



13001-3333-008-2018-00220-00

Cartagena de Indias D. T. y C., veinte (20) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

**I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO**

<b>MEDIO DE CONTROL</b>	ACCIÓN DE TUTELA. – IMPUGNACIÓN -
<b>RADICADO</b>	13001-3333-008-2018-00220-00
<b>DEMANDANTE</b>	CARLOS ENRIQUE MARTINEZ RAMIREZ
<b>DEMANDADO</b>	COLPENSIONES
<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
<b>TEMA</b>	SEGURIDAD SOCIAL

**II.- PRONUNCIAMIENTO**

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la parte accionante, contra la sentencia de tutela del once (11) de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Octavo (08) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió la improcedencia del amparo solicitado.

**III.- ANTECEDENTES**

- **Pretensiones.** (Fl. 8)

La parte actora pretende que se protejan los derechos fundamentales presuntamente vulnerados: *"Pensión de Invalidez, aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, a la seguridad social, mínimo vital y móvil, dignidad humana, precedente constitucional y derecho a la igualdad"*.

- **Hechos** (Fl. 1-4)

1. Quien actúa como agente oficioso del señor Carlos Martínez Ramírez, señaló que éste último cuenta con la edad de 58 años de edad y que actualmente padece de una enfermedad catastrófica, crónica terminal denominada Insuficiencia Renal Crónica e Hipertensión Arterial lo cual hace que se mantenga en cama y sometido a sondeos de tratamiento de hemodiálisis.
2. Del mismo modo, el agente oficioso del actor manifestó que Martínez Ramírez actualmente se halla desempleado y que ha cotizado setecientos treinta y un mil veinte y nueve (731,29) semanas en pensiones en la Administradora Colombiana de Pensiones (en adelante, Colpensiones).



13001-3333-008-2018-00220-00

3. De igual manera, indica que el señor Carlos Martínez Ramírez por las enfermedades que sufre, en fecha 16 de septiembre de 2013 fue calificado en primera oportunidad con una pérdida de capacidad laboral del 65,19% y con origen común por parte de Colpensiones; dictamen que adquirió firmeza por la imposibilidad física del señor Martínez Ramírez de emprender las diligencias necesarias para instaurar recurso alguno contra dicho dictamen, por el grave estado de salud y la precaria situación económica en la que se encuentra.
4. Posteriormente, el accionante reseña que el día 16 de octubre de 2013 presentó solicitud de reconocimiento de pensión por invalidez ante su fondo pensional "Colpensiones", a lo que ésta entidad pensional mediante resolución número GNR 204141 del 06 de junio de 2014 negó la señalada solicitud pensional.
5. Por lo previo, el agente oficioso el día 06 de junio de 2014, interpuso acción de tutela contra Colpensiones, recurso que no prosperó en tanto que el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cartagena consideró que no alegó ni probó evitación a un perjuicio irremediable y afectación al mínimo vital.
6. Años más tarde, el accionante nuevamente en fecha 28 de junio de 2018 solicitó reconocimiento de pensión por invalidez ante Colpensiones, pero ésta vez invocando la aplicación al principio de la condición más beneficiosa; sin embargo, ésta petición también fue resuelta negativamente por la Entidad Pensional.
7. El acto administrativo que negó nuevamente la pensión de invalidez no adquirió firmeza, pues se presentó recurso de apelación contra dicha resolución considerando que en aplicación de la condición más beneficiosa era procedente porque acreditó las 300 semanas de cotización en cualquier tiempo, no obstante la apelación no prosperó.
8. Por lo anterior, el actor advirtió que la negativa de reconocer la pensión por invalidez, sin duda alguna vulnera todos los derechos fundamentales incoados en favor del señor Martínez Ramírez, por lo que se requiere en esta oportunidad una atención urgente y expedita que permita inferir la procedencia de la acción constitucional deprecada, en aras de evitar un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta la precaria situación económica y el estado de salud progresivo, degenerativo y agravado.

## - CONTESTACIÓN

### COLPENSIONES.



13001-3333-008-2018-00220-00

La accionada el día 2 de octubre de 2018 fue notificada vía correo electrónico de la admisión de la presente actuación, sin embargo ésta no allegó informe.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**

### **- Sentencia de Primera Instancia (Fl. 64-68)**

El Juzgado Octavo (08) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 11 de octubre de 2018, resolvió negar por improcedente el amparo solicitado, argumentando entre otras cosas que:

*"En el caso particular, advierte el Despacho que la presente acción de tutela se promovió con desconocimiento del principio de inmediatez, teniendo en cuenta que el señor Carlos Enrique Martínez Ramírez, ostenta un dictamen de calificación de invalidez desde el 16 de septiembre de 2013, inicialmente elevó ante Colpensiones solicitud de reconocimiento y pago de pensión de invalidez, el día 16 de octubre de 2013 y por medio de resolución No. GNR 204141 de fecha 06 de junio de 2014, dicha entidad, le negó por primera vez tal solicitud, y no obstante lo anterior, solo hasta el día 17 de julio de 2017, y todavía más, ahora el día 28 de septiembre de 2018, promovió con el mismo fin de que se le reconozca y pague la pensión de invalidez, la presente acción de tutela permitiendo inferir con esto que no viene viendo gravemente afectado sus derechos fundamentales, y en especial, su mínimo vital, porque hubiera sido así, hubiera actuado vehemente desde un principio.*

*Aunado a lo anterior, observa el Despacho, que en anterior oportunidad la parte accionante promovió una acción de amparo por los mismos hechos, las mismas partes y con las mismas pretensiones; en tal virtud, se le advierte que si en lo sucesivo promueve nuevamente la misma acción de amparo por los mismos hechos, las mismas partes y con las mismas pretensiones, se ordenará compulsar de copias para que se investigue dicha conducta.*

*Por lo que tal y como se anunció anteriormente, la presente acción de tutela se declarará improcedente".*

### **- La impugnación. (Fls. 70-78)**

El actor Carlos Martínez Ramírez por intermedio de agente oficioso impugnó la sentencia adoptada por el Juzgado Octavo (08) Administrativo del Circuito de Cartagena; argumentando entre otras cosas lo subsiguiente:

*"Al aterrizar el caso concreto objeto de impugnación en esta oportunidad, podemos inferir razonadamente que el a quo; ha omitido por completo las circunstancias excepcionales de procedibilidad expuestas por la abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como las circunstancias específicas del accionante conforme al material probatorio allegado al expediente en donde fácticamente detalla la patología que padece el señor Carlos Martínez, que no resulta ser otra que padecer una enfermedad crónica terminal la cual limita su tiempo de vida.*

*Vistas así las cosas, resulta procedente la vía excepcional de tutela para el asunto que nos ocupa por cuanto resulta totalmente desproporcionado en relación con el*



13001-3333-008-2018-00220-00

*principio de subsidiariedad, en conducir al accionante acudir a la jurisdicción laboral para el caso concreto, cuando es claro que el mecanismo ordinario previsto para ello, no resulta expedito pese darse mediante un juicio de oralidad partiendo de las particularidades del accionante, cuando mismo, ni siquiera puede realizar sus rutinas diarias de vida, sino con ayuda de esposa y que para poder acudir a recibir su tratamiento de hemodiálisis, se requiere la asistencia de personal médico y transporte adecuado para tal fin, por lo que conforme lógicamente a su condición terminal e irreversible de su patología padecida; éste requiere una atención especial, expedita y particular que sin duda alguna ni siquiera se necesita poner en tela de juicio del trato necesario y especial atención impostergable, ya que su calidad y expectativa de vida se encuentra totalmente reducida en el tiempo*

(...)

*En cuanto a que la presente tutela se promovió con desconocimiento del principio de inmediatez, teniendo en cuenta que el señor Carlos Martínez Ramírez, ostenta un dictamen de calificación de invalidez desde el 16 de septiembre de 2013.*

*Sin duda alguna, resulta pertinente inferir razonadamente que el a quo seguramente no observó el pronunciamiento del Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cartagena, allegado al proceso, lo cual mediante sentencia del 28 de julio de 2017, en su parte considerativa detalla que el señor Carlos Martínez debía promover una nueva reclamación administrativa ante Colpensiones y agotar los procedimientos ordinarios gubernativos en virtud de una negativa y posteriormente poder ejercer una acción de tutela conforme a la misma; por lo que lejos de existir una reclamación de pensión invalidez resuelta y notificada en fecha de julio del año 2014; no encontró el Juzgado Octavo Civil del Circuito en su momento justificación distinta alguna, sino conforme a la inexistencia de dicha nueva reclamación y posible negativa por parte de la accionada como para exhortar a acudir a la acción constitucional para reclamar la posible vulneración de los derechos fundamentales del accionante, situación que conforme a lo realizado se procedió a detallar.*

*Viendo así las cosas, sin duda alguna resulta evidente que en esta acción de tutela impetrada, el a quo realizó un retroceso y una apreciación desproporcionada en desfavor del accionante, por lo que conforme a ello, no resulta dable en virtud que en esta acción de tutela que nos ocupa se ataca directamente una decisión administrativa nueva, desfavorable y violatoria de los derechos fundamentales del actor por cuanto se desconoce por parte de la accionada el precedente constitucional del órgano de cierre en su sentencia de unificación SU 442 de 2016.*

(...)

*En cuanto a que el accionante promovió acción de amparo por los mismos hechos, las mismas partes y las mismas pretensiones.*

*En virtud a estas aseveraciones del a quo, me permito diferir de las mismas, por cuanto muy a pesar de existir identidad de las partes, no resulta ser menos cierto que los hechos no resultan ser idénticos en cuanto a que los hechos: 7,8,9,10,11,12, 13 y 14 de la acción constitucional impetrada en esta oportunidad son nuevos, en relación con la anterior tutela formulada por el accionante y que pese a ello, en esta oportunidad se ejerce acción de tutela por haberse generado una nueva solicitud de pensión de invalidez, en aplicación al principio constitucional de la condición más beneficiosa, que lógicamente trajo como resultado una resolución negativa con fundamentos distintos a la atacada en la anterior tutela, por consiguiente, no resulta fácticamente posible considerar la existencia de hechos idénticos".*

(...)



13001-3333-008-2018-00220-00

Solicito al Cuerpo Colegiado del Tribunal Administrativo de Bolívar, con fundamento en las razones antes expuestas, se sirvan. **REVOCAR INTEGRALMENTE** la sentencia de tutela de fecha 11 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena.

(...)"

#### **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Conforme lo prevé el artículo 207 del CPACA, se efectúa el control de legalidad sobre el cumplimiento de las reglas del debido proceso en esta etapa del diligenciamiento, advirtiéndose por la Sala que no se evidencian vicios que puedan acarrear nulidad.

#### **V.- CONSIDERACIONES**

##### **- COMPETENCIA**

El Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación de la presente acción, con base en la Constitución Política y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991.

##### **- PROBLEMA JURÍDICO.**

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, la Sala 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar deberá determinar si la acción de tutela es procedente de manera excepcional para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

En el evento de ser procedente, le corresponde a la Sala resolver: ¿El no reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez comporta afectación a los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, dignidad humana y derecho a la igualdad?

#### **TESIS**

La Sala considera pertinente confirmar la sentencia del *a quo*, por cuanto la acción de tutela resulta improcedente, toda vez que el amparo que persigue la parte accionante, puede obtenerlo a través de otro medio ordinario que le provee el ordenamiento jurídico vigente, así mismo, el recurso de amparo está condenado de antemano a ser improcedente, debido a que no demostró la ocurrencia de un perjuicio irremediable como tampoco los presupuestos exigidos por la Corte Constitucional para estudiar de fondo el reconocimiento y pago de pensión de invalidez<sup>1</sup>.

##### **- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA.**

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 1093 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.



13001-3333-008-2018-00220-00

Los artículos 86 de la Constitución Política y 1° del Decreto 2591, establecen que toda persona, por sí misma o por quien actúe en su nombre, podrá ejercer acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares. En este último caso, en los eventos señalados en la Ley.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiaria, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable.

**- PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES.**

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado de manera reiterada la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y/o pago de prestaciones sociales, para tales efectos se deben acreditar los siguientes lineamientos:

*"i). Procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario; 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 estudia. Además, iii). cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños, 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 rigurosos<sup>2</sup>". (Negritas y Cursivas del Despacho).*

Del mismo modo, esta Suprema Corporación Constitucional ha señalado que el análisis de procedencia de las acciones de amparo que solicitan el reconocimiento y/o pago de una prestación social debe realizarse tomando en consideración las particularidades fácticas que rodean el asunto en concreto, y el mandato constitucional de superar las desigualdades materiales existentes y posibilitar una "salvaguarda reforzada de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta<sup>3</sup>".

Ahora bien, con respecto a la posibilidad excepcional de acudir al mecanismo tutelar para reclamar el reconocimiento y pago específico de la pensión de invalidez, las sentencias T 503 de 2017 y T 728 de 2018 del Tribunal

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia T 471 de 2017. Magistrado Ponente; Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>3</sup> Ibidem.



13001-3333-008-2018-00220-00

Constitucional, han determinado que deben observarse dos elementos fundamentales:

*i). Por un parte, la calidad del sujeto que la reclama. Es claro que las circunstancias de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta de una persona declarada inválida, hacen necesaria la inmediata protección del derecho a la pensión de invalidez, asegurando de esa manera la garantía y respeto de derechos fundamentales como la vida, la dignidad, la integridad física y el mínimo vital entre otros.*

*ii). Por otro lado, porque la importancia de tal reconocimiento radica en el hecho de que, en la gran mayoría de los casos, esta prestación se constituye en el único sustento económico con el que contaría la persona y su grupo familiar dependiente para sobrellevar su existencia en condiciones más dignas y justas<sup>4</sup>.*

Por último, debe tenerse en cuenta que la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, debe analizarse en armonía con las reglas jurisprudenciales generales de procedencia del recurso de amparo, a saber:

*"i). No existe un mecanismo judicial idóneo y eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados en la tutela y ii). a pesar de que exista mecanismo idóneo, no resulta eficaz ante la inminencia de la ocurrencia de un perjuicio irremediable, esto es, una afectación inminente, grave y urgente. En relación con el segundo presupuesto, se reitera que el Juez Constitucional debe evaluar las condiciones particulares de cada caso para verificar si el amparo constitucional procede como mecanismo transitorio o definitivo".*

De la misma manera, en los casos de acciones de tutela contra decisiones proferidas por entidades administradores de pensiones, el accionante debe demostrar:

*"i). Que ha realizado actuaciones para obtener la protección del derecho reclamado y ii). la afectación de su mínimo vital".*

**- EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO FUNDAMENTAL AL MÍNIMO VITAL.**

El artículo 48 de la Constitución Política garantiza el derecho a la seguridad social a todos los habitantes. De este modo, la seguridad social es un derecho constitucional dentro del ordenamiento jurídico colombiano cuyo cumplimiento es una obligación del Estado.

La Corte Constitucional amparó los derechos sociales a partir de 1992<sup>5</sup> por medio de la tesis de la conexidad con los derechos fundamentales; esto implicaba que cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre un derecho social y un derecho fundamental, era posible ampararlo a través de tutela.

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 1093 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 086 de 2012. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.



A pesar de lo anterior, esta tesis fue abandonada por el Tribunal Constitucional protege derechos sociales a través de la acción de tutela siempre y cuando el legislador, o la administración en los distintos niveles territoriales, hayan definido de manera clara y precisa las prestaciones que el derecho otorga, de manera que constituyan derechos subjetivos de aplicación directa<sup>6</sup>.

Así las cosas, la Suprema Autoridad de la Jurisdicción Constitucional ha determinado en materia del derecho a la seguridad social:

*"La seguridad social adquiere el carácter de derecho fundamental, lo cual hace procedente su exigibilidad por vía de tutela, en tanto que la seguridad social supone el establecimiento de una ecuación constante de asignación de recursos en la cual están llamados a participar los beneficiarios del sistema y el Estado es el último responsable de su efectiva protección"*.

En el ámbito internacional, existen varios tratados ratificados por Colombia los cuales han determinado que la garantía del derecho a la seguridad social es vital en el sistema universal de protección de derechos humanos.

Al respecto, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ha establecido que la seguridad social es clave para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el pacto, sobre el contenido de este derecho, el pacto ha establecido 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 salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y las familiares a cargo. (Negrita fuera del texto original).*

De igual forma, el artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre consagra el derecho a la seguridad social como la protección:

*"Contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilita física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia"*

Además, en el numeral 1 del artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se constituyó que el derecho a la seguridad social tiene como finalidad proteger a las personas

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 250 de 2015. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.



13001-3333-008-2018-00220-00

contra las consecuencias de la invalidez, la cual puede representar un obstáculo para obtener los medios para llevar una vida digna.

Con fundamento en lo previo, se evidencia el nexo que coexiste entre el derecho a la seguridad social, en especial los derechos pensionales, y el derecho fundamental al mínimo vital, más aún, cuando se trata de personas que se encuentran en estado de indefensión, y son titulares de una especial protección constitucional como aquellos que se encuentran en condición de discapacidad.

#### - LA PENSIÓN DE INVALIDEZ

Las condiciones para que sea reconocida una pensión de invalidez han cambiado a lo largo del tiempo, en tal sentido, las transformaciones legales para acceder a la pensión de invalidez han cambiado los requisitos en dos aspectos: en la cantidad de semanas para acceder a la pensión y el periodo de cotización de las mismas.

En efecto, el **Decreto 758 de 1990** por medio del cual se aprobó el acuerdo 049 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, establece en su artículo 6 las condiciones para acceder a la pensión de invalidez:

Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

*"a). Ser inválido 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".*

Por esto, para reconocer la pensión de invalidez este régimen exigía; (i) un total de 150 semanas cotizadas en los seis años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez; o (ii). 300 semanas de cotización en cualquier tiempo con anterioridad a la estructuración de la invalidez.

Esta normatividad fue derogada por la **Ley 100 de 1993**, la cual reguló el sistema de seguridad social integral con el propósito de lograr mayor cobertura, su vigencia inició el 1 de abril de 1994 y derogó las normas que fueron contrarias. Sus artículos 38 y 39 modificaron los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en los siguientes términos:

**"Artículo 38. Estado de Invalidez.** Para los efectos del presente capítulo 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".

**Artículo 39. 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:



13001-3333-008-2018-00220-00

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.

**Parágrafo.** Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley.

Por consiguiente, para acceder a la pensión de invalidez dentro del régimen de la Ley 100 de 1993 en su versión original era necesario: i). Que al momento de la estructuración de la invalidez el afiliado estuviera cotizando y que hubiera aportado por lo menos 26 semanas en cualquier tiempo; o ii) que en caso de haber dejado de cotizar, hubiera efectuado aportes durante 26 semanas en el año inmediatamente anterior al momento de la fecha de estructuración de la invalidez.

Posteriormente, la **Ley 860 de 2003** modificó en algunos aspectos a la Ley 100 de 1993, respecto a la pensión de invalidez, dispuso que el artículo 39 de tal normativa quedará de la siguiente manera:

*"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 ~~y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.~~

**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, ~~y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.~~

**Parágrafo 1º.** Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

**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". **(Líneas tachadas fueron declaradas inexecutable en la sentencia C-428 de 2009).**

Esta Ley está vigente desde el 26 de diciembre de 2003 y es la que actualmente rige la materia.

Con fundamento en lo anterior, se evidencia que la Legislación Colombiana ha cambiado los requisitos de número de semanas cotizadas en el sistema y el tiempo de cotización para acceder a la pensión de invalidez.



En síntesis, el régimen pensional en el tiempo ha sido así:

*"Inicialmente, el Decreto 758 de 1990 exigía cotizar 150 semanas en los últimos 6 años, o 300 semanas en cualquier tiempo anterior a la fecha de estructuración de la invalidez. Posteriormente, la Ley 100 de 1993 en su versión original requería un menor número de semanas cotizadas (26) en un tiempo más corto, pues debía ser en el año inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez o 26 semanas en cualquier tiempo si el cotizante seguía afiliado al Sistema. Por último, la Ley 860 de 2003, en los apartados que no fueron declarados inexequibles, estableció como requisito la cotización de 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. Así mismo, esta normativa determinó que en caso de que el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo necesitará haber cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años".*

Sin perjuicio de la normativa vigente con la Ley 860 de 2003, hay que señalar que cualquiera de las tres legislaciones anteriores puede llegar a ser aplicada en un caso particular en virtud del principio de la condición más beneficiosa aplicable a la pensión de invalidez. Lo anterior, en consideración a que el Legislador no creó un régimen de transición en las normas que regulan el reconocimiento de este tipo de pensión. Sin embargo, la aplicación de la condición más beneficiosa está sujeta a unas condiciones muy específicas.

#### - EL PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA.

El principio de la condición más beneficiosa se desprende del artículo 53 de la Constitución Política. Este determina que la interpretación de las leyes laborales deben guiarse por los principios de favorabilidad, *in dubio pro operario* y condición más beneficiosa, debido a que estos consolidan el objetivo estatal de que los trabajadores estén dentro de un plano laboral materialmente igualitario frente a sus empleadores.

En cuanto a la pensión de invalidez, en la Sentencia SU 442 de 2016, el Tribunal Constitucional definió la condición más beneficiosa como la posibilidad de reconocer dicha prestación, con fundamento en una norma anterior a la que se encontraba vigente al momento de la estructuración de la invalidez. Esto condicionado a que: (i) se hubiera dado un cambio de legislación sin contemplar un régimen de transición; (ii) este cambio hubiera hecho más gravosa la situación del solicitante; y (iii) el beneficiario se hubiera forjado más gravosa la situación del solicitante.

A pesar de que esta providencia no haya definido el concepto de "**expectativa legítima**", las sentencias C 789 de 2002, T 832A de 2013 y T 065 de 2016 determinaron que ésta existe cuando a la persona se le configuró su



13001-3333-008-2018-00220-00

derecho a la pensión de invalidez en vigencia de alguno de los regímenes anteriores al que se encontraba en vigor en el momento en que se estructuró la invalidez.

En este sentido, si se tiene en cuenta que ni la Ley 100 de 1993, ni la Ley 860 de 2003 contemplaron un régimen de transición para la pensión de invalidez que garantice las expectativas legítimas de los usuarios, es posible aplicar la condición más beneficiosa respecto de las disposiciones anteriormente referidas a quienes consolidaron su derecho a la pensión de invalidez mientras estas se encontraban vigentes.

Ahora bien, es importante aclarar que si bien la **sentencia SU-005 de 2018** modificó el alcance del principio de la condición más beneficiosa, esta solo lo hizo frente a los casos de pensión de sobrevivientes, debido a que la Sala Plena consideró que este tipo de pensiones tienen una finalidad distinta de aquella de la pensión de invalidez, en la medida en que esta última busca proteger al beneficiario del riesgo de la desaparición de sus ingresos sustituyéndolos por el monto de una pensión. En ese sentido, la Sala Plena no cambió la jurisprudencia establecida en la **sentencia SU-442 de 2016** acerca de la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990 en cuanto tiene que ver con la pensión de invalidez, sino que la distinguió de aquella que debe aplicarse en cuanto a la pensión de sobrevivientes.

Ahora bien, tanto la Corte Constitucional como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia reconocen el principio de la condición más beneficiosa. Sin embargo, el alcance de este principio fue un motivo de desacuerdo jurisprudencial. Durante varios años, la Corte Constitucional utilizó mayoritariamente la tesis amplia de la condición más beneficiosa, según la cual es posible aplicar cualquiera de los tres regímenes que han regulado el derecho a la pensión de invalidez sin límite de tiempo. Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene una tesis restrictiva, de la que se desprende que la norma aplicable es la inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez.

La Corte Constitucional zanjó esta discusión en la **sentencia SU-442 de 2016** previamente referida. Esta providencia determinó que una solicitud de reconocimiento pensional puede examinarse conforme a las normas anteriores a la que se encontraba vigente cuando se estructuró una pérdida de capacidad laboral igual o mayor del 50%, con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa. Con respecto a su alcance en el tiempo, esta Corporación determinó que la condición más beneficiosa en pensiones de invalidez no se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo el cual el afiliado o beneficiario haya

**Código: FCA - 008    Versión: 02    Fecha: 18-07-2017**





13001-3333-008-2018-00220-00

generado una expectativa legítima conforme a la jurisprudencia. Así mismo, estableció lo siguiente:

*"Por lo demás, una vez la jurisprudencia ha interpretado que la condición más beneficiosa admite sujetar la pensión de invalidez a reglas bajo cuya vigencia se contrajo una expectativa legítima, no puede apartarse de esa orientación en un sentido restrictivo, a menos que se ofrezcan razones poderosas suficientes que muestren que: (i) la nueva posición tiene mejor sustento en el orden legal y constitucional, (ii) los argumentos para apartarse priman sobre los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad de trato que están a la base del respeto al precedente constitucional, y (iii) está en condiciones de desvirtuar la prohibición de retroceso injustificado en materia de derechos sociales fundamentales, establecida en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia<sup>8</sup>".*

Aunado a lo expuesto, en la sentencia precitada se realizaron algunas precisiones sobre la aplicación de la condición más beneficiosa y reiteró la concepción de "expectativa legítima". En particular, estableció que en casos de pensiones de invalidez, sólo es posible aplicar la condición más beneficiosa a un usuario que tenía una expectativa legítima bajo una norma anterior.

Ahora bien, para mostrar la aplicación de la condición más beneficiosa, dicha providencia reiteró el proceso llevado a cabo en las sentencias T 569 de 2015 y T 065 de 2016 de la subsiguiente manera:

- "a) El supuesto fáctico parte del caso de un usuario del sistema general de pensiones que cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en vigencia de alguna de las dos normas anteriores a la Ley 860 de 2003;*
- b) La legislación en la que cumple los requisitos para acceder a la pensión de invalidez es derogada sin contemplar un régimen de transición;*
- c) el cambio de legislación hizo más gravosa la situación del usuario, en la medida en que con la nueva normativa no cumple con los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez;*
- d) con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen, el usuario solicita el reconocimiento de una pensión de invalidez;*
- e) el usuario no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003".*

En conclusión, para aplicar el principio de la condición más beneficiosa es necesario que la persona que busca el reconocimiento de una pensión de invalidez: (i) cumpla con los requisitos exigidos para acceder a dicha prestación en un régimen derogado, lo que se constituye como una expectativa legítima de acogerse a él; y (ii) no cumpla con las exigencias requeridas en el nuevo régimen, el cual dejó sin efectos al anterior sin contemplar un régimen de transición para sujetos que hubieran cumplido con las condiciones previas.

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU 442 de 2016. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.



## CASO CONCRETO.

### Análisis Crítico de las Pruebas.

De acuerdo con las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso de tutela de referencia, se consigna por cierto los siguientes hechos:

- El señor Carlos Enrique Martínez Ramírez cuenta con la edad de 58 años, pues la copia de su Registro Civil de Nacimiento que obra a **folio 44** del expediente y copia de su cédula a **folio 46**, indican que nació el 16 de febrero de 1960. Esto significa que aún no es persona de la tercera edad, y por ende sujeto de especial protección constitucional; dado que para ser considerado como persona en estado de vejez, se requiere para los hombres por lo menos contar con la edad de 62 años, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>9</sup>.
- Así mismo, el accionante Martínez Ramírez sufre de Hipertensión Especial Primaria e Insuficiencia Renal Terminal, lo que se comprueba con la certificación del Nefrólogo Duque Arrázola de la RTS (**folio 42**) y con el Dictamen por Pérdida de Capacidad Laboral (**folio 25**).
- Por las patologías que padece el actor, Colpensiones en primera oportunidad por medio de Dictamen por Pérdida de Capacidad Laboral, le determinó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del **65,19%** con fecha de estructuración P.C.L de 17 de enero de 2013 (**folios 25 y 26**).
- Del mismo modo, el accionante Martínez Ramírez manifestó que se halla desempleado, subsistiendo con su compañera permanente por la ayuda económica que recibe de sus familiares y amigos, constatándose en la declaración extra juicio que aportó a **folio 45**. No obstante, esto no prueba per se la afectación de su mínimo vital y móvil y que no cuente con otros ingresos para subsistir.

Por otra parte, en la presente acción de tutela se probó que:

- El señor Carlos Enrique Martínez Ramírez cotizó 731,29 semanas ante su Fondo Pensional Colpensiones, acreditándose con el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones expedido por Colpensiones en fecha 27 de septiembre de 2018. (**Folios 52 a 63**).
- Con base en lo anteriormente expuesto, el actor presentó solicitud de reconocimiento y pago de pensión de invalidez ante la Administradora Colombiana de Pensiones en fecha 16 de octubre de 2013, por esto la

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia T 138 de 2010. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.



13001-3333-008-2018-00220-00

Entidad Pensional en fecha 06 de junio de 2014 se pronunció mediante acto administrativo negando la prestación económica pedida (**folios 27 a 28**).

- Años más tarde e inconforme con la decisión previa, el señor Martínez Ramírez nuevamente solicitó reconocimiento y pago de pensión de invalidez ante Colpensiones, sin embargo, la petición fue resuelta negativamente a través de la Resolución con número de radicación 2018\_8800121 de fecha 27 de agosto de 2018, decisión que fue apelada y confirmada mediante Resolución con número de radicación 2018-11011-033 de 19 de septiembre de 2018 (**folio 34 a 35, 40 a 41**).

### **Razonamientos jurídicos.**

#### **De la Procedencia.**

La acción de tutela de referencia ésta condenada de antemano a ser improcedente, por cuanto el amparo que persigue la parte accionante puede obtenerlo a través de otro medio ordinario. De modo que decretar la procedencia de esta acción de tutela, sería fragmentar el principio de subsidiariedad que ha reiterado la Honorable Corte Constitucional a lo largo de su jurisprudencia.

En estos términos, la pretensión de la parte accionante puede ser resuelta mediante mecanismos ordinarios, en tanto que tiene la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral o ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, puesto que el artículo 2 del Código de Procedimiento Laboral<sup>10</sup> establece que la Jurisdicción Ordinaria Laboral tiene competencia para conocer de las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados -como en el caso del actor afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida- y las entidades administrativas o prestadoras de la seguridad social -como en el caso de la accionada Colpensiones-.

Así mismo, el accionante podrá presentar demanda ejerciendo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, atacando los actos administrativos que negaron su pensión de invalidez, en razón a que el artículo 138 del Código de

<sup>10</sup> Código de Procedimiento Laboral. Artículo 2. 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 contrato.



Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>11</sup> consagra que cualquier persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica –como el derecho a la pensión del aquí accionante–, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho.

En consecuencia, estos mecanismos de defensa ordinarios consagrados en los artículos 2 de la Ley 712 de 2001 y 138 de la Ley 1437 de 2011, resultan ser idóneos y eficaces, dado que producirán el mismo efecto protector que se solicita en la tutela como también fue diseñado acertadamente por el constituyente derivado, como un remedio jurídico efectivo para que se le ordene a la accionada el reconocimiento y pago de pensión por invalidez. Bajo este entendido, no es posible que la actora reproche la ausencia de idoneidad y de eficacia de los recursos ordinarios mencionados, entendiendo que no obra en el expediente, excusa alguna por parte de la interesada para no promover el referenciado mecanismo que tiene a su alcance como tampoco se advierte en el plenario que quien pide el amparo es un sujeto de especial protección constitucional para que su situación se examine de manera peculiar<sup>12</sup>.

Por lo anterior, la parte accionante como interesada, en virtud del carácter subsidiario de la tutela, tenía la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha dichos medios ordinarios ofrecidos por el ordenamiento jurídico<sup>13</sup>, máxime cuando solamente debía presentar demanda ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral o ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para que le dirimiesen su conflicto con la entidad prestadora del servicio de seguridad social.

Por consiguiente, en el proceso de referencia se constata que la accionante no actuó con debida diligencia agotando el procedimiento ordinario que le provee la legislación vigente, así mismo, no obra en el expediente que la parte actora haya justificado dicha falta, contrariando así el carácter supletorio de este mecanismo de defensa especial.

Ahora bien, sí la parte actora pretende que la acción funja como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable a pesar de la existencia de los mecanismos ordinarios precitados, la misma no acreditó un

<sup>11</sup> Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 138. Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 480 de 2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 091 de 2018. Magistrado Ponente: Carlos Bernal Pulido.



13001-3333-008-2018-00220-00

perjuicio grave, cierto e inminente que lleve a esta Colegiatura a adoptar una medida urgente e impostergable<sup>14</sup>.

Igualmente, no es posible decretar la procedencia del presente recurso de amparo, en tanto que no se observan los dos presupuestos establecidos por la Corte Constitucional para que se analice la concesión o no de la pensión de invalidez por vía tutela.

En tal sentido, en el caso *sub júdice* se advierte que el sujeto que reclama la prestación económica por medio de éste recurso, *ij*). No probó que detente circunstancias de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta, toda vez que no es una persona de la tercera edad como tampoco se evidencia en el plenario que su estado de salud sea tan grave a tal punto que requiera protección mediante tutela. *li*). No demostró que el reconocimiento de su pensión de invalidez resultaría ser el único sustento económico con el que contaría el actor y su compañera permanente para sobrellevar su existencia en condiciones más dignas y justas<sup>15</sup>.

Ahora bien, sí la parte accionante persiste en afirmar que requiere el reconocimiento de la pensión de invalidez para evitar un perjuicio irremediable por los quebrantos de salud que padece, en el proceso ordinario laboral o contencioso administrativo que adelante, podrá solicitar la adopción de una **MEDIDA CAUTELAR**<sup>16</sup> ante el Juez correspondiente, solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, aduciendo con pruebas convincentes e irrefutables, que de no adoptarse dicha medida cautelar, se concretaría un perjuicio grave, cierto e inminente en su contra.

Con la institución jurídica de las medidas cautelares se reafirma la idoneidad y eficacia de los recursos ordinarios que podrá instaurar el accionante ante el Juez Laboral o Contencioso Administrativo y por ende la improcedencia del presente recurso de amparo por existir dichos mecanismos de defensa adecuados y efectivos, en tanto que el artículo 145 del Código de Procedimiento de Trabajo y de la Seguridad Social se remite a las disposiciones del Código General del Proceso; entre ellos el régimen de las medidas cautelares innominadas del artículo 590 de la Ley 1564 de 2012 y el artículo 230 de la Ley 1437 de 2011 regula las medidas cautelares para cualquier proceso contencioso administrativo.

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 798 de 2013. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>15</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 1093 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>16</sup>



13001-3333-008-2018-00220-00

Así las cosas, se resuelve negativamente el problema jurídico formulado *ab initio*, y por substracción de materia no se descenderá a analizar el segundo problema jurídico, pues no prosperó la procedibilidad del recurso de amparo.

Resueltos los problemas jurídicos planteados, la decisión que adoptará la Sala, no es otra que la de confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

#### IV- FALLA

**PRIMERO. CONFÍRMASE** la sentencia de 11 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Octavo (08) Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO.** Notifíquese esta providencia a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO.** Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen.

#### NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

*Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de Sala de la fecha.*

LOS MAGISTRADOS,

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.  
(Ponente)

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ