

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



**JUZGADO CUARENTA Y SIETE (47) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil veinte (2020)

Clase de Proceso : **ACCIÓN DE TUTELA**

Radicación No. : **11001-33-42-047-2020-00109-00**

Accionante : **GUILLERMO APONTE CABRERA**

Acciona : **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES**

Asunto : **DERECHOS FUNDAMENTALES AL MÍNIMO VITAL, A LA VIDA
DIGNA y A LA SEGURIDAD SOCIAL**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y Siete (47) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

SENTENCIA

1.- ANTECEDENTES

Con fundamento en el artículo 86 de la C. P., el Decreto 2591 de 1991 y el 1382 de 2000, procede el Despacho a decidir en primera instancia, la acción de tutela, promovida por el señor **GUILLERMO APONTE CABRERA**, quien actúa en nombre propio, contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, por presunta vulneración a sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social.

1.1. HECHOS

- El día 15 de marzo de 2019 la Junta Médica de Calificación de Colpensiones emitió dictamen de pérdida de la capacidad laboral del accionante en un 42.32%, con fecha de estructuración de la enfermedad 17 de octubre de 2018.
- La anterior decisión fue impugnada frente a la Junta Regional de Calificación, quién expidió un nuevo dictamen otorgándole un porcentaje de pérdida de capacidad del 68.04%, el cual al no ser objetado cobró firmeza según consta en documento emitido el 30 de diciembre de 2019.
- La Ley 100 de 1993 y sus normas posteriores concordantes, han establecido dos requisitos para acceder a la pensión de invalidez, como es, haber cotizado 50 semanas en los últimos 3 años y tener una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, los cuales afirma cumplir el accionante conforme se verifica en su historia laboral.
- Conforme a lo anterior, radicó solicitud a Colpensiones para el reconocimiento de su pensión de invalidez, obteniendo respuesta negativa el 10 de enero de 2020, bajo el argumento que el dictamen no cuenta con el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral para tal efecto, que no se evidencia la fecha de estructuración de la enfermedad y que no corresponde al actor.
- Sumado a lo anterior, señalan que el dictamen carece del tiempo exigido, es decir 3 años antes, a sabiendas que data el 17 de octubre de 2019 y presentó solicitud el 08 de enero de 2020, la cual fue resuelta el 10 de enero de 2020, lo que significa que no ha transcurrido ni un año.

1.2. DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

El accionante sostiene que con el actuar de Colpensiones, se le han vulnerado sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

Como la solicitud reunió los requisitos de ley, se le dio curso a través del auto admisorio del 08 de junio de 2020, que se notificó al Presidente de **COLPENSIONES**, para que informara a este Despacho sobre los hechos expuestos en la acción de tutela respecto de los derechos deprecados por el accionante.

III. CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La Dra. MALKY KATRINA FERRO AHCAR en calidad de Directora de Acciones Constitucionales de Colpensiones, a través de escrito enviado al correo institucional del Juzgado el día 10 de junio de los corrientes, dio contestación a la acción tutelar manifestando que el 10 de enero de los corrientes se dio respuesta a la petición de invalidez presentada por el accionante y con Oficio BZ2020_498182-1047517 del 18 de mayo de 2020, se le informó que los nuevos documentos aportados fueron trasladados al área encargada del estudio.

De otra parte, consideró que el Juez Constitucional no está legitimado para realizar un análisis de fondo frente a la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, ya que el accionante en este caso pretende desnaturalizar la acción de tutela buscando que por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y la subsidiariedad, se le otorgue una prestación económica que es de resorte del juez ordinario laboral, por tratarse de una controversia que se presenta dentro del marco del Sistema de Seguridad Social y frente a la cual se deben agotar los procedimientos administrativos y legales establecidos para tal fin, ya que esta vía constitucional solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial.

En ese sentido, refirió que para solicitar derechos de naturaleza pensional, la Corte Constitucional ha dispuesto la protección tutelar transitoria frente a la existencia de un perjuicio irremediable una vez concurren los requisitos de a) Que la persona haya agotado los recursos en sede administrativa y la entidad mantenga su decisión de no reconocer el derecho; b) **Que se hubiere acudido ante la jurisdicción respectiva, se estuviere en tiempo de hacerlo o ello fuere imposible por motivos ajenos al peticionario**; c) Que además de tratarse de una persona de la tercera edad, ésta demuestre la amenaza de un perjuicio irremediable, esto es, que el perjuicio afecte la dignidad humana, la subsistencia

en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital, que existan lazos de conexidad con derechos fundamentales, o que evidencie que someterla a los trámites de un proceso ordinario le resultaría demasiado gravoso; y d) Para determinar si la acción de tutela es o no procedente como mecanismo transitorio, no resulta suficiente invocar fundamentos de derecho, sino que son necesarios también fundamentos fácticos que den cuenta de las condiciones materiales de la persona. En caso contrario, el asunto adquiere carácter estrictamente litigioso y por lo mismo ajeno a la competencia del juez de tutela, lo cual no se vislumbra en el caso particular que nos ocupa, y reconocer una pensión sin el cumplimiento de estos, afecta gravemente el patrimonio público.

En consecuencia, solicitó se desestimen las pretensiones del accionante y se declare la improcedencia de la acción de tutela de la referencia, debido a que no se cumplió con los requisitos esenciales de subsidiariedad y residualidad de este medio constitucional.

IV. CONSIDERACIONES

La acción de tutela, considerada como una de las grandes innovaciones del Constituyente de 1991, con la cual se pretendió salvaguardar en una forma efectiva, eficiente y oportuna los derechos fundamentales, pues se trata de un mecanismo expedito que permite la protección inmediata de aquellos.

Este mecanismo, de origen netamente constitucional ha sido propuesto como un elemento procesal complementario, específico y directo cuyo objeto es la protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos sean violados o se presente amenaza de su violación, sin que se pueda plantear en esos estrados discusión jurídica sobre el derecho mismo.

De esta manera el art. 86 de la C.P. lo consagró en los siguientes términos:

***“ARTICULO 86.** 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 a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos 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, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

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.

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 respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

La mentada disposición constitucional fue desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, en la que se dispuso además de los principios que la regían, su objeto y el procedimiento que ha de seguirse en los estrados judiciales.

Ha de advertirse que tanto en la norma constitucional como en la reglamentaria, el ejercicio de la citada acción está supeditado a la presentación ante el Juez Constitucional de una situación concreta y específica de violación o amenaza de vulneración, de los derechos fundamentales, cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública, o en ciertos eventos definidos por la ley a sujetos particulares; además, el sujeto que invoca la protección debe carecer de otro medio de defensa judicial para proteger los derechos cuya tutela pretende, pues de existir estos la tutela es improcedente, excepto cuando se use como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, al no ser suficientes los mecanismos ordinarios para lograr la protección reclamada.

4.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, ha vulnerado los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social del señor **GUILLERMO APONTE CABRERA**, al negarle el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, a pesar de cumplir con los requisitos establecidos para tal efecto, como es haber

cotizado 50 semanas en los últimos 3 años y tener una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%.

4.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para resolver el problema jurídico planteado, el Despacho considera que se hace necesario estudiar la normativa aplicable al caso y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo que atañe a los derechos presuntamente vulnerados.

4.2.1. El derecho a la vida digna

El Derecho a la vida ha sido considerado como el sustento y razón de ser para el ejercicio y goce de los restantes derechos, establecidos tanto en la Constitución como en la ley; con lo cual se convierte en la premisa mayor e indispensable para que cualquier persona natural se pueda convertir en titular de derechos u obligaciones.

En ese sentido, la H. Corte Constitucional, en abundante jurisprudencia ha sostenido que el derecho a la vida reconocido por el constituyente, no abarca únicamente la posibilidad de que el ser humano exista, es decir, de que se mantenga vivo de cualquier manera, sino que conlleva a que esa existencia deba entenderse a la luz del principio de la dignidad humana^[15], reconocido en el artículo 1º de la Carta como principio fundamental e inspirador del Estado Social de Derecho.

Así las cosas, la efectividad del derecho fundamental a la vida, sólo se entiende bajo condiciones de dignidad, lo que comporta algo más que el simple hecho de existir, porque implica unos mínimos vitales, inherentes a la condición del ser humano.

4.2.2. El derecho fundamental al mínimo vital

La jurisprudencia de la H. Corte Constitucional ha reiterado que el mínimo vital es un derecho fundamental, el cual se deriva directamente del Estado Social de Derecho y se encuentra relacionado estrechamente con la dignidad humana, como valor fundante del ordenamiento jurídico, así como con la garantía del

derecho a la vida misma, a la salud, al trabajo y a la seguridad social. En este sentido, en concepto de dicha Corporación, el mínimo vital "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".

Con respecto al contenido del derecho al mínimo vital, se ha indicado, que el mismo no se agota con la satisfacción de las necesidades mínimas de la persona, o de su grupo familiar, que simplemente le procure la mera subsistencia, sino que tiene un contenido mucho más amplio, en cuanto comprende tanto lo correspondiente a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas para su subsistencia, como lo necesario para procurarle una vida en condiciones dignas, tales como alimentación, vestuario, salud, educación, vivienda, recreación y medio ambiente, que consideradas todas en su conjunto, constituyen los presupuestos para la construcción de una calidad de vida aceptable para los seres humanos.

4.2.3. Derecho a la Seguridad Social

La seguridad social se encuentra consagrada en el artículo 48 de la Carta Política de 1991 en los derechos de segunda generación, estos son los sociales, económicos y culturales; no obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en pronunciamiento de antaño ha concluido que la seguridad social debe determinarse como un derecho fundamental de todo habitante del territorio colombiano, y así como lo expresa la propia Constitución Colombiana, norma de normas, es un servicio público de carácter obligatorio que debe ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado.

En tal sentido, el Congreso de la República expidió la Ley 100 de 1993, que establece que la seguridad social es un servicio público esencial en lo relativo a los subsistemas en salud y pensiones, y en tal sentido, el artículo 2º determina que este se debe prestar con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Para el caso de la universalidad, lo que busca es garantizar que todas las personas, sin ninguna discriminación y en todas las etapas de la vida, tengan un amparo ante las contingencias procedidas por la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de pensiones y prestaciones, al igual que procurar la ampliación progresiva de la cobertura a los segmentos de población menos favorecida.

Sobre este punto es necesario traer a colación la sentencia T – 164 de 22 de marzo de 2013, Magistrado Ponente Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, mediante la cual expuso la derivación de la efectividad de dicho derecho fundamental:

“(…)

De lo anterior se concluye que, conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva “de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. Sin embargo, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no puede ser confundido con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela. En este sentido, la protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales...”. (Resaltado fuera del texto)

Así las cosas, es imperativo advertir del precepto jurisprudencial transcrito que la acción de tutela sólo prevalecerá para proteger dicho derecho fundamental, cuando adquiere los rasgos de derecho subjetivo, la falta de eficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente el derecho a tal punto que impide una vida digna y cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos.

Así tenemos entonces una conexidad entre el derecho a la pensión y el derecho al mínimo vital, toda vez que este último se ve asegurado con el acceso a un ingreso mensual luego de cumplidos los requisitos para su reconocimiento, y en tal sentido el máximo órgano constitucional en sentencia T-920 de 2009 lo ha definido así:

“(…)

En este punto, es importante resaltar que el derecho fundamental al mínimo vital, surge como manifestación directa del Estado Social de Derecho y guarda una estrecha relación con los principios de dignidad humana y solidaridad que rigen nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido, ha sido considerado como el derecho que tienen todas las personas a vivir bajo unas condiciones básicas o elementales que garanticen un mínimo de subsistencia digna, a través de los ingresos que les permitan satisfacer sus necesidades más urgentes como son la alimentación, el vestuario, la vivienda, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la atención en salud, la educación, entre otras.

(...)”

4.3. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El Decreto 2591 de 1991 creó la acción de tutela como un mecanismo para garantizar la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, delimitando las reglas básicas para su aplicación y en tal sentido, su artículo 6° determinó la procedencia de esta vía para las siguientes situaciones, a saber: (i) cuando no exista otro mecanismo jurídico ordinario, (ii) cuando pese a la existencia de este, no resulta ser idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales y, (iii) para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

En razón a la naturaleza de este mecanismo constitucional, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-103 del 8 de febrero de 2008, señaló que este no puede interponerse para reclamar el pago de prestaciones sociales, pues estas son controversias de carácter litigioso que le corresponde resolver a la jurisdicción laboral, sumado al hecho de que la seguridad social no es considerada en sí misma como un derecho fundamental, “*sino como un derecho social que no tiene aplicación inmediata*”, que conlleva que los litigios generados en torno a este tema deben ser resueltas por la justicia ordinaria.

No obstante, esa misma Corporación en sentencia T-977 de 2008 refirió: “(...) *de manera excepcional el juez de tutela puede ordenar el reconocimiento y pago de prestaciones de tipo económico siempre que se verifique que (i) haya una vulneración o amenaza a los derechos fundamentales del accionante, es decir, que por el no reconocimiento y pago de la prestación económica que se reclama en sede de tutela se viole o amenace los derechos fundamentales del accionante, (ii) la tutela se conceda, (iii) no se cuente con un medio específico en el cual se pueda solicitar la prestación de tipo económico que se pretende*

obtener en sede de tutela y, (iv) la vulneración del derecho sea manifiesta y consecuencia directa de una acción indiscutiblemente arbitraria."

En ese sentido, por su prolongación en el tiempo y los costos que implican, los medios ordinarios no resultan idóneos y eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas calificadas como inválidas y a quienes les ha sido negada su pensión de invalidez, pues se les estaría imponiendo una limitante para el acceso a sus derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social, así como la continuidad en el mercado laboral y una situación económica difícil para el afectado y su núcleo familiar por la falta de ingresos; y en consecuencia, la tutela procede como mecanismo definitivo, a menos que se compruebe que la persona cuenta con los medios económicos para su subsistencia hasta tanto se resuelva el proceso ordinario sin poner en peligro los derechos fundamentales propios y de su familia.

Conforme lo expuesto, le corresponde al Juez del caso valorar la idoneidad del medio de defensa judicial y la ocurrencia del perjuicio irremediable, atendiendo a las particularidades daño en relación con los derechos fundamentales comprometidos o la transgresión de los principios superiores como la especial protección constitucional de personas en estado de debilidad manifiesta, así como verificar la existencia de un pronunciamiento negativo sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez por parte de la administración¹, es decir, que se haya agotado el trámite administrativo y que la respuesta hubiere sido negativa, y en ese evento, resultaría viable estudiar también la procedibilidad de la tutela contra los actos administrativos correspondientes.

Por consiguiente, concluye el Despacho que siempre que haya una amenaza evidente o un perjuicio irremediable que altere en cualquier forma la integridad de la parte accionante la acción de tutela puede activarse para proteger sus derechos fundamentales; sin embargo, dicho perjuicio debe estar sustentado en pruebas siquiera sumarias que demuestren al Despacho que la actuación de la administración o entidad accionada está causando un perjuicio irremediable en su persona y en su núcleo familiar si es el caso.

¹ Ver sentencia T-391 de 2011.

Bajo este contexto, no sólo basta con que la persona que depreca el amparo constitucional sea sujeto de especial protección, sino que además debe acreditar la existencia de un perjuicio irremediable y que el trámite de un proceso ordinario para obtener el reconocimiento pensional resultaría más grave y lesivo a sus derechos fundamentales.

Con relación a este aspecto, la Corte Constitucional en sentencia T-583 del 29 de agosto de 2013, señaló:

“(…)

La Corte Constitucional ha sintetizado unas características para que proceda la acción frente al perjuicio irremediable. En primer lugar, debe ser inminente o próximo a suceder, acreditado ello con suficientes elementos fácticos y tomando en cuenta, además, el origen del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, material y/o moralmente, susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas desde la doble perspectiva de dar respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y armonizar con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.

El perjuicio irremediable exigido se refiere entonces al “grave e inminente detrimento de un derecho fundamental, que deba ser contrarrestado con medidas urgentes, de aplicación inmediata e impostergables” para neutralizar, cuando ello sea posible, la violación del derecho”.

De otra parte, en cuanto al requisito de inmediatez para reconocer y pagar pensiones en la sentencia SU-158 de 2013 el Alto Tribunal Constitucional sostuvo que el juez constitucional “debe constatar el tiempo transcurrido entre la supuesta violación o amenaza de los derechos fundamentales y la interposición de la tutela” y que “esa constatación no es suficiente para tomar una decisión sobre la inmediatez del amparo, ya que no cualquier tardanza en la presentación de las acciones de tutela acarrea su improcedencia, sino sólo aquella que pueda juzgarse como injustificada o irrazonable”.

Por su parte, en sentencia SU-499 de 2016, se indicó que el requisito de inmediatez debe analizarse bajo el entendido que la falta de pensión puede generar una vulneración que permanece en el tiempo de manera continua. Lo anterior, debido a su carácter imprescriptible e irrenunciable que pone en riesgo el goce efectivo de otros derechos fundamentales, ya que “(…) las mesadas pensionales constituyen el único medio para satisfacer sus necesidades básicas; de manera

que, sin estas se puede ver afectada la materialización del derecho fundamental al mínimo vital, entre otros derechos”.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la valoración de los requisitos del perjuicio irremediable y de inmediatez, debe efectuarse teniendo en consideración las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio, en la medida en que no son exigencias que puedan ser verificadas por el fallador en abstracto, sino que requieren de un análisis específico del contexto en que se desarrollan.

4.4. DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ, CONTEXTO NORMATIVO

La pensión de invalidez es prestación económica que consiste en el pago de una renta mensual otorgada a aquellas personas que por enfermedad común o profesional o a consecuencia de un accidente, han perdido la capacidad de locomoción o la plenitud de las funciones síquicas y físicas, sufriendo una disminución parcial o total en su capacidad laboral, impidiéndole llevar la vida cotidiana y social ordinaria.

En ese sentido, la pensión de invalidez tiene un estrecho vínculo con el derecho al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social, como quiera que ante la merma en la capacidad laboral del afiliado, le es imposible contar con una fuente de ingresos que le asegure la satisfacción de sus necesidades básicas.

En cuanto a su regulación, es menester referir que primeramente el **Decreto 758 de 1990**, por medio del cual se aprobó el **Acuerdo 049 de 1990** del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, en su artículo 6º consagra las condiciones para acceder a la pensión de invalidez:

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

- a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,*
- b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.”*

Conforme a la norma transcrita, para el reconocimiento de la pensión de invalidez este régimen exigía: (i) un total de 150 semanas cotizadas en los seis años

anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez; o (ii) 300 semanas de cotización en cualquier tiempo con anterioridad a la estructuración de la invalidez.

Por su parte, el Régimen General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, cuya vigencia inició el 1º de abril de 1994 y derogó las normas que fueran contrarias, en sus artículos 38 y 39 modificaron los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en los siguientes términos:

“ARTICULO. 38.- Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”

ARTICULO. 39.- Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan con alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

PARAGRAFO.-Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley. ””

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

Luego, la **Ley 860 de 2003** modificó en algunos aspectos la Ley 100 de 1993 y respecto a la pensión de invalidez, el artículo 39 dispuso:

“Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: *Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.*

2. Invalidez causada por accidente: *Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.*

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

Parágrafo 2º. *Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.”*

Esta norma se encuentra vigente desde el 26 de diciembre de 2003 y es la que actualmente rige la materia, sin embargo en la **sentencia C-428 de 2009**, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de esta norma con excepción de algunas expresiones y realizó algunas precisiones sobre el aumento de semanas de cotización exigidas, determinando que esto no implicaba el desconocimiento del deber de progresividad ya que, si bien se aumentó el número de semanas, también se amplió el periodo de cotización de 1 a 3 años.

Igualmente, a través de providencia C-727 de 2009, esa misma Corporación estudió otra demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 y en esa ocasión, resolvió estarse a lo resuelto en la sentencia C-428 de 2009 e indicó respecto al parágrafo 2 de la norma atacada, que: “El parágrafo 2º establece una excepción a la regla fijada en los incisos 1 y 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en cuanto al número de semanas exigibles durante los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez. Los cargos originalmente planteados por el accionante establecían una comparación entre el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. Sin embargo, el contenido del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, fue modificado por la sentencia C-428 de 2009, como resultado de la declaratoria de exequibilidad parcial de los numerales 1 y 2”.

Ahora bien, pesar a que la norma vigente es la Ley 860 de 2003, hay que señalar que en materia pensional por invalidez cualquiera de las tres legislaciones

anteriores puede llegar a ser aplicada en un caso particular en virtud del principio de la condición más beneficiosa, que se encuentra establecido en el artículo 53 de la Constitución, y cuyo alcance permite la interpretación y aplicación de las leyes favorables a los trabajadores.

En cuestión de pensión de invalidez, la sentencia SU-442 de 2016 definió la condición más beneficiosa como la posibilidad de reconocer dicha prestación cuando se estructuró una pérdida de capacidad laboral igual o mayor del 50%, con fundamento en una norma anterior a la que se encontraba vigente al momento de la estructuración de la invalidez, bajo la condición de que: (i) se hubiera dado un cambio de legislación sin contemplar un régimen de transición; (ii) este cambio hubiera hecho más gravosa la situación del solicitante; y (iii) el beneficiario se hubiera forjado una expectativa legítima en vigencia de la normativa anterior.

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

Adicionalmente, esa misma sentencia realizó algunas precisiones sobre la aplicación de la condición más beneficiosa y reiteró la concepción de “*expectativa legítima*”, en el sentido que en casos de pensiones de invalidez, sólo es posible aplicar la condición más beneficiosa a un usuario que tenía una expectativa legítima bajo una norma anterior.

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

4.5. HECHOS PROBADOS

Se encuentran demostrados en el proceso con los medios de prueba documentales aportados al plenario, los siguientes:

- Copia del dictamen pericial emitido por la Junta de Calificación de Colpensiones el día 15 de marzo de 2019, respecto a la pérdida de capacidad laboral del señor Guillermo Aponte Cabrera, en el que registra concepto de rehabilitación desfavorable emitido por la EPS Sanitas, de fecha 30 de septiembre de 2018.
- Copia del dictamen pericial emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, con su respectiva constancia de ejecutoria.
- Oficio de respuesta de fecha 10 de enero de 2020, mediante el cual el Director de Estandarización de Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de invalidez al accionante.
- Escrito de inconformidad con la decisión adoptada, radicado por el actor el día 18 de mayo de 2020.
- Copia de la cédula de ciudadanía del accionante.
- Oficio BZ2020_498182-1047517 del 18 de mayo de 2020, relacionado con la recepción de documentos adicionales para la solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez.
- Reporte de 1.450,43 semanas cotizadas en pensiones por el accionante, en el que se registra cotización al sistema 4 de junio de 2020².

4.4. CASO CONCRETO

El señor **GUILLERMO APONTE CABRERA** considera vulnerados sus derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital, por parte de **COLPENSIONES**, en cuanto ha omitido ordenar el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, pese a cumplir los requisitos establecidos para tal efecto,

² Información allegada al correo electrónico del despacho el 19 de junio de 2020

como es haber cotizado 50 semanas en los últimos 3 años y tener una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%.

La instancia judicial advierte que en el presente caso, **COLPENSIONES** respondió el requerimiento efectuado por este Despacho, manifestando que el 10 de enero de los corrientes se dio respuesta a la petición de invalidez presentada por el accionante y con Oficio BZ2020_498182-1047517 del 18 de mayo de 2020, se le informó que los nuevos documentos aportados fueron trasladados al área encargada del estudio.

De otra parte, consideró que el Juez Constitucional no está legitimado para realizar un análisis de fondo frente a la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, ya que el accionante en este caso pretende desnaturalizar la acción de tutela buscando que por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y la subsidiariedad, se le otorgue una prestación económica que es de resorte del juez ordinario laboral, por tratarse de una controversia que se presenta dentro del marco del Sistema de Seguridad Social y frente a la cual se deben agotar los procedimientos administrativos y legales establecidos para tal fin, ya que esta vía constitucional solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial.

En ese sentido, refirió que para solicitar derechos de naturaleza pensional, la Corte Constitucional ha dispuesto la protección tutelar de manera transitoria, siempre que se cumpla los presupuestos que la jurisprudencia constitucional ha trazado. En caso contrario, el asunto adquiere carácter estrictamente litigioso y por lo mismo ajeno a la competencia del juez de tutela, lo cual no se vislumbra en el caso particular que nos ocupa, y reconocer una pensión sin el cumplimiento de estos, afecta gravemente el patrimonio público.

Al respecto, se advierte que la acción de tutela es procedente porque los mecanismos ordinarios de defensa judicial son ineficaces para proteger de forma inmediata los derechos fundamentales del accionante, debido a que se trata de un sujeto de especial protección constitucional por la situación de discapacidad en que se encuentra con ocasión de los tumores que padece, dos de ellos malignos de colón y de tiroides, y uno benigno de próstata, considerados como una enfermedad catastrófica, de alto costo o ruinoso, por lo que exigirle acudir a

la jurisdicción ordinaria sería desproporcionado, aunado a la situación de emergencia decretada por el ejecutivo, con ocasión de la pandemia por el COVID-19 y, a la suspensión de términos judiciales en los procesos laborales ordinarios, ordenados por el Consejo Superior de la Judicatura.

Descendiendo al caso en concreto, y de acuerdo al material probatorio obrante en el plenario se encuentra acreditado que el actor i) nació el 14 de abril de 1957, por lo que en la actualidad tiene 63 años; ii) cuenta con un total de 1.450,43 semanas cotizadas al sistema; y (iii) fue calificado con **pérdida de capacidad laboral del 68.04% de origen común, con fecha de estructuración del 17 de octubre de 2018**, según dictamen N° 10267641 del 17 de octubre de 2019.

Conforme a lo anterior, el accionante solicitó a Colpensiones el reconocimiento de su pensión de invalidez, siendo resuelta de forma negativa bajo el argumento que el dictamen no cuenta con el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral para tal efecto, que no se evidencia la fecha de estructuración de la enfermedad, que no corresponde al actor y que el dictamen carece del tiempo exigido, es decir 3 años antes, obligándolo a acudir a este medio constitucional para el reconocimiento de dicha prestación.

Ahora bien, para acceder a la pensión de invalidez de conformidad con el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, es necesario acreditar: *i. 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 ii. 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.*"

En consecuencia, este Despacho encuentra que el actor cumple con los requisitos para acceder al beneficio pensional por invalidez, toda vez que cuenta con una pérdida de capacidad laboral del **68.04%** y tiene dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, las 150 semanas, pues se encuentra afiliado activo en el Sistema de Seguridad Social en pensiones desde el 1° de mayo de 1983.

Así las cosas, se concederá el amparo solicitado de los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital del accionante y en virtud de ello, se ordenará a Colpensiones, que dentro de los quince (15) días siguientes, proceda **al reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, a partir de 17 de octubre de 2018, fecha en que se estructuró la pérdida de la capacidad laboral, con una tasa de reemplazo que no podrá exceder del 75%, prevista en el inciso 1º., del literal b) del artículo 40 de la Ley 100 de 1993³,**-normativa aplicable al tener dictaminado porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 66%-**disponiendo su inclusión en nómina.**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado 47 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONCEDER la tutela por la vulneración a los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital, presentada por el señor **GUILLERMO APONTE CABRERA**, identificado con C. C. No. 19.267.641 de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: ORDENAR a **COLPENSIONES**, que dentro de un término no mayor a quince (15) días siguientes a la notificación de la presente providencia proceda a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del señor **GUILLERMO APONTE CABRERA**, identificado con C. C. No. 19.267.641 de Bogotá, a

³ **ARTÍCULO 40. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.** El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

a. El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.

b. El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

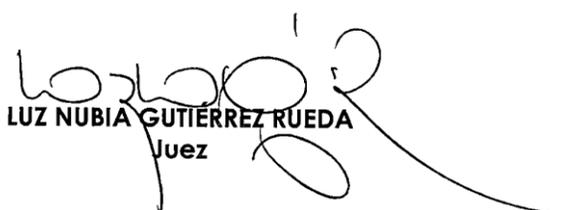
La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado. (Negritas y Sublíneas del despacho).

partir de 17 de octubre de 2018, fecha en que se estructuró la pérdida de la capacidad laboral, con una tasa de reemplazo que no podrá exceder del 75%, prevista en el inciso 1º., del literal b) del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, disponiendo su inclusión en nómina, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE al Presidente de Colpensiones, al accionante y al Defensor del Pueblo, por el medio más expedito, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Si no fuere impugnada la presente decisión judicial, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LUZ NUBIA GUTIÉRREZ RUEDA
Juez