

T-377-16

Sentencia T-377/16

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Relevancia constitucional del requisito general de subsidiariedad para su procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Carácter residual y subsidiario

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia cuando el proceso se encuentra en trámite

Cuando el proceso se encuentra en trámite, la intervención del juez constitucional está vedada en principio, toda vez que la acción constitucional no constituye un mecanismo alternativo o paralelo para dirimir problemas jurídicos que deben ser decididos mediante el trámite ordinario.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por cuanto no se han agotado todos los medios de defensa, al no haber sido resuelta la apelación interpuesta contra la sentencia emitida por el tribunal accionado, por parte del Consejo de Estado

No se han agotado todos los medios de defensa, toda vez que no se ha resuelto la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el tribunal demandado. Por esta razón, no es posible estudiar de fondo la providencia que se reprocha por vía de tutela, pues, la Sección Segunda del Consejo de Estado, juez natural de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no se ha pronunciado definitivamente sobre el asunto. De hacerlo, constituiría una intromisión del juez constitucional en la competencia asignada a otra autoridad judicial.

PENSION DE INVALIDEZ-Finalidad

La pensión de invalidez tiene como finalidad contrapesar los efectos negativos de una discapacidad y la afectación de algunos derechos fundamentales, como es el caso del mínimo vital, de aquellas personas que, como consecuencia de soportar una disminución significativa de su condición física o mental, no se hallan en capacidad de desempeñarse en el ámbito laboral, y en la mayoría de los casos, esta prestación se erige como el único

medio de subsistencia.

#### PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA EN MATERIA PENSIONAL-Aplicación

Por condición más beneficiosa se entiende que si conforme a las reglas vigentes no se satisfacen los requisitos para el reconocimiento y pago de una pensión, debe analizarse si bajo otra normativa anterior del ordenamiento jurídico es posible conceder el derecho, siempre y cuando se compruebe que la persona cumplió con el requisito de densidad de semanas del régimen anterior para garantizar el acceso a la prestación social solicitada, antes de que el mismo perdiera su vigencia.

#### PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA EN MATERIA PENSIONAL-Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Sobre la aplicación de la condición más beneficiosa cuando se solicita el reconocimiento de la pensión de invalidez, existe una línea jurisprudencial sólida en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y en la Corte Constitucional en el sentido de que se puede aplicar el régimen inmediatamente anterior al vigente a la fecha de estructuración de la discapacidad. En efecto, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han sostenido que una persona tiene derecho a que su situación pensional se decida con fundamento en la norma anterior inmediata, si satisface el requisito de densidad de semanas cotizadas de dicho régimen antes de la entrada en vigencia del nuevo.

#### DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Orden a la UGPP reconocer pensión de invalidez

Referencia: Expediente T-5.189.039

Accionante: Octavio Segundo Vence Piscioti

Accionado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., veintidós (22) de julio de dos mil dieciséis (2016)

L

a Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

## SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera del Consejo de Estado, el 2 de julio de 2015, en el trámite de la acción de tutela promovida por el señor Octavio Segundo Vence Piscioti, contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A.

### 1. Solicitud

El señor Octavio Segundo Vence Piscioti, actuando en nombre propio, acudió a la acción de tutela, en procura de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital y a la seguridad social, entre otros, que, según afirma, han sido vulnerados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, al negarle las pretensiones de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que inició contra la Caja Nacional de Previsión -CAJANAL EICE-, en adelante Cajanal.

La situación fáctica a partir de la cual se fundamenta la invocación del amparo constitucional, es la que a continuación se expone:

### 2. Hechos relevantes

2.1. El señor Octavio Segundo Vence Piscioti nació el 6 de abril de 1944[1].

2.2. El señor Vence Piscioti cuenta con el siguiente tiempo de servicio:

ENTIDAD

ESTADO

DESDE

HASTA

TOTAL

DIAS

Cámara de Representantes

Tiempo de servicio

01/10/1969

30/07/1970

10 meses

300 días

Ministerio de Hacienda

Tiempo de servicio

14/09/1970

06/09/1985

14 años, 11 meses, 23 días

5393 días

Ministerio de Hacienda

Interrupción

15/04/1974

14/06/1972

2 meses

60 días

(-)

Ministerio de Hacienda

Interrupción

24/08/1979

03/12/1979

3 meses y 10 días

100 días

(-)

Ministerio de Hacienda

Interrupción

03/01/1984

4 días

4 días

(-)

TOTAL

15 años 9 meses y 23 días

5.529 días

Según, la certificación laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público[2], durante el tiempo de servicio, Octavio Segundo Vence Piscioti presentó una interrupción laboral de 164 días.

Así, se tiene que aportó un total de 5.529 días, esto es, 789 semanas.

2.3. El 28 de septiembre de 2004, el señor Octavio Segundo Vence sufrió un accidente cerebro vascular con una pérdida de la capacidad laboral del 66%, según la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá.

La fecha de estructuración de invalidez, conforme al dictamen de la mencionada junta es el 28 de septiembre de 2004[3].

2.4. El 22 de noviembre de 2007, el señor Vence Piscioti solicitó a Cajanal, el reconocimiento de la pensión de invalidez[4].

2.5. Mediante la Resolución N° 62349, de diciembre 30 de 2008[5], Cajanal negó la prestación reclamada bajo el argumento según el cual, el señor Octavio Segundo Vence, no cumple los requisitos consagrados en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993[6].

Frente al particular, el citado acto administrativo, señaló:

“...este despacho pudo establecer que el interesado estuvo afiliado a esta entidad hasta el 06 de septiembre de 1985, razón por la cual el peticionario NO reúne la condición legal para el reconocimiento pretendido.

De igual forma se estableció que el interesado no aportó el certificado de la calificación de invalidez, expedido por el órgano competente, razón por la cual no se puede establecer el porcentaje de la incapacidad y la fecha de estructuración de la invalidez, de conformidad con los artículos 41 y 42 de la Ley 100 de 1993”[7].

2.6. Contra el mencionado acto administrativo, el señor Vence Piscioti interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación y solicitó, en primer lugar, el reconocimiento de

la pensión de invalidez y, secundariamente, la pensión de vejez [8].

2.7. Mediante Resolución N° PAP 048792, de abril 15 de 2011, Cajanal resolvió el recurso de reposición confirmando la decisión inicial[9].

Respecto de la solicitud de la pensión de invalidez señaló que el afiliado no cumple los requisitos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993[10]. Esto dijo frente al particular:

“...mediante la Sentencia C-428 de 2009 de la Corte Constitucional [se] declaró inexecutable la exigencia de la fidelidad de cotización.

En caso de que el peticionario no contase con las 50 semanas de cotización exigidas en los últimos tres años previos a la estructuración de la invalidez, podrá acceder a la pensión siempre y cuando tuviese al menos 75% de las semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez, evento en el cual sólo se exigirá 25 semanas de cotización en los últimos tres años con anterioridad a la estructuración, pero en este caso, el solicitante se retiró del servicio en el año 1985, y según Dictamen N° 7418817 del 15 de abril de 2010 proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, la fecha de Estructuración de la Invalidez es el 28 de septiembre de 2004, motivo por el cual se confirma la Resolución N° 62349 del 03 de julio de 2007 (SIC) por encontrarse conforme a derecho.”

“...es requisito sine qua non que el peticionario haya servido 20 años continuos o discontinuos al Estado, y para el caso en estudio el solicitante solo acreditó un tiempo de servicios de 5,529 días, correspondientes a 789 semanas, tiempo insuficiente para proceder al reconocimiento de la prestación solicitada”

Frente al recurso de apelación, se señaló que este no procede, toda vez que con el acto administrativo proferido por la Dirección General, quedó agotada la vía gubernativa.

2.8. Inconforme con lo decidido, el señor Vence Piscioti, solicitó la revocatoria directa de la resolución antes mencionada porque, a su juicio, se desconoció la Constitución Política y la jurisprudencia de las altas cortes, las cuales permiten que se le conceda el derecho a la pensión de invalidez. Así mismo, estimó que fue desatendida la Circular N° 054 de la Procuraduría General de la Nación, en la que se consagra la obligación para las administradoras pensionales de respetar el régimen de transición[12].

2.9. El 24 de noviembre de 2011, el señor Vence Piscioti solicitó nuevamente, a Cajanal el reconocimiento y pago de la pensión de Invalidez y/o vejez.

Ante la falta de respuesta, promovió acción de tutela contra la citada entidad por una presunta violación de sus derechos fundamentales de petición y a la seguridad social, entre otros.

2.10. La demanda fue repartida al Juzgado Promiscuo de Familia de Chiriguaná (César), quien, mediante sentencia del 22 de febrero de 2012, concedió el amparo solicitado y ordenó a Cajanal que procediera a resolver de fondo la solicitud pensional, pronunciándose sobre la legislación y los precedentes judiciales citados por el demandante.

2.11. Cajanal, mediante Resolución N° UGM 042289, de abril 11 de 2012, negó la revocatoria directa solicitada por el señor Vence Piscioti al considerar que el peticionario no aportó nuevos elementos de juicio que permitieran hacer variar la decisión inicialmente tomada o siquiera modificarla[13].

Frente a la Circular N° 054 de 2010 proferida por la Procuraduría General de la Nación, Cajanal sostuvo que no es posible aplicarla en este caso, pues, esta cobija a los funcionarios pertenecientes a la Rama Judicial, Procuraduría, Fiscalía General de la Nación, Defensoría e Instituto de Medicina Legal, calidad que no ostenta el señor Vence Piscioti.

2.12. En cumplimiento de la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Chiriguaná (César) que tuteló los derechos fundamentales de petición y a la seguridad social, entre otros, del señor Octavio Segundo Vence Piscioti, Cajanal profirió la Resolución N° UGM 057052, de octubre 9 de 2012[14].

Para resolver la solicitud pensional, la mencionada entidad citó como legislación aplicable frente a la pensión de invalidez, los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, este último, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. Respecto de la pensión de jubilación, mencionó los artículos 1 de la Ley 33 de 1985 y 68 del Decreto 1848 de 1969.

· Como fundamento para negar ambas prestaciones, en el prenombrado acto se expuso:

-De acuerdo con los soportes allegados, el peticionario, no cuenta con las 50 semanas de

cotización exigidas en los últimos tres años previas a la estructuración de la invalidez, luego, no es posible acceder a la pensión de invalidez.

-El señor Vence Piscioti acreditó un tiempo de servicio de 5.529 días, correspondiente a 789 semanas, tiempo insuficiente para reconocer la pensión de jubilación, toda vez que el servidor público debe demostrar 20 años, continuos o discontinuos de servicios al Estado.

· En lo atinente, a la aplicación de la Circular Nº 054 de 2010 de la Procuraduría General de la Nación, Cajanal señaló:

-El Ministerio Público, a través de la circular mencionada, conminó a las administradoras del régimen de prima media, entre ellas, a Cajanal a acatar la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional y respetar los derechos adquiridos, en materia pensional, de los servidores públicos afiliados y beneficiarios del régimen de transición.

En cumplimiento de ello, se definieron las directrices generales que orientan el cambio de posición respecto del reconocimiento y liquidación de las pensiones especiales reguladas en los Decretos 546 de 1971 y 929 de 1976 (Rama Judicial, Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General de la Nación, Defensoría del Pueblo e Instituto de Medicina Legal), presupuesto que, en este caso, no se cumple, pues, el señor Vence Piscioti prestó sus servicios al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Así las cosas, la solicitud fundamentada en dicha circular resulta improcedente.

· Sobre el desconocimiento del precedente jurisprudencial sobre la materia, la administradora mencionada, dijo:

-El desconocimiento del precedente jurisprudencial requiere que se establezca la subregla de interpretación que es vinculante por constituir la ratio decidendi de una serie de pronunciamientos que comparten una identidad táctica y, por lo mismo, coinciden respecto del problema jurídico propuesto.

En lo atinente al desconocimiento del precedente judicial contenido en las sentencias T-1291 de 2007, T-628 de 2007 y T-271 de 2009, se tiene que dichas decisiones hacen referencia a asuntos en los que se negó la pensión de invalidez porque no se cumplía con el requisito de fidelidad o porque si bien se cumplía el requisito del número de semanas (26)

de conformidad con la Ley 100 de 1993 al solicitante se le exigía el cumplimiento de las semanas requeridas en la Ley 860 de 2003, esto es, 50. En estos casos, según la Corte Constitucional, en aplicación del principio de progresividad y favorabilidad debía aplicarse la mencionada Ley 100 de 1993, en su versión primigenia.

En el caso particular, los casos traídos a colación por el señor Octavio Segundo Vence Piscioti, “no constituyen en manera alguna precedente jurídico vinculante para la determinación del derecho a la pensión de invalidez del interesado”.

2.13. El 2 de abril de 2013, el señor Vence Piscioti presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra Cajanal[15], correspondiéndole, por reparto, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A., quien, mediante sentencia del 3 de abril de 2014, no accedió a sus pretensiones[16].

El tribunal accionado, para resolver el asunto planteado, tuvo en cuenta la siguiente situación fáctica: (i) el tiempo laborado por el demandante fue de 15 años, 9 meses y 23 días que equivalen a 789 semanas; (ii) la fecha de estructuración de la invalidez es el 28 de septiembre de 2004; (iii) la causa de invalidez del accionante es de origen común y (iii) el porcentaje de calificación de la invalidez asciende a 66%.

· Frente a la pensión de invalidez reclamada, previo el análisis de cinco supuestos normativos en los que se enmarca la solicitud pensional, el tribunal accionado concluyó:

“PRIMER SUPUESTO.- Respecto a lo establecido por el Decreto 3135 de 1968, el demandante tuvo una pérdida de la capacidad laboral del 66% y no un 75% como lo exige la norma, por lo cual no cumple con el requisito por ella exigido.

SEGUNDO SUPUESTO.- Respecto a lo dispuesto por el Decreto 1295 de 1994, su enfermedad no ocurrió con ocasión o como consecuencia de un accidente de trabajo, esto es, que no se le aplica esta norma que es la que regula riesgos laborales.

TERCER SUPUESTO.- En cuanto al Decreto 1848 de 1969, no se considera inválido al empleado oficial que pierde su capacidad de trabajo en un porcentaje inferior al 75%. El demandante perdió su capacidad en un porcentaje del 66%, razón por la cual tampoco le es dable la aplicación de esta norma.

Por lo tanto, concreta la Sala que si bien se aplicara la normatividad vigente antes de la fecha de la estructuración de la invalidez, el accionante no cumple ninguno de los requisitos por ella exigidos para dicho reconocimiento [pensional].

CUARTO SUPUESTO.- Ahora, en relación al último supuesto normativo referente al establecido por la normatividad vigente al momento de estructurarse la invalidez, esto es, lo regulado por la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 860 de 26 de diciembre de 2003, la Sala se permite señalar que si bien la causa de invalidez del accionante es de origen no profesional y el porcentaje de pérdida de capacidad laboral fue de un 66%, aun así respecto del cumplimiento del requisito de tiempo de cotización, y teniendo en cuenta que el actor estuvo vinculado laboralmente y cotizando a CAJANAL hasta el 6 de septiembre de 1985, no cuenta con el requisito de cotización de 50 semanas dentro de los últimos años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, esto es, al 28 de septiembre de 2004.

Por esta razón, la sala establece que no es dable la aplicación de la normatividad vigente al momento de la estructuración de la invalidez, es decir, de la Ley 100 de 1993 y su respectiva modificación de la materia.”

· Finalmente, en relación con el artículo 6 del Decreto 758 de 1990[17], disposición que también fue mencionada por el señor Vence Piscioti como susceptible de ser aplicada en su caso, se tiene que “si bien el demandante cuenta con más de 300 semanas de cotización con anterioridad al estado de invalidez, no se encuentra cubierto dentro del ámbito de aplicación de dicha normatividad, según el artículo 1”[18].

· Ahora bien, en relación con la negativa de reconocer la pensión de vejez, el Tribunal demandado expuso las siguientes consideraciones:

-Frente al argumento presentado por el señor Vence Piscioti según el cual es beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985[19], analizadas las circunstancias particulares del caso se tiene que si bien a la fecha de expedición de la Ley 33 de 1985, el demandante tenía 15 años de servicios y esto daba lugar a la aplicación de la Ley 6 de 1945, este no cumplía los requisitos de dicha normativa, pues, al cumplir los cincuenta (50) años de edad, no contaba con los 20 años de servicios para acceder a la pensión.

-Respecto de la manifestación del demandante en el sentido de que se encuentra dentro del régimen de transición de la Ley 100 de 1993[20], lo cual le permitiría que se le aplicara la Ley 33 de 1985 en la que el empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, se tiene que si bien el señor Vence Pisciotti tenía más de 40 años de edad y más de 15 años de servicios cotizados, situación que daba lugar a la aplicación de los requisitos establecidos en la mencionada ley, no cumple los requisitos consagrados en el artículo 6 puesto que al llegar a los 55 años de edad, no contaba con los 20 años de servicio para acceder a la pensión de jubilación.

-En lo que refiere al argumento del accionante según el cual es posible aplicar en su caso el Decreto 758 de 1990 para acceder a la pensión de vejez, se tiene que no cumple los requisitos estipulados en dicha normativa, no se encuentra inmerso dentro del campo de aplicación de dicho decreto.

-Ahora, en relación con la solicitud de aplicación del Decreto 1848 de 1969, en materia de pensión de jubilación, pues, el señor Vence Pisciotti no cumple los requisitos exigidos ya que al cumplir 55 años de edad no contaba con los 20 años de servicios requeridos para conceder la mencionada prestación.

-Tampoco es aplicable, en este caso, el Decreto 3135 de 1968, toda vez que no fue retirado del servicio por haber cumplido la edad de retiro forzoso, esto es, 65 años de edad, en la medida en que su retiro fue el 6 de septiembre de 1985 cuando frisaba en los 41 años.

· En lo atinente al presunto desconocimiento del precedente jurisprudencial, el Tribunal demandado señaló:

-Las providencias referidas tanto en la petición ante Cajanal como en el libelo demandatorio versan sobre acciones de tutela que pretendían el reconocimiento de la pensión de invalidez pero que no guardan relación fáctica, ni pretensiosa y no presentan unidad en la determinación del problema jurídico en esta ocasión planteado.

3. Fundamento de la acción de tutela

Según el demandante el tribunal accionado incurrió en una vía de hecho por las siguientes razones:

-En primer lugar, por defecto sustantivo al no aplicar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, toda vez que los cambios normativos de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez que introdujo esta disposición son incompatibles con el principio de progresividad de los derechos sociales. Advirtió que tampoco fue aplicado el numeral 4 del acto legislativo 1 de 2005, el cual “estatuye que los trabajadores que hayan cotizado al menos 750 semanas a la fecha de entrada en vigencia de este acto legislativo se le deben aplicar los requisitos y beneficios establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993”.

-En segundo término, por violación del precedente constitucional contenido en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 31 de enero de 2006, expediente 25134, M.P. Isaura Vargas Díaz, sentencias T-1291 de 2005, T-1064 de 2006 y T-299 de 2010 de la Corte Constitucional, decisiones en las que se sostuvo que “constituye una paradoja jurídica” que al aplicarse el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, una persona que haya cotizado 50 semanas pueda pensionarse por invalidez, mientras que no pueda hacerlo otra persona que ha cotizado muchísimas más semanas.

Según el señor Vence Piscioti en los casos en que se ha aplicado la excepción de inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, se le ha dado aplicación al artículo 6 del Decreto 758 de 1990, el cual consagra que para tener derecho a la pensión de invalidez es necesario haber cotizado 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la invalidez o haber cotizado 300 semanas en cualquier época.

En criterio del demandante, el tribunal accionado señaló que en su caso dicha norma no era posible aplicarla en la medida en que no era destinatario de la misma, desconociendo que según certificación expedida por el ISS, él había cotizado 150 semanas a esa entidad.

-Finalmente, por violación directa de la Constitución al desconocerse los artículos 13 y 48 del Texto fundamental.

#### 4. Pretensiones

En razón de lo expuesto, Octavio Segundo Vence Piscioti solicita al juez constitucional que se deje sin efectos la decisión judicial proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A y, en su lugar, se ordene a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP que le reconozca y pague la pensión de invalidez o en subsidio la pensión de vejez. Alega como circunstancia relevante el hecho de que, sus condiciones de salud se encuentran seriamente mermadas.

## 5. Oposición a la demanda

La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera del Consejo de Estado, mediante proveído del 17 de febrero de 2015, admitió la demanda y corrió traslado al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A y a Cajanal, para que ejercieran su defensa.

5.1. Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A solicitó que se denegara el amparo deprecado, aduciendo que la decisión cuestionada se fundamentó en las disposiciones legales vigentes y se sujetó a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, razón por la cual no es posible predicar, en este caso, la existencia de una vía de hecho.

5.2. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Para fiscales de la Protección Social, UGPP, a través de la Directora Jurídica, señaló que la sentencia reprochada no es configurativa de una vía de hecho, pues, el juez de conocimiento, no desconoció ninguna norma de rango legal o infra legal, ni la aplicó e interpretó erradamente. Por el contrario, la autoridad judicial demandada sustentó su decisión en los preceptos legales relacionados con el tema y fue acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

## II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera del Consejo de Estado, en

sentencia del 2 de julio de 2015, negó el amparo deprecado, al considerar, que aún se encuentra en trámite el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el actor contra Cajanal, toda vez que está pendiente que se resuelva el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que se ataca por vía de tutela.

Aunado a lo anterior, revisado el acervo probatorio, el demandante no allegó ninguna prueba que acredite sus condiciones de salud, razón por la cual no pudo demostrar la existencia de un perjuicio irremediable que obligara un pronunciamiento de fondo del juez constitucional.

Dicho fallo no fue recurrido por ninguna de las partes.

### III. ACTUACIÓN EN SEDE DE REVISIÓN

1. Una vez seleccionado el proceso de la referencia y puesto a disposición de esta Sala de Revisión, el suscrito Magistrado Sustanciador mediante auto del 16 de diciembre de 2015[21], para mejor proveer le ordenó a Octavio Segundo Vence Psiciotti que informara a la Sala con los correspondientes documentos que respalden sus afirmaciones, lo siguiente:

“-De qué actividad económica deriva sus ingresos.

-Si es dueño de bienes muebles o inmuebles, indicando, en caso positivo, cuál es su valor y la renta que pueda derivar de ellos.

-Cuál es su situación económica actual.

-Si tiene personas a cargo, indicando quienes y cuantos.

-Señale la relación de gastos mensuales por todo concepto (alimentación, educación, vestuario, salud, recreación, etc.).

-Cuál es su estado de salud, en caso de presentar alguna enfermedad anexar, historia clínica”.

Así mismo, a través del mencionado proveído, la Sala Cuarta de Revisión, ordenó a la Secretaría General de la Corporación que, una vez fuera recepcionada la prueba requerida,

le informara al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, para que se pronunciara sobre la misma, en el término de tres (3) días hábiles, plazo durante el cual el expediente quedaría a disposición en la Secretaría General.

1.1. El señor Vence Piscioti respondió los requerimientos expuestos[22] y, frente al particular, señaló:

-Que no percibe ningún ingreso. Depende económicamente de sus hijos, especialmente, de Alejandro Vence Villamil.

-No posee ningún inmueble, solo es propietario de unos pocos bienes personales.

-Se encuentra económicamente desamparado.

-Tiene a cargo a su esposa, la señora Natalia Villamil Cantor con quien vive hace más de 45 años.

-Se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud por intermedio de Compensar EPS, en calidad de beneficiario.

-El 28 de septiembre de 2004 padeció una trombosis, situación que repercutió en su estado de salud. Adicionalmente, el 27 de diciembre de 2015, sufrió de una serie de convulsiones que se repiten de manera frecuente pero leve. Para reforzar lo dicho adjunta una copia de la epicrisis de la historia clínica dentro de los documentos anexos a su respuesta.

-Sus gastos mensuales los estimó de la siguiente manera:

CONCEPTO

VALOR

Alimentación

\$500.000

vivienda

\$700.000

Pago de la EPS en calidad de beneficiario

\$ 20.000

Recreación

No hay valor fijo

vestuario

TOTAL

\$1'220.000

1.2. La Secretaría General de la Corte Constitucional informó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A de la recepción de las anteriores pruebas, las cuales puso a su disposición. Sobre dichos documentos, el mencionado cuerpo colegiado, no manifestó opinión al respecto.

2. Posteriormente, a través del Auto del 15 de enero de 2016, la Sala Cuarta de Revisión, solicitó al despacho del Consejero de Estado Carmelo Perdomo Cueter que, remitiera con destino a la Sala, copia del expediente completo del proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por el señor Octavio Segundo Vence Piscioti contra Cajanal con radicado N° 25000234200020130119101.

Así mismo, esta Sala, le ordenó a la Secretaría General de la Corporación que pusiera en conocimiento de la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Parafiscales, en adelante UGPP, el escrito allegado a esta Corporación por el señor Vence Piscioti, en cumplimiento del Auto del 16 de diciembre de 2015 a efectos de que se pronunciara sobre el mismo.

Finalmente, se dispuso suspender los términos para fallar el presente proceso[23].

2.1. En virtud de dicho pedimento fue remitido al despacho del suscrito magistrado sustanciador copia del expediente reseñado.

2.2. La UGPP, por intermedio del Subdirector Jurídico Pensional y apoderado judicial, dio respuesta a dicho requerimiento y, frente al particular, señaló que el señor Octavio Segundo Vence Piscioti, laboró 5693 días con 434 de interrupción y su última cotización a la extinta Caja de Previsión Social la realizó en el año 1985 y según el dictamen de la Junta de calificación de invalidez de Bogotá, tiene una pérdida de la capacidad laboral del 66%, estructurada el 28 de septiembre de 2004.

Así las cosas, para la mencionada entidad, el señor Vence Piscioti no cumple los requisitos consagrados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de invalidez.

Por las anteriores consideraciones, pidió que se declare la improcedencia de la tutela de la referencia y como consecuencia de ello se niegue el amparo solicitado[24].

3. El 4 de marzo de 2016, el señor Octavio Segundo Vence Piscioti envió a la Sala Cuarta de Revisión un escrito que con anterioridad remitió a la Sección Segunda del Consejo de Estado, por medio del cual solicitó que le fuera aplicado el numeral 4 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005[25].

4. El 11 de abril de 2016, el suscrito Magistrado Sustanciador, le ordenó a la Secretaría General de esta Corporación poner en conocimiento del señor Vence Piscioti, el escrito de la UGPP, anteriormente, reseñado.

El señor Vence Piscioti, respecto del escrito de la UGPP, allegado, en sede de revisión, señaló[26]:

-La mencionada entidad reconoció que él había “laborado 5.693 días con 434 de interrupción. Ello se traduce en que tiene un total de 751 (SIC) semanas laboradas”, número que resulta superior a las semanas exigidas por el parágrafo 4 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005. En consecuencia, a juicio, del demandante, en su caso, debió aplicarse el régimen de transición establecido en el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior, sin tener en cuenta, en primer lugar, que en su historia laboral, figuran 164 días de interrupción y, no 434, como se afirmó, ello en concordancia con la Resolución N° UGM

057052, de octubre 9 de 2012, proferida por Cajanal y, en segundo término, que laboró y cotizó en el Instituto de Fomento Algodonero, periodo que nunca le fue reconocido.

-La UGPP aplicó para negar la pensión de invalidez el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, el cual había sido declarado inexecutable. Así, se vulneró su derecho fundamental al debido proceso, entre otros, y se desconocieron, además, las sentencias T-595 de 2012, T-299 de 2010, T-043 de 2007, T-1064 de 2006 y T-1291 de 2005, en las que se inaplicó el mencionado artículo.

Según el precedente jurisprudencial existente sobre la materia: “resultaría el sistema ineficaz, sin sentido práctico y dinámico” si se aplica el mencionado artículo y “sería una paradoja jurídica entender”, que mientras una persona pueda pensionarse por invalidez con tan solo 26 semanas de cotización, otras no lo puedan hacer “con abundancia de semanas”. En su caso, recalcó, se negó la pensión de invalidez, con una densidad de cotización, 30 veces superior a la exigida, pues, en total cuenta con 789 semanas de cotización.

-Concluye que si se hubiera dado aplicación al Decreto 758 de 1990 en concordancia con el precedente constitucional vertido en la Sentencia C-168 de 1995, que, como ya se dijo, elimina la distinción entre funcionario públicos y trabajadores privados en materia pensional, se le hubiera reconocido cualquiera de las prestaciones solicitadas, toda vez que en ambos casos cumple con los presupuestos legales.

Lo anterior, porque según el artículo 6 del señalado decreto para acceder a la pensión de invalidez se requiere haber cotizado 300 semanas en cualquier tiempo y conforme al artículo 12, respecto de la pensión de vejez, deben cotizarse 500 semanas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, requisitos que, ampliamente, satisface.

#### IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

##### 1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por

los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

## 2. Presentación del asunto

De acuerdo con la situación fáctica descrita, se le atribuye al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital y a la seguridad social, entre otros, del señor Octavio Segundo Vence Piscioti, como consecuencia de la decisión de negarle las pretensiones de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que aquél inició contra Cajanal.

Frente a lo anterior, el actor aduce que el tribunal accionado incurrió en una vía de hecho por: (i) defecto sustantivo al no aplicar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 y el parágrafo 4 del artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005; (ii) por violación del precedente constitucional contenido en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 31 de enero de 2006, expediente 25134, M.P. Isaura Vargas Díaz y en las sentencias T-1291 de 2005, T-1064 de 2006 y T-299 de 2010 de la Corte Constitucional y (iii) por violación directa de la Constitución al desconocerse los artículos 13 y 48 del Texto fundamental.

Para la autoridad judicial demandada, la acción de tutela es improcedente, al estimar que la decisión cuestionada no vulneró las garantías fundamentales invocadas por el actor, ya que se fundamentó en las disposiciones legales vigentes y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

La UGPP, entidad vinculada a la presente causa, considera que la sentencia reprochada no es configurativa de una vía de hecho, pues, el juez de conocimiento, sustentó su decisión en los preceptos legales relacionados con el tema y fue acorde con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

El juez de instancia negó el amparo deprecado al considerar que el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por el actor se encuentra en trámite, toda vez que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que se ataca por vía de tutela, aún se encuentra pendiente por resolver.

Advirtió, además, que el demandante no allegó ninguna prueba que acredite sus condiciones de salud, razón por la cual, en este caso, no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable que obligue un pronunciamiento de fondo del juez constitucional.

Desde esa perspectiva, antes de entrar a identificar el problema jurídico y los temas que eventualmente deberían abordarse para efectos de darle solución al asunto sometido a revisión, la Sala, debe definir la procedibilidad de la presente acción de tutela. Ello, sobre la base de las consideraciones expuestas por el juez de instancia, en el sentido de sostener que, en el presente asunto, la intervención del juez constitucional se encuentra vedada, toda vez que el proceso aún se encuentra en trámite.

3. El principio de subsidiariedad en materia de tutela, como presupuesto de procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial

3.1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado, de manera reiterada y uniforme, que la acción constitucional es un instrumento de defensa judicial dotado de un carácter subsidiario y residual, en virtud del cual, es posible, mediante un procedimiento preferente y sumario, obtener el amparo inmediato de los derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos expresamente señalados por la ley[27].

El carácter subsidiario y residual de la tutela, se traduce en que procede de manera supletiva, es decir, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo estos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.[28] Frente al particular, el artículo 86 Superior señala expresamente que: “Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Bajo este Contexto, para este Tribunal “la acción de tutela, en términos generales, 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 (SIC) de estos procesos para controvertir las decisiones que se

adopten.”[29]

Este elemento cardinal de la acción de amparo, esto es, la subsidiariedad, adquiere fundamento y se justifica, en la necesidad de preservar el orden regular de asignación de competencias a las distintas autoridades jurisdiccionales, con el propósito no solo de evitar su paulatina sucesiva disgregación sino también de garantizar el principio de seguridad jurídica. Lo anterior, porque la acción de tutela no constituye el único mecanismo previsto por el legislador para la defensa de los derechos fundamentales, pues, existen otros medios ordinarios, provistos de la especialidad necesaria para, de manera prioritaria, agenciar su protección.

En estos términos, en virtud del principio de subsidiariedad que orienta la acción de amparo constitucional, los conflictos jurídicos que versen sobre la vulneración de derechos fundamentales, en principio, deben ser dirimidos mediante los distintos medios ordinarios de defensa previstos en la ley como instrumentos preferentes a los que se debe acudir para lograr su protección, y solo ante la ausencia de dichos mecanismos o cuando los mismos no resulten idóneos o eficaces para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es procedente acudir a la tutela.

3.2. Para lo que interesa a la presente causa, el carácter subsidiario de la tutela contra providencias judiciales ha sido analizado por este Tribunal desde sus primeras sentencias sobre este tema particular.

Muestra de ello, lo constituye la Sentencia C-543 de 1992[30], en la que la Corte dijo: “tan sólo resulta procedente instaurar la acción en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los jueces, esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable (...) Luego no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales(...) tratándose de instrumentos dirigidos a la

preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso...”. Esta posición, fue reiterada, entre otras, en la sentencia SU-622 de 2001[31] y, luego, en la sentencia C-590 de 2005[32].

En igual sentido, la Corte, como lo recordó la Sentencia T-103 de 2014[33], en la sentencia SU-026 de 2012[34], estimó: “Es necesario resaltar que la acción de tutela no es, en principio, el instrumento judicial adecuado para solicitar la protección de los derechos que eventualmente sean lesionados en el trámite de un proceso judicial, pues el ordenamiento jurídico ha diseñado para este efecto la estructura de órganos de la rama judicial, estableciendo un modelo jerárquico cuyo movimiento se activa a partir de la utilización de una serie de mecanismos judiciales que buscan garantizar la corrección de las providencias judiciales”. Por otra parte, en la sentencia SU-424 de 2012[35], este Tribunal recalcó: “(...) a la acción de tutela no puede admitírsele, bajo ningún motivo, 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 en estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten[36]”.

Así las cosas, son tres los escenarios en los que la subsidiaridad de la acción de tutela conduce a que este mecanismo constitucional contra providencia judicial resulte improcedente: (i) cuando el asunto está en trámite; (ii) en el evento en que no se han agotado los medios de defensa judicial ordinarios y extraordinarios; y (iii) si se usa para revivir etapas procesales en donde se dejaron de emplear los recursos previstos en el ordenamiento jurídico[37].

Esta Corporación ha señalado que cuando se atacan decisiones judiciales, a través de la acción de tutela, ello acontece en dos escenarios, a saber: (i) cuando el proceso ha concluido; o (ii) se encuentra en trámite. En este último, la intervención del juez constitucional está vedada en principio, toda vez que la acción constitucional no constituye un mecanismo alternativo o paralelo para dirimir problemas jurídicos que deben ser decididos mediante el trámite ordinario[38].

Precisamente, la Corte, en sentencia T-113 de 2013[39], dijo:

“En efecto, al estudiar el requisito de subsidiariedad en estos casos se pueden presentar

dos escenarios: i) que el proceso haya concluido[40]; o ii) que el proceso judicial se encuentre en curso[41]. Lo anterior constituye un factor para diferenciar el papel del juez constitucional en cada caso, de una parte, si se enfrenta a la revisión de la actuación judicial de un proceso concluido deberá asegurarse que la acción de amparo no se está utilizando para revivir oportunidades procesales vencidas, que se agotaron todos los recursos previstos por el proceso judicial para cuestionar las decisiones impugnadas y que no se emplea la acción de amparo como una instancia adicional. De otra parte, si el proceso se encuentra en curso la intervención del juez constitucional está en principio vedada, pues como se sabe la acción de tutela no es un mecanismo alternativo o paralelo pero puede resultar necesaria para evitar un perjuicio irremediable que comprometa la vulneración de derechos fundamentales.”

Conforme a esta línea jurisprudencial, la Corte, enfáticamente, ha señalado que la acción constitucional no es un mecanismo alternativo o paralelo en la resolución de conflictos. En esta medida, no es dable la injerencia de la jurisdicción constitucional en el ámbito de la justicia ordinaria sino cuando se presentan unas especialísimas circunstancias que hacen procedente el amparo[42].

Precisamente, esta Corporación ha precisado, entre otras razones, que el respeto por el debido proceso, justifica el análisis del requisito de subsidiariedad cuando se trata de tutela contra providencia judicial. Frente al particular, la Corte, en sentencia T-211 de 2009, destacó[43]:

“Las etapas, recursos y procedimientos que conforman un proceso, son el primer espacio de protección de los derechos fundamentales de los asociados, especialmente en lo que tiene que ver con las garantías del debido proceso. Es en este sentido que la sentencia C-543/92 puntualiza que: ‘tratándose de instrumentos dirigidos a la preservación de los derechos, el medio judicial por excelencia es el proceso, tal como lo acreditan sus remotos orígenes’. Por tanto, no es admisible que el afectado alegue la vulneración o amenaza de un derecho fundamental cuando no ha solicitado el amparo de sus derechos dentro del proceso, pues, en principio, el ordenamiento jurídico le ha dotado de todas las herramientas necesarias para corregir durante su trámite las irregularidades procesales que puedan afectarle.”

Para concluir el punto, se tiene que la subsidiariedad dimana del carácter excepcional,

preferente y sumario que tiene la acción de amparo constitucional, el cual obliga al ciudadano de acudir a los otros medios de defensa judicial previo a invocar la protección de los derechos fundamentales a través de la acción de tutela. De esta manera, los conflictos jurídicos que involucran derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias y solo en casos excepcionales a través de la acción constitucional.

3.3. Delimitado el alcance del principio de subsidiariedad de la tutela, pasará la Sala a abordar el estudio del caso concreto desde la perspectiva de la jurisprudencia de esta Corte respecto de la procedencia del amparo constitucional contra providencia judicial, específicamente, en relación con el principio de subsidiaridad.

Según quedó previamente expuesto, se le endilga al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital y a la seguridad social, entre otros, del señor Octavio Segundo Vence Pisciotti, como consecuencia de la decisión de la mencionada autoridad judicial de negarle las pretensiones de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que aquél inició contra Cajanal.

Para el señor Vence Pisciotti, este fallo constituye una vía de hecho. Desde ese punto de vista, el objeto central de la presente acción de amparo constitucional va encaminado a que el juez de tutela revoque de manera inmediata la citada decisión que, a su juicio, se expidió tras incurrir en varios defectos materiales que afectan la providencia judicial, a pesar de que aún se encuentra en trámite el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Revisada la actuación, la Sala observa que no se han agotado todos los medios de defensa, toda vez que no se ha resuelto la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el tribunal demandado. Por esta razón, no es posible estudiar de fondo la providencia que se reprocha por vía de tutela, pues, la Sección Segunda del Consejo de Estado, juez natural de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no se ha pronunciado definitivamente sobre el asunto. De hacerlo, constituiría una intromisión del juez constitucional en la competencia asignada a otra autoridad judicial.

Refuerza lo dicho, que la Corte, enfáticamente, ha señalado: “la justicia constitucional no puede operar como un mecanismo de protección paralelo y totalmente ajeno a los medios de defensa judiciales de carácter ordinario, sino que, por el contrario, se debe procurar una

coordinación entre éstos, con el fin de que no ocurran interferencias indebidas e invasiones de competencia no consentidas por el Constituyente. Es precisamente la adecuada aplicación del principio de subsidiariedad lo que logra la articulación de los órganos judiciales en la determinación del espacio jurisdiccional respectivo.”[44]

En lo que incumbe al asunto debatido, se tiene que el ordenamiento jurídico consagró un mecanismo de defensa judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, específicamente, en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, “por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”[45] al cual podrá acudir toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica para pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho, pudiendo, además, solicitar la reparación del daño.

En el presente asunto, precisamente, el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Vence Piscioti no ha culminado, lo que significa que el demandante aún puede mantener la pretensión impugnativa hasta que se adopte la decisión final.

Aquí resulta pertinente destacar que en el marco del objeto y principios de la jurisdicción contencioso administrativa, el artículo 103 de la citada ley, dispuso que “los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución y la ley y la preservación del orden jurídico”.

Bajo el anterior contexto, resulta diáfano concluir que el legislador encauzó el objetivo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en concordancia con el régimen constitucional, ello con el propósito de garantizar la efectividad de los derechos consagrados en el Texto Fundamental. Así, este control jurisdiccional persigue asegurar la vigencia del principio de legalidad de la actividad administrativa, hoy también de constitucionalidad, siendo entonces, el juez contencioso administrativo garante de la legalidad y de los derechos de los administrados.

Por otro lado, es de vital importancia, señalar que frente a la efectividad del recurso de apelación para controvertir los posibles errores de los jueces de primera instancia, la Corte ha considerado que “este constituye el instrumento procesal más efectivo para remediar los errores judiciales, toda vez que debe ser resuelto por un funcionario de mayor jerarquía

al que profiere la decisión que se apela, en quien se supone concurren una mayor experiencia y versación en la aplicación del derecho.” [46]

Bajo este contexto, en el presente caso, se encuentra vedada la acción de tutela presentada contra la providencia proferida, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A dentro del proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Octavio Segundo Vence Piscioti contra Cajanal porque no se han agotado todos los medios de defensa, al no haber sido resuelta la apelación interpuesta contra la sentencia emitida por el tribunal accionado, por parte del máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

No obstante lo anterior, para la Sala, dadas las condiciones particulares en la que se encuentra el demandante, resulta necesario pronunciarse de fondo respecto de la negativa de la entonces Cajanal, cuyas funciones fueron asumidas por la UGPP, a partir del 1° de diciembre de 2012, frente a la solicitud de la pensión de invalidez. Ello, por las especiales circunstancias de indefensión[47], vulnerabilidad[48] y debilidad manifiesta[49] que confluyen en el señor Vence Piscioti, por cuanto se encuentra desamparado frente a la satisfacción de las necesidades básicas para garantizar una digna subsistencia, a través de una prestación social que en su criterio tiene derecho y viene reclamando de forma vehemente desde hace más de 8 años. No puede desconocerse que la omisión en el reconocimiento pensional se proyecta indefinida y gravemente sobre la posibilidad de concretar otros derechos fundamentales, todo lo cual, aunado a la situación de discapacidad y al natural deterioro físico y mental como consecuencia de la avanzada edad del demandante, desvela en el proceder de la entidad la ausencia de un tratamiento diferencial positivo conforme con los artículos 13 y 46 de la Constitución Política[50].

Así las cosas, le corresponde a la Sala establecer si la entonces Cajanal vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, entre otros, del señor Octavio Segundo Vence Piscioti, persona con una pérdida de la capacidad laboral del 66% al negar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, porque no cumple con el requisito del mínimo de semanas de cotización consagrado en la normativa vigente en la fecha de estructuración de la invalidez (Ley 860 de 2003), a pesar de que es posible examinar su solicitud pensional con fundamento en un cuerpo normativo anterior más beneficioso

(Decreto 232 de 1984) en vigencia del cual se cumplieron los requisitos para acceder a la prestación reclamada.

Lo anterior, teniendo en cuenta que lo perseguido por el demandante, en definitiva, es obtener el reconocimiento y pago de una mesada pensional que evite la vulneración de sus derechos fundamentales y le asegure un mínimo vital, lo cual, bien puede obtener si se le concede la pensión de invalidez, toda vez, que, a su juicio, acredita, ampliamente, el cumplimiento de los requisitos que le dan derecho a recibirla conforme a la jurisprudencia constitucional vertida sobre la materia.

En efecto, las condiciones especiales en las que se encuentra el señor Vence Pisciotti, se enmarcan por: (i) su avanzada edad -72 años-; (ii) su ostensible pérdida de capacidad laboral -66% - como consecuencia de una enfermedad cerebro vascular; (iii) un aminoramiento de sus condiciones de salud con ocasión de la patología (infarto cerebral) que le ocasionó el alto porcentaje de invalidez y sus secuelas (isquemia cerebral y permanentes temblores corporales) y, (iv) su precaria situación económica, circunstancias que justifican un pronunciamiento de fondo, respecto de la principal solicitud pensional elevada por el señor Vence Pisciotti, esto es, la pensión de invalidez.

#### 4. La pensión de invalidez y su finalidad

La pensión de invalidez está comprendida dentro del derecho a la seguridad social, el cual, ostenta un carácter irrenunciable y debe ser prestado bajo la orientación de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, conforme al artículo 48 de la Constitución.

La pensión de invalidez tiene como finalidad contrapesar los efectos negativos de una discapacidad y la afectación de algunos derechos fundamentales, como es el caso del mínimo vital, de aquellas personas que, como consecuencia de soportar una disminución significativa de su condición física o mental, no se hallan en capacidad de desempeñarse en el ámbito laboral, y en la mayoría de los casos, esta prestación se erige como el único medio de subsistencia.[51] Bajo este contexto, la jurisprudencia constitucional, ha destacado que el estado de invalidez se consolida cuando para el trabajador es prácticamente imposible desenvolverse en el campo laboral, lo que apareja la ausencia de contraprestación alguna y por ende, la inviabilidad de seguir cotizando al sistema, dada la ostensible disminución de sus capacidades físicas y/o mentales[52].

## 5. Principio de la condición más beneficiosa

Por condición más beneficiosa se entiende que si conforme a las reglas vigentes no se satisfacen los requisitos para el reconocimiento y pago de una pensión, debe analizarse si bajo otra normativa anterior del ordenamiento jurídico es posible conceder el derecho, siempre y cuando se compruebe que la persona cumplió con el requisito de densidad de semanas del régimen anterior para garantizar el acceso a la prestación social solicitada, antes de que el mismo perdiera su vigencia[53].

El fundamento de este postulado radica no solo en la confianza legítima de las personas que están próximas a adquirir el acceso a algún derecho pensional porque cumplen el requisito mínimo de semanas cotizadas, pero que con ocasión de un tránsito legislativo ven frustradas sus aspiraciones, porque los presupuestos se vuelven más rigurosos o no se cumple alguna de las condiciones restantes, sino también en los principios constitucionales de proporcionalidad y equidad, en la medida en que sería desproporcionado aceptar que una persona que cumplió con su deber de solidaridad al sistema, cotizando un monto abundante de semanas, no le sea posible garantizar su derecho a la seguridad social cuando se presente el riesgo amparado.

En estos términos, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 5 de julio de 2005, rad. 24280[54], analizó el principio de la condición más beneficiosa para efectos de aplicar una norma anterior y conceder una prestación social:

“[...] no podría truncársele a una persona el derecho [a la pensión de invalidez], 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 [...].

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 -971- 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 [...].

Pero [además] sería una paradoja jurídica entender que quien había cotizado dentro del régimen anterior con abundancia de semanas, como acontece con la actual demandante, quede privada de la pensión por falta de las 26 semanas exigidas en el nuevo régimen, ya que de antemano tenía consolidado un amparo para sobrellevar la invalidez dentro del régimen antiguo, amparo éste que ni los principios constitucionales tutelares del trabajo humano ni la justicia y la equidad permiten desconocer.”

Precisamente, la condición más beneficiosa está orientada a materializar las garantías mínimas del estatuto laboral (art. 53, CP), la protección especial a personas en situación de debilidad manifiesta (art. 13, CP), la presunción de buena fe de las actuaciones de los particulares (art. 83, CP), y los convenios sobre derechos humanos laborales ratificados por Colombia[55].

Sobre la aplicación de la condición más beneficiosa cuando se solicita el reconocimiento de la pensión de invalidez, existe una línea jurisprudencial sólida en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y en la Corte Constitucional en el sentido de que se puede aplicar el régimen inmediatamente anterior al vigente a la fecha de estructuración de la discapacidad.

En efecto, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han sostenido que una persona tiene derecho a que su situación pensional se decida con fundamento en la norma anterior inmediata, si satisface el requisito de densidad de semanas cotizadas de

dicho régimen antes de la entrada en vigencia del nuevo.

En este contexto, tanto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como las distintas Salas de Revisión de la Corte Constitucional han protegido en múltiples ocasiones el derecho a la pensión de invalidez de aquellas personas que, habiéndose estructurado su invalidez en vigencia de la Ley 100 de 1993 en su versión original, y no cumpliendo las exigencias de esa normatividad, le son aplicables las disposiciones contenidas en el Decreto 758 de 1990 (norma inmediatamente anterior), si para el momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 se cumple el supuesto del número de semanas cotizadas para que pudiesen acceder a la pensión de invalidez (300 semanas)[56].

Así las cosas, resulta palmario que en materia de pensión de invalidez, la condición más beneficiosa puede invocarse para no aplicar la normativa vigente a la fecha de estructuración de la invalidez a favor de la norma inmediatamente anterior, si es que se cumple el requisito de densidad de semanas de esta última para garantizar el derecho. No obstante, también ha surgido la interpelación, de si se puede esgrimir este postulado para aplicar un régimen diferente al inmediatamente anterior (otro más antiguo)[57]. Dicho en otros términos, si es posible, dejar de aplicar la Ley 860 de 2003 y analizar el caso a la luz de normas que no son inmediatamente anteriores como lo son los Decretos 758 de 1990 y 232 de 1984, a pesar de que no son inmediatamente sucesivos porque en el medio está la Ley 100 de 1993 en su versión original.

Frente a este interrogante, la Corte Constitucional ha establecido que sí es posible confrontar regímenes jurídicos que no son inmediatamente sucesivos para efectos de aplicar la condición más beneficiosa, porque “no basta efectuar reformas legislativas sucesivas para suprimir la protección de las expectativas legítimas. Una medida tal desconocería la necesidad de tomar en consideración aspectos como la proximidad entre el cambio legislativo que varió los presupuestos de reconocimiento de la garantía pretendida y el instante en que la persona adquiriría definitivamente la pensión, la intensidad del esfuerzo económico desplegado por el afiliado, entre otros elementos indispensables para determinar una protección razonable y proporcionada de los derechos eventuales como por ejemplo los índices de desempleo, los niveles de informalidad laboral o la ausencia o presencia de mecanismos de protección social supletorios” [58].

Esta línea jurisprudencial[59] acoge una definición más extensa de la condición más beneficiosa, no solo como un mecanismo que protege a los usuarios de cambios intempestivos en la regulación, sino también como un postulado que los protege de situaciones que en estricto sentido conllevan a resultados desproporcionados en relación con otros afiliados que cumpliendo requisitos menos exigentes tienen derecho a un beneficio pensional, lo cual es incompatible con el Texto Superior. Con fundamento en esta posición jurídica, la condición más beneficiosa también busca amparar a quienes habiendo cotizado un número amplio de semanas se desvincularon del sistema con la confianza de que, por haber asumido su carga de solidaridad hacia el mismo con total responsabilidad, podían aguardar idéntica retribución en caso de presentarse el evento protegido (la invalidez)[60].

Bajo esta perspectiva, la finalidad principal de este postulado es impedir que un tránsito legislativo suscite una afectación desproporcionada de los intereses legítimos de los afiliados, en el sentido de que personas que han aportado una cantidad numerosa de semanas se verían privadas del derecho, mientras que la nueva regulación permitiría el acceso al mismo a ciudadanos que han satisfecho cargas de menor entidad[61].

Con todo, puede afirmarse que en materia de pensión de invalidez la condición más beneficiosa es un mecanismo para guardar las expectativas legítimas de quienes acreditan el requisito de semanas mínimo de algún régimen derogado, así como los principios constitucionales de proporcionalidad y equidad. En virtud de ese postulado, es posible aplicar una norma anterior a la que estaba vigente al momento de la estructuración de la discapacidad, sin necesidad de que los regímenes sean inmediatamente sucesivos, siempre y cuando el afiliado haya cumplido plenamente con su deber de solidaridad al sistema bajo la vigencia de la norma anterior. Por tanto, es viable invocar la condición más beneficiosa para inaplicar la Ley 860 de 2003 y conceder el derecho en virtud de lo dispuesto por el Decreto 758 de 1990 e, incluso, el Decreto 232 de 1984, si antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se aportaron al menos trescientas (300) semanas.

Con fundamento en la reseña fáctica expuesta y las pruebas que obran dentro del expediente, la Sala de Revisión encuentra acreditados los siguientes hechos:

-El señor Octavio Segundo Vence Piscioti tiene una pérdida de capacidad laboral del 66%

de origen común, causada por un diagnóstico de “secuelas infarto cerebral” con fecha de estructuración del 28 de septiembre de 2004.

-El señor Vence Piscioti aportó al sistema un total de 939 semanas. Inicialmente, 789 semanas[62], entre el 1 de octubre de 1969 y el 6 de septiembre de 1985, significa que este periodo fue cotizado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Posteriormente, 150 semanas[63], entre el 1 de noviembre de 2006 al 1 de abril de 2009.

-Frente a las solicitudes de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, Cajanal negó dicha prestación social bajo el argumento según el cual no se cumplen los requisitos consagrados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, norma vigente al momento de estructurarse la invalidez.

De acuerdo con lo expuesto, en este caso se satisfacen los presupuestos para aplicar la condición más beneficiosa, lo cual conduce a que solicitud pensional del demandante se analice con fundamento en la normativa anterior más favorable y no según las reglas dispuestas en el régimen vigente a la fecha de estructuración de la invalidez. Así las cosas, el señor Vence Piscioti cumplió con el requisito de densidad de semanas dispuesto en el Decreto 232 de 1984[64] norma que exigía para conceder la pensión de invalidez: (i) ser inválido permanente y (ii) una cotización de 150 semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez o 300 semanas de cotización en cualquier época.

Como quedó anotado, el demandante aportó al sistema un total 939 semanas, de las cuales setecientas (789) ingresaron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Cajanal tenía la obligación de aplicar la condición más beneficiosa, y examinar el caso bajo el Decreto 232 de 1984 y no con fundamento en lo dispuesto en la Ley 860 de 2003. Así, el señor Vence Piscioti, superó, ostensiblemente, el número de semanas exigidas por la Ley 860 de 2003 para acceder a la pensión de invalidez[65].

Lo anterior es posible porque según lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, permite que se tengan en cuenta normas que no son inmediatamente anteriores a la vigente al momento de estructurarse la invalidez porque este postulado tiene como finalidad primordial evitar que

se perfeccionen situaciones que en estricto sentido conducen a resultados desproporcionados. Sería irrazonable aceptar que se erradique la protección de las expectativas legítimas de los usuarios con la simple adopción de medidas legislativas sucesivamente, sin tener en consideración las circunstancias del caso que patentizan un trato inequitativo en relación con otras personas que son beneficiarias cumpliendo requisitos de menor entidad.

En el presente caso, atendiendo las particulares circunstancias en la que se encuentra el demandante la negativa de la pensión de invalidez provoca un resultado desproporcionado y vulnerador de sus derechos fundamentales como pasa a explicarse a continuación:

-Es evidente que el señor Vence Piscioti cumplió de manera suficiente con su deber de solidaridad con el sistema al cotizar un monto considerable de semanas (939), pero el cumplimiento de ese deber no produjo retribución alguna, toda vez que si bien aportó durante su edad productiva y aún después de ser declarado inválido, ahora, que precisa de un ingreso no se le concede el derecho a la pensión de invalidez.

-El demandante realizó un esfuerzo de aportes y cotizaciones muy superior al que actualmente exige la ley para acceder a la prestación reclamada, pero no tiene reconocido su derecho, aun cuando personas más jóvenes que no asumieron una carga de aportes similar, sí tienen acceso a la pensión de invalidez. En efecto, la Ley 860 de 2003 prevé el acceso a la mencionada pensión para quien tenga una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y hubiere cotizado al menos cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la discapacidad. El señor Octavio Segundo Vence Piscioti cotizó cerca de 18 veces esa suma, y aunque hay otros usuarios que aportaron en menor medida, a él no se le reconoció el derecho.

-El accionante se encuentra en una situación de debilidad manifiesta porque en la actualidad tiene pocas posibilidades de generarse fuentes de ingresos debido a su edad (72 años) y el aminoramiento de sus condiciones de salud después del infarto cerebral que padeció y que le ocasionó una pérdida de capacidad laboral del 66%.

Por estas razones, resulta incompatible con la Constitución Política que Cajanal le hubiera negado al señor Vence Piscioti, el reconocimiento de la pensión de invalidez, bajo el argumento según el cual no cumplía los requisitos dispuestos en la Ley 860 de 2003. En

este caso era necesario examinar su solicitud pensional con base en el Decreto 232 de 1984, para efectos de garantizar su confianza legítima y el principio constitucional de proporcionalidad, toda vez que en vigencia de esta normatividad cumplió ampliamente con los requisitos para garantizar el acceso a la prestación social solicitada.

Cajanal vulneró los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del señor Octavio Segundo Vence Piscioti, al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez aplicando la normativa vigente en la fecha de estructuración de la discapacidad (Ley 860 de 2003), a pesar de que era posible examinar su solicitud bajo una normativa anterior más beneficiosa (Decreto 232 de 1984) en vigencia del cual cumplió los requisitos mínimos para acceder a la prestación reclamada, inclusive, antes de que entrara a regir el sistema general de pensiones..

Con sujeción a la precedente argumentación la Sala de Revisión revocará parcialmente la sentencia proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera del Consejo de Estado, el 2 de julio de 2015, y, en su lugar, tutelaré como mecanismo transitorio los derechos fundamentales del señor Octavio Segundo Vence Piscioti y ordenaré al representante legal de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- y o a quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, inicie el trámite de reconocimiento de la pensión de invalidez del señor Octavio Segundo Vence Piscioti, en la suma que corresponda, que empezará a pagar en la periodicidad debida en un lapso no mayor de treinta (30) días hasta cuando la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda del Consejo de Estado resuelva el recurso de apelación interpuesto contra la decisión proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A en el proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Vence Piscioti.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos para fallar el presente asunto, decretada por la Sala de Revisión.

SEGUNDO.- REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera del Consejo de Estado, el 2 de julio de 2015, y, en su lugar, TUTELAR como mecanismo transitorio los derechos fundamentales del señor Octavio Segundo Vence Piscioti.

TERCERO.- ORDENAR al representante legal de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- y o a quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, inicie el trámite de reconocimiento de la pensión de invalidez del señor Octavio Segundo Vence Piscioti, en la suma que corresponda, que empezará a pagar en la periodicidad debida en un lapso no mayor de treinta (30) días hasta cuando la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda del Consejo de Estado resuelva el recurso de apelación interpuesto contra la decisión proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A en el proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Vence Piscioti.

CUARTO.- Por Secretaría General, COMUNICAR a la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda del Consejo de Estado, la decisión adoptada en esta providencia.

QUINTO.-Por Secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Folio 39 del cuaderno 1 del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado por el señor Octavio Segundo Vence Pisciotti contra Cajanal con radicado N° 25000234200020130119101.

[2] En el folio 33 del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho reposa la certificación laboral expedida por el Ministerio de Hacienda en la que se consigna 166 días de interrupción laboral por parte del señor Vence Pisciotti.

[3] Folio 28 del cuaderno 2 del expediente T-5.189.039.

[5] Folio 57 ibid.

[6] El artículo 38 de la Ley 100 de 1993, dice:

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

Y en el artículo 39, versión original, se lee:

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

a) Que el afiliado se encuentre cotizando por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de producirse el estado de invalidez.

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

produzca el estado de invalidez.

PARÁGRAFO: 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.”

[7] El artículo 41 de la ley 100 de 1993, señala: “Calificación del estado de invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único de calificación de la invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, que deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de la capacidad laboral.”

Por su parte, el artículo 42, establece: “Juntas Regionales de Calificación de Invalidez. En las capitales de departamento y en aquellas ciudades en las cuales el volumen de afiliados así lo requiera, se conformará una comisión interdisciplinaria que calificará en primera instancia la invalidez y determinará su origen.

Las comisiones estarán compuestas por un número impar de expertos, designados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quienes actuarán de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el gobierno Nacional.

Los honorarios de los miembros de la comisión serán pagados por la entidad de previsión o seguridad social o la sociedad administradora a la que esté afiliado el solicitante”.

[8] Folio 63 del cuaderno 1 del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

[9] Folio 114 ibid.

[10] ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. “Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del

estado de invalidez. (lo subrayado fue declarado inexecutable por la Sentencia C-428 de 2009)<sup>2</sup>. 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. (lo subrayado fue declarado inexecutable por la Sentencia C-428 de 2009)

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.”

[11] El artículo 1 de la ley 33 de 1985, establece:

“...El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

No quedan sujetos a esta regla los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.(...)

Parágrafo 2. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley. (...)

Según el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969 tendrán derecho a la pensión de jubilación “al cumplir cincuenta y cinco años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer”.

[12] Folio 128 del cuaderno 1 del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

[13] Folio 117 ibid.

[14] Folio 11 del cuaderno 1 del expediente T-5.189.039.

[15] Folio 5 del cuaderno 2 del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

[16] Folio 137 ibid.

[17] El artículo 6 del Decreto 758 de 1990, textualmente dice.

“ARTÍCULO 6. REQUISITOS DE 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 absoluto o gran inválido y,

b) haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas de los seis años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez (...)”

[18] El artículo 1 del Decreto 759 de 1990, señala textualmente: “ARTÍCULO 1. AFILIADOS AL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE. Salvo las excepciones establecidas en el artículo 2 del presente Reglamento, estarán sujetos al seguro social obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte de origen no profesional: 1. En forma forzosa u obligatoria:

a) Los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje;

b) Los funcionarios de seguridad social del Instituto de Seguros Sociales y,

2. En forma facultativa:

- a) Los trabajadores independientes;
  - b) Los sacerdotes diocesanos y miembros de las Comunidades Religiosas y,
  - c) Los servidores de entidades oficiales del orden estatal que al 17 de julio de 1977 se encontraban registradas como patronos ante el ISS.
3. Otros sectores de población respecto de quienes se amplíe la cobertura del régimen de los seguros sociales obligatorios”.

Por su parte, el artículo 2 de la citada normativa, señala:

“ARTÍCULO 2o. PERSONAS EXCLUIDAS DEL SEGURO DE INVALIDEZ, VEJEZ Y MUERTE. Quedan excluidos del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte:

- a) Los trabajadores dependientes que al inscribirse por primera vez en el Régimen de los Seguros Sociales, tengan 60 o más años de edad;
- b) Los trabajadores independientes que se afilien por primera vez con 50 años de edad o más, si se es mujer, o 55 años de edad o más, si se es varón;
- c) Los trabajadores dependientes que al momento de iniciarse la obligación de asegurarse se encuentren gozando de una pensión de jubilación a cargo de un patrono o que de conformidad con el Código Sustantivo del Trabajo, tengan adquirido el derecho a la pensión de jubilación:
- d) Las personas que se hayan pensionado por el Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios o hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común, salvo para el caso de invalidez, que ésta hubiere cesado o desaparecido, en virtud de los programas de readaptación y rehabilitación por parte del Instituto;
- e) Las personas que ejecuten trabajos ocasionales, accidentales y transitorios, cuya duración sea inferior a un (1) mes;
- f) Los trabajadores por cuenta propia.

PARÁGRAFO. La indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez podrá llegar a convertirse en pensión de invalidez previos los estudios actuariales.

g) Salvo lo previsto en tratados internacionales, los extranjeros que ingresen al país en virtud de un contrato de trabajo de duración fija no mayor de un año y mientras esté vigente este contrato y los que por depender de empresas subsidiarias o filiales de organizaciones extranjeras que cubran varios países, estén sujetos a ser trasladados al exterior en cualquier tiempo, siempre que dichas organizaciones los tengan protegidos con algún Régimen de Seguro por los mismos riesgos.

La excepción en cada caso deberá ser solicitada al Instituto, adjuntándose las pruebas correspondientes;

h) Las demás personas, grupos o sectores de población que de conformidad con reglamentos especiales, hubieren sido excluidos de este seguro.

(...)"

[19] Este régimen establece que a los empleados oficiales que a la fecha de publicación de esa ley, esto es, el 13 de febrero de 1985, hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley, es decir, se les aplicará las disposiciones consagradas en la ley 6 de 1945 en la que se dispone que cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo tendrá derecho al reconocimiento de la pensión vitalicia de jubilación.

[20] Este régimen establece que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas y el monto de la pensión será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliadas las personas que al entrar en vigencia el sistema, esto es, al 1 de abril de 1994, tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 años o más si son hombres.

[21] Folio 19 del cuaderno 2 el expediente de tutela T-5.189.039.

[22] Folio 26 ibid.

[23] Folio 21 ibid.

[24] Folio 53 ibid.

[25] Folio 49 ibid.

[26] Folio 74 ibid.

[27] Véase, Sentencia T-855 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza martelo.

[28] Véase, Sentencia SU-037 de 2009. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[29] Véanse, entre otras, Sentencias T-565 de 2009, T-520 de 2010 y T-1043 de 2010.

[30] M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[31] M.P. Jaime Araújo Rentería.

[32] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[34] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[35] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[36] Sobre el particular, consultar, entre otras, las sentencias SU-037 de 2009, T-280 de 2009, T-565 de 2009, T-715 de 2009, T-049 de 2010, T-136 de 2010 y T-524 de 2010.

[37] Véase, Sentencia T-103 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[38] Ibid.

[39] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[40] Véase, Sentencia T-086 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[41] En la sentencia T-211 de 2009, la Sala precisó: “(...) el amparo constitucional no se ha constituido como una instancia adicional para decidir conflictos de rango legal, ni para que los ciudadanos puedan subsanar las omisiones o los errores cometidos al interior de un

proceso. En otras palabras, la Corte ha sostenido que la acción de tutela no es un medio alternativo, ni complementario, ni puede ser estimado como último recurso de litigio.”

[42] Véanse, entre otras las sentencias T-083 de 2007, T-1103 y 076 de 2003, T-1316 de 2001, T-482 de 2001, T-977 de 2001, T-690 de 2001, T-256 de 2001, T-189 de 2001, T-163 de 2001, T-1116 de 2000, T-886 de 2000, T-612 de 2000, T-618 de 1999, T-325 de 1999, T-214 de 1999, T-718 de 1998, T-116 de 1998, T-009 de 1998, T-637 de 1997, T-456 de 1994 y T-426 de 1992.

[43] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[44] T-575 de 1997. Posición que ha sido reiterada en múltiples oportunidades por esta Corporación. Ver por ejemplo sentencias T-618 de 1999, T-1221 de 2001, T-951 de 2004, T-203 de 2006, T-634 de 2006, T-083 de 2007, T-046 de 2009, T-687 de 2010, T-235 de 2012, entre otras.

[45] Ley 1437 de 2011, artículo 138: “Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior ...”

[46] Véase, Sentencia T-083 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[47] Véanse, entre otras, las sentencias T-771 de 2003, T-655 de 2008 y T-337 de 2012.

[48] Véanse, entre otras, las sentencias T-702 de 2008, T-1151 de 2008 y T-331 de 2014.

[49] Véanse, entre otras, las sentencias T-577 de 2010, T-337 de 2012, T-597 de 2013 y T-077 de 2014.

[50] Véase, Sentencia T-190 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[51] Véase, Sentencia T-032 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[52] Véanse, Sentencias T-561 de 2010 y T-268 de 2011, entre otras.

[53] Véase, Sentencia T-953 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

[54] MP Camilo Tarquino Gallego.

[55] Específicamente, el artículo 19.8 de la Constitución de la OIT, que dispone que “en ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación”.

[56] Véanse, Sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de 5 de julio de 2005, rad. 24280, M.P. Camilo Tarquino Gallego; 5 de febrero de 2008, rad. 30528, M.P. Camilo Tarquino Gallego; 21 de septiembre de 2010, rad. 41731, M.P. Luis Javier Osorio López y 1 de febrero de 2011, rad. 44900, M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve, entre otras y Sentencias T-1291 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas; T-1065 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-628 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-299 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-594 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-1042 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla), entre otras.

[57] Véase, Sentencia T-953 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

[58] Véase, Sentencia T-832A de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[59] Véanse, entre otras, las Sentencias T-062A de 2011, T-668 de 2011, T-595 de 2012, T-576 de 2013, T-012 de 2014 y T-320 de 2014.

[60] Véase, Sentencia T-953 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

[61] Ibid.

[62] Estas semanas fueron cotizadas ante Cajanal. Folio 11 del cuaderno 1 del expediente T-5.189.039.

[63] Estas semanas fueron cotizadas al ISS. Folio 29 ibid.

[64] “Artículo primero, El artículo 59 del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por Decreto 3041

del mismo año quedará así:

Tendrán derecho a pensión por invalidez los asegurados que reúnan las siguientes condiciones:

a) Ser inválido permanente conforme a lo preceptuado en el artículo 62 del Decreto-ley 433 de 1971.

b) Tener acreditadas 150 semanas de cotización- para los riesgos de invalidez, vejez y muerte I. V. M., dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez o 300 semanas de cotización en cualquier época.”

[65] En las Sentencias T-662 de 2011 y T-208 de 2014, la Corte aplicó el Decreto 232 de 1984 y ordenó el reconocimiento y pago de pensiones de invalidez, no obstante que, en ambos casos, la fecha de estructuración de la invalidez acaeció bajo la vigencia de la Ley 860 de 2003.