



**JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., 20 de octubre de 2020.

Acción de Tutela con radicación: 11001-33-35-017-2020-00342-00

Accionante: Jorge Enrique Mora González ¹

Accionadas: Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones ²

Derechos Vulnerados: Debido proceso, igualdad y seguridad social.

Sentencia N°. 97

No encontrando causal alguna que pueda anular lo actuado y agotadas las etapas previas, se procede a dictar SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en la ACCIÓN DE TUTELA de la referencia teniendo en cuenta los siguientes

CONSIDERACIONES

Solicitud. – La tutelante pretende la protección de los derechos fundamentales Debido proceso, igualdad y seguridad social, solicitando a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, el reconocimiento y pago de su pensión por invalidez, la que considera tener derecho.

Contestación de Colpensiones Dentro el término concedido COLPENSIONES a través de correo electrónico informa que mediante Resolución SUB 300109 del 19 de noviembre de 2018, negó el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez al accionante, toda vez que no logra acreditar el requisito mínimo de semanas cotizadas en términos de la Ley 860 de 2003. Señala, que a través de la Resolución DPE 4777 del 26 de marzo de 2020, se confirmó la anterior decisión por no acreditar las semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores al 2 de noviembre de 2014. Por último, solicita que se declare improcedente la presente acción de tutela por cuanto existen otros recursos o medios de defensa judicial con los que cuenta la accionante para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Competencia Este Despacho es competente para proferir fallo de tutela de primera instancia, toda vez que los hechos que motivaron la solicitud se encuentran dirigida contra una entidad del orden nacional; lo anterior, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991, 1° del Decreto 1382 de 2000 y 1983 de 2017.

Legitimación por activa. La acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero quien actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y excepcionalmente por los particulares. ³

¹ Medicinalaboral.bogotadc@gmail.com

² Notificaciones a la Administradora Colombiana de pensiones – Colpensiones: notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co

³ El inciso segundo del Artículo 10 del Decreto señala que también puede ser ejercida directamente por la persona afectada o por medio de un representante o a través de un agente oficioso cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales

En el presente asunto la acción de tutela es presentada por el señor Jorge Enrique Mora González, a través de apoderado, ciudadano en ejercicio legitimado para presentar el derecho de amparo en procura de la defensa de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y seguridad social porque es víctima de la vulneración alegada.

Legitimación por pasiva. El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto. En el caso, la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, entidad ante quien se solicitó el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez que vulneró con su acción según el demandante sus derechos fundamentales por no acreditar el requisito mínimo de semanas cotizadas en términos de la ley 860 de 2003.

Inmediatez: El principio de inmediatez de la acción de tutela está instituido para asegurar la efectividad del amparo y, particularmente, garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o se hayan visto vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos previstos en la Constitución y demás normas reglamentarias, así como en la jurisprudencia de esta Corporación. Por lo tanto, el transcurso de un lapso desproporcionado entre los hechos y la interposición del amparo tornaría a la acción de improcedente, puesto que desatendería su fin principal. Al respecto, el señor Jorge Enrique Mora González solicitó ante la Administradora Colombiana de Pensiones, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la cual fue resuelta mediante la Resolución SUB 300 del 19 de noviembre de 2018, decisión confirmada a través de las Resoluciones SUB 61290 del 2 de marzo de 2020 y DPE 4777 del 26 de marzo de 2020, por tanto el presentar el derecho de amparo el 8 de octubre de 2020, es un término prudente y razonable.

Subsidiariedad en materia de reclamación de una pensión por invalidez

Frente al tema de la subsidiariedad, la H. Corte Constitucional ha sido reiterativa y en sentencia T-046 de 2019 señaló:

“Conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial dispone para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

Esta Corporación ha señalado que el ordenamiento jurídico dispone de una serie de recursos y procesos que tienen como propósito la protección de los derechos de las personas. En este orden de ideas, desconocer el carácter subsidiario de la acción de tutela vaciaría de contenido los otros mecanismos de defensa judicial que han sido previstos en las normas constitucionales y legales para proteger los derechos invocados (...) ⁴(subrayado fuera del texto).

De acuerdo con lo expuesto, es procedente el amparo cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, con fundamento en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, este Tribunal ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad:⁵

⁴ Sentencia de tutela T-046 DE 2019, Magistrado Ponente Dra. Gloria Stella Ortiz

⁵ Sentencia T-622 de 2016, Magistrado Ponente Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado

(i) Cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) Cuando, a pesar de existir un medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento del requisito de subsidiariedad, cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional, esta Corporación ha indicado que existe flexibilidad respecto de dicha exigencia. Así, en estos casos el juez de tutela debe brindar un tratamiento diferencial al accionante y verificar que este se encuentre en imposibilidad de ejercer el medio de defensa en igualdad de condiciones”⁶

Se destaca que pese a que el señor Jorge Enrique Mora González cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez frente a la cual afirma tener derecho, antes de analizar el caso concreto, consideramos pertinente tener en cuenta los siguientes aspectos: 1.- La pensión de invalidez como componente esencial del derecho fundamental a la seguridad social de las personas en situación de discapacidad 2.- El régimen jurídico de la pensión de invalidez en el marco legal y jurisprudencial. Reiteración de jurisprudencia 3.- Aplicación del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de invalidez. 4.- principio de subsidiariedad 5.- caso concreto. La pensión de invalidez como componente esencial del derecho fundamental a la seguridad social de las personas en situación de discapacidad. Reiteración de jurisprudencia⁷

El derecho fundamental a la seguridad social ha sido considerado como tal a partir de la concepción obtenida del estudio de los artículos 48 y 49 de la Carta Política, en los cuales, de un lado se establece como un derecho irrenunciable, y de otro, como un servicio público, de tal manera que, en razón a su estructura, es el Estado el llamado a dirigir, coordinar y controlar su ejecución efectiva.⁸

De este modo, se advierte que el inciso final del artículo 13 de la Carta Superior señala que el Estado debe proteger “especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Asimismo, el artículo 48 de la Constitución prevé la obligatoriedad de la seguridad social como servicio público, cuya prestación, dirección, coordinación y control está en cabeza del Estado, con base en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y según lo dispuesto en la normatividad que regula la materia. Tal mandato ha sido desarrollado por el legislador y el ejecutivo, inclusive, antes de la entrada en vigencia de la Carta Política de 1991. Entre esas normas legales se encuentran, por ejemplo, el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993, vigente en la actualidad, con sus complementaciones y reformas.

Ahora bien, el artículo 10 de la Ley 100 de 1993 establece como objeto del sistema general en pensiones, el de “garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de pensiones...”.

Dicho esto, la protección otorgada por el ordenamiento constitucional a este derecho, se complementa y fortalece por lo dispuesto en los diversos instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social, como también en la jurisprudencia constitucional, la cual advierte que 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. Se ha indicado que el derecho a la

⁶ Sentencias T-662 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-527 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷ Sentencia T-480 de 2015, proferida por la Sala Octava de Revisión con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos

⁸ Sentencia T-164 de 2013

seguridad social busca garantizar la protección de cada persona frente a necesidades y contingencias, entre otras, las relacionadas con la pérdida de la capacidad laboral, ya sea en razón al paso del tiempo o a la ocurrencia de otra específica circunstancia, o ante la desaparición de quien proveía a otro(s) el sustento u otras prestaciones”⁹

Como se mencionó en las líneas que preceden, entre los diversos instrumentos internacionales que señalan el derecho a la seguridad social como un derecho humano, se observan la Conferencia N° 89 de 2001 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como también la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

El régimen jurídico de la pensión de invalidez en el marco legal y jurisprudencial. Reiteración de jurisprudencia¹⁰

La pensión de invalidez fue establecida con la finalidad de garantizar el mínimo vital de quienes presentan una discapacidad que les impide hacer efectivo su derecho al trabajo.

En el ordenamiento jurídico se han previsto ciertos requisitos taxativos que se deben tener cumplidos a la hora de pretender el acceso a dicha prestación, los cuales pueden resumirse de la siguiente forma:

“una que responde a la calidad de invalidez que implica la pérdida de capacidad laboral. Otra que se identifica con una densidad de cotización previa a la consumación del riesgo que protege la prestación.”¹¹

Estos preceptos jurídicos, a su vez, han sido objeto de interpretación jurisprudencial por esta Corte, en casos en que dichos desarrollos legales comprometen el derecho a la igualdad.

La Corte Constitucional ha señalado que para acceder a la pensión por invalidez se debe acreditar una “merma considerable en la capacidad laboral de una persona, la jurisprudencia ha reconocido que debe materializarse una discapacidad que se manifieste a tal punto, que pueda ser subsumida dentro del concepto de “invalidez”, esto es, que la afectación a la salud física, mental, intelectual o sensorial de la persona sea lo suficientemente grave como para impedir que ésta, no sólo desarrolle una actividad laboral remunerada y, así, pueda valerse por sí sola para subsistir dignamente; sino que además, le cree barreras infranqueables que cercenen su posibilidad de injerir en forma plena y efectiva dentro de un conglomerado social”¹²

El marco normativo de esta prestación puede observarse en las siguientes disposiciones legales, a saber:

Artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990¹³: Estableció que la pensión de invalidez se reconocería a quienes: “a) sean inválidos permanentes de manera completa, absolutos 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.” En ese régimen jurídico existían varios tipos de invalidez y el médico laboral del ISS era quien señalaba el porcentaje de incapacidad.

Ley 100 de 1993: Fijó el régimen sobre la pensión de invalidez. En el artículo 38 ibídem se indicó que la invalidez es “aquella situación cuando por cualquier causa de origen no profesional, provocada sin

⁹ ibidem

¹⁰ Sentencia T-610 de 2016

¹¹ T-235 de 2015, reiterada en el pronunciamiento T-610 de 2016.

¹² T-915 de 2014, reiterado en la decisión T-610 de 2016.

¹³ Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones: a) Ser inválidos 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”.

intención, la persona ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral”. De manera concreta el legislador señaló: “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”.

Artículo 11 de la Ley 797 de 2003¹⁴: Modificó la citada norma agravando los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, por ejemplo estableció una condición de fidelidad al sistema y aumentó a 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la pérdida de capacidad laboral. No obstante, en la sentencia C-1056 de 2003, este Tribunal declaró inexecutable esa disposición legislativa debido a que adoleció de vicios de trámite en su formación.

Artículo 1º de la Ley 860 de 2003: El Legislador volvió a modificar los requisitos para acceder a la pensión de invalidez diferenciando entre la pérdida de capacidad laboral por origen de enfermedad y por accidente, así como fijando un criterio de fidelidad al sistema, en los siguientes términos:

“Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

Parágrafo 1º. Los menores de veinte años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis 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 años.”

En fallo C-428 de 2009, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad presentada contra ese artículo, esta Corte declaró inexecutable el requisito de fidelidad, al considerar que fijar un tiempo de afiliación era regresivo a los derechos a la seguridad social y desprotegía a las personas de la tercera edad que no podían cumplir esa condición.

Mediante Providencia C-727 de 2009, la Corporación estudió otra demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 1º de la Ley 860 de 2003. En esa ocasión, la Corte decidió 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

¹⁴ “Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválidos y acredite las siguientes condiciones: 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. 2. Invalidez por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma”.

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”.

En la actualidad, los requisitos para que una persona pueda acceder a la pensión de invalidez son:¹⁵

.- Que el afiliado sea declarado en condición de discapacidad mediante dictamen médico realizado por Colpensiones, los fondos o las juntas de calificación; y

.- Que haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. Empero, ese número de semanas se reduce en dos eventos, situaciones que responden a las personas: (i) menores de veinte años de edad, hipótesis en que éstos solo deben acreditar 26 semanas cotizadas en el último año anterior al hecho generador de la invalidez o su declaratoria; y (ii) afiliadas al sistema de seguridad social que hayan cotizado por lo menos el 75% de las semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez, casos en que éstos solo deben comprobar 25 semanas de cotización en los últimos tres años.¹⁶

Aplicación del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de invalidez. Reiteración de jurisprudencia

Atendiendo a la falta de reglamentación legal en materia de régimen de transición en materia de pensiones de invalidez, la Corte ha entendido la necesidad de fijar algunas reglas muy precisas para proteger las expectativas legítimas de aquellas personas que han cotizado en los distintos regímenes pensionales y que no cumplen con los requisitos que les exige la normatividad vigente al momento de la fecha de estructuración de la discapacidad. Con ello se ha querido ofrecer una protección a quienes cumplieron con el número de cotizaciones exigidas en un determinado régimen pensional, y que por el cambio de normatividad, no lograron que les fuera reconocida una pensión de invalidez bajo el régimen legal aplicable al momento de la solicitud.¹⁷

En procura de velar por la protección de la expectativa legítima adquirida por los cotizantes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones que se encuentren en situación de discapacidad, esta Corporación ha dispuesto dar aplicación en estos casos al principio de la condición más beneficiosa, principio que se encuentra establecido en el artículo 53 de la Constitución, y cuyo alcance alude a que los requerimientos de los trabajadores deben ser resueltos con la situación más favorable “cuando exista duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”¹⁸. Al respecto, la Sentencia C-168 de 1995 señaló:

“...de conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador.” En ese sentido, este Tribunal ha establecido un precedente claro en materia de aplicación de la condición más beneficiosa en casos de solicitudes de pensiones de invalidez, siendo enfático a la hora de dar aplicación al Acuerdo 049 de 1990 sin importar que la solicitud de la pensión haya sido hecha durante la vigencia de la Ley 860 de 2003, exigiéndole al accionante cumplir con el requisito de semanas cotizadas en él consagrado para evitar así que surtan efecto las normas expedidas con posterioridad, que para el caso concreto resulten regresivas para la protección de los derechos fundamentales de la parte interesada. De forma concreta, la Corte ha exigido la acreditación de trescientas (300) semanas cotizadas con anterioridad al primero (1º) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994), día en que entró a regir la Ley 100 de 1993¹⁹.

Criterio que ha sido compartido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que ha sostenido que en virtud del principio de la condición más beneficiosa, sí se puede aplicar una

¹⁵ Sentencia T-511 de 2014, reiterada en el Fallo T-610 de 2016.

¹⁶ Ley 100 de 1993, artículo 39.

¹⁷ Sentencia T-002A de 2016.

¹⁸ Artículo 53 Constitución Política.

¹⁹ T-717 de 2014.

norma derogada que no sea, necesariamente, inmediatamente anterior a la vigente, bajo ese parámetro la Corte Suprema ha señalado:

“(…) entendido el derecho a la seguridad social, dentro de esa especial categoría, sobre los principios que lo inspiran, vale decir, la eficiencia, la integralidad, la universalidad, y la solidaridad, es indudable que no podría truncársele a una persona el derecho a pensionarse, como en este caso, si ha cumplido aportaciones suficientes para acceder a él, bajo un régimen como el del Acuerdo 049 de 1990, porque, en perspectiva de la finalidad de protección y asistencia de la población, con el cubrimiento de los distintos riesgos o infortunios, no resultaría viable vedar el campo de aplicación de dicha normativa, con el pretexto de que la nueva ley, sin tener en cuenta aquella finalidad y cotizaciones, exige que se aporten por lo menos 26 semanas anteriores a la invalidez (si se trata de un cotizante), o, contabilizadas en el año anterior al suceso, así no se encuentre cotizando, o se halle desafiliado. Desde luego que no se desconoce el efecto general inmediato de las normas laborales, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 16 del C. S. del T. Lo que ocurre es que en eventos como el analizado, se debe tener en cuenta que para acceder a la pensión de invalidez, así como a la causada por muerte, no resulta válido considerar como único parámetro para determinar si existe o no el derecho correspondiente, la fecha del respectivo acontecimiento (incapacidad para laborar o deceso); es necesario adicionalmente observar el conjunto de postulados y la naturaleza misma del derecho a la seguridad social, con miras a lograr el amparo y la asistencia propuestos constitucionalmente, y a los cuales se arriba con la puesta en vigor de las instituciones legalmente previstas. [...] Resultaría el sistema ineficaz, sin sentido práctico y dinámico además, si se negara el derecho pensional a quien estuvo o está afiliado a la seguridad social, y cumplió con un número de aportaciones tan suficiente... que, de no haber variado la normatividad, se repite, para disminuir la densidad de cotizaciones, con inmediatez al año anterior al infortunio, hubiera obtenido el derecho pensional sin reparo alguno. De suerte que no resulta acorde con la lógica, ni conforme con los ordenamientos constitucionales y legales, que una modificación como la introducida por la Ley 100 de 1993, desconozca aquellas cotizaciones, y le impida procurarse su subsistencia y, posiblemente, la de su grupo familiar, a través de la pensión, pues ello contrariaría los principios del régimen antes anotados, que le permiten, a quien ha padecido una novedad hacerle frente, mediante el acceso a la pensión, como consecuencia de los aportes válidamente realizados antes de su acaecimiento.”²⁰

No obstante, existen otros pronunciamientos de este Tribunal que contrarían el espíritu progresivo de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, razón por la que esta Corte como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional unificó criterios en la Sentencia SU-442 de 2016 y estableció lo siguiente:

“Una vez la jurisprudencia ha interpretado que la condición más beneficiosa admite sujetar la pensión de invalidez a reglas bajo cuya vigencia se contrajo una expectativa legítima, no puede apartarse de esa orientación en un sentido restrictivo, a menos que se ofrezcan razones poderosas suficientes que muestren que: (i) la nueva posición tiene mejor sustento en el orden legal y constitucional, (ii) los argumentos para apartarse priman sobre los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad de trato que están a la base del respeto al precedente constitucional, y (iii) está en condiciones de desvirtuar la prohibición de retroceso injustificado en materia de derechos sociales fundamentales, establecida en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Hasta el momento no se han aportado razones de esta naturaleza, por lo cual la jurisprudencia de esta Corte, encargada de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución, se mantiene y es vinculante para todas las autoridades, incluidas las judiciales (CP. Art. 241).”

Dicha providencia precisó que un fondo de pensiones vulnera el derecho fundamental de una persona a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, cuando:

²⁰ sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, proferidas el 5 de julio de 2005 (M.P. Camilo Tarquino Gallego), el 5 de febrero de 2008 (M. P. Camilo Tarquino Gallego) y el 15 de febrero de 2011 (M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve).

“... le niega el reconocimiento de la pensión de invalidez que reclama por no cumplir con los requisitos previstos en la norma vigente al momento de la estructuración del riesgo (Ley 860 de 2003), ni los contemplados en la normatividad inmediatamente anterior (Ley 100 de 1993 –versión inicial), pese a haber reunido ampliamente las condiciones consagradas para obtener tal pensión en vigencia de un esquema normativo más antiguo que el inmediatamente anterior (Decreto 758 de 1990)”.

En suma, cuando los afiliados reclamen el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez ante las respectivas administradoras públicas o privadas de fondos de pensiones y/o ante los jueces correspondientes (ya sea en sede de tutela o en el marco de un proceso laboral), esas entidades y/o autoridades judiciales, con observancia del precedente vinculante establecido por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la Sentencia SU-442 de 2016, en virtud del principio de la condición más beneficiosa previsto en el artículo 53 Superior y en pro de proteger las expectativas legítimas de esos afiliados, deberán: (i) identificar todos los regímenes normativos (vigentes o derogados) que regulen sus situaciones jurídicas, y (ii) aplicar el que resulte más favorable para ellos, indistintamente de que sea el inmediatamente anterior al vigente, y siempre y cuando los afiliados observen los presupuestos que exija ese régimen normativo más favorable para acceder a la pensión de invalidez que soliciten.

Principio de subsidiariedad de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de acreencias pensionales

El inciso 4º del artículo 86 Superior consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y establece que “[e]sta acción sólo 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”.

Del mismo modo, el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, prevé que el amparo constitucional será improcedente, cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante.

En la sentencia T-1008 de 2012, la Corte Constitucional estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

Posteriormente, en las sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015, estableció que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe agotarlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia.

Ahora bien, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, existen algunas excepciones al principio de subsidiariedad que harían procedente la acción de tutela. La primera de ellas es que se compruebe que el mecanismo judicial ordinario diseñado por el Legislador no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; y la segunda; que “siendo apto para conseguir la protección, en razón a la

inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”²¹

En el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado.²²

En relación con la idoneidad del recurso ordinario, esta Corporación en la sentencia SU-961 de 1999 indicó que en cada caso, el juez de tutela debe evaluar y determinar si el mecanismo judicial al alcance del afectado puede otorgar una protección completa y eficaz, de no cumplirse con los mencionados presupuestos, el operador judicial puede conceder el amparo constitucional de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen.

En el mismo sentido, la sentencia T-230 de 2013, indicó que una de las formas para determinar que el mecanismo no es idóneo, se presenta cuando éste no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión. En consecuencia, la aptitud del medio debe analizarse en cada caso concreto y en su estudio se considerarán: (i) las características del procedimiento; (ii) las circunstancias del peticionario y (iii) el derecho fundamental involucrado.

De otra parte, en cuanto a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la Corte en la sentencia T-225 de 1993, señaló que de acuerdo con el inciso 3° del artículo 86 Superior, aquel se presenta cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto que ya no puede ser recuperado en su integridad.

Adicionalmente, en la sentencia T-808 de 2010, reiterada en la T-956 de 2014, la Corte estableció que se debe tener en cuenta la presencia de varios elementos para determinar el carácter irremediable del perjuicio.

En primer lugar, estableció que el daño debe ser inminente, es decir que está por suceder en un tiempo cercano, a diferencia de la mera expectativa ante un posible menoscabo. Este presupuesto exige la acreditación probatoria de la ocurrencia de la lesión en un corto plazo que justifique la intervención del juez constitucional. Es importante resaltar que la inminencia no implica necesariamente que el detrimento en los derechos este consumado. Así mismo, indicó que las medidas que se debían tomar para conjurar el perjuicio irremediable deben ser urgentes y precisas ante la posibilidad de un daño grave evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales de una persona. En esa oportunidad, la Corte señaló que la gravedad del daño depende de la importancia que el orden jurídico le concede a determinados bienes bajo su protección.

Finalmente, estableció que la acción de tutela debe ser impostergable para que la actuación de las autoridades y de los particulares sea eficaz y pueda asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

Es importante resaltar que, si bien una de las características de la acción de tutela es su carácter informal, esta Corporación ha hecho especial énfasis en la necesidad de que los jueces de tutela corroboren los hechos que dan cuenta de la vulneración del derecho fundamental. En este sentido, la sentencia T-702 de 2000 determinó que los jueces no pueden conceder una tutela si no existe prueba de la transgresión o amenaza del derecho fundamental que requiera el amparo constitucional en un proceso preferente y sumario. En la sentencia T-131 de 2007, la Corte estableció que en sede de tutela el accionante tiene la carga de probar las vulneraciones invocadas. Quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe acreditar probatoriamente los hechos que fundamentan sus pretensiones con la finalidad de que el juez adopte una decisión con plena certeza y convicción de la

²¹ Sentencia T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²² sentencias T-441 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-594 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-373 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

amenaza o vulneración del derecho invocado. No obstante, también reconoció que existen situaciones en las que la carga de la prueba se debe invertir por las condiciones de indefensión en las que se encuentra el peticionario.

Caso concreto. -

La accionante cuenta con un total de 858 semanas cotizadas entre el 21 de septiembre de 1978 hasta el 1 de noviembre de 2013.

Se advierte que el accionante padece en la actualidad síndrome de manguito rotatorio, trastornos de los discos intervertebrales no especificado, hipertensión esencial primaria, diabetes mellitus, síndrome del túnel carpiano, heterotropía intermitente, dorsalgia no especificada, por lo que fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 52.86 % de origen, enfermedad y riesgo común, con fecha de estructuración del 11 de octubre de 2016.

El 14 de diciembre de 2017 solicitó el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez ante Colpensiones, la cual fue denegada el 19 de noviembre de 2018, tras considerarse que no reunía las exigencias previstas en la Ley 860 de 2003, al no registrar 50 semanas de cotización dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, es decir, desde el 11 de Octubre de 2013 hasta la fecha de estructuración, 11 de Octubre de 2016; por otra parte, por no ser aplicable la condición más beneficiosa al no acreditar un mínimo de 26 semanas de cotización en el último año a la entrada en vigencia de la ley 860 de 2003, esto es, en el periodo comprendido entre el 29 de diciembre de 2002 y el 29 de diciembre de 2003 ni registrar las semanas requeridas aplicando el concepto establecido para las enfermedades degenerativas, catastróficas o congénitas.

La demandante interpuso recursos de reposición y en subsidio de apelación, pero la entidad accionada confirmó íntegramente el acto administrativo recurrido al estimar que no acredita el número de semanas requerido bajo la órbita de la Ley 860 de 2003 a la fecha de estructuración, ni bajo la aplicación del Concepto No. 2017_126720083 del 29 de noviembre de 2017, ya que tampoco acredita las semanas de cotización requeridas.

Es dable poner de presente que la acción de amparo invocada no está llamada a prosperar frente a la salvaguarda de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y seguridad social, toda vez que puede acudir a la jurisdicción ordinaria para la defensa de sus propios intereses y la protección efectiva e inmediata los derechos constitucionales fundamental.

En el presente caso, la decisión cuestionada por el actor puede ser debatida a través de los medios de defensa ordinarios para revisar su legalidad, no siendo la acción de tutela el mecanismo procedente para obtener la satisfacción de sus pretensiones cuando la vía judicial ordinaria permite al accionante reclamar eficazmente los derechos presuntamente vulnerados.

En mérito de lo expuesto, la JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela presentada por el señor Jorge Enrique Mora González , conforme a lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO. - NOTIFICAR a la accionada y a la accionante, por el medio más expedito, en el término previsto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. -Si este fallo no fuere impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, envíese el expediente al día siguiente a la Corte Constitucional, para efectos de su eventual revisión, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991; en caso que la acción

Rad. 11001335017 2020-00342-00

Jorge Enrique Mora González

Acción de Tutela

sea excluida de una eventual revisión por parte de la H. Corte Constitucional, se procederá al archivo inmediato del expediente, con el correspondiente registro en el sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

Firmado Por:

LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 017 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **024866f3eeb9e281c4556acc844274ecc66b2cf2e260a6a9d47398369660a47b**

Documento generado en 20/10/2020 12:04:04 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>