



Cartagena de Indias D. T. y C., trece (13) de Noviembre de dos mil dieciocho (2018)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA – IMPUGNACIÓN
Radicado	13-001-33-33-004-2018-00219-01
Demandante	MANUEL SALVADOR CABRERA GALVIS
Demandado	MINISTERIO DE TRABAJO Y COLPENSIONES.
Asunto	Violación al derecho fundamental de Petición.
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte accionante, Señor MANUEL SALVADOR CABRERA GALVIS contra la sentencia de fecha dos (02) de Octubre de 2018 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena a través de la cual se declaró improcedente la presente acción constitucional.

III. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la Acción de Tutela las siguientes:

- *"Que se tutelen mis derechos fundamentales de petición, al mínimo vital, a la seguridad social y a la Digna (sic) humana, por las razones ya descritas."*
- *Que se declare que soy sujeto de especial protección constitucional por mi estado de salud.*
- *Que se declare que la administradora Colombiana de pensiones (COLPENSIONES), ha conculcado mis derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a al digna 8sic) humana, al*



negarse a reconocerme mi pensión de invalidez a pesar de cumplir con los requisitos consagrados en el numeral 1 del art. 39 de la Ley 100 de 1993, y como consecuencia de ellos, se le ORDENE a la accionada COLPENSIONES que PROCEDA a reconocerme mi Pensión de Invalidez y me incluya en nómina dentro de las cuarenta y ocho (48) horas subsiguientes a la notificación del fallo que pone fin a este accionamiento.

- Que se le ORDENE a la accionada COLPENSIONES que proceda a reconocerme el Retroactivo y los Intereses Moratorios que se hayan generado o causado.
- Que se DECLARE que el MINISTERIO DEL TRABAJO, ha conculcado mi derecho fundamental de Petición, y como consecuencia de ellos, se le ORDENE que proceda a dar respuesta a mi solicitud registrada bajo el radicado No. 11EE2018711300100004045 el 23 de agosto de 2018, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas subsiguientes a la notificación del fallo que pone fin a este accionamiento.
- Lo que considere esta Colegiatura de conformidad con el principio de la Ultra y Extrapetita.

1.2. HECHOS (Fl.1)

Se señalan como hechos relevantes los siguientes:

- Manifiesta el accionante que al día de hoy tiene un total de 557 semanas cotizadas, aunque en el historial de COLPENSIONES registra un total de 55, detalladas así:

HISTORIAL LABORAL DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIÓN				
EMPLEADOR	DESDE	HASTA	DIAS COTIZADOS	SEMANAS
CORPORACIÓN PLÁSTICA LTDA	4/07/1986	1/12/1986	150	21
ALMACÉN ESSO SAN FELIPE Y CIA	9/06/1987	31/08/1987	83	12
RESTAURANTE CLUB DE PESCA LTDA	6/10/1988	31/10/1996	2947	421
MUNICIPIO DE MONTECRISTO BOLIVAR	17/02/2003	5/05/2003	77	11



ESE CENTRO DE SALID CON CAMAS DE MONTECRISTO	11/11/2003	16/08/2005	644	92
		TOTAL	3901	557

- Sostiene el actor, que el 20 de diciembre de 2017, a través de dictamen No. 2017254290QQ de COLPENSIONES, se le calificó en primera oportunidad las siguientes patologías: i) Hipoacusia, no especificada (H919); ii). Monoplejia del miembro inferior (G831), las cuales fueron calificadas como comunes, generando una perdida de capacidad laboral de 56,89% con fecha de estructuración del 24 de diciembre de 2005.
- Refiere que en la contestación del dictamen, el medico laboral HENRY JAIR QUIÑONEZ RAMIREZ, manifestó; " se califica con los documentos y hechos aportados por el paciente y sus familiares- paciente de 58 años, dice que era tesorero de un hospital, dice estar desempleado aproximadamente hace 13 años, es beneficiario en salud de su esposa de quien dice depender económicamente, paciente con Hipoacusia severa como secuela de meningitis, asi como Paresia de miembro inferior derecho, funcionalidad afectada, se estructura PCL desde la neuroinfección que dejó secuelas de las cuales no se ha recuperado".
- Señala que el 26 de marzo de 2018, radicó una solicitud ante COLPENSIONES, bajo el No. 2018_3441829, solicitando pensión de invalidez por tener con antelación a la fecha de estructuración, esto es, 103 semanas cotizadas en los últimos (3) años, y tenia una calificación de perdida de capacidad laboral del 56,89%, de conformidad con el numeral 1 del Art. 39 de la Ley 100 de 1993.
- Así mismo, anota que el 09 de julio de 2018, presentó un recurso de apelación contra la Resolución SUB163297 de COLPENSIONES, ya que en el momento en que se estructuró su invalidez si se encontraba afiliado a COLPENSIONES y desde 1986 hasta la presente ha sido el único fondo en el cual ha estado afiliado, y del cual nunca se ha desvinculado, pro lo que nunca ha existido una múltiple afiliación.
- El día 30 de julio de 2018, a través de la Resolución DIR 13861, COLPENSIONES le negó nuevamente el reconocimiento de su pensión de invalidez, bajo los siguientes argumentos; "Que se evidenció en el aplicativo de afiliaciones que el peticionario se encuentra en estado inactivo (...) Adicional a lo anterior el



petionario allega argumentos formato CLEPBS en el que se evidencia cotizaciones a partir del 11/11/2003 al 16/08/2005 formato por parte de la ESE CENTRO DE SALUD CON CAMAS DE MONTECRISTO" "Que se evidenció dentro de los formatos CLEPBS mencionados anteriormente que la casilla 31 en la cual indica el empleador se le descontó para seguridad social la respuesta fue NO, por lo anterior se evidencia que el empleador no cotizó para seguridad social a COLPENSIONES" "Por lo mencionado anteriormente, no es posible estudiar las pretensiones referente a la pensión de vejez, toda vez que como se mencionó anteriormente recae exclusivamente al empleador por la omisión de la afiliación que se produjo".

- Aduce que actualmente padece las siguientes patologías: i) Hipoacusia neurosensorial bilateral severa (H903); ii) Secuela de encefalitis viral (B941), iii). Periodonitis apical crónica (K045), iv). Gingivitis crónica (K051).
- Afirma que no tiene trabajo desde el año 2005 que le dio meningitis, pues en ese estado de salud es muy difícil que le den trabajo, ya que tiene que usar bastón para desplazarse y escucha muy poco, es decir, que tiene afecciones en el sistema de locomoción y en el auditivo, de ahí que tenga una pérdida de capacidad laboral (PCL) del 56,89%. Y que depende económicamente de su compañera permanente, e incluso es beneficiario de su salud.
- Finalmente narra que el 23 de septiembre de 2018, impetró ante el Ministerio de Trabajo una petición la cual fue registrada bajo el radicado No. 11EE2018711300100004045, la que hasta la presente no le ha dado ningún tipo de respuesta, habiendo transcurrido mas de 15 días hábiles desde que fue radicada.

2. CONTESTACIÓN DE TUTELA

- Ministerio de Trabajo (fls. 52-58).

La Dirección territorial Bolívar del Ministerio de Trabajo, dio respuesta a la demanda de tutela con escrito presentado el 24 de septiembre de 2018, sosteniendo que al petionario se le dio respuesta parcial, manifestándole en oficio adiado el día 23 de agosto de la presente anualidad, que el



escrito se remitió a la Oficina Jurídica para que emitieran el concepto jurídico solicitado, mediante memorando del 05 de septiembre de 2018.

Así mismo, manifiesta que en el escrito de tutela se ventila una problemática de reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, situación que no puede investigar ni mucho menos sancionar, pro no ser de su competencia. Que la Dirección Territorial Bolívar solo puede velar por el cumplimiento de la normatividad laboral y podrán sancionar por la violación objetiva de las mismas normas, pero que el núcleo esencial de discusión se centra en una controversia jurídica, como es el reconocimiento y pago de pensión de invalidez, lo cual no puede entrar a resolver dicho ente Territorial, por lo que fue remitido a la Oficina Jurídica del Nivel Central, para que a su vez sea remitida al Viceministerio de Empleo y Pensiones, quienes si tienen competencia para resolver la petición con el tema relacionado.

- COLPENSIONES (fls.60-72).

En escrito presentado el 26 de septiembre de 2018, COLPENSIONES, manifiesta que mediante Resolución SUB 163297 del 20 de junio de 2018, se niega una pensión de invalidez al señor Manuel Salvador Cabrera Galvis, toda vez que no se encontraba afiliado con esa Administradora de pensiones, por tanto no es competente para reconocer la pensión de invalidez.

Agrega que mediante Resolución DIR 13861 del 30 de julio de 2018, se confirma la Resolución SUB 163297 del 20 de junio de 2018, teniendo en cuenta que los mismos argumentos.

Alega que no es competencia del juez de constitucional realizar un análisis de fondo frente a la solicitud de reconocimiento y pago de pensiones de invalidez, además que el accionante pretende desnaturalizar la acción de tutela buscando que pro medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y subsidiaridad, sean reconocidos derechos que son de conocimiento del juez ordinario competente a través de los mecanismos ordinarios legales establecidos para ello, por lo que el primer llamado a proteger los derechos constitucional es el juez ordinario, no el juez de tutela.



3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Fls. 87-97)

A través de sentencia de fecha dos (02) de octubre de 2018, el A quo decidió declarar improcedente la acción de tutela para la protección de los derechos al mínimo vital, seguridad social y dignidad humana; no obstante, en la misma providencia decidió **amparar** la tutela respecto al derecho de petición del accionante teniendo en cuenta lo siguiente:

Efectuado el análisis del caso concreto, encuentra el A quo que la entidad accionada COLPENSIONES, niega el reconocimiento de dicha prestación pensional, sosteniendo que para la fecha en que se estructuró la invalidez (24 de diciembre de 2005), no se encontraba afiliado con esta administradora de pensiones, encontrándose en estado inactivo, puesto que para el periodo 11/11/2003 a 16/08/2005, la ESE Centro de Salud con Camas de Montecristo no afilió ni cotizó la seguridad social en pensiones en ese Fondo, por lo que ante tal omisión le corresponde a dicha ESE asumir el pago.

En ese orden, se evidencia para el a-quo, la existencia de una controversia estrictamente legal, por lo que la discusión del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez pretendida, le corresponde dirimirlo el Juez Ordinario natural de la causa, en este caso, el Juez Contencioso Administrativo, dado que ejerció como empleado público de la ESE Centro de Salud con Camas de Montecristo, por lo que es una demanda ante estos jueces el mecanismo ordinario idóneo para resolver el litigio planteado.

Así entonces, considera que el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para la protección de los derechos que demanda, como es la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que en razón al principio de subsidiariedad de la tutela, debe acudir a los medios ordinarios de defensa para ventilar de fondo este asunto, no siendo este mecanismo constitucional el idóneo para reclamar el reconocimiento y pago de la prestación económica que demanda en esta sede constitucional.



En lo que respecta a la vulneración del derecho de petición por parte del Ministerio del Trabajo, se encuentra que en efecto, el actor instauró petición el día 23 de agosto de 2018, ante la Dirección Territorial de Bolívar del Ministerio de Trabajo, en la que expone la negativa de Colpensiones en reconocer el derecho a la pensión de invalidez que aduce tener derecho, solicitando se le informe a qué Superintendencia le corresponde supervisar y vigilar a Colpensiones, y que en caso que no se acceda a ello se le informe el por qué no le concede la misma.

Así entonces, aunque se encuentra acreditado que la Dirección Territorial de Bolívar del Ministerio de Trabajo remitió la solicitud de actor a otra dependencia de dicho Ministerio al considerar que se trataba de un concepto jurídico para la cual no tenía competencia, no era óbice para no pronunciarse sobre la solicitud de informar a qué Superintendencia le corresponde la supervisión y vigilancia de Colpensiones, como lo solicitó expresamente el peticionario, ya que este punto en particular no recae sobre un concepto que se estuviese solicitando, como lo entendió dicha Dirección Territorial en lo demás.

En tal sentido, en el caso bajo estudio el a-quo estableció que el Ministerio de Trabajo, vulnera el derecho fundamental de petición del accionante, por cuanto no ha atendido la solicitud del actor; y en consecuencia, dicho Despacho Judicial, decidió amparar el derecho fundamental de petición del señor Manuel Salvador Cabrera Galvis.

4. IMPUGNACIÓN (Fls. 99-111)

En el escrito de impugnación, el actor expone que la solicitud de amparo deprecada y negada por el juez de Primera Instancia es procedente, aunque hayan transcurrido mas de 10 años, de acuerdo con lo manifestado por la Honorable Corte Constitucional en las sentencias T-172 del 01 de abril de 2013, T-037 del 28 de enero de 2013 y T-00592 del 10 de diciembre de 2013; así mismo, alega que la afectación de los derechos invocados ha permanecido en el tiempo, teniendo en cuenta el estado de debilidad manifiesta en que se encontraba en el año 2005, que ha permanecido hasta la actualidad.



Igualmente, expone el actor, que actualmente se encuentra en delicado estado de Salud que ha conllevado a que tenga una pérdida de capacidad laboral del 56,89%, como consecuencia de las siguientes patologías: Hipoacusia neurosensorial bilateral severa (H903), Secuelas de encefalitis Viral (B941), Periodontitis apical crónica (K045), Gingivitis Crónica (K051). Lo anterior, conlleva a que sea considerado como un sujeto de especial protección constitucional.

Relata el accionante, que su estado de salud es delicado, *"pues al padecer una gingivitis, es decir, una inflamación producto de una infección en el Cerebro, hacen que aún tenga problemas para desplazarme, hoy en día puedo caminar pero con bastón y si a ello le sumamos la hipoacusia severa que padezco en ambos oídos,(sic) si a ello le sumamos mi bajo nivel académico, el desconocimiento a la norma y la falta de recursos para contratar un licenciado en derecho o encontrar alguno que trabaje por resultado como ocurre actualmente"*.

Por todo lo expuesto, considera el accionante que encaja en todas las situaciones señaladas por la Corte Constitucional, como excepciones al principio de Inmediatez.

5. TRÁMITE

La acción de la referencia fue admitida el día 20 de septiembre de 2018 (Fl. 49), notificada el 21 de septiembre de 2018(Fl. 50).

El día 24 de septiembre de 2018, el Ministerio de Trabajo, envió respuesta de la Acción de Tutela de la referencia (FLS.52-58)

El 26 de septiembre de 2018, COLPENSIONES envió respuesta de la Acción de Tutela de la referencia. (Fls.60-72).

El 02 de octubre de 2018, se dictó el fallo de primera instancia (Fls. 87-97) y el día 08 de ese mismo mes y año (fls.99-111), se presentó el escrito de impugnación contra la sentencia de primera instancia.



Finalmente, el expediente ingresó al Despacho para estudio de la impugnación, y el día 16 de octubre de 2018 concedió la impugnación para que surta el recurso ante el superior funcional. (F. 114)

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer de la impugnación propuesta por la parte accionada, por tratarse de un fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena.

El artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, enseña que la impugnación de los fallos de tutela será conocida por el superior jerárquico del Juez de primera instancia, siendo esta Corporación el superior de los Jueces Administrativos del Circuito de Cartagena.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se concreta en determinar si en el sub judice, ¿es procedente la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor MANUEL SALVADOR CABRERA GALVIS?

Si la respuesta es negativa se confirmará el fallo impugnado; en caso contrario, se revocará y se deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿Existe vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad humana del accionante, por parte de COLPENSIONES, al negar el reconocimiento de la pensión de invalidez al actor?

3. TESIS

La Sala REVOCARÁ el fallo impugnado, al considerar procedente la solicitud de amparo constitucional; no obstante, NEGARÁ la solicitud de tutela al no advertir vulneración de los derechos invocados; en



consideración a que al accionante teniendo en cuenta las pruebas obrantes en el expediente, no el asiste derecho a la pensión deprecada. Lo anterior, sin perjuicio de que el actor pueda acudir ante el juez natural a plantear una controversia sobre la legalidad de la decisión tomada por la accionada.

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. LA ACCIÓN DE TUTELA -SU NATURALEZA JURÍDICA.

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en nuestro ordenamiento la Acción de Tutela como herramienta idónea que faculta a toda persona para reclamar ante los jueces, la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales., si estos resultan vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad publica, o inclusive respecto de particulares encargados que en la prestación de un servicio.

4.1.1. -Requisitos de procedencia.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, esta requiere para su procedencia el cumplimiento de ciertos presupuestos, los que son analizados ulteriormente.

La Subsidiariedad o Residualidad:

Se refiere a que la Acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los asociados debemos agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el Juez Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, no se aplicará la subsidiariedad cuando el Actor pretenda, con la Acción de Tutela, evitar un perjuicio irremediable con



ocasión a la vulneración del derecho esbozado, o cuando los mecanismos ordinarios se tornen ineficaces, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta en que se pueda encontrar la persona a causa de factores físicos, económicos o sociales, ajustándose así al criterio esgrimido por la Corte Constitucional, como se cita a continuación:

"De acuerdo con el artículo 86 superior, la acción de tutela procede, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial pues se trata de un mecanismo subsidiario de protección y no de uno susceptible de remplazar los medios judiciales ordinarios. Con todo, el mismo precepto superior consagra un supuesto en el que la acción de tutela procede a pesar de la existencia de tales medios judiciales: Hay lugar al amparo constitucional de los derechos cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, perjuicio que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solo concurre cuando es inminente, grave y de urgente atención"¹.

Al respecto el inciso 3° del artículo 86 superior dice:

"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La inmediatez:

La Acción de Tutela debe ser interpuesta en un tiempo razonable, teniendo en cuenta la ocurrencia del hecho o la omisión generadora de la amenaza o violación del derecho invocado.

La razón de ser de la inmediatez es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido de que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

La especialidad:

La razón de ser o el objeto de la Acción de Tutela es la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales especiales, es decir, procede

¹ Corte Constitucional. Sentencia SU- 901 de 2005. Expediente N° T-905903. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.





únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, ahí la especialidad de la Acción.

Sin embargo es posible que la Acción de Tutela proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. los Derechos Colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los Derechos Constitucionales Fundamentales.

4.2. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

La legitimación en la causa por activa es aquel nexo sustancial que debe coexistir entre las partes de un proceso y el interés sustancial del litigio, es decir es la persona habilitada por la ley para actuar procesalmente.

En materia de acción de tutela, sobre la legitimación en la causa por activa el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 10 establece:

"Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud."

Sobre este tema la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional² ha manifestado:

"El legislador de 1991 instituyó en el artículo 86 la acción de tutela como un mecanismo especial para que todos los ciudadanos pudieran reclamar ante los jueces, por sí mismos o por quien actué a su nombre, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por las autoridades públicas o particulares encargados de la prestación de un servicio público.

En ese mismo sentido, el artículo 10 del Decreto Estatutario 2591 de 1991, el cual reglamentó la acción de tutela, establece que ésta puede ser ejercida por "cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales". Así entonces, el amparo debe demandarse por

² Sentencia T- 406 de 2017 MP: Iván Humberto Escrucería Mayolo



el titular de los derechos presuntamente vulnerados, quien puede hacerlo por sí mismo o a través de representante. Igualmente, se permite la agencia de derechos ajenos, cuando el facultado legalmente para hacerlo "no esté en condiciones de promover su propia defensa"; por intermedio de la Defensoría del Pueblo o los personeros municipales.

De acuerdo con la normatividad, existen cuatro conductos a través de los cuales se puede interponer la acción de tutela por parte de la persona presuntamente vulnerada en sus derechos:

- (i) Por sí misma. En este caso no se precisa de profesional del derecho.
- (ii) Cuando se trata de personas jurídicas, incapaces absolutos o menores de edad, el facultado para presentar la demanda es el representante legal.
- (iii) A través de abogado, caso en el cual se requiere de un poder que expresamente otorgue la facultad para interponer la acción tuitiva.
- (iv) Por intermedio de un agente oficioso, o sea, una persona indeterminada, la cual no requiere de poder, pero debe especificar que lo hace en esa calidad y siempre que el titular del derecho "no esté en condiciones" de promoverla directamente." (Negrillas fuera del texto)

Respecto de la agencia oficiosa la Corte Constitucional³ ha señalado:

"Cuando la acción de tutela es interpuesta por intermedio de agente oficioso, la jurisprudencia constitucional ha señalado los siguientes elementos normativos: (i) el agente oficioso debe manifestar que está actuando como tal; (ii) del escrito de tutela se debe poder inferir que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer la acción de tutela, ya sea por circunstancias físicas o mentales; (iii) la informalidad de la agencia, pues esta no implica que deba existir una relación formal entre el agente y los agenciados; (iv) la ratificación de lo actuado dentro del proceso."

4.3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales. Reiteración de jurisprudencia⁴

³ Sentencia T-004/13 MP: Mauricio González Cuervo

⁴ Sentencia T-100 de 2015, M.P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, Bogotá, D.C., once (11) de marzo de dos mil quince (2015).



En numerosas ocasiones la Corte Constitucional ha reiterado el criterio según el cual la acción de amparo procede cuando el recurrente no cuente, dentro del ordenamiento legal, con un mecanismo judicial al que pueda acudir en procura de obtener solución a la problemática que padece o, existiendo, por las contingencias propias que afronta, no resulta idóneo.

Al respecto, en la Sentencia de veintidós (22) de febrero de dos mil dieciséis (2016)⁵, la Corte manifestó lo siguiente:

"La Corte, en efecto, ha insistido en que los debates relativos al reconocimiento, liquidación o pago de prestaciones sociales deben someterse a consideración de los jueces de la jurisdicción ordinaria laboral o de la jurisdicción contencioso administrativa, según corresponda, de conformidad con las competencias que el legislador les atribuyó a estos funcionarios en esa materia. Tal regla, sin embargo, opera como una fórmula general de procedibilidad que puede replantearse en circunstancias excepcionales, en particular, ante la necesidad de salvaguardar bienes iusfundamentales cuya protección resulta impostergable. Cuando los medios ordinarios de defensa no resultan idóneos ni efectivos para alcanzar ese propósito, la intervención del juez constitucional se justifica, más allá de la disputa legal intrínseca al asunto objeto de examen, en aras de la salvaguarda oportuna de los derechos fundamentales del accionante.

Las controversias relativas al reconocimiento de derechos pensionales pueden abordarse en sede constitucional, desde esa perspectiva, cuando el agotamiento de los medios ordinarios de defensa supone una carga procesal excesiva para el peticionario. Esto puede ocurrir cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional o cuando, por cualquier otra razón, el trámite de un proceso ordinario lo expone a un perjuicio irremediable. Cada una de esas circunstancias da lugar a dos situaciones distintas de procedibilidad de la acción de tutela: aquella en la que la acción constitucional se interpone como mecanismo principal de defensa o aquella en la que se ejercita como medio judicial transitorio, para evitar la consumación del perjuicio al que acaba de aludirse.

Continúa la sentencia:

Para que la acción de tutela proceda como mecanismo principal y definitivo, el demandante debe acreditar que no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o que, teniéndolos, estos no resultan idóneos ni eficaces para lograr la protección de los derechos presuntamente conculcados. El ejercicio del amparo

⁵ Sentencia T-079 de 2016, M.P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciséis (2016).



constitucional como mecanismo transitorio implica, a su turno, que los medios de protección judicial ordinarios, aun siendo idóneos y eficaces, puedan ser desplazados por la tutela ante la necesidad de evitar la consumación de un perjuicio irremediable. En esos eventos, la protección constitucional opera provisionalmente, hasta que la controversia sea resuelta por la jurisdicción competente, de forma definitiva.

(...)

Para el efecto, el juez constitucional debe valorar las circunstancias particulares que enfrentó el accionante en aras del reconocimiento de su derecho. El tiempo transcurrido desde que formuló la primera solicitud de reconocimiento pensional, su edad, la composición de su núcleo familiar, sus circunstancias económicas, su estado de salud, su grado de formación escolar y su potencial conocimiento sobre sus derechos y sobre los medios para hacerlos valer son algunos de los aspectos que deben valorarse a la hora de dilucidar si la pretensión de amparo puede ser resuelta eficazmente a través de los mecanismos ordinarios, o si, por el contrario, la complejidad intrínseca al trámite de esos procesos judiciales amerita abordarla por esta vía excepcional, para evitar que la amenaza o la vulneración iusfundamental denunciada se prolongue de manera injustificada.

Finalmente, la Corte ha llamado la atención sobre la importancia de verificar que quien acude a la acción de tutela para obtener el reconocimiento de su pensión haya buscado antes, con un grado mínimo de diligencia, la salvaguarda del derecho que invoca y que su mínimo vital se haya visto efectivamente afectado como consecuencia de la negación del derecho pensional. En cuanto a la prosperidad material de la acción, la Corte ha establecido que la misma requiere un adecuado nivel de convicción sobre la existencia y la titularidad del derecho reclamado." (Negrillas y Cursiva fuera del texto)

Así las cosas, es deber del juez verificar que en el asunto concurren la inminencia, la gravedad, la urgencia y la impostergabilidad de la acción, elementos que, de presentarse, permiten afirmar con precisión la idoneidad de la tutela para salvaguardar las garantías fundamentales alegadas por el actor.

Del mismo modo, adicional a la constatación de los elementos referidos, se debe corroborar y ponderar la existencia de los requisitos jurisprudencialmente que se han dispuesto por la Corte Constitucional, los cuales permitirán concluir si resulta o no necesario amparar y reconocer, de manera transitoria o definitiva, un derecho de índole prestacional a quien por este mecanismo lo requiere. Tales exigencias, que se deben constatar por el juez constitucional, son descritas en abundante jurisprudencia y compiladas particularmente, entre otras, en la Sentencia T-115 de 2011, así:



- (i) Que se trata de un sujeto de especial protección;
- (ii) El estado de salud del solicitante y su familia;
- (iii) **Las condiciones económicas del peticionario;**
- (iv) **La falta de pago de la prestación o su disminución, genera un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular, del derecho al mínimo vital;**
- (v) **El afectado ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial, tendiente a obtener la protección de sus derechos, y**
- (vi) El interesado acredita, siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados. (Negritas y Cursivas fuera del texto original)

4.4. Derecho al mínimo vital de las personas de especial protección⁶

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que, como regla general, la acción de amparo constitucional es improcedente para obtener el reconocimiento y pago de derechos pensionales. No obstante, tratándose de menores de edad, y personas que dependen económicamente del causante⁷, la acción de amparo se convierte en un mecanismo principal de protección de sus derechos, cuando se acreditan el resto de los requisitos señalados en la jurisprudencia del Alto Tribunal, referentes a:

- (i) la afectación del mínimo vital o de otros derechos constitucionales como la salud, la vida digna o la dignidad humana,

⁶ Sentencia T-281 de 2016, Magistrado Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

⁷ **ARTICULO 16. DEPENDENCIA ECONOMICA.** Para efecto de la pensión de sobrevivientes se entiende que una persona es dependiente económicamente cuando no tenga ingresos, o éstos sean inferiores a la mitad de un salario mínimo legal mensual vigente, y venía derivando del causante su subsistencia.



(ii) a la demostración de cierta actividad administrativa y judicial desplegada por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y

(iii) a que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.

De esta manera, la acción de tutela procede para la protección de derechos fundamentales mientras no exista otro mecanismo de defensa judicial y en tanto la carencia de algún medio de amparo no obedezca a la incuria del interesado.

Es oportuno destacar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que frente a los sujetos de especial protección constitucional tales como niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza, como consecuencia de su estado de debilidad manifiesta y del especial amparo que la Constitución Política les brinda, el juicio de procedibilidad se torna menos riguroso, habida cuenta que las especiales circunstancias que rodean a estas personas deben incidir en la valoración que el juez de tutela realice de tales requisitos, en aras de hacer efectiva la igualdad material y no tornar nugatorio el derecho al acceso a la administración de justicia.⁸

A su turno la Corte Constitucional, en Sentencia T-124 de 2012 precisó sobre la dependencia económica lo siguiente⁹:

"Para efectos de determinar el cumplimiento del requisito de la dependencia económica, el artículo 16 del Decreto 1889 de 1994 establece que el beneficiario depende del causante cuando venía derivando de él su subsistencia. Dicha dependencia "debe estar presente al momento de la muerte del causante, y la continuidad del pago de la prestación está sujeta a que persistan las situaciones anotadas; de lo contrario, se extingue el derecho la pensión de sobrevivientes.

Estas determinaciones legales fueron adoptadas en cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución, específicamente, por el artículo 13 constitucional, que consagra la protección especial del Estado a todas las personas que debido a su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta."

⁸ Sentencia T-700 de agosto 22 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.; Sentencia T-515A de julio 7 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁹ Sentencia T-047 de 2015, M.P.: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO. Bogotá, D.C., Febrero 11.





4.5. LA SUBSIDIARIEDAD O RESIDUALIDAD EN LA ACCIÓN DE TUTELA.

Como se describió en las características esenciales de la Acción de Tutela, la subsidiariedad se refiere a que la acción procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, o que de existirlos, se tornen ineficaces, por tanto, la subsidiariedad de la Acción es vital para su procedencia.

De conformidad con el artículo 86 Constitucional, se puede dilucidar en qué consiste la subsidiariedad o residualidad de la Acción de Tutela.

"Artículo 86. Acción de Tutela. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, este lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Está acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o con respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión."(Subrayado fuera del texto original).

De la lectura del artículo en cita, se entiende que la subsidiariedad de la Acción de Tutela se refiere a que ella procede únicamente cuando el titular del derecho amenazado o vulnerado no cuenta con otra herramienta judicial para la defensa de sus Derechos Constitucionales Fundamentales.



Atendiendo los pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional al respecto, se reafirma lo plasmado en la Carta Fundamental, como lo deja entrever este fragmento:

*"Así las cosas, conforme con su diseño constitucional, la tutela fue concebida como una institución procesal dirigida a garantizar "una protección efectiva y actual, pero supletoria, de los derechos constitucionales fundamentales", razón por la cual **no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos al interior de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.***

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.

*En efecto, el carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. **Tal imperativo constitucional pone de relieve que para acudir a la acción de tutela el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo establecido en el artículo 86 Superior.** (Subrayas fuera del texto original)¹⁰*

En ese sentido, las personas deben buscar la efectividad y protección de los Derechos Fundamentales a través de las vías ordinarias cuando haya herramientas para ello, y en el caso que no existan dichos mecanismos es ahí cuando se debe acudir ante el Juez de Tutela, para exigir la protección de sus derechos.

Sin menoscabo de lo anterior, es dable anotar que existen excepciones a la subsidiariedad en la Acción de Tutela, esto es cuando: i-. el interesado no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial; ii-. teniendo otro medio judicial éste no resulte eficaz para la protección de los derechos; y,

¹⁰ Sentencia SU-037 de 2009. MP. Rodrigo Escobar Gil.





iii-. En los eventos en los que, luego de verificar los elementos de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad de la acción, se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable el cual se pretende evitar a través de la acción de tutela.

Cuando el Accionante se encuentra en cualquiera de las situaciones arriba descritas puede acudir, sin ningún reparo, ante el Juez de Tutela, sin importar la existencia de la vía ordinaria, debido a que en estos casos prevalece la protección, restablecimiento y materialización del derecho gravemente conculcado sobre el carácter subsidiario de la Acción de Tutela.

5. CASO CONCRETO

5.1. Hechos probados

Revisada la demanda y sus anexos, observa la Sala que se encuentran probados los siguientes hechos:

- Obra en el expediente copias de Formatos de certificación de Información Laboral, Salario base, Salario mes a mes (fls. 11-17)
- Obra en el expediente copia de Acta de posesión del accionante en la ESE Centro de Salud con Camas de Montecristo (fls. 18)
- Obra en el expediente copia de Resolución de nombramiento en provisionalidad del 11 de noviembre de 2003 (fl.19).
- Obra en el expediente copia de la Resolución No. 024 del 16 de agosto de 2005, por la cual se declara una insubsistencia (fl.20).
- Obra en el expediente copia de comunicación de dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral. (fl.21).
- Obra en el expediente copia de Calificación de la Pérdida de la Capacidad laboral y ocupacional (fls.22-26).
- Obra en el expediente copia de la comunicación de fecha 12 de febrero de 2018, de constancia de firmeza de dictamen de calificación de invalidez (fl.27).
- Obra en el expediente copia de Resolución SUB 163297 del 20 de junio de 2018 de Colpensiones (fls. 28 a 30 y 78 a 80).
- Obra en el expediente copia de comunicación de recibido de recurso de Colpensiones No. BZ2018_7940889-2023112 del 09 de julio de 2018 (fls. 31-32).



- Obra en el expediente copia de Recurso de Apelación presentado contra la resolución SUB 163297 del 20 de junio de 2018 (fls.33-34).
- Obra en el expediente copia de resolución DIR 13861 del 30 de julio de 2018 de Colpensiones, que confirma la Resolución SUB 163297 del 20 de junio de 2018 (fls.35-37).
- Obra en el expediente copia de Consulta del Registro Único de Afiliados del accionante. (fls. 38-39).
- Obra en el expediente Copia de certificado de afiliación de la NUEVA EPS (fl.40).
- Obra en el expediente copia de escrito de derecho de petición presentado el 23 de agosto de 2018 ante la Dirección Territorial Bolívar del Ministerio de Trabajo (fls. 41-44).
- Obra en el expediente copia de la cedula de ciudadanía del accionante (fl.46).
- Obra en el expediente copia de memorando del 05 de septiembre de 2018 de la Dirección Territorial de Bolívar del Ministerio del Trabajo (fl.54).
- Obra en el expediente copia de oficio del 23 de agosto de 2018 del Ministerio de Trabajo, dirigido al accionante (fl.55).
- Obra en el expediente copia de la Planilla de envío por la empresa de mensajería 4/72 (fls.56-58).

5.2. Análisis de los hechos probados frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto.

La Sala de Decisión de este Tribunal procede a resolver el problema jurídico de cara, al marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como de los hechos probados.

En primer lugar, procede la Sala a resolver el problema jurídico relativo a la procedencia de la acción. En ese sentido, se advierte que dentro de la acción de la referencia, se pretende la protección de los derechos fundamentales de petición, seguridad social, dignidad humana y mínimo vital. En el sub judice, el accionante solicita que se le reconozca la pensión de invalidez; toda vez que, afirma cumplir con los requisitos legales y jurisprudenciales para ser beneficiario de la pensión por invalidez de que trata la ley 100 de 1993.



En relación a la pretensión del actor de solicitar pensión de invalidez, se advierte que, por regla general, no es procedente la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de una prestación social, por el carácter subsidiario de la misma, debido a que existen otros mecanismos para obtener la protección de los derechos laborales, sin embargo, la Corte Constitucional ha previsto la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar prestaciones sociales, con la verificación de los siguientes supuestos:

"(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.

Ahora bien, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela no puede ser igual en todos los casos, pues este debe ser flexible cuando se trata de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y demandan una protección constitucional especial como son, los ancianos, los niños, las mujeres embarazadas, las madres o padres cabeza de familia o las personas que padecen algún tipo de discapacidad física o mental, eventos en los cuales la procedencia de la acción se hace menos estricta"¹¹

En el sub judice, el actor es un sujeto de especial protección constitucional, pues con la calificación emitida por COLPENSIONES, la cual fue de 56.89 % (fls.22-26), el señor Manuel Salvador Cabrera Galvis, perdió mas de la mitad de su capacidad laboral, por lo que no puede asegurar su sostenimiento. Así mismo, como quiera que se pretende el reconocimiento y pago de la pensión, la Corte ha manifestado que por la relevancia constitucional que tiene la pensión, su desconocimiento conllevaría a la afectación de otros derechos de naturaleza fundamental como la vida, el mínimo vital o la dignidad humana. De lo anterior se concluye que si es procedente la acción impetrada.

Establecida la procedencia de la acción, procede la Corporación al estudio de fondo de la controversia y por ello a resolver el segundo problema jurídico planteado.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-057 de tres (3) de febrero de dos mil diecisiete (2017)



En este contexto, se precisa, que 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. Para otorgar la pensión de invalidez hay que diferenciar entre si fue de origen común, o fue de origen laboral o profesional.

De conformidad con el artículo 39 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, los requisitos para obtener la pensión de invalidez son los siguientes: (i) 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. (ii) que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

En el asunto de marras, el actor cumple con el primer requisito, pues de acuerdo con la calificación emitida por COLPENSIONES (fl.21), el señor MANUEL SALVADOR CABRERA GALVIS, tiene una pérdida de capacidad laboral del 56.89% de origen común, por lo que supera el 50% establecido en la norma previamente citada.

Por otro lado, respecto al segundo requisito de haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, no se cumple, toda vez que, del dictamen emitido por COLPENSIONES, de fecha 20 de diciembre de 2017, se evidencia que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral fue el 24 de diciembre de 2005, y en dicha fecha según RESOLUCIÓN SUB 163297 del 20 de Junio de 2018, el señor MANUEL SALVADOR CABRERA GALVIS, no se encontraba afiliado a COLPENSIONES, y no existe prueba de que el accionante haya estado afiliado a otra administradora de fondos de pensiones.

Precisa la Sala, que los requisitos anteriores, se deben cumplir de manera concurrente, de tal forma que el incumplimiento de uno de ellos impide el reconocimiento d la pensión de invalidez.



Por todo lo anotado se revocará el fallo impugnado, y se negará el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor MANUEL SALVADOR CABRERA GALVIS.

Con fundamento en los razonamientos fácticos y constitucionales, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

VI.- RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de fecha dos (02) de Octubre de dos mil dieciocho (2018) proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, y en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la presente acción frente al reconocimiento de la pensión de invalidez del señor MANUEL SALVADOR CABRERA GALVIS, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás el fallo impugnado.

TERCERO: COMUNÍQUESE la presente providencia al Juzgado de origen y, por secretaría

CUARTO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión dentro de los diez (10) días siguientes de ejecutoriada ésta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPA

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL