



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

MEDIO DE CONTROL	ACCIÓN DE TUTELA. – IMPUGNACIÓN -
RADICADO	13001-2333-012-2018-00237-00
DEMANDANTE	RAMÓN ZULUAGA RODRÍGUEZ
DEMANDADO	COLPENSIONES
MAGISTRADO PONENTE	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
TEMA	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 veintidós (22) de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió conceder el amparo solicitado.

III.- ANTECEDENTES

- Pretensiones. (Fl. 4)

La parte actora pretende que se protejan los derechos fundamentales presuntamente vulnerados: "Seguridad Social, Mínimo Vital, Salud e Igualdad".

- Hechos (Fl. 2-4)

1. El accionante por intermedio de apoderado judicial manifiesta que cuenta con la edad de 75 años y que padece de Dolor Lumbar Crónico, Canal Lumbar Estrecho, Trastorno de Discos Lumbares y Otros, Radiculopatías Crónicas e Hipertensión Arterial Sistemática.
2. Por lo anterior, el actor señala que le emitieron dictamen de pérdida de capacidad laboral, el cual le determinó un porcentaje de P.C.L del 52.91% con fecha de estructuración de invalidez de 03 de febrero de 2011; así mismo indica que cotizó hasta el mes de marzo de 2008, un total de 575 semanas ante su Fondo Pensional.
3. Con base en lo previo, solicitó reconocimiento y pago de pensión de invalidez ante la Administradora Colombiana de Pensiones (en adelante Colpensiones) el día 13 de enero de 2012, a lo que la Entidad



13001-3333-008-2018-00220-00

Pensional mediante Resolución número GNR 094149 del 14 de mayo de 2013, resolvió negar dicha prestación económica.

4. Posteriormente, Colpensiones a través de Resolución número GNR 254399 de 10 de octubre de 2013, decidió reconocer en favor del accionante Ramón Zuluaga Martínez, la indemnización sustitutiva de pensión de vez por la suma de \$ 5.171.227.
5. A pesar de recibir la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, el actor se percató de que tenía derecho a la pensión de invalidez por la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, de manera que solicitó nuevamente el reconocimiento y pago de la mencionada prestación pensional, sin embargo, Colpensiones negó la prestación económica por medio de resolución número SUB 210529 de 8 de agosto de 2018.
6. Por lo antes expuesto, el actor aduce que el comportamiento de Colpensiones vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, salud e igualdad.

- CONTESTACIÓN

COLPENSIONES.

La accionada el día 16 de octubre de 2018 rindió informe de la acción de tutela instaurada en su contra, argumentando lo subsiguiente:

"Siendo así las cosas, si el accionante presenta desacuerdo con lo resuelto debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su solicitud vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial, pues la Corte Constitucional ha sido reiterativa en sostener que la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de prestaciones económicas, pues, por su naturaleza excepcional y subsidiaria, ésta no puede remplazar las acciones ordinarias creadas por el legislador para resolver asuntos de naturaleza excepcional y subsidiarias, ésta no puede remplazar las acciones ordinarias creadas por el legislador para resolver asuntos de naturaleza litigiosa.

(...)

De acuerdo con lo anterior, no es competencia del Juez Constitucional realizar un análisis de fondo frente a **RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSIÓN DE INVALIDEZ**, además en este caso el actor pretende desnaturalizar la acción de tutela pretendiendo que por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y subsidiariedad, sean reconocidos derechos que son de conocimiento del juez ordinario competente a través de los mecanismos legales establecidos para ello.

III. Petición



13001-3333-008-2018-00220-00

En estos términos, solicito de manera respetuosa a su Despacho:

- i). Declare improcedente la acción de tutela contra Colpensiones.
- ii). Como consecuencia de lo anterior se disponga el archivo de la presente acción de tutela.
- iii). Se informe a Colpensiones la decisión adoptada por su Despacho".

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

- Sentencia de Primera Instancia (Fl. 73 - 80)

El Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 22 de octubre de 2018, resolvió conceder transitoriamente el amparo solicitado, argumentando entre otras cosas que:

"Bajo estas prescripciones, el Despacho puede establecer que la entidad accionada Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- vulneró los derechos deprecados por el actor, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez con base en el principio de la condición más beneficiosa. Por lo anterior, es necesario el amparo constitucional para evitar un perjuicio irremediable.

En esta dirección, el Despacho concederá el amparo transitorio de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la igualdad del señor Ramón Zuluaga Rodríguez, teniendo en cuenta la condición más beneficiosa establecida como regla por la jurisprudencia constitucional en materia de pensión de invalidez, que para el caso particular es el Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 785 de 1990) y en consecuencia se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez solicitada por el accionante Ramón Zuluaga Rodríguez, quien deberá acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa o la ordinaria en su especialidad laboral, dentro del término señalado por el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, es decir, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del presente fallo, a fin de que sea ésta la que se pronuncie de manera definitiva sobre su derecho a la referida pensión de invalidez y a su retroactivo pensional.

El reconocimiento de la prestación pensional señalada en el punto anterior, se hará a partir del día 3 de febrero de 2011, fecha de estructuración del estado de invalidez.

Pese a lo anterior, no puede perder de vista el Despacho que la fecha de estructuración de la invalidez del actor fue establecida por el Instituto de Seguros Sociales el día 3 de febrero de 2011, y la solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez fue elevada ante la accionada el 13 de enero de 2012, hecho que interrumpe el fenómeno de la prescripción de mesadas pensionales hasta por tres (3) años, es decir, que el término de prescripción se interrumpió hasta el 12 de enero de 2015. Posteriormente, el actor elevó nueva solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez el día 19 de julio 2018, razón por la cual, ha operado el fenómeno de la prescripción de aquellas mesadas pensionales causadas con anterioridad al 19 de julio de 2015 y cualquier discusión al respecto deberá ser planteada ante el juez ordinario que conocerá del presente asunto.



13001-3333-008-2018-00220-00

Se dispondrá además, que la entidad accionada Colpensiones, descuente las sumas reconocidas y pagadas al señor Ramón Zuluaga Rodríguez por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez mediante Resolución No. GNR 254399 del 10 de octubre de 2013".

- **La impugnación.** (Fls. 70-78)

ACCIONANTE

El actor Ramón Zuluaga por conducto de apoderado judicial, impugnó la sentencia adoptada por el Juez Doce (12) Administrativo de del Circuito de Cartagena, sosteniendo lo siguiente:

"(...) En lo que atañe al reconocimiento temporal de la pensión del actor existe en el paginario una declaración jurada efectuada por el interesado donde éste manifiesta su situación actual, sumado a esto su edad 75 años y como colofón tenemos las patologías que lo aquejan que se encuentran configuradas en el dictamen de pérdida de capacidad laboral que yace en el introito, pruebas estas que no fueron controvertidas, ni desvirtuadas por la entidad Colpensiones, por tanto, nos conducen al estadio de la certeza y plena prueba desde el punto de vista procesal; de allí que desde nuestra óptica, se reúnen todos los presupuestos que la Corte Constitucional ha considerado necesarios para que se ordene el reconocimiento pensional de manera definitiva por vía de la acción de amparo tutelar.

En lo tocante con la prescripción de las mesadas, muy respetuosamente, no comparto el criterio del despacho, pues en estos casos la norma que regula esta materia es muy clara en sostener que comenzara a pagarse desde la fecha desde que se estructure tal estado.

Como la fecha de estructuración en el caso ocupante, data el 03 de febrero del año 2011, viene a constituirse esta calenda como punto de partida del reconocimiento pensional y su consecuencial retroactivo, por tanto, considero que no son avenidos los guarismos llevados a cabo en la estructuración de la sentencia tutelar y que dieron lugar a plurimencionada prescripción que de paso merma el derecho patrimonial que le asiste al actor.

(...)

Solicitud

En razón de lo antes expuesto, muy comedidamente solicito a los honorables magistrados se sirvan modificar la sentencia recurrida en el sentido de:

Que se conceda la misma como mecanismo principal y consecuentemente ordene el reconocimiento pensional de invalidez de manera definitiva".

COLPENSIONES

La accionada presento impugnación al fallo de primera instancia con los siguientes fundamentos:

"(...) De acuerdo con lo anterior, no es competencia del Juez Constitucional realizar un análisis de fondo frente a la solicitud del reconocimiento y pago de un retroactivo



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 51/2018
SALA DE DECISIÓN No. 001

SIGCMA

13001-3333-008-2018-00220-00

pensional, dado que en el presente caso el ciudadano pretende desnaturalizar la acción de tutela pretendiendo que por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y subsidiariedad, sean reconocidos derechos que son de conocimiento del juez ordinario competente a través de los mecanismos legales establecidos para ello.

(...)

Al ordenar el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, sin el lleno de los requisitos legales establecidos, sin agotar los procedimientos administrativos para tal fin, afecta gravemente el patrimonio de esta administradora

Petición

Se conceda el recurso de impugnación ante el superior jerárquico con el propósito de que se revoque el fallo y en su lugar se conceda el recurso de impugnación ya que no es posible considerar que COLPENSIONES tiene responsabilidad en la transgresión de los derechos fundamentales alegados y en estos términos".

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: ¿La parte accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión por invalidez conforme al principio de la condición más beneficiosa?



TESIS

La Sala considera pertinente modificar la sentencia objeto de impugnación, dado que con fundamento en la Jurisprudencia Constitucional y en el Decreto 2591 de 1991¹, la acción de tutela de referencia debe fungir como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable el accionante por hallarse en amenaza su mínimo vital, de manera que ordenar el pago de las mesadas pensionales adeudadas al actor, sería desbordar la naturaleza propia de transitoriedad con que le debe emplearse este mecanismo de defensa para transformarse en medio ordinario.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

Los artículos 86 de la Constitución Política y 1º 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:

¹ **Decreto 2591 de 1991. Artículo 8.** Artículo 8o. La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

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.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no se instaura, cesarán los efectos de éste



13001-3333-008-2018-00220-00

"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 rigurosos²". (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 manifiesta³".

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 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 justas⁴".

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.

² Corte Constitucional. Sentencia T 471 de 2017. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

³ *Ibidem*.

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



13001-3333-008-2018-00220-00

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 vital⁵".

- 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 1992⁶ 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.

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 directa⁷.

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 protección⁸".

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.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T 485 de 2016. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T 086 de 2012. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷ Ibidem.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T 250 de 2015. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.



13001-3333-008-2018-00220-00

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 imposibilite 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 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:

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





13001-3333-008-2018-00220-00

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:

- 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 parágrafos 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:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 51/2018
SALA DE DECISIÓN No. 001

SIGCMA

13001-3333-008-2018-00220-00

"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 inexecutable, 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



13001-3333-008-2018-00220-00

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 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 ésta 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



13001-3333-008-2018-00220-00

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 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".

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.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU 442 de 2016. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.
Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017



13001-3333-008-2018-00220-00

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 1° 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.

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 Ramón Zuluaga Rodríguez en calidad de accionante cuenta con la edad de 75 años de edad y sufre de Dolor Lumbar Crónico, Canal Lumbar Estrecho, Trastorno de Discos Lumbares, Radiculopatías Crónicas e Hipertensión Arterial Sistemática, así se comprueba con el Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral expedido por el antiguo Seguros Social (**folio 20**). En el mismo sentido, se acredita que por las enfermedades que padece, en dicho Dictamen de P.C.L le determinación un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 52,19% con fecha de estructuración de 03 de febrero de 2011.
- De igual manera se coteja que el actor no se halla laborando, por lo que no percibe ingresos económicos para su subsistencia,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 51/2018
SALA DE DECISIÓN No. 001

SIGCMA

13001-3333-008-2018-00220-00

acreditándose con la declaración extra juicio que milita en el expediente a **folio 22** como también porque la accionada no desvirtuó la **negación indefinida** que sostuvo el actor de no contar con ingresos para subsistir, tomándose por cierto esta manifestación.

Estas condiciones particulares que presenta el accionante conducen a que se halle en un estado de vulnerabilidad o de debilidad manifiesta, lo que produce que se convierta en un **Sujeto de Especial Protección Constitucional**, de manera que su caso debe ser analizado especialmente, es decir, con un análisis de procedibilidad flexible, de conformidad con los lineamientos de la Corte Constitucional.

- Por su estado de salud y por haber cotizado pensión ante la Administradora Colombiana de Pensiones 602 semanas (en adelante, Colpensiones), solicitó reconocimiento y pago de pensión por invalidez el 13 de enero de 2012, sin embargo, la entidad pensional resolvió negar la prestación económica solicitada mediante Resolución número GNR 094149 de fecha 14 de mayo de 2013. **(Folio 9 a 11).**
- Por el no reconocimiento de su pensión de invalidez, el accionante solicitó reconocimiento y pago de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez el día 10 de octubre de 2013, la cual fue concedida por medio de Resolución número 2013_7284521. **(folio 12 a 15).**
- Pese al reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, el accionante afirma que se percató de que tiene derecho a la pensión por invalidez, por ésta razón solicito nuevamente el reconocimiento y pago por pensión de invalidez el 19 de julio de 2018 **(folio 25)**, petición que fue negada el día 08 de agosto de 2018 por medio de Resolución número SUB 210529 de fecha 8 de agosto de 2018. **(folio 17 a 18).** C

Tabla de semanas cotizadas por el actor según Colpensiones. (Folios 9 a 11 y 17).

Entidad laboro	Desde	Hasta	Novedad	Días
1 Conobras LTDA	19701102	19701230	TIEMPO SERVICIO	59
Pianeta Muñoz m y CIA LTDA	19710201	19710630	TIEMPO SERVICIO	150
Sin nombre NP 180171000092	19710701	09710830	TIEMPO SERVICIO	61
Domínguez Salgado Augusto	19720313	19720412	TIEMPO SERVICIO	31
Núñez Amador Gerardo	19750101	19750430	TIEMPO SERVICIO	120
Sindicato NAC Trabaj Alcalí	19770121	19771031	TIEMPO SERVICIO	284



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 51/2018
SALA DE DECISIÓN No. 001

SIGCMA

13001-3333-008-2018-00220-00

EE PP MM de Cartagena	19771024	19790131	TIEMPO SERVICIO	465
Sindicato NAC Trabaj Alkali	19771101	19780430	TIEMPO SERVICIO	181
EE PP MM de Cartagena	19790201	19790331	TIEMPO SERVICIO	59
EE PP MM de Cartagena	19790401	19791130	TIEMPO SERVICIO	244
EE PP MM de Cartagena	19791201	19800730	TIEMPO SERVICIO	243
Castellanos García y CIA S.	19850206	19851231	TIEMPO SERVICIO	329
Castellanos García y CIA S.	19860101	19860722	TIEMPO SERVICIO	203
EMP de Transp Montero S.A	19881006	19881231	TIEMPO SERVICIO	87
EMP de Transp Montero S.A	19890101	19891231	TIEMPO SERVICIO	365
EMP de Transp Montero S.A	19900101	19900801	TIEMPO SERVICIO	213
Contractoras Casas y CIA LTDA	19940713	19941231	TIEMPO SERVICIO	172
Contractoras Casas y CIA LTDA	19950101	19950731	TIEMPO SERVICIO	210
Transportes Pemape S.a	19951001	19951028	TIEMPO SERVICIO	28
Transportes Pemape S.a	19951101	19951231	TIEMPO SERVICIO	60
Transportes Pemape S.a	19960101	19960118	TIEMPO SERVICIO	18
Cointracar LTDA	19980101	19981130	TIEMPO SERVICIO	330
Cointracar LTDA	19981201	19981215	TIEMPO SERVICIO	15
Alfonso Salas y o distribuido	19991101	19991103	TIEMPO SERVICIO	3
EMP de Transporte Renaciente S	20000101	20000328	TIEMPO SERVICIO	88
EMP de Transporte Renaciente S	20000401	20000731	TIEMPO SERVICIO	120
Sotelo Vélez LTDA Sovel LTDA	20060401	20060416	TIEMPO SERVICIO	16
Sotelo Vélez LTDA Sovel LTDA	20060501	20060531	TIEMPO SERVICIO	30
Sotelo Vélez LTDA Sovel LTDA	20060601	20060623	TIEMPO SERVICIO	23
Sin Nombre NI 890480635	20060701	20060708	TIEMPO SERVICIO	8
Contrato tu Personal LTDA	2008030	20080301	TIEMPO SERVICIO	1

Razonamientos jurídicos.

De la Procedencia.

Debe decretarse la procedencia del recurso de amparo de referencia, por cuanto la persona quien reclama la tutela de sus derechos fundamentales es un sujeto de especial protección constitucional, debido a que el señor Ramón Zuluaga Martínez por su avanzada edad y su grave estado de salud,

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





13001-3333-008-2018-00220-00

se halla en un estado de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta, máxime cuando no cuenta con recursos económicos para satisfacer sus necesidades esenciales.

Ahora bien, a *prima facie* la acción de tutela resulta improcedente para solicitar el reconocimiento y pago por pensión de invalidez en razón a que existen otros mecanismos de defensa ordinarios para el mismo, como lo son la presentación de una demanda ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral o ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que negó la prestación económica, no obstante, la Jurisprudencia ha enfatizado que la acción de tutela procede excepcionalmente cuando se requiera la salvaguarda reforzada de aquellas personas como en el caso del actor, que por su condición económica y física, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta¹⁰.

Lo anterior se justifica en que el sujeto que reclama la tutela judicial, necesita la inmediata protección a través de la pensión de invalidez, para asegurar la garantía y respeto de sus derechos fundamentales como la vida, dignidad, integridad física y el mínimo vital entre otros y porque en el evento en que el aquí accionante cumpla las condiciones para obtener la pensión por invalidez, ésta prestación constituiría el único sustento económico con el que contaría para sobrellevar su existencia en condiciones más dignas y justas¹¹.

Por último, para ratificar la procedencia de la acción de tutela debe acreditarse conforme a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional¹², si el actor realizó actuaciones para obtener la protección del derecho reclamado y si se encuentra afectado su mínimo vital.

Al respecto, cabe señalar que de acuerdo en lo expuesto a lo largo de este acápite sobra que se justifique la afectación del mínimo vital del accionante, pues de contera se halla en amenaza aquel derecho fundamental del mismo, y en lo concerniente a las actuaciones, en el plenario el accionante demostró con las peticiones presentadas por el accionante a Colpensiones (**folio 9 a 11 y folio 25**), que ha emprendido las diligencias y trámites necesarios para el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez.

Así las cosas, se descenderá a resolver el segundo problema jurídico formulado *ab initio*, el cual es si tiene derecho el accionante a que se ordene a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez.

Fondo.

¹⁰ *Ibídem*.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T 1093 de 2012. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T 485 de 2016. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.



13001-3333-008-2018-00220-00

En el evento de ordenar el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez, debe advertirse con antelación que la presente acción de tutela fungirá como mecanismo transitorio, toda vez que el señor Zuluaga Martínez en calidad de actor cuenta con otros mecanismos de defensa ordinarios para la protección a su derecho a la pensión de invalidez, dado que cuenta con la posibilidad de presentar una demanda ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral o la Jurisdicción Contenciosa Administrativa por medio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, puesto que el artículo 2 del Código de Procedimiento Laboral¹³ 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 la pensión de invalidez que solicitó, en razón a que el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁴ 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.

Habiendo dicho la anterior, deberá entenderse que la parte accionante tiene derecho a la pensión por invalidez con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa, reiterada por el Tribunal Constitucional en sentencia T 086 de 2018.

Lo anterior se sustenta en que el señor Ramón Zuluaga Martínez si bien no cumple con los requisitos que exige el nuevo régimen pensional consagrado en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 y el del anterior régimen con el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, sí cumple los requisitos exigidos por el artículo 6 del Decreto 758 de 1990.

¹³ 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.

¹⁴ 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.



13001-3333-008-2018-00220-00

En tal sentido, el actor no satisface los requerimientos de la Ley 860 de 2003¹⁵, en razón a que dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral, no logró cotizar las 50 semanas exigidas por dicha normativa, como tampoco alcanzó a cotizar mínimo el 75% de semanas requeridas para acceder a la pensión de invalidez para así examinar si puede ampararse en el beneficio del parágrafo segundo del artículo 39 *ibídem*.

Del mismo modo, no cumple con las condiciones exigidas por la Ley 100 de 1993¹⁶, toda vez que no se acredita en el plenario (**folio 9 a 11 y 17**) que al momento en que se produjo el estado de invalidez, esto es el 3 de febrero de 2011, el accionante se hallara cotizando, como también en el año inmediatamente anterior en que se generó la pérdida de capacidad laboral del accionante, hubiera aportado al sistema general de pensiones por lo menos veintiséis semanas de cotización.

Sin perjuicio de lo antecedente, el accionante cumplió con los requisitos que exige el artículo 6 del Decreto 758 de 1990¹⁷, puesto que el señor Ramón Zuluaga Martínez cotizó más de 300 semanas con anterioridad a la fecha en que adquirió su estado de invalidez, pues en la prueba documental del acto administrativo que niega la pensión de invalidez (**folio 17**), donde Colpensiones reporta las semanas cotizadas por el actor, el mismo acreditó un total de 466 semanas cotizadas durante la vigencia del Decreto precitado.

¹⁵ **Ley 860 de 2003. Artículo 1. 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 (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 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”.

¹⁶ **Ley 100 de 1993. 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: 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.**

¹⁷ **ARTÍCULO 6º. REQUISITOS DE LA PENSION 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.**



Lo anterior se puede ilustrar así:

Regímenes pensionales y vigencias	Requisitos régimen	del	Semanas cotizadas durante la vigencia	¿Cumple con los requisitos?	¿Se configuró una expectativa legítima antes del cambio de legislación?
Artículo 1° de la Ley 860 de 2003: vigente desde el 29 de diciembre de 2003.	Supuesto a: 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.		602 (folio 17 reverso)	Contraste del supuesto a: no lo cumple. Dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, el actor no cotizó ninguna semana.	No aplica, ya que no cumple con las condiciones del régimen actual.
	Supuesto b: haber cotizado 25 semanas en los últimos 3 años si y solo si ha cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez.			Contraste del supuesto b: no lo cumple. Dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, el actor no cotizó ninguna semana.	
Artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original: vigente desde el 1° de abril de 1994 hasta el 28 de diciembre de 2003.	Supuesto c: Estar cotizando al régimen y haber cotizado 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez.		591 (folio 17 reverso)	Contraste del supuesto c: no lo cumple. Al momento de producirse el estado de invalidez no se encontraba cotizando al régimen.	No. Si bien cotizó 591 semanas durante su vigencia, el accionante incumple los requisitos, ya que al momento de la estructuración de la invalidez no estaba activo en el Sistema, y no hizo ninguna cotización en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración.
	Supuesto d: No estar cotizando al sistema pero haber cotizado 26 semanas en el año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.			Contraste del supuesto d: no lo cumple. En el año inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez no reporta cotización alguna.	
Artículo 6 del Decreto 758 de 1990: vigente desde el 1° de febrero de 1990 hasta el 31 de marzo de 1994.	Supuesto e: haber cotizado 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al estado de invalidez.		466 (folio 17 reverso)	Contraste del supuesto e: no lo cumple. En los 6 años anteriores a la invalidez el actor solo cotizó 11 semanas.	Sí. El actor cotizó 466 durante este régimen, por lo que al cumplir con los requisitos establecidos durante su vigencia, estructuró una expectativa legítima.
	Supuesto f: haber cotizado 300 semanas en cualquier época anterior al estado de invalidez.			Contraste del supuesto f: sí lo cumple. El accionante cotizó 466 durante este régimen.	

Cuadro utilizado por la Corte Constitucional en Sentencia T 086 de 2018; Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Código: FCA - 008

Versión: 02

Fecha: 18-07-2017





13001-3333-008-2018-00220-00

En síntesis, el accionante Ramón Zuluaga Martínez tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a cargo de Colpensiones, dado que, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, le es aplicable el régimen derogado del Decreto 758 de 1990, considerando que 1). Tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50% (**específicamente del 52.91% folio 20**), 2). Con anterioridad a la fecha en que adquirió la invalidez, cotizó más de 300 semanas durante el periodo de vigencia del Decreto pluricitado, configurándose la expectativa legítima a la que se refiere el Tribunal Constitucional y 3). No cumplió con las exigencias requeridas en el nuevo régimen de la Ley 860 de 2003.

Con base a lo expuesto, se resuelve el segundo problema jurídico en favor del actor, indicando que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión por invalidez, por consiguiente se confirmará la determinación del a quo de ordenar a Colpensiones a que reconozca y pague la pensión de invalidez solicitada por el accionante.

Ahora bien, el Juez de Primera Instancia adoptó la decisión de ordenar además, el pago de las mesadas pensionales adeudadas, al respecto cabe señalar que la acción de tutela de referencia está fungiendo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹⁸ al accionante porque se halla en amenaza su mínimo vital, luego entonces, ordenar cancelar las mesadas pensionales adeudadas desde el 3 de febrero de 2011 sería desbordar la naturaleza propia de transitoriedad con la que se está empleando este mecanismo de defensa para transformarse en medio ordinario, pues lo que se quiere es que el accionante por lo menos cuente con un ingreso periódico para subsistir dignamente dado su estado de debilidad manifiesta, lo que se alcanza con tan solo ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Por consiguiente, la presente providencia se limitará a decidir que se ordene el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez, decisión que se mantendrá hasta tanto el Juez Ordinario Laboral o Contencioso Administrativo decida mediante sentencia de manera definitiva su

¹⁸ Decreto 2591 de 1991. Artículo 8. Artículo 8o. La tutela como mecanismo transitorio. Aún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

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.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no se instaura, cesarán los efectos de éste



13001-3333-008-2018-00220-00

reconocimiento y el pago de mesadas pensionales adeudadas, de suerte que de no presentar el actor la demanda ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral o ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ejerciendo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que negó su pensión de invalidez dentro del término de (2) meses a partir de la ejecutoria de esta providencia, la misma cesará sus efectos (*pro tempore*).

Por último, se confirmará la determinación del Juez de Primera Instancia de ordenar a Colpensiones a que descuente de la pensión por invalidez del actor, las sumas reconocidas y pagadas al señor Ramón Zuluaga Rodríguez por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de vejez, con la advertencia que deberá efectuar un descuento mínimo que no menoscabe el mínimo vital del actor, en aras de garantizar un justo equilibrio entre la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y los derechos fundamentales del accionante.

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. MODIFÍCASE los numerales 1 y 2 de la sentencia de 22 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito de Cartagena, quedando así:

“Primero. Tutelar de manera transitoria los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la igualdad del señor Ramón Zuluaga Rodríguez, teniendo en cuenta la condición más beneficiosa, y, en consecuencia, se ordena a Colpensiones que en el término improrrogable de (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez solicitada por el accionante.

Segundo. El señor Ramón Zuluaga Rodríguez deberá acudir ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral o Contenciosa Administrativa dentro de los (2) meses siguientes a la notificación del presente fallo, a fin de que sea ésta la que se pronuncie de manera definitiva sobre su derecho a la referida pensión de invalidez y su retroactivo pensional.

SEGUNDO. CONFIRMASE los demás numerales de la providencia del *a quo*, con la advertencia que, para la determinación tercera contenida en la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 51/2018
SALA DE DECISIÓN No. 001

SIGCMA

13001-3333-008-2018-00220-00

parte resolutive de la sentencia de primera instancia, Colpensiones deberá efectuar un descuento mínimo que no menoscabe el mínimo vital del actor, en aras de garantizar un justo equilibrio entre la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y los derechos fundamentales del accionante.

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



13001-33-33-008-2018-00220-00

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

Medio de control	ACCION DE TUTELA IMPUGNACION
Radicado	13001-23-33-012-2018-00237-00
Demandante	RAMON ZULUAGA RODRIGUEZ
Demandado	COLPENSIONES
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema	Seguridad Social

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que me acostumbra, debo manifestar que me aparto de la posición mayoritaria de la Sala, toda vez que considero lo siguiente:

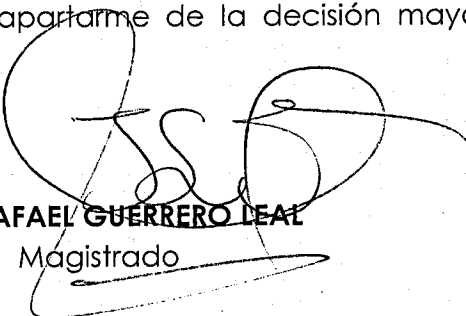
La Sala Mayoritaria acude al principio de la condición más beneficiosa a fin de aplicarle al actor la norma derogada denominada Decreto 758 de 1990 y bajo ese régimen concederle la pensión de invalidez.

Considero que ese principio al que alude la Sala Mayoritaria, en ningún caso permite lo que se ha denominado la plusultraactividad, que consiste en realizar una búsqueda histórica hasta encontrar la normativa que más favorezca al afiliado, en otras palabras, no se habilita al fallador para que realice una investigación histórica que le permita hallar la norma más conveniente a aplicar al caso en concreto

El principio de la condición más beneficiosa lo que si autoriza es acudir a la norma inmediatamente anterior que regule el tema. Entender el principio aludido como la sostiene la Sala Mayoritaria, afecta la seguridad jurídica del ordenamiento jurídico.

En el caso en concreto, se estructura la invalidez el 3 de febrero de 2011, momento para el cual se encuentra vigente la ley 860 de 2003, y en principio es la norma a la cual se debe acudir para resolver el caso, ahora bien, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, se podría acudir al texto original de la ley 100 de 1993, es decir, la norma inmediatamente anterior, y como lo reconoce la misma providencia, bajo ninguna de esas legislaciones, se cumplen los requisitos exigidos allí, así las cosas, la solución al caso en concreto era no acceder a la pensión de invalidez.

Bajo estas razones, me permito apartarme de la decisión mayoritaria en esta ocasión


JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL
Magistrado

