

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Radicación Nro.** : 66001-22-05-000-2016-00203-01

**Referencia:** Acción de Tutela

**Accionante:** Antonio José Restrepo Moncada

**Accionado:** Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES

**Providencia**: Sentencia de segunda instancia

**Tema a Tratar: Subsidiariedad/ pensión de invalidez**

La Corte Constitucional ha establecido por regla general la improcedencia de la acción de tutela para reclamar pensiones, teniendo en cuenta que existen otros medios de defensa judicial vía jurisdicción ordinaria, sin embargo, de forma excepcional es aceptada la acción de tutela cuando es necesario evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

En relación con la pensión de invalidez ha dicho[[1]](#footnote-1):

*“(…) cuando se acredita que la negativa de otorgarla por parte de la empresa prestadora del servicio afecta el mínimo vital, la vida en condiciones dignas de una persona y de su núcleo familiar, y que además por su condición de discapacidad el tutelante requiere de una especial protección por parte del Estado, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para evitar que la vulneración persista.*

(…)

Verificado el cumplimiento de las anteriores exigencias, podría afirmarse en principio, que el señor Restrepo Moncada, efectivamente tendría derecho al reconocimiento y posterior pago, de la pensión de invalidez que reclama, sino fuera porque al analizarse los pormenores que rodearon la contingencia, esto es, de la discapacidad, se colige que la misma se generó cuando el tenía cumplidos 70 años de edad y que lo fue por el producto de enfermedades propias de la vejez, y no de una patología o enfermedad en específico distante a la edad, como puede deducirse de la lectura del dictamen visible a folio 23, en el cual se refiere “*secuelas de accidente vascular encefálico, no especificado como hemorrágico o isquémico, disminución indeterminada de la agudeza visual en ambos ojos, hipertensión esencial (primaria)”.*

Teniendo en cuenta lo anterior, se colige, que para las personas que han perdido su capacidad para laborar por el deterioro o decrepitud natural del cuerpo humano no está dispuesta la pensión de invalidez, por lo que deben optar por el reconocimiento de la subvención por vejez, porque es este el riesgo o contingencia real que se presenta.

Al respecto, esta Corporación ha tenido una línea constante y definida, tal y como se advierte en providencias proferidas el 10 de diciembre de 2015[[2]](#footnote-2) y 5 de mayo de 2016[[3]](#footnote-3), con ponencia del magistrado Francisco Javier Tamayo Tabares, en las que se ha manifestado que en estos eventos, esto es, cuando la invalidez se estructura con posterioridad al cumplimiento de la edad mínima para pensionarse, no es posible reconocer la prestación por invalidez, dado que ha fenecido su asegurabilidad, puesto que tal cobertura cesa al momento de haberse arribado al cumplimiento de la edad mínima, cuando emerge el derecho a la pensión de vejez.

Pereira, Risaralda, doce (12) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Decide la Sala en primera instancia, la acción de tutela instaurada por el señor Antonio José Restrepo Moncada identificado con cédula de ciudadanía No. 1.256.144 de Concordia, a través de apoderado judicial, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

**ANTECEDENTES**

**1. Derechos fundamentales invocados, pretensión y hechos relevantes en los que se funda**

Quien promueve el amparo, pretende la protección de sus derechos fundamentales de mínimo vital, dignidad humana y seguridad social, para lo cual solicita se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, (i) el reconocimiento de la pensión de invalidez a su favor a partir de la fecha de estructuración, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 al ser el más favorable y beneficioso y (ii) como consecuencia de lo anterior, se disponga la inclusión en nómina dicha pensión de invalidez.

Narró que el señor Restrepo Moncada, (i) cuenta con 71 años de edad, padece severos problemas de salud, como secuelas de accidente vascular encefálico, disminución indeterminada de la agudeza visual e hipertensión arterial esencial primaria; (ii) que inició proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral ante Colpensiones y el 16-05-2015 fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 69.77%, estructurado el 10-03-2015 de origen común; (iii) el 25-08-2015 elevó solicitud de pensión de invalidez ante Colpensiones y el 13-10-2015 mediante resolución GNR 312920 le fue negada al no cumplir con los requisitos dispuestos en la Ley 860 de 2003, esto es 50 semanas cotizadas en los tres (3) últimos años anteriores a la fecha de estructuración; (iv) que bajo la condición más beneficiosa cuenta con 300 semanas cotizadas antes del 01-04-1994, por lo que cumple con los requisitos para la pensión de invalidez, teniendo en cuenta que acreditó 599.5 semanas, según el reporte de semanas cotizadas; (v) según el reporte de semanas expedido por Colpensiones, el señor Restrepo Moncada dejó de cotizar el 31-08-2010 y esto fue debido a la grave situación de salud y económica por la que pasa hace varios años; (vi) adicionalmente, para poder subsistir al lado de su núcleo familiar depende de la caridad de vecinos, quienes le suministran la comida.

**2. Pronunciamiento de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.**

En calidad de accionada, el vicepresidente jurídico manifestó que existe un desconocimiento del carácter subsidiario de la acción de tutela por cuanto toda controversia que se presente en el marco del sistema de seguridad social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administradoras deberá ser conocida por la jurisdicción ordinaria laboral, por lo tanto hay otro mecanismo judicial.

Por otra parte adicionó que el accionante no agotó los recursos de ley frente a la Resolución GNR 312920 de 13-10-2015 en la que se resolvió la solicitud del accionante del reconocimiento y pago de una pensión de invalidez

**3. Sentencia impugnada**

La jueza de instancia deniega la tutela por cuanto el accionante cuenta con la vía ordinaria para solicitar la pensión de invalidez pretendida, basa su decisión en fallo de esta Sala Laboral de 31-03-2016, M.P Issa Rafael Ulloque Toscano el cual dispuso que si bien la tutela no procede para obtener la reliquidación de mesadas pensionales, de manera excepcional se convierte en el mecanismo idóneo cuando se cumplen con los siguientes requisitos: (I) que se haya agotado los recursos en sede administrativa y la entidad mantenga su decisión de no reconocer el derecho; (ii) se hubiere acudido ante la jurisdicción respectiva, se estuviere en tiempo de hacerlo o ello fuere imposible por motivos ajenos al peticionario; y (iii) además de tratarse de una persona de la tercera edad, demuestre la amenaza de un perjuicio irremediable, donde no son necesarios fundamentos de derecho sino fundamentos que den cuenta de las condiciones materiales de la persona, en caso contrario el asunto adquiere carácter estrictamente litigioso y por lo mismo ajeno a la competencia del juez de tutela.

Una vez verificó los requisitos antes mencionados, la *a quo* dispuso que si bien el accionante presentó solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez el 25-08-2015, la que fue negada el 13-10-2015, sin que haya interpuesto los recurso de ley, lo que da lugar a que agotó la vía gubernativa y no ha iniciado proceso ordinario con el argumento de su avanzada edad (71 años) y estado de salud, también es cierto que no demostró el prejuicio irremediable sufrido, el que según la Corte Constitucional debe ser inminente y grave que requiera de medidas urgentes e impostergables para su solución, razón por la cual declara improcedente la acción de tutela.

**4. Impugnación**

El accionante a través de apoderado impugna el fallo al considerar que se cumplen con los presupuestos planteados por el alto Tribunal, en cuanto a que el accionante cuenta con 70 años de edad, 965 semanas cotizadas al sistema pensional, más de 599.57 semanas antes del 01-04-1994, además de la situación precaria e indefensión por su estado de invalidez de más del 65% de pérdida de capacidad laboral, sin que haya reclamado indemnización sustitutiva por tener la expectativa de pensionarse, la ausencia de un ingreso mínimo vital que le ha obligado a depender de la caridad de algunos amigos y familiares, configurando de esta forma un perjuicio irremediable.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

La acción se incoa en contra del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, por ende competente este Tribunal para conocer de la misma, al ser su superior funcional, de quien profirió la decisión.

**2. Problema jurídico**

En atención a lo expuesto por el accionante, la Sala se formula el siguiente interrogante:

¿Se ha vulnerado los derechos de mínimo vital, dignidad humana y seguridad social, del señor Antonio José Restrepo Moncada al negarse la pensión de invalidez?

Previo a abordar los interrogantes planteados le compete a la Sala verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

**3. Requisitos de procedencia de la tutela**

Se tiene como requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991: (i) la presunta vulneración de un derecho fundamental por acción u omisión de una autoridad pública y en algunos casos por particulares, (ii) legitimación por activa y por pasiva de los accionados, (iii) la inmediatez y (iv) subsidiariedad[[4]](#footnote-4).

**3.1. Legitimación**

Está legitimado por activa el accionante señor Antonio José Restrepo Moncada al ser el titular de su derecho a la seguridad social, quien alega que tiene derecho a la pensión de invalidez.

Así mismo, lo está por pasiva el director general de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones pues a él se le endilga la presunta conducta violatoria de los derechos al mínimo vital, dignidad humana y seguridad social cuya protección se reclama, por ser la entidad ante quien aduce el accionante se realizó la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez.

**3.2 Derecho fundamental**

No cabe duda que son fundamentales los de mínimo vital, dignidad humana y seguridad social.

**3.3. Inmediatez y subsidiariedad**

La Corte Constitucional ha establecido por regla general la improcedencia de la acción de tutela para reclamar pensiones, teniendo en cuenta que existen otros medios de defensa judicial vía jurisdicción ordinaria, sin embargo, de forma excepcional es aceptada la acción de tutela cuando es necesario evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

En relación con la pensión de invalidez ha dicho[[5]](#footnote-5):

*“(…) cuando se acredita que la negativa de otorgarla por parte de la empresa prestadora del servicio afecta el mínimo vital, la vida en condiciones dignas de una persona y de su núcleo familiar, y que además por su condición de discapacidad el tutelante requiere de una especial protección por parte del Estado, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para evitar que la vulneración persista.*

Descendiendo al caso en concreto se encuentra probado que el actor cuenta con 70 años de edad (fl.20); tiene una pérdida del 69.77% de capacidad laboral con fecha de estructuración a 10-03-2015 (fl.21); de la misma forma aseguró que pasa por una grave situación económica y de salud, razón por la cual dejó de cotizar el 31-08-2010 y que para poder subsistir al lado de su núcleo familiar depende de la caridad de vecinos, quienes le suministran la comida, afirmación que no fue desvirtuada por lo que se considera como cierta, lo que permite que esta Sala entre al estudio de fondo del presente trámite tutelar por la configuración del perjuicio irremediable.

Es pertinente advertir que al tenor del artículo 9 del Decreto 2591 de 1991 no impide el ejercicio de la acción de tutela el no haberse agotado la vía gubernativa.

En relación con la inmediatez, también se encuentra acreditada por cuanto la resolución que negó la pensión de invalidez fue el 13-10-2015, transcurriendo desde esa fecha hasta la presentación de la acción de amparo (20-05-2016), siete (7) meses que se consideran razonables para incoar dicha acción.

**4. Fundamentos jurídicos de la decisión**

**4.1 Pensión de invalidez**

Al tenor del artículo 39 de la Ley 860 de 2003, teniendo en cuenta la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de origen común del señor Restrepo Moncada (10-03-2015), se requiere para los afiliados al sistema de seguridad social, que sea declarado inválido y acredite 50 semanas dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Por su parte el artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su versión original dispuso que tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que sean declarados inválidos y cumplan con los siguientes requisitos: (i) 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 o (ii) 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.

Y el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, en el artículo 6 se dispone que tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan los siguientes requisitos: (i) ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y (ii) 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.

**4.2 Principio de la condición más beneficiosa**

Frente a este aspecto, si bien existe divergencia entre la Corte Constitucional[[6]](#footnote-6) y la Corte Suprema de Justicia[[7]](#footnote-7) en relación con la aplicación del principio de la condición más beneficiosa respecto a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 cuando la invalidez hubiese ocurrido con posterioridad a la vigencia de la ley 797 de 2003 y en vigencia de la ley 860 de 2003, no hay reparo en cuanto se aplique la norma inmediatamente anterior a la vigente en el momento en que se estructuró el derecho, que en el caso particular de las pensiones de invalidez lo sería la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, supuesto fáctico en el que nos encontramos.

**5. Caso concreto**

Se encuentra debidamente acreditado al interior de este trámite tutelar que: (i) el señor Antonio José Restrepo Moncada cuenta con 70 años de edad (fl.20); (ii) tiene una pérdida de capacidad laboral del 69,77%, de origen común y estructurada el 10-03-2015; (iii) el diagnóstico emitido en el dictamen de la pérdida de la capacidad laboral del señor Restrepo Moncada es de *“secuelas de accidente vascular encefálico, no especificado como hemorrágico o isquémico, disminución indeterminada de la agudeza visual en ambos ojos, hipertensión esencial (primaria)”* (iv) el accionante nació el 16-08-1945, según se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía, visible a folio 20 y; (v) que cotizó un total de 965.14 semanas al sistema pensional, desde el 20-01-1973, cuando se afilió al mismo, y el 28-02-2011, cuando efectuó la última cotización.

Por otra parte, de conformidad con la fecha de estructuración del estado de invalidez del señor Restrepo Moncada, esto es, el 10-03-2015, la norma que se encontraba vigente era el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, sin el requisito de fidelidad al sistema, que fue declarado inexequible mediante sentencia C-428 de 2009, los únicos requisitos que debía cumplir para causar el derecho a la pensión de invalidez, era haber cotizado por lo menos 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de su estado de invalidez.

Conforme se precisó líneas atrás, el señor Restrepo Moncada tiene una pérdida de la capacidad laboral equivalente al 69.77%, estructurada el 10-03-2015 y en relación con el cumplimiento del requisito de la densidad de cotizaciones, en atención a los registros plasmados en la historia laboral visible a folios 29 y s.s. del cuaderno de primer grado, se advierte que entre 10-03-2015 y la misma fecha de 2012, es decir, dentro de los 3 años anteriores a la estructuración del estado de invalidez, el actor no tiene ninguna semana de cotización, con lo cual resultaría fácil colegir que no satisfizo las exigencias del artículo artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

Sin embargo y teniendo en cuenta que en los hechos del amparo se depreca la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, se analizará su procedibilidad en el caso concreto.

Así las cosas, para el 10-03-2015, la norma vigente era la Ley 860 de 2003, cuyas exigencias no se reúnen en este caso, como se explicó líneas atrás; sin embargo, teniendo en cuenta que la disposición inmediatamente anterior resulta ser la Ley 100 de 1993 en su versión original, las exigencias de la mentada Ley para el reconocimiento de la pensión de invalidez sí se cumplen, por cuanto la historia laboral refleja que el accionante acreditó un total de 26 semanas, entre el 29-12-2002 y el 29-12-2003, esto es en vigencia de la Ley 100, lo que satisface el requisito del artículo 39 de dicha Ley.

Verificado el cumplimiento de las anteriores exigencias, podría afirmarse en principio, que el señor Restrepo Moncada, efectivamente tendría derecho al reconocimiento y posterior pago, de la pensión de invalidez que reclama, sino fuera porque al analizarse los pormenores que rodearon la contingencia, esto es, de la discapacidad, se colige que la misma se generó cuando el tenía cumplidos 70 años de edad y que lo fue por el producto de enfermedades propias de la vejez, y no de una patología o enfermedad en específico distante a la edad, como puede deducirse de la lectura del dictamen visible a folio 23, en el cual se refiere “*secuelas de accidente vascular encefálico, no especificado como hemorrágico o isquémico, disminución indeterminada de la agudeza visual en ambos ojos, hipertensión esencial (primaria)”.*

Teniendo en cuenta lo anterior, se colige, que para las personas que han perdido su capacidad para laborar por el deterioro o decrepitud natural del cuerpo humano no está dispuesta la pensión de invalidez, por lo que deben optar por el reconocimiento de la subvención por vejez, porque es este el riesgo o contingencia real que se presenta.

Al respecto, esta Corporación ha tenido una línea constante y definida, tal y como se advierte en providencias proferidas el 10 de diciembre de 2015[[8]](#footnote-8) y 5 de mayo de 2016[[9]](#footnote-9), con ponencia del magistrado Francisco Javier Tamayo Tabares, en las que se ha manifestado que en estos eventos, esto es, cuando la invalidez se estructura con posterioridad al cumplimiento de la edad mínima para pensionarse, no es posible reconocer la prestación por invalidez, dado que ha fenecido su asegurabilidad, puesto que tal cobertura cesa al momento de haberse arribado al cumplimiento de la edad mínima, cuando emerge el derecho a la pensión de vejez.

Tal posición tiene como sustento normativo el artículo 9 del Acuerdo 049 de 1990 aplicable de conformidad con el inciso 2 del artículo 31 de la Ley 100 de 1993 que expresamente tiene previsto una prestación diferente para estos eventos cuando dispone:

*“El asegurado que al momento de invalidarse no tuviere el número de semanas exigidas en el literal b) del artículo* [*6*](https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/decreto_0758_1990.htm#6)*o. del presente Acuerdo, tendrá derecho en sustitución de la pensión de invalidez, a una indemnización equivalente a una mensualidad de la pensión que le habría correspondido, por cada veinticinco (25) semanas de cotización acreditadas.*

*Igual indemnización se otorgará al asegurado que sin tener derecho a la pensión de vejez, se invalide después de alcanzar las edades que se señalan en este Reglamento para adquirir el derecho a esta pensión.*

*En uno y otro caso será requisito, que el interesado tenga acreditadas no menos de cien (100) semanas de cotización, veinticinco (25) de las cuales deben corresponder al año anterior a la estructuración de la invalidez”.*

Es de advertir que en oportunidades anteriores la Corte Constitucional en sentencia T-032 de 2012 reconoció la pensión de invalidez, no obstante los supuestos fácticos son diferentes a los establecidos en este amparo, en cuanto a la edad y fecha de estructuración de la invalidez, razón por la cual esta Sala no tuvo en cuenta dicho precedente para esta tutela.

Así las cosas, no se observa vulneración la entidad accionada en cuanto a los derechos incoados por el accionante.

**CONCLUSIÓN**

Por consiguiente, habrá que confirmar el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito pero por los fundamentos aquí esgrimidos.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda - Sala Cuarta de Decisión**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de tutelade 02-06-2016 pero por los fundamentos aquí expuestos.

**SEGUNDO: COMUNICAR** esta decisión a las partes e intervinientes en el término de Ley y al juzgado de origen.

**TERCERO: REMITIR** el expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Magistrada Ponente**

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN Magistrado Magistrada**

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

**Secretario**

1. Corte Constitucional. Sentencia T-032 de 01-02-2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [↑](#footnote-ref-1)
2. Rad. 66001-31-05-004-2014-00181-01. Demandante: Luis Eduardo Henao [↑](#footnote-ref-2)
3. Rad. 66001-31-05-001-2014-00283-01. Demandante: Javier Toro Escudero [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 12-04-2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Constitucional. Sentencia T-032 de 01-02-2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [↑](#footnote-ref-5)
6. CORTE CONSTITUCIONAL. T-401 del 30-06-2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [↑](#footnote-ref-6)
7. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 11-11-2015. Radicación 54093. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas. [↑](#footnote-ref-7)
8. Rad. 66001-31-05-004-2014-00181-01. Demandante: Luis Eduardo Henao [↑](#footnote-ref-8)
9. Rad. 66001-31-05-001-2014-00283-01. Demandante: Javier Toro Escudero [↑](#footnote-ref-9)