha de estructuración del 04 de enero de 2022.

Que el accionante tiene 0 semanas de cotización anteriores a la fecha de estructuración.

Que el accionante cuenta con el mecanismo principal ante la jurisdicción ordinaria laboral para reclamar la prestación, y no se aporta alguna prueba de la que se pueda colegir un perjuicio irremediable.

Por lo anterior, solicita declarar improcedente la acción de tutela.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO:

Corresponde al Despacho responder el siguiente problema jurídico: ¿Es procedente la acción de tutela para amparar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la salud del señor **JORGE ALBERTO MORA PARDO**, presuntamente vulnerados por la **A.F.P. PORVENIR S.A.**, al no haberle reconocido y pagado la pensión de invalidez?

MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando estos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹. Esto significa que la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual *“procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”*².

No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o no son lo adecuadamente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así lo sostuvo la Corte en la Sentencia SU-961 de 1999, al considerar que: *“en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate.”*

La primera posibilidad es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de forma idónea, circunstancia en la cual es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo de protección definitiva de los derechos fundamentales y la segunda es que, por el contrario, *“las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria”*.³

En cuanto al primer supuesto, se entiende que el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento jurídico para resolver un asunto no es idóneo, cuando, por ejemplo, no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho comprometido. En este sentido, la Corte ha dicho que: *“el requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole*

¹ Sentencias T-336 de 2009, T-436 de 2009, T-785 de 2009, T-799 de 2009, T-130 de 2010 y T-136 de 2010.

² Sentencia T-723 de 2010.

³ Sentencias T-179 de 2003, T-500 de 2002, T-135 de 2002, T-1062 de 2001, T-482 de 2001, SU-1052 de 2000, T-815 de 2000, T-418 de 2000, T-156 de 2000, T-716 de 1999, SU-086 de 1999, T-554 de 1998, T-384 de 1998 y T-287 de 1995.

*formal*⁴. La aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado”⁵.

En relación con el segundo evento, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible⁶. Este amparo es eminentemente temporal, como lo reconoce el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991: *“En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”*.

Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser **inminente**, esto es, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser **urgentes**, tanto por brindar una solución adecuada frente a la proximidad del daño, como por armonizar con las particularidades del caso; (iii) el perjuicio debe ser **grave**, es decir, susceptible de generar un detrimento transcendente en el haber jurídico de una persona; y la (iv) respuesta requerida por vía judicial debe ser **impostergable**, o lo que es lo mismo, fundada en criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable⁷.

En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008 se consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la **carga** de ***“presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela.”***

Finalmente, en atención a la naturaleza eminentemente subsidiaria de la acción de tutela, la Corte también ha establecido que la misma no está llamada a prosperar cuando a través de ella se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial⁸. Al respecto, la Corte ha señalado que: *“no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de*

⁴ Sentencias T-106 de 1993 y T-100 de 1994.

⁵ Sentencia T-705 de 2012.

⁶ Sentencia T-225 de 1993.

⁷ Sentencias T-225 de 1993 y T-808 de 2010.

⁸ Sentencias T-203 de 1993, T-483 de 1993 y T-016 de 1995.

los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”⁹.

EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS PENSIONALES

Tratándose de controversias pensionales, la acción de tutela resulta improcedente, toda vez que los demandantes pueden acudir a la jurisdicción laboral o contenciosa administrativa, como la opción principal e idónea para el reconocimiento de sus pretensiones.

Sin embargo, en determinados casos la tutela procede con el fin de salvaguardar derechos fundamentales, cuya protección resulta impostergable, cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes carecen de idoneidad o eficacia, o porque se busca evitar la inminente consumación de un perjuicio irremediable.

Para determinar la idoneidad de los medios de defensa judicial es necesario revisar que los mecanismos tengan la capacidad para proteger de forma efectiva e integral los derechos de la persona. En especial, resulta imperativo verificar si el reclamo de quien merece especial protección constitucional puede ser tramitado y decidido de forma adecuada por la vía ordinaria, o si por su situación particular, no puede acudir a dicha instancia. Ello encuentra su relevancia en el hecho de que las prestaciones económicas como la pensión guardan estrecha relación con el derecho al mínimo vital, pues se trata de un ingreso que está dirigido a cubrir riesgos (vejez, muerte e invalidez) que disminuyen, e incluso, impiden al ciudadano la posibilidad de procurarse por sus propios medios los recursos necesarios para su congrua subsistencia.

De acuerdo con lo anterior, la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales se determina por las siguientes reglas: (i) procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario, (ii) procede 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 estudia. 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

⁹ Sentencia C-543 de 1992.

discapacidad, personas de la tercera edad, el examen de procedibilidad es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.

Particularmente, frente al reconocimiento y pago de la **pensión de invalidez**, la Corte Constitucional ha sostenido que el juez de tutela debe ser más flexible en el estudio de la procedibilidad de la acción, pues, al tratarse de personas con algún tipo de discapacidad que merecen una especial protección por parte del Estado, no pueden soportar las cargas y los tiempos procesales que imponen los medios ordinarios de defensa judicial de la misma manera que el resto de la sociedad”¹⁰.

Para ello, en la **Sentencia SU-556 de 2019**, la Corte unificó su jurisprudencia en torno a la exigencia del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela cuando se pretende el reconocimiento de la pensión de invalidez a través del mecanismo de amparo, el cual se satisface cuando se acreditan 4 condiciones, *“cada una necesaria y en conjunto suficientes”*, establecidas en el siguiente *“test de procedencia”*:

Test de procedencia	
Primera condición	Debe acreditarse que el accionante, además de ser una persona en situación de invalidez, 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.

Así entonces, de acuerdo con lo establecido por la Corte Constitucional, 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, dado que considera las condiciones de vulnerabilidad derivadas del entorno social y económico del accionante.

Los 4 requisitos del test de procedencia se encuentran justificados en las siguientes razones:

¹⁰ Sentencias T-1316 de 2001, T-719 de 2003, T-456 de 2004, T-015 de 2006, T-515A de 2006, T-700 de 2006, T-972 de 2006, T-167 de 2011, T-352 de 2011, T-206 de 2013 y SU-442 de 2016, entre otras.

*“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”¹¹. (...)”*

*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 básicas¹². Esta condición materializa la obligación de la sociedad de auxiliar a aquellas personas que no pueden ayudarse a sí mismas¹³, por encontrarse en “condiciones de acentuada indefensión”¹⁴. Es, precisamente, en estos supuestos, en los que tal deber es apremiante y exigible.*

*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.*

*Finalmente, en los términos de la jurisprudencia constitucional, la **cuarta exigencia** es “una precondition para el ejercicio de la acción de tutela”¹⁵, pues supone acreditar un grado mínimo de diligencia para la protección de los derechos propios, por vía administrativa o judicial¹⁶.” (Subrayas fuera del texto)*

Aunado a lo anterior, en la Sentencia **T-436 de 2022** la Corte también resaltó que en el análisis del cumplimiento del requisito subsidiariedad se debe verificar si la acción de tutela es el escenario ideal para establecer la certeza probatoria de los hechos en los que se fundamenta la pretensión, pues hay circunstancias en las que, para solucionar el caso, se requiere de un amplio despliegue probatorio, que trasciende el carácter célere y sumario de la acción de tutela.¹⁷

Así, en esa oportunidad se resaltó:

“Por ello, se ha insistido en la necesidad de que, en sede de tutela, se cuente con por lo menos un mínimo de certeza sobre la titularidad del derecho reclamado¹⁸. Así, en lo que respecta al reconocimiento de prestaciones pensionales, la jurisprudencia constitucional ha señalado que para cumplir con el requisito de subsidiariedad: “[e]l

¹¹ Sentencias T-259 de 2012, T-1093 de 2012, T-1095 de 2012 y T-1096 de 2012, T-079 de 2016 y SU-005 de 2018.

¹² Sentencias T-200 de 2011, T- 165 de 2016 y SU-588 de 2016.

¹³ Sentencias T-533 de 1992 y SU-005 de 2018.

¹⁴ Sentencia T-043 de 2019.

¹⁵ Sentencia SU-005 de 2018.

¹⁶ Sentencia T-086 de 2018.

¹⁷ Sentencia T-299 de 2020, y, en el mismo sentido, la T-255 de 2018 y T-251 de 2018.

¹⁸ Sentencia T-836 de 2006 y T-167 de 2020.

juez constitucional debe poder inferir del acervo probatorio aportado la eventual titularidad del derecho reclamado (...)".¹⁹ Asimismo, la jurisprudencia de este tribunal ha señalado que el juez de tutela podrá reconocer de manera transitoria el derecho pensional cuando exista un considerable grado de certeza sobre la procedencia de la solicitud²⁰.

(...)

De lo contrario, si a pesar de la labor probatoria adelantada en el trámite constitucional no es posible llegar a esa convicción mínima, el mecanismo ordinario será el idóneo para la definición del asunto, pues es el escenario en el que: (i) tanto el accionante como la entidad correspondiente podrán debatir los fundamentos fácticos y jurídicos sobre la pretensión; (ii) la decisión se adopta por un juez especializado de manera definitiva; (iii) la etapa y la discusión probatoria es más amplia.

Así, el requisito probatorio que exige un mínimo de certeza frente a la procedencia del reconocimiento del derecho tiene dos objetivos. En primer lugar, busca garantizar la eficacia de los derechos fundamentales de una persona que, a pesar de tener derecho al reconocimiento de la prestación y de encontrarse en una grave situación de vulnerabilidad, no ha logrado dicho reconocimiento. Y, en segundo lugar, es un requisito que, en virtud del carácter subsidiario de la acción de tutela, limita la actuación del juez, "quien sólo puede acudir a esta actuación excepcional en los precisos casos en los cuales esté demostrada la procedencia del reconocimiento"²¹." (Subrayas fuera del texto)

CASO CONCRETO

El señor **JORGE ALBERTO MORA PARDO** interpone acción de tutela en contra de la **A.F.P. PORVENIR S.A.**, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la salud, al no habersele reconocido la pensión de invalidez, teniendo en cuenta que presenta una pérdida de capacidad laboral del 51.5%.

La **A.F.P. PORVENIR S.A.** al contestar la acción de tutela, indicó que el accionante presenta una PCL superior al 50%, pero que la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez fue negada, por cuanto no acredita 50, ni 25 semanas de cotización dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. Agregó, que la controversia planteada por el actor, debe dirimirse en la jurisdicción ordinaria.

Teniendo en cuenta los antecedentes esbozados y previo a realizar un análisis de fondo, es necesario determinar si la acción de tutela cumple con el presupuesto de subsidiariedad.

Como se expuso en el marco normativo de esta providencia, para la procedencia del mecanismo constitucional es imprescindible acreditar que no se cuenta con otros medios de defensa judicial, o que, teniéndolos, éstos no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, evento en el que la

¹⁹ Sentencia T-255 de 2018.

²⁰ Sentencia T-836 de 2006.

²¹ Sentencia T-836 de 2006.

intervención del juez constitucional se hace necesaria para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable, atendiendo a las circunstancias en que se encuentra el solicitante²².

En este caso, la discusión radica en el reconocimiento de una pensión de invalidez, es decir, se trata de un conflicto económico-jurídico de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, tal como se desprende de la lectura del artículo 2° del C.P.T., modificado por el artículo 2° de la Ley 712 de 2001: *“4. Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.”*

No obstante, el accionante no acudió al juez ordinario laboral para la resolución de su conflicto, sino que, consideró prioritario acudir a la acción de tutela, frente a lo cual se debe decir que, prescindir de la jurisdicción ordinaria comportaría la desnaturalización de la acción de tutela como un mecanismo subsidiario y lo convertiría en principal.

Ahora, en lo relativo a la idoneidad y a la eficacia del mecanismo ordinario, considera el Despacho que no pueden estar supeditadas a la voluntad de los interesados en ejercer o no su derecho de acción, sino a la efectiva demostración de que el mecanismo ordinario ha sido agotado y pese a ello persiste la vulneración.

En tal sentido, y siguiendo los parámetros jurisprudenciales esbozados en el marco normativo de esta providencia, la idoneidad que se predica del proceso ordinario laboral, debe ser contrastada a partir de la observancia de cuatro condiciones que tienen la capacidad de convertir a la acción de tutela en un mecanismo directo de defensa judicial.

Dichas condiciones son: **(i)** que el accionante, además de ser una persona en situación de invalidez, pertenezca a un grupo de especial protección constitucional o se encuentre en una situación de riesgo, como por ejemplo: analfabetismo, vejez, pobreza extrema, cabeza de familia, desplazamiento o padecimiento de una enfermedad crónica; **(ii)** que se pueda inferir razonablemente que la falta de reconocimiento de la pensión de invalidez afecte directamente la satisfacción de sus necesidades básicas; **(iii)** la razonabilidad de los argumentos del actor para justificar la imposibilidad de cumplir con el requisito de semanas previstas en las disposiciones vigentes al momento de la estructuración de la invalidez, y **(iv)** su diligencia para solicitar el reconocimiento de la prestación.

En el presente caso, se observa que la **primera condición** se encuentra acreditada, en tanto que el actor presenta una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, con lo que se

²² Artículo 6° del Decreto 2591 de 1991

acredita la situación de *invalidéz*. Igualmente, está acreditada su situación de riesgo, dado que tiene diagnóstico de *Corea de Huntington*, y dicha patología está incluida en el listado de enfermedades huérfanas actualizado por el Ministerio de Salud en la Resolución No. 023 del 04 de enero de 2023.

Sin embargo, estas circunstancias no son suficientes para que la acción de tutela se torne procedente, pues ello implicaría que *“la jurisdicción constitucional sustituya siempre o casi siempre a la jurisdicción ordinaria en conflictos que involucren a (...) sujetos de especial protección”*²³. En consecuencia, este presupuesto debe complementarse con los demás requisitos establecidos por la Corte Constitucional para la subsidiariedad.

Frente a la **segunda condición**, debe decirse que, aun cuando el accionante solicita el amparo de su derecho fundamental al mínimo vital, no aportó prueba alguna tendiente a acreditar la existencia de un *alto riesgo o afectación* real y actual de dicha garantía, que imponga la intervención urgente e inmediata del juez constitucional.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que las partes deben cumplir con el deber de diligencia en lo que pretenden probar; pese a la informalidad de la acción de tutela, para su procedencia, si quiera de forma transitoria, es imperativo que el perjuicio alegado sea real y cierto, y que, además, se encuentre probado, pues no es suficiente con la afirmación de la presencia o del hipotético acaecimiento, sino que está en cabeza del actor explicar en qué consiste el perjuicio y aportar *“mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar (su) existencia”*²⁴.

Particularmente, cuando se alega como perjuicio irremediable la afectación al mínimo vital, si bien en casos excepcionales es posible presumir su afectación, la regla general consiste en que quien alega dicha vulneración por falta de pago de una acreencia laboral o pensional, debe aportar alguna prueba, pues la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones²⁵.

En este caso, el accionante no indicó de qué manera se está viendo comprometido su mínimo vital con la falta de reconocimiento de la pensión, pues, no dijo, por ejemplo, si cuenta o no con el apoyo de su red familiar para suplir sus necesidades básicas, no presentó una relación de gastos, ni informó los créditos o deudas que evidencien que la falta de reconocimiento de la pensión compromete la satisfacción de su vida en condiciones dignas.

²³ Sentencia T-563 de 2017.

²⁴ Sentencias T-702 de 2008 y T-381 de 2017.

²⁵ Ibidem

Lo anterior, descarta la afectación cierta y actual al mínimo vital del accionante, pues no hay evidencia de que se encuentre en un estado de inminente incertidumbre para costear sus gastos. En consecuencia, no es posible colegir una situación de apremio que faculte al juez constitucional para analizar de fondo la controversia, pues no se acreditó que el actor no tenga la capacidad de soportar el curso normal de un proceso ordinario laboral.

Por el contrario, en este caso se comprueba que el accionante sí tiene resiliencia, ya que, desde la fecha de la calificación de la pérdida de capacidad laboral, que fue el **25 de diciembre de 2022**, han transcurrido 10 meses en los que, sin necesidad de la pensión que ahora reclama, directa o indirectamente ha contado con los recursos para asegurar su congrua subsistencia, circunstancia que le permite al Despacho inferir que puede esperar las resultas de un proceso ordinario laboral.

La **tercera condición** no se encuentra cumplida, por cuanto, si bien el accionante indicó que tiene 374 semanas cotizadas y que, la **A.F.P. PORVENIR** le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez por no contar con 50 semanas de cotización en los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, no expuso el motivo por el cual dejó de cotizar para cumplir con el requisito de semanas; es decir, no justificó la imposibilidad de cumplir con el requisito de semanas previstas en las disposiciones vigentes al momento de la estructuración de la invalidez.

Finalmente, la **cuarta condición** relativa a que el interesado haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial a fin de obtener la protección de sus derechos, sí se encuentra probada, en tanto que, en los hechos el actor manifestó que el 04 de julio de 2023 solicitó a la **A.F.P. PORVENIR** el reconocimiento de la pensión de invalidez, y que la entidad negó la solicitud en Oficio del 11 de julio de 2023²⁶.

Así las cosas, no está acreditada la existencia de un perjuicio irremediable, inminente, urgente, grave e impostergradable, que torne procedente el amparo invocado por el accionante, pues de las cuatro condiciones previstas por la jurisprudencia constitucional para el reconocimiento de la pensión de invalidez por medio de la acción de tutela, tan solo se satisfacen dos.

Ahora bien, en este caso tampoco se acredita el requisito adicional de subsidiariedad previsto por la Corte Constitucional y señalado, entre otras, en la Sentencia **T-436 de 2022**, relativo a la necesidad de que “se cuente con por lo menos un mínimo de certeza sobre la titularidad del derecho reclamado”; es decir, que “para cumplir con el requisito de

²⁶ Páginas 10 y 11 del archivo pdf01AccionTutela

subsidiariedad: “[e]l juez constitucional debe poder inferir del acervo probatorio aportado la eventual titularidad del derecho reclamado (...)”.²⁷

En efecto, de acuerdo con las pruebas obrantes en el plenario, no se observa que el accionante reúna los requisitos previstos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 con la modificación introducida por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. Así como tampoco se observa que, por virtud del principio de la condición más beneficiosa, tuviera derecho a la pensión de invalidez conforme el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, ni conforme el artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990. Tal como se pasa a exponer:

En primer lugar, al contestar la acción de tutela, la **A.F.P. PORVENIR** informó que el señor **JORGE ALBERTO MORA PARDO** fue calificado el 25 de diciembre de 2022 con una pérdida de capacidad laboral superior al 50% de origen común, con fecha de estructuración el **04 de enero de 2022**²⁸. Por lo tanto, la norma que -en principio- debe aplicarse para la pensión de invalidez es la **Ley 860 de 2003**, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, quedando establecido 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 inválido²⁹ y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.
(...)

PARÁGRAFO 2o. 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 (3) años.”

En este asunto, no está en discusión que el accionante tiene una PCL superior al 50%, sin embargo, la **A.F.P. PORVENIR** informó que no cuenta con 50 semanas, ni con 25 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Para demostrarlo, aportó la Relación de Aportes del señor **JORGE ALBERTO MORA PARDO**, expedida el 24 de octubre de 2023³⁰, donde se registran cotizaciones entre septiembre de 1995 y septiembre de 2014, con algunas interrupciones, por un total de 1.910 días que corresponden a 272.86 semanas.

²⁷ Sentencia T-255 de 2018.

²⁸ Página 3 del archivo pdf 10ContestacionPorvenir

²⁹ Artículo 38 de la Ley 100 de 1993, “se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”

³⁰ Páginas 4 a 6 del archivo pdf 17AtiendeRequerimientoPorvenir

Conforme a lo anterior, se constata que, dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, esto es entre el 04 de enero de 2019 y el 04 de enero de 2022, el actor no efectuó ninguna cotización, por lo que no se encuentra cumplido el requisito previsto en el numeral 1 del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

De otro lado, tampoco se configura el presupuesto del párrafo 2º, teniendo en cuenta que el accionante no tiene cotizadas, por lo menos, el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, que serían 862. Y en todo caso, aun cuando se acreditaran, el actor no cuenta con 25 semanas en los últimos 3 años.

En ese orden, se evidencia que el actor no cumple los requisitos para obtener la pensión de invalidez bajo los preceptos de la Ley 860 de 2003.

Ahora, si en gracia de discusión se diera aplicación al principio de la condición más beneficiosa acudiendo a la Ley 100 de 1993 (original), lo cierto es que en este caso no se encuentran acreditados los requisitos establecidos por vía jurisprudencial en relación con el comportamiento de la cotización al momento del tránsito legislativo.

Sobre este particular, la Corte Constitucional en la Sentencia **SU-338A de 2021**, señaló que para establecer la viabilidad de la condición más beneficiosa acudiendo a la Ley 100 de 1993, debe darse aplicación a las reglas dispuestas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia **SL2358 de 2017** las cuales varían dependiendo si el afiliado se encontraba o no cotizando a la fecha del cambio normativo, así:

“(i) Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado estuviese cotizando.*
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 26 de diciembre de 2003.*
- c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.*
- d) Que al momento de la invalidez estuviese cotizando, y*
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes de la invalidez.*

(ii) Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.*
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2002.*
- c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.*
- d) Que al momento de la invalidez no estuviese cotizando, y*
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede a su invalidez” (Subrayas fuera del texto)*

En el presente asunto, y de acuerdo con la Relación de Aportes allegada por la **A.F.P. PORVENIR**, el accionante no se encontraba cotizando al 26 de diciembre de 2003, pues presenta una interrupción de aportes entre octubre de 1996 y de febrero de 2004, por lo que, debe verificarse si se cumplen las condiciones previstas en el segundo supuesto.

Al respecto, se tiene que (b) no registra 26 semanas de cotización entre el 26 de diciembre de 2002 y el 26 de diciembre de 2003; (c) en este lapso tampoco se produjo la invalidez, pues su fecha de estructuración fue el 04 de enero de 2022; (d) no estaba cotizando para esta última fecha; y (e) no cotizó 26 semanas en el año que antecede a su invalidez, por el contrario, no registra semanas entre el 04 de enero de 2021 y el 04 de enero de 2022.

Así las cosas, no hay lugar a analizar los requisitos establecidos en el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha establecido la posibilidad de aplicar de manera ultractiva, y por virtud del principio de la condición más beneficiosa, las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 en lo que respecta a la exigencia de semanas de cotización, a pesar de que la invalidez se hubiere estructurado en vigencia de la Ley 860 de 2003. No obstante, en la Sentencia **SU-556 de 2019** se limitó dicha posibilidad a las *“personas en situación de vulnerabilidad, esto es, aquellas que satisfacen las exigencias del “test de procedencia”, el cual ya fue analizado por el Despacho.*

Por ello, para la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990, en la Sentencia **SU-556 de 2019**, reiterada en las Sentencias **T-436 de 2022** y **SU-038 de 2023**, se determinó como *“supuesto fáctico, abstracto, objeto de unificación”* el siguiente:

Exigencias	Circunstancias fácticas del accionante
Fecha de estructuración de la invalidez	El tutelante-afiliado al sistema general en pensiones es dictaminado con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% con fecha de estructuración en vigencia de la Ley 860 de 2003.
No se acredita la densidad de semanas que exige la Ley 860 de 2003	El tutelante-afiliado no acredita haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, según se certifique en el dictamen emitido por la autoridad competente, en los términos del artículo 1 de la Ley 860 de 2003.
Sí se acredita la densidad de semanas que exigía el Acuerdo 049 de 1990	El tutelante-afiliado acredita el número mínimo de semanas cotizadas antes de la fecha de estructuración de la invalidez exigidas por el artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990: 150 semanas en los 6 años anteriores a la fecha de estructuración o 300 semanas en cualquier tiempo. En todo caso, esta densidad de semanas debe acreditarse antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

A su turno, en la Sentencia **SU-038 de 2023** se enfatizó y reiteró que la anterior regla jurisprudencial sólo es aplicable a los afiliados en situación de vulnerabilidad, que superen el *test de procedencia*, pues *“solo respecto de estas personas es evidente una afectación intensa a sus derechos fundamentales”*.

Así entonces, aplicando los anteriores parámetros jurisprudenciales al caso concreto, advierte el Despacho que el actor no cumple los requisitos para ser favorecido con la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990, pues, de entrada, y según fue analizado al inicio de esta providencia, no se acreditaron los 4 supuestos del *test de procedencia*, con lo que no se constata la *situación de vulnerabilidad*, como primera condición.

En todo caso, aun cuando se hubiera superado dicho test, el actor no acredita el mínimo de semanas exigidas en el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, esto es, 150 semanas en los 6 años anteriores a la fecha de estructuración o 300 semanas en cualquier tiempo, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, habida cuenta que, en la Relación de Aportes del señor **MORA PARDO**, la primera cotización corresponde al mes de septiembre de 1995.

En consecuencia, en este asunto no existe la *convicción mínima frente a la titularidad del derecho reclamado* por el accionante, que haga procedente dirimir la controversia a través de la acción de tutela, por lo que es menester que el actor acuda al mecanismo ordinario para zanjar la controversia.

Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia **T-436 de 2022**, señaló:

*“Así pues, la Sala advierte que en materia pensional esta Corporación ha señalado que el reconocimiento de pensiones en sede de tutela exige una convicción mínima en relación con la titularidad del derecho reclamado. De lo contrario, **si a pesar de la labor probatoria adelantada en el trámite constitucional no es posible llegar a esa convicción mínima, el mecanismo ordinario será el idóneo para la definición del asunto**, pues es el escenario en el que: (i) tanto el accionante como la entidad correspondiente podrán debatir los fundamentos fácticos y jurídicos sobre la pretensión; (ii) la decisión se adopta por un juez especializado de manera definitiva; y (iii) la etapa y la discusión probatoria es más amplia.*

*Así, el requisito probatorio que exige un mínimo de certeza frente a la procedencia del reconocimiento del derecho tiene dos objetivos. En primer lugar, busca garantizar la eficacia de los derechos fundamentales de una persona que, **a pesar de tener derecho al reconocimiento de la prestación y de encontrarse en una grave situación de vulnerabilidad, no ha logrado dicho reconocimiento**. Y, en segundo lugar, es un requisito que, en virtud del carácter subsidiario de la acción de tutela, limita la actuación del juez, “quien sólo puede acudir a esta actuación excepcional en los precisos casos en los cuales esté demostrada la procedencia del reconocimiento”³¹ (Negrillas fuera del texto)*

³¹ Sentencia T-836 de 2006.

En conclusión, en este caso no se percibe una situación que ponga al peticionario en estado de vulnerabilidad o indefensión que amerite la intervención del juez constitucional, ni que soporte de manera clara y suficiente el motivo por el cual no le sea posible acudir y esperar las resultas de un proceso ordinario laboral. Ello, por cuanto no se cumplen los supuestos establecidos por la Corte Constitucional para satisfacer el requisito de subsidiariedad, a saber: el test de procedencia y la certeza mínima sobre la titularidad del derecho.

Bajo tal panorama, la acción de tutela no es el mecanismo para estudiar de fondo el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, razón por la cual, se declarará improcedente por no satisfacer el requisito de **subsidiariedad**.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela de **JORGE ALBERTO MORA PARDO** contra la **A.F.P. PORVENIR S.A.**, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día siguiente de su notificación.

La impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

TERCERO: En caso de que la sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión. Una vez sea devuelta de la Corte Constitucional, tras haber sido excluida de revisión, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ