



Cartagena de Indias D. T. y C., veinticinco (25) de julio de dos mil dieciocho (2018).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Impugnación de Tutela
Radicado	13001-33-33-013-2018-00119-00
Demandante	Juan Jesús Ávila Doria
Demandado	Colpensiones
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Tema:	Procedencia de la acción de tutela para reconocimiento de pensión.

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir sobre la impugnación presentada por la parte demandada contra la sentencia proferida el 15 de junio de 2018, mediante la cual el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena tuteló de manera transitoria los derechos fundamentales invocados por el actor.

2.1. La demanda (Fls. 3-8)

a. Pretensiones.

El señor Juan Jesús Ávila Doria, mediante apoderado judicial, presentó acción de tutela contra COLPENSIONES con el fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la igualdad; y como consecuencia de ello, se ordene a la entidad accionada el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, y las mesadas atrasadas a partir de la fecha de estructuración de su invalidez.

Solicitó además, que del retroactivo pensional a cancelar, Colpensiones descontara el valor que había recibido por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, correspondiente a nueve millones trescientos treinta y cinco mil novecientos cuatro pesos (\$9.335.904).

b. Hechos.

El accionante afirmó, en resumen, lo siguiente:

El 17 de abril de 2013 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de su pensión vejez, quien mediante Resolución N°. GNR 310727 del 20 de noviembre de 2013 negó su solicitud, argumentando que no contaba con el número de semanas requeridas.





Mediante Resolución N°. 61320 del 26 de febrero de 2014, COLPENSIONES le reconoció la indemnización sustitutiva de pensión de vejez y le canceló la suma de \$ 9.335.904.

Manifestó que, como consecuencia de las enfermedades de origen común que padece, se le reconoció un 58.87% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración de la invalidez el 21 de julio de 2014. Al percatarse de la existencia de su derecho pensional de invalidez, solicitó el reconocimiento y pago de la misma.

Mediante Resolución N°. GNR 245401 del 12 de agosto de 2015, Colpensiones le negó la anterior solicitud, argumentando que no acreditaba 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de invalidez, transcurridos entre el 21 de julio de 2011 y el 21 de julio del 2014.

Pese a lo anterior, el 31 de enero de 2018 presentó ante Colpensiones la solicitud de revocatoria directa de la Resolución anterior, con apoyo en la sentencia SU-422 de 2016 de la Corte Constitucional, la cual ordena tener en cuenta la condición más beneficiosa y reconocer la pensión de invalidez a las personas que antes de entrar en vigencia de la Ley 100 de 1993, hubieran cotizado 300 semanas en cualquier tiempo, según lo establecido en el artículo 6° del Decreto 758 de 1990.

Mediante Resolución N°. SUB 39969 del 13 de febrero de 2018, Colpensiones le negó nuevamente la solicitud realizada el 31 de enero de 2018.

Por tener 67 años de edad, se encuentra excluido del mercado laboral y sobrevive de la ayuda de su familia. Padece de hipertensión crónica, cardiopatía isquémica que requirió manejo quirúrgico, poli neuropatía diabética que ocasiona dolores persistentes y limitación funcional, es diabético insulino dependiente, patologías que afectan sus actividades diarias.

2.2. Contestación (Fls.62-71).

COLPENSIONES, mediante Oficio BZ2018_6483507-1681749 de 7 de junio de 2018, manifestó que de acuerdo al artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es improcedente cuando existan otros medios de defensa judicial.

Además, el numeral 4° del artículo 2° del Código Procesal del Trabajo, señala que toda controversia que se presente en el marco del sistema de seguridad social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administradoras deberá ser conocida por la jurisdicción ordinaria laboral.



Adujo que mediante Resolución GNR 310727 del 20 de noviembre de 2013, le negó el reconocimiento y pago de una pensión de vejez al señor ÁVILA DORIA JUAN JESÚS, por no haber acreditado el requisito de semanas mínimas para acceder a la prestación.

Mediante Resolución GNR 61320 del 26 de febrero de 2014, le reconoció y ordenó el pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, de conformidad con lo establecido en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en cuantía de \$ 9.335.904.

Mediante Resolución GNR 245401 del 12 de agosto de 2015, le negó el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, porque no logró acreditar el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez. Resolución que fue notificada el 9 de septiembre de 2015. El 31 de enero de 2018 su apoderado solicitó la revocatoria directa de la Resolución anterior.

III.- FALLO IMPUGNADO (Fls. 73 - 82).

El A-quo, mediante sentencia de 15 de junio de 2018, tuteló transitoriamente los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, así:

"(..) **PRIMERO. TUTELAR, DE MANERA TRANSITORIA**, y en los términos del artículo 8 del Decreto Ley 2591 de 1991, los derechos fundamentales del señor Juan Jesús Ávila Doria, identificado con cédula de ciudadanía No. 15.017.778, a la seguridad social – aplicación de la condición más beneficiosa, y el mínimo vital, por las razones aquí dadas.

Por consiguiente, el accionante...deberá ejercer la acción ordinaria correspondiente contra los actos administrativos que le negaron la pensión de invalidez ante la jurisdicción competente dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de esta providencia.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, ORDENAR a la Subdirección de Determinación de Derechos – Dirección de Prestaciones Económicas – Gerencia de Determinación de Derechos de COLPENSIONES,²⁶ que en el término de 15 días hábiles contados desde la notificación de esta providencia:

2.1 Reconozca y pague al señor Juan Jesús Ávila Doria la pensión de invalidez a la que tiene derecho, conforme a lo dispuesto en el presente fallo, y proceda a pagarle las mesadas pensionales respectivas, incluyendo aquellas causadas después del 21 de julio de 2014, por ser ese el momento en que se estructuró su invalidez y adquirió el derecho pensional.

El reconocimiento y pago de la pensión invalidez del señor Ávila Doria se mantendrá hasta que el juez ordinario competente decida de fondo lo referente al derecho pensional que fue negado por COLPENSIONES al accionante, siempre y cuando este último ejerza las acciones judiciales respectivas, dentro de los 4 meses siguientes a la notificación del presente fallo.



2.2 Descontar de las suma a reconocer a favor del señor Juan Jesús Ávila Doria el valor pagado por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, contenido en la Resolución GNR 61320 de 26 de febrero de 2014.

TERCERO. NOTIFICAR decisión aquí adoptada a los interesados en forma oportuna y eficaz.

CUARTO. Si esta providencia no fuere impugnada, ordénase el envío del expediente dentro del término previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 a la Corte Constitucional para su eventual revisión".

Luego de hacer un recuento de las actuaciones realizadas por las partes, el A quo precisó que una de las contingencias que se ampara en el Sistema General de Pensiones es la invalidez, mediante una pensión a favor de quienes han perdido un porcentaje representativo de su capacidad laboral, como consecuencia de una enfermedad o accidente; en aras de garantizar el derecho al mínimo vital.

La Corte Constitucional, en sentencia T-194/16 señaló, en cuanto al reconocimiento de pensión de invalidez por vía de tutela, debe aplicarse el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 que reconoce el derecho a pensión de invalidez a aquellas personas que, por causa de origen no profesional, hayan sufrido pérdida de su capacidad laboral superior al 50%.

Para acceder a dicha pensión, ha reiterado la Corte Constitucional, se deben cumplir los siguientes requisitos: (i) pérdida de capacidad laboral mayor al 50%, (ii) identificación del momento de la estructuración de la invalidez y (iii) número de semanas cotizadas hasta esa fecha.

La invalidez del actor se estructuró en vigencia de la Ley 860 de 2003, lo que implica que el actor debió haber cotizado entre el 21 de julio de 2011 y el 21 de julio de 2014, 50 semanas, requisito que no demostró.

Adujo que es deber tanto de las autoridades administrativas encargadas del reconocimiento de pensiones de invalidez, como de los jueces en sede ordinaria o de tutela, determinar la procedencia de la condición más beneficiosa para el actor.

COLPENSIONES aplicó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, por lo que el accionante debía demostrar que al momento de estructurarse la invalidez o un año anterior a su estructuración; es decir, entre el 21 de julio de 2013 y el 21 de julio de 2014, había cotizado mínimo 26 semanas, situación que tampoco ocurrió.

La entidad accionada al resolver la solicitud del actor no tuvo en cuenta la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU- 442 de 2016, y no verificó lo establecido en el Decreto 758 de 1990, aplicable por favorabilidad a aquellas



personas que no cumplen con los requisitos de la Ley 100 de 1993, para obtener la pensión de invalidez.

Sostuvo que el actor cumple con el requisito establecido en el Decreto mencionado, pues tiene cotizadas más de 300 semanas con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez.

IV.- IMPUGNACIÓN (FLS. 85-89)

La parte accionada solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia con apoyo en los argumentos expuesto en la respuesta de la acción de tutela.

V. - CONTROL DE LEGALIDAD

La presente acción de tutela no adolece de vicios o nulidades procesales que afecten el correcto trámite de la misma.

VI.- CONSIDERACIONES

6.1 Competencia

El Tribunal Administrativo de Bolívar, según lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991, es competente para conocer en segunda instancia la impugnación de la sentencia de tutela de la referencia.

6.2 Problema jurídico

Corresponde a esta Sala establecer si la acción de tutela es procedente para ordenar a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez del accionante.

6.3. Tesis de la Sala

Para la Sala el actor cumple con los requisitos de procedencia de la acción de tutela exigidos por la jurisprudencia Constitucional para el estudio de la pensión solicitada, porque el medio de defensa judicial con el que cuenta el actor no tiene la idoneidad y eficacia suficientes para proteger los derechos fundamentales alegados en la presente acción, dada la edad del actor, sus patologías y la falta de ingresos económicos.

Además, de conformidad con la Sentencia SU 442/16, y en aplicación al principio de favorabilidad, se le debe aplicar el Decreto 758 de 1990, siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos por dicha norma antes de la entrada en vigencia de la Ley 100/93.



VII.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

La acción de tutela es un medio para reclamar ante los jueces la protección de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos se vean amenazados o vulnerados por las autoridades o los particulares en los casos que la ley señala.

Esta acción tiene un carácter residual, es decir, solo procede cuando no se disponga de otro medio de defensa para exigir la protección de los derechos fundamentales vulnerados o cuando a pesar de la existencia de un mecanismo de defensa judicial este no es idóneo o no resulta ágil para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia T-731 de 2014 de la siguiente manera:

"Por su propia naturaleza, esta acción tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección". Precisamente, en atención a su naturaleza eminentemente subsidiaria, esta Corporación ha establecido que el amparo constitucional no está llamado a prosperar cuando a través de él se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial.

Con sujeción a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela es procedente en tres ocasiones específicas, a saber: (i) cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial para exigir la protección de los derechos fundamentales que han sido amenazados o vulnerados; (ii) cuando a pesar de la existencia formal de un mecanismo alternativo, el mismo no es lo suficientemente idóneo para otorgar un amparo integral; o (iii) cuando, a partir de las circunstancias particulares del caso, pese a su aptitud material, el mismo no resulta lo suficientemente expedito para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual, procede el otorgamiento de un amparo transitorio, mientras el juez natural de la causa dirime la controversia".

El artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela no procederá:

- 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.**
2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.
3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no



obsta para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.

4. *Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*

5. *Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.*

- Procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar reconocimiento de pensión.

En la sentencia T-057/17, la Corte Constitucional señaló que la acción de tutela procede excepcionalmente para solicitar reconocimiento de pensión cuando cumple con los siguientes requisitos: **(i)** que la tutela sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, **(ii)** que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que **(iii)** la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública, o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público.

- Derecho al mínimo vital y móvil

El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuada que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido; la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez; vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

Por su parte, la Corte Constitucional, en múltiples sentencias ha señalado que el mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, pues constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional. En este orden de ideas, también se ha señalado que el concepto de mínimo vital no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que, por el contrario, es cualitativo, ya que su contenido depende las condiciones particulares de cada persona.



- Sobre la aplicación de normas derogadas en aplicación de la sentencia SU-442/16 sobre el principio constitucional de 'condición más beneficiosa' en el sistema de seguridad social en pensiones.

En la sentencia mencionada la Corte Constitucional discurrió así:

6. Unificación de jurisprudencia. Fundamentos constitucionales de la condición más beneficiosa aplicada para el caso de pensiones de invalidez, delimitación de su alcance y solución del caso

6.1. Por regla general, los requisitos exigibles a la persona que solicita la pensión de invalidez son los consagrados en la ley vigente al estructurarse la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje mayor al 50%, pues de acuerdo con los principios generales y el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo [86], las normas laborales y de seguridad social tienen efecto inmediato y regulan las situaciones que durante su vigencia se presentan y desarrollan. Además, a partir de la fecha de estructuración de la invalidez se activa la posibilidad de solicitar el reconocimiento pensional. Sin embargo, como se vio, la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia coinciden en sostener que la Constitución prohija un principio de 'condición más beneficiosa', que admite aplicar normas derogadas a un caso bajo ciertos requisitos. Es en el alcance de este principio que está el desacuerdo entre posturas jurisprudenciales. Con el fin de resolverlo, es preciso destacar: (i) los fundamentos constitucionales del principio, (ii) la caracterización conceptual, y finalmente (iii) sus alcances.

i. Fundamentos constitucionales de la condición más beneficiosa

6.2. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional han señalado como fundamentos centrales de la condición más beneficiosa esencialmente los siguientes:

6.2.1. *La seguridad social.* La Constitución garantiza a todos los habitantes "el derecho irrenunciable a la seguridad social" (CP art 48). Por ser un derecho expresamente estatuido en la Carta, debe ser interpretado de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art 93). Entre ellos se encuentra el Protocolo de San Salvador, aprobado mediante Ley 319 de 1996 (...).

6.2.2. *La protección de las personas que por sus condiciones de salud se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.* (...).

6.2.3. *La confianza legítima.* Aunque el riesgo que activa el acceso a la pensión de invalidez tiene por principio un carácter futuro, incierto e imprevisible, no por eso se pierde en este contexto el derecho a la protección de la confianza legítima. Quien ha reunido la densidad de semanas de cotización para pensionarse por invalidez en vigencia de un régimen, aun cuando no haya perdido aún la capacidad laboral en el grado exigido por la Ley, se forja la expectativa legítima consistente en la posibilidad de pensionarse en caso de que sobrevenga la ocurrencia del riesgo. [88] Por lo mismo, una alteración abrupta, desprovista de regímenes de transición, y además desfavorable, constituye una defraudación de la confianza legítimamente contraída en la estabilidad de las instituciones. (...).

6.2.4. *La condición más beneficiosa.* Una vez una persona contrae una expectativa legítima en vigencia de un esquema normativo alcanza entonces un derecho a que le sea protegida. Este derecho es además de raigambre constitucional, y por serlo ampara a la persona frente a una pérdida de su fuerza de trabajo o capacidad laboral. En tal virtud, le es aplicable la protección específica de la Constitución, según la cual "[...] la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden



menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores" (CP art 53).^[91]. (...).

6.2.5. *El principio de igualdad.* Esto es aún más claro cuando se observa que para otros riesgos, como el de vejez, el legislador y el constituyente originario se han encargado de prever regímenes de transición que protegen las expectativas legítimas de los afiliados al sistema (CP art 48, reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005 y Ley 100 de 1993 (art 36). Esta disparidad en el tratamiento supondría una desigualdad constitucionalmente inaceptable con respecto a las personas que también se forjaron expectativas legítimas de pensionarse por invalidez antes de la Ley 100 de 1993 o antes de su reforma a través de la Ley 860 de 2003, por cuanto cumplieron cabalmente los requisitos vigentes de cotización y confiaban entonces en que un advenimiento desafortunado del riesgo al menos podía quedar amparado por la seguridad social. ^[92] (...)"

6.2.6. *La protección de las personas que por sus condiciones de salud se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.* (...).

Agregó la Corte:

"...Con fundamento en las anteriores razones, en concepto de la Sala Plena de la Corte, el principio de la condición más beneficiosa 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 cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, concebida conforme a la jurisprudencia. 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. Hasta el momento no se han aportado razones de esta naturaleza, por lo cual la jurisprudencia de esta Corte, encargada de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución, se mantiene y es vinculante para todas las autoridades, incluidas las judiciales (CP. Art. 241).

Al examinar el caso concreto concluyó:

"...En conclusión, un fondo administrador de pensiones vulnera el derecho fundamental de una persona a la aplicación de la condición más beneficiosa en materia de seguridad social, cuando le niega el reconocimiento de la pensión de invalidez que reclama por no cumplir con los requisitos previstos en la norma vigente al momento de la estructuración del riesgo (Ley 860 de 2003), ni los contemplados en la normatividad inmediatamente anterior (Ley 100 de 1993 –versión inicial-), pese a haber reunido ampliamente las condiciones consagradas para obtener tal pensión en vigencia de un esquema normativo más antiguo que el inmediatamente anterior (Decreto 758 de 1990). En este caso al señor (...) se le violó este derecho, al negarle la pensión de invalidez estructurada en vigencia de la Ley 860 de 2003, a pesar de haber cumplido oportunamente la condición más beneficiosa prevista para el efecto en el Decreto 758 de 1990..."



- Indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y pensión de invalidez.

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, estableció la figura de la indemnización sustitutiva de la siguiente manera: "Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado".

El artículo 63 de la Ley 100/93, establece que ningún afiliado puede recibir simultáneamente rentas que cubran los riesgos de vejez e invalidez. Sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que la asignación previa de una indemnización sustitutiva, no imposibilita el reconocimiento de una pensión.

En la Sentencia **T-002A de 2017**, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, resolvió un caso a una persona a quien Colpensiones le negó su solicitud de pensión de invalidez con fundamento en: (i) la inaplicación del principio de la condición más beneficiosa y (ii) "por habersele cancelado una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez". Con relación a este último aspecto, la Corte precisó:

"La Corte ha indicado que haber entregado a una persona 'la indemnización sustitutiva no impide que pueda examinarse nuevamente la posibilidad de reconocerle la pensión de invalidez. La jurisprudencia constitucional ha interpretado que la incompatibilidad de esas prestaciones no significa que a una persona que ya se le reconoció el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, no pueda volvérselo a examinar el derecho a una pensión, que cubra de manera más amplia las contingencias de la discapacidad'.

'En consecuencia, la incompatibilidad de los beneficios pensionales no es una barrera para evaluar nuevamente los casos, ni efectuar un reconocimiento pensional, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente, cuando una de ellas se otorgó con apego a las normas legales y a la Constitución'.

En conclusión, la jurisprudencia protege a quienes habiendo cumplido la edad para obtener una pensión no cotizaron el mínimo de semanas exigidas y declararon su imposibilidad de continuar haciéndolo, otorgándoles la opción de acceder a una indemnización, lo que no significa que, en caso de establecer que puede ser acreedor de una prestación mejor, como lo es la pensión propiamente, no pueda acceder a la misma, caso en el cual se descontará de las mesadas correspondientes el valor cancelado con anterioridad por dicho concepto".

En la sentencia comentada la Corte sostuvo, en los siguientes términos, que el otorgamiento previo de una indemnización sustitutiva al accionante, no representaba un impedimento para que Colpensiones reconociera su derecho



a la pensión de invalidez, pues resultaba posible efectuar un "descuento" o "compensación" entre las prestaciones sociales:

"No olvida la Sala que, el 1º de enero de 2000, a través de la Resolución número 2381, Colpensiones reconoció al señor Ricardo César Fontalvo Mejía una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, con base en las 525 semanas de cotización, por valor de \$3.302.182. Sobre este punto, ordenará a la referida entidad, que descuenta del pago de las mesadas pensionales al actor, lo pagado previamente por concepto de la indemnización sustitutiva.

Lo que precede, atendiendo a lo establecido por la jurisprudencia de este Tribunal, de conformidad con lo cual, no es posible acceder a la pensión y a la indemnización sustitutiva por la misma causa, como se mencionó en la parte considerativa de esta providencia, aunque si después de concedida la indemnización, se establece que tiene derecho a la pensión, procede la compensación."

Igualmente, en la Sentencia **T-596 de 2016** advirtió la Corte que la incompatibilidad de las prestaciones no es un argumento válido para negar un derecho pensional, en tanto es posible deducir lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva "y así asegurar que los aportes del asegurado financien solamente una prestación"

Por otra parte, la Sentencia **T-606 de 2014**, proferida por la Sala Primera de Revisión de la misma Corporación, explicó que la jurisprudencia constitucional ha establecido que la incompatibilidad entre prestaciones "no es óbice para reexaminar el asunto", dado el carácter irrenunciable del derecho a la seguridad social, el cual se refuerza ante "personas en situación de debilidad manifiesta, que dependen en gran medida de un ingreso regular para satisfacer las necesidades más básicas de vida".

Además, indicó que la posibilidad de realizar una "deducción" o "compensación" entre la indemnización sustitutiva y la pensión de invalidez, garantiza la sostenibilidad financiera del sistema, así como el régimen de incompatibilidades. En tal sentido, sostuvo:

*"...De otra parte, cabe precisar que un eventual reconocimiento de la pensión de invalidez al accionante no afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, pues existen mecanismos para que pueda deducirse de las mesadas lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva, y así asegurar que los aportes del actor financien solamente una prestación. **De esta forma, se cumpliría con el objetivo del mandato de incompatibilidad de las prestaciones y con el respeto a los derechos adquiridos y el carácter irrenunciable de la seguridad social.***

En diferentes oportunidades la Corte ha utilizado este mecanismo para armonizar los postulados descritos, autorizando a la demandada, por ejemplo, para que descuenta lo pagado por indemnización sustitutiva de las mesadas pensionales, sin que se afecte el derecho al mínimo vital."



De lo anterior se concluye que la incompatibilidad de las prestaciones sociales, no justifica el desconocimiento del derecho pensional de quien ha cumplido los requisitos legales para acceder a una prestación mejor.

Por lo tanto, si el solicitante de una pensión de invalidez recibió previamente una indemnización sustitutiva, puede acceder a la prestación que cubra de manera más amplia las contingencias de su discapacidad, si se descuenta de ésta el valor recibido a título de indemnización.

De tal forma, se impide que un afiliado reciba dos erogaciones incompatibles por parte del Sistema de Seguridad Social y, a la vez, se salvaguarda el principio de favorabilidad laboral establecido en el artículo 53 Superior, según el cual, debe priorizarse la "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho".

- Pensión de invalidez y los requisitos para acceder a ella.

Uno de los regímenes prestacionales de la seguridad social es el de pensiones, el cual tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

La pensión de invalidez es una prestación económica que se otorga cuando una persona, ya sea por enfermedad común o profesional, o por haber padecido un accidente, ha perdido la capacidad de locomoción y la plenitud de las funciones síquicas y físicas y, como consecuencia, ha sufrido una pérdida en su capacidad laboral que le impide llevar una vida cotidiana y social normal.

Se considera inválida una persona cuando por una causa no provocada intencionalmente pierda el 50% o más de su capacidad laboral. Los facultados para calificar la invalidez son las entidades del sistema, como Colpensiones, las ARP, las EPS y las aseguradoras; también existen las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez y la Junta Nacional de Calificación de invalidez.

La Ley 100 de 1993 estableció los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, en caso de dictaminarse una pérdida del 50% o más de capacidad laboral, así:

"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,*



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."

Posteriormente, la Ley 860 de 2003, mediante su artículo 1º, modificó los requisitos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, disponiendo lo siguiente:

"Artículo 39: Artículo modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

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. (El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-428 de 2009).

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. (El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-428 de 2009).

VIII. – PRUEBAS RELEVANTES PARA DECIDIR

-Copia de la Resolución GNR310727 del 20 de noviembre de 2013, por medio de la cual Colpensiones negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez del actor, y constancia de su notificación (fs. 9, 10-13).

-Copia de la Resolución N°. GNR61320 del 26 de febrero de 2014, por medio de la cual Colpensiones ordenó y reconoció el pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez del actor, en cuantía de nueve millones trescientos treinta y cinco mil novecientos cuatro pesos \$9.335.904 (Fl. 14, 15-18).

-Copia de comunicación de dictamen de calificación de la pérdida de capacidad laboral del accionante, en la que consta que el Grupo Médico Laboral de Colpensiones le determinó una pérdida de capacidad laboral en un 58.87% de origen común, con fecha de estructuración lunes 21 de julio de 2014 (Fl.28-31).

-Copia de la Resolución GNR245401 del 12 de agosto de 2015, por medio de la cual Colpensiones le negó al accionante el reconocimiento de la pensión de invalidez, y su constancia de notificación (fs. 20, 21-23).



-Copia de declaración extra juicio, suscrita ante la Notaría Segunda del Circulo de Cartagena el 27 de julio de 2017, en la que el accionante manifestó ser una persona de 67 años de edad, que no reciben pensión ni pública ni privada, ni ayuda del estado; padece de diabetes, hipertensión arterial, infartos repetitivos que conllevaron a intervención de corazón abierto en el año 2012 y se encuentra desempleado (fs. 32-33).

-Copia de la solicitud de revocatoria directa de la Resolución N°. GNR 245401 del 12 de agosto de 2015 (fs.38-39).

-Copia de Resolución N°. SUB39969 del 13 de febrero de 2018, suscrita por la Subdirección de Determinación IX de Colpensiones, por medio de la cual niega la solicitud de revocatoria directa de la Resolución GNR 245401 del 12 de agosto de 2015 (fs.25-27).

-Copia del reporte de semanas cotizadas en pensiones desde enero 1967 hasta el 9 de septiembre de 2015; para un total de 922,57 semanas (Fls.34-36).

IX.- CASO CONCRETO.

Para establecer la procedencia de la acción de tutela se deben analizar los requisitos de procedencia establecido por la Corte Constitucional para el reconocimiento de pensión, a saber:

(i) Que la tutela sea presentada para evitar un perjuicio irremediable; **(ii)** que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y **(iii)** que la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público.

En el presente asunto la Sala encuentra probadas las circunstancias que ameritan un pronunciamiento de fondo por parte de esta Corporación, pues está acreditado que el actor es una persona de 67 años de edad (ver las resoluciones que niegan las solicitudes pensionales), que padece de patologías del corazón (f. 29), diabético, insulino dependiente, hipertenso crónico, con cardiopatía isquémica que requirió manejo quirúrgico, con deterioro moderado de su función cardíaca, con múltiples patologías que afectan sus actividades diarias (fs. 31); y sostiene que no tiene ingresos económicos para su subsistencia (f. 32), por lo cual es claro que la decisión de la accionada afecta su derecho al mínimo vital.



Adicional a lo anterior, se observa que el actor ha efectuado las reclamaciones administrativas tendiente a obtener la pensión de invalidez. Por consiguiente, la Sala considera que los mecanismos de defensa judicial con los que cuenta el accionante, en este caso la demanda judicial del derecho que se le niega por vía administrativa, no resultan eficaces para lograr una adecuada protección de sus derechos fundamentales.

Lo anterior porque el proceso ordinario laboral para solicitar el reconocimiento de la pensión que reclama, este mecanismo judicial, por su duración, no brinda una protección tan eficaz para sus derechos fundamentales como la acción de tutela; con mayor razón, si se tiene en cuenta que se trata de una persona de 67 años de edad con serios problemas de salud.

El señor Juan Jesús Ávila Doria, pretende que se le ordene a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de invalidez, amparado en la sentencia SU-442 de 2016 de la Corte Constitucional, la cual establece la posibilidad de aplicar por favorabilidad el Decreto 758 de 1990, para aquellas personas que no cumplen con los requisitos establecidos en la Ley 100/93, para ser merecedor de la pensión de invalidez.

Dicha norma, establece en su artículo 6 que tendrá derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones: (...) 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.**

Tal como se dijo previamente, la Corte Constitucional señaló en la Sentencia SU 442/2016 que un "fondo administrador de pensiones vulnera el derecho fundamental de una persona a la aplicación de la condición más beneficiosa en materia de seguridad social, cuando le niega el reconocimiento de la pensión de invalidez que reclama por no cumplir con los requisitos previstos en la norma vigente al momento de la estructuración del riesgo (Ley 860 de 2003), ni los contemplados en la normatividad inmediatamente anterior (Ley 100 de 1993 – versión inicial-), pese a haber reunido ampliamente las condiciones consagradas para obtener tal pensión en vigencia de un esquema normativo más antiguo que el inmediatamente anterior (Decreto 758 de 1990)".



La misma sentencia señaló que si la pérdida de capacidad laboral se estructuró en vigencia de la Ley 860 de 2003, pero la persona creó una expectativa legítima mientras estaba en vigor la versión original de la Ley 100 de 1993, la condición más beneficiosa permite aplicar esta última.

Si la invalidez se estructuró en vigencia de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, **pero la persona cotizó 300 semanas o más antes de entrar en vigor el sistema general de pensiones como lo exigía el Decreto 758 de 1990, el principio de la condición más beneficiosa permite la aplicación de esta última normativa.**

De la sentencia antes transcritas se tiene que al actor se le puede aplicar por favorabilidad el Decreto 758 de 1990, siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos por dicha norma antes de la entrada en vigencia de la Ley 100/93.

De las pruebas aportadas al proceso se tiene que Colpensiones le calificó al actor una pérdida de capacidad laboral correspondiente al 58.87%, con fecha de estructuración de la invalidez el 21 de julio de 2014 (f. 31).

Además, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100/93, el actor había cotizado un total de 529.86 semanas (f. 34). Por lo que se infiere que cumple con los requisitos exigidos en el Decreto 758 de 1990.

En aplicación de los criterios expuestos en la Sentencia T-002A de 2017 se ordenará el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor del actor y que de las sumas que se le deban pagar por dicho concepto se hagan los descuentos correspondientes a las sumas reconocidas y pagadas a título de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, para lo cual habrá de modificarse la sentencia impugnada.

Igualmente se modificará el efecto en que se concede la acción de tutela, que se hará como mecanismo principal para proteger los derechos fundamentales, y no como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por lo cual no requiere el actor presentar demanda alguna dentro de los cuatro meses siguientes contra el acto que negó la pensión de invalidez del actor, la cual se dejará sin efecto alguno con la sentencia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



FALLA:

PRIMERO: Modificar la sentencia proferida el 25 de abril de 2018, por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del proceso de la referencia, la cual quedará así:

Primero. CONCEDER la protección de los derechos fundamentales de Juan Jesús Ávila Doria, identificado con cédula de ciudadanía No. 15.017.779, a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas.

Segundo.- En consecuencia, **DEJAR SIN EFECTO** la Resolución N°. GNR 245401 de 12 de agosto de 2015, mediante la cual Colpensiones negó al accionante el reconocimiento de la pensión de invalidez; así como de la Resolución N°. SUB 39969 del 13 de febrero de 2018, que negó la solicitud de revocatoria directa de la resolución anterior.

Tercero. ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones – que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reconozca y pague la pensión de invalidez al accionante, incluyendo las mesadas dejadas de percibir desde cuando se estructuró la invalidez, esto es, desde el 21 de julio de 2014.

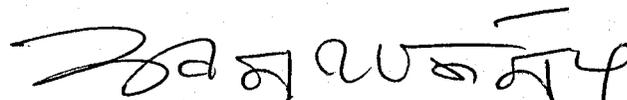
Se le ordena igualmente que descuente del pago de las mesadas pensionales al actor, lo pagado previamente por concepto de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez. Para el efecto, deberá hacer un cálculo y descontarle esta prestación de manera periódica, sin que la pensión de invalidez sea inferior a un salario mínimo legal vigente.

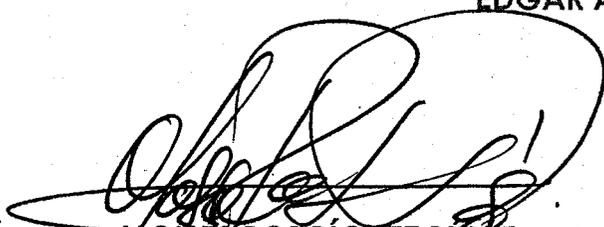
SEGUNDO. COMUNICAR la presente providencia a las partes y al Juzgado de origen.

TERCERO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE