**Providencia:** Tutela del 18 de octubre de 2017

**Radicación No.:**  66001-31-05-004-2017-00398-01

**Proceso:** Acción de tutela

**Accionante:** Jorge Eliecer Cardona Arango

**Accionado:** Colpensiones

**Magistrada Ponente:** Ana Lucia Caicedo Calderón

**Tema:**

 **Pensión de invalidez:**La jurisprudencia constitucional ha sido consistente en sostener que para tener derecho a disfrutar de la pensión de invalidez, se requiere haber perdido el 50% o más de la capacidad laboral y haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez*.*

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_**

(**Octubre 18 de 2017**)

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el día 11 de septiembre de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por **Jorge Eliecer Cardona Arango**, en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones,** a través de la cual pretende se le amparen los derechos fundamentales a la **seguridad social** en conexidad con **la vida digna** y el **mínimo vital.**

#### La demanda

 Manifestó el señor Jorge Eliecer Cardona Arango que nació el 10 de enero de 1937, que en la actualidad tiene 80 años de edad, que desde el 13 de marzo de 1968 es afiliado y cotizante al régimen de prima media con prestación definida en la Administradora Colombiana de Pensiones y a la fecha cuenta con 501 semanas cotizadas.

Indicó que en el mes de junio de 2016 se acercó a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, con el fin de que le realizaran el examen de pérdida de capacidad laboral, porque le habían diagnosticado Trombocitopenia Hemorrágica esencial, disminución indeterminada de la agudeza visual en ambos ojos, Hipoacusia Neurosensorial, secuelas de Infarto Cerebral e Hipertensión Esencial. Mediante dictamen Nº 4501974-11727 del 11 de julio 2016, dicha Junta emitió el dictamen dándole un porcentaje total de pérdida de capacidad del 80,55%, con fecha de estructuración el 29 de junio de 2016.

Refirió que el 16 de junio de 2017 solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, radicado 2017\_6322045, aportando para ello los documentos exigidos por la ley.

Manifestó que pese a su reducida capacidad continuó desarrollando cargos como aseador en Colegios de la ciudad, logrando así una actividad para generar ingresos para su subsistencia, pues su escolaridad es básica primaria y no logra encontrar un trabajo donde le reconozcan el salario mínimo.

Denunció que el 7 de julio de 2017, mediante la resolución SUB 120375 Colpensiones le negó la pensión de invalidez, argumentando que el accionante solicitó la indemnización sustitutiva de vejez en el año de 1997, y que mediante la resolución N° 5054 del mismo año, la reconocieron y pagaron el valor de $430.886. Indicó el accionante, que pese a esto, continúo cotizando al sistema general de pensiones hasta el año 2015, pero que la entidad afirmó que esas cotizaciones que realizó con posterioridad al reconocimiento de indemnización sustitutiva serán objeto de devolución de aportes.

Agregó que a la fecha se encuentra en estado de abandono, descuido, desamparo y en una situación completamente frágil e insuficiente para las condiciones de vida que debería tener por cumplir con los requisitos establecidos en la ley 100 de 1993, como lo son haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración y haber perdido el 50% o más de la capacidad laboral.

Indicó que el 14 de marzo de 2017 mediante la acción de tutela 66001-31-09-004-2017-00029 solicitó la protección del derecho fundamental de petición, y en esta ordenaron a Colpensiones resolver de fondo la solicitud que presentó el accionante el 23 de agosto de 2016, por lo que el 17 de mayo de 2017 le dieron respuesta indicando que: “*solicitado el expediente administrativo y la nómina de pensionados se identificó, que el solicitante tiene reconocida una prestación económica en el sistema general de pensionados que es incompatible con la que ahora se encuentra en estudio.”*

Informó que convive con la señora Sarita Burbano Henao, identificada con cedula de ciudadanía N° 34.051.608, que es una mujer de avanzada edad con imposibilidad para trabajar porque también se encuentra en situación de invalidez, pues sufre gravemente de las rodillas y la columna vertebral, lo que hace más grave su situación, pues se ve en la obligación de aceptar cualquier trabajo para su sustento y el de su esposa.

Conforme a los hechos narrados el actor solicitó que por medio de la acción constitucional se amparen los derechos fundamentales a la seguridad social en conexidad con la vida digna y el mínimo vital, violentados por parte de la administradora de pensiones- Colpensiones, y en consecuencia se ordene a reconocer y pagar la pensión de invalidez, además de los montos adeudados por concepto de retroactivo.

#### Contestación de la demanda

La Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones guardó silencio.

#### Providencia impugnada

La Jueza de primer grado no tuteló los derechos del accionante por considerar que la acción de tutela no es procedente para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

Para llegar a tal conclusión indicó que el objeto de la acción de tutela es la protección inmediata de los derechos fundamentales que se vulneren o amenazan por cualquier autoridad pública y aun por los particulares en los casos previstos en el decreto 2591 de 1991; que esta acción tiene un carácter subsidiario el cual permite un procedimiento preferente, breve y sumario solo en aquellos casos en los que el afectado con la conducta omisiva o comisiva, no tenga a su alcance recurso o medio judicial que le permita su conjuración.

Agregó que la entidad accionada valoró concienzudamente la situación pensional del señor Jorge Eliecer Cardona Arango y actúo conforme a las facultades otorgadas por la ley para determinar si el actor, tenía o no derecho a la pensión de invalidez, a lo que concluyó que es una controversia que no hace parte del escenario constitucional, sino judicial.

Manifestó que no se evidencia un perjuicio irremediable, pues el accionante se hizo calificar por invalidez mucho tiempo después de haber recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y por lo tanto no se cumplen con los presupuestos determinados en la jurisprudencia para que sea viable la acción de tutela en el presente caso, además, porque el legislador creó otro medio idóneo para dirimir cualquier conflicto que se presente entre los afiliados del sistema de seguridad social y las entidades encargadas de prestar los servicios.

#### Impugnación

El accionante impugnó la sentencia, indicando que no está de acuerdo con la decisión de la Jueza de primera instancia, porque considera que cumple con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para que sea procedente la acción de tutela en el reconocimiento de la pensión de invalidez, pues es una persona de 80 años de edad, con una pérdida de capacidad laboral del 80,55% por enfermedad de origen común.

Manifestó que la jueza no comprendió la dimensión de sus patologías y la gravedad de su situación, pues es una persona que tiene demencia y ausencia total de memoria, su condición es irreversible, tiene disminución casi total de la visión, no tiene fuerza muscular y no cuenta con recursos para su subsistencia ni la de su núcleo familiar, por lo que considera desproporcional que se le someta a un proceso ordinario, que implica una espera prolongada, agravando aún más su situación, lo que hace que dicho medio se torne ineficaz en el presente caso.

Indicó que debe tenerse en cuenta el tiempo de vida probable, porque es un factor determinante en este tipo de casos, lo que amerita tomar una pronta decisión en relación a la pensión de invalidez porque está directamente conectada con la vida que le resta, y esperar a que los Jueces Ordinarios o en su defecto los Tribunales decidan el caso, probablemente, cuando esto ocurra ya haya fallecido.

#### Consideraciones

* 1. **Problema jurídico por resolver**

¿Se presenta en el caso objeto estudio, vulneración a los derechos fundamentales a laseguridad social en conexidad con la vida digna y el mínimo vital del señor Jorge Eliecer Cardona Arango, con la negativa de Colpensiones de reconocer y pagar la pensión de invalidez, so pretexto de que el actor recibió la indemnización sustitutiva de vejez?

* 1. **Acción de tutela para el reconocimiento de derechos de contenido prestacional**

La acción de tutela, como herramienta con la que cuenta toda persona para proteger los derechos fundamentales, ha sido objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional, cuando quiera que lo que se pretende con dicho amparo es la protección de derechos de contenido prestacional. Dicha Corporación ha establecido parámetros en diferentes sentencias para que la acción sea procedente, entre ellas la sentencia T 861 De 2014M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez, la cual establece:

“6.3. **Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos de contenido prestacional. Reiteración jurisprudencial**

*Se ha sostenido por parte de este Tribunal que, en principio, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social, pues para ello, el legislador ha previsto otros medios y recursos judiciales con el fin de que la autoridad competente, bien sea la jurisdicción ordinaria laboral o la contenciosa administrativa, decida los conflictos relacionados con el reconocimiento de las pensiones de vejez, invalidez, sobrevivientes o el derecho a la sustitución pensional, entre otras.*

*Así, el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución, somete la acción de tutela al principio de subsidiariedad, al señalar que la misma “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”.*

*No obstante lo anterior, dicha disposición constitucional, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, establecen dos excepciones a tal regla. La primera, según la cual la acción de amparo será procedente siempre que se utilice “como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable” (inciso 3º, del artículo 86). La segunda, en virtud de la cual, la acción de amparo será procedente, así existan otros medios de defensa judicial, cuando los mismos sean ineficaces para enfrentar la amenaza o la vulneración de los derechos fundamentales (numeral 1º, del artículo 6º, del Decreto 2591 de 199).*

*En relación con las excepciones a la regla de procedencia de la acción de tutela, la jurisprudencia ha señalado que las mismas deben ser analizadas por el juez constitucional en cada caso concreto.*

*Con relación a la segunda de las excepciones y a efectos de determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en el caso seleccionado para revisión, esta Corporación ha expuesto que el juez debe analizar las condiciones particulares del caso y establecer si el medio de defensa judicial ordinario existente es lo suficientemente idóneo para proteger de manera integral sus derechos fundamentales, ya que, en caso de no serlo, el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional.*

*Dentro del asunto que le interesa a esta Corporación, ha dicho la jurisprudencia que cuando quien acude a las vías constitucionales para solicitar se ampare su derecho a la seguridad social, se encuentra dentro del grupo de personas a quienes la Constitución les brinda una especial protección, como son, los ancianos, los niños, las mujeres embarazadas, las madres o padres cabeza de familia o las personas que padecen algún tipo de discapacidad física o mental, el estudio de procedibilidad de la acción de tutela debe realizarse con un criterio más amplio.*

*Así, cuando se trata de garantizar los derechos fundamentales de sujetos afectados por una disminución en su capacidad laboral, a quienes la administradora de fondo de pensiones les ha negado el reconocimiento de la pensión de invalidez, la acción de tutela se perfila como el mecanismo eficaz para reclamar dicha prestación. Ello es así, por cuanto los medios dispuestos por las vías judiciales ordinarias se tornan ineficaces, considerando que el tiempo que se toman para resolver pretensiones de esa naturaleza es bastante extenso. Y es que, un tiempo prolongado de incertidumbre jurídica, relacionada con el derecho a reclamar la pensión de invalidez, no puede ser asumido por una persona que ha perdido más del 50% de su capacidad para laborar y que está imposibilitada para generar ingresos que le permitan vivir en condiciones dignas.”*

Igualmente, estableció los requisitos para la pensión de invalidez.

*“6.4. Requisitos para acceder a la pensión invalidez. Reiteración de jurisprudencia*

*Según los lineamientos establecidos en el artículo 48de la Constitución, la seguridad social es un servicio público y un derecho de carácter irrenunciable, el cual debe ser prestado por el Estado con fundamento en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación. De igual forma, el sistema general de seguridad social integral está conformado por los regímenes generales de pensión, salud, riesgos laborales y los servicios sociales complementarios definidos en la Ley 100 de 1993.*

*Por su parte, el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, establece una amplia gama de prestaciones asistenciales y económicas que amparan los riesgos de vejez, invalidez, o muerte, así como también, el derecho a la sustitución pensional, a la pensión de sobrevivientes y a la indemnización sustitutiva, entre otras.*

*Para el caso que ocupa la atención de la Sala, la Ley 100 de 1993, instituyó, entre otras normas, un acápite sobre pensión de invalidez por riesgo común, con el fin de remediar a través del otorgamiento de una prestación económica, el impase generado como consecuencia de la pérdida de capacidad laboral.*

*Así, con base en el artículo 38 de la referida ley, 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”. Del mismo modo, el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, señaló que el afiliado inválido tendrá derecho a la pensión causada por enfermedad, cuando acredite haber cotizado cincuenta semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*

*Por lo anterior, para tener derecho a disfrutar de la pensión de invalidez, se requiere haber perdido el 50% o más de la capacidad laboral y haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.”*

 Respecto a la incompatibilidad entre la Indemnización Sustitutiva de la Pensión de Vejez y la Pensión de Invalidez, indicó:

“*La Sala de Casación estimó que no constituye impedimento alguno para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, el hecho de que el afiliado hubiese recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Manifestó que, si bien, con base en lo dispuesto por el Decreto 758 de 1990, quedan excluidos del seguro obligatorio de invalidez, vejez y muerte, quienes hubiesen recibido la indemnización sustitutiva, no debe entenderse que se encuentran cobijados por dicha exclusión, quienes tienen la posibilidad de pensionarse por un riesgo distinto al que corresponde la indemnización sustitutiva.*

*Así, señaló que si alguien recibe la indemnización sustitutiva por la pensión de vejez, no podría pensionarse por esa contingencia, pero sí podría hacerlo por un riesgo distinto, por ejemplo, por invalidez, sobre la base de que se trata de dos prestaciones completamente diferentes, que amparan diversos riesgos, y que contienen exigencias disímiles. Lo contrario, conduciría al total desamparo del afiliado y el flagrante desconocimiento de los principios que irradian el derecho a la Seguridad Social.*

*(…)*

*6.6.4. Del recuento jurisprudencial expuesto se concluye que, según las posición de la Sala de Casación Laboral de La Corte Suprema de Justicia, una persona que ha recibido la indemnización sustitutiva por la pensión de vejez, puede continuar cotizando al sistema de seguridad social en pensiones, para efectos de pensionarse por un riesgo distinto a aquel por el cual se le reconoció la indemnización sustitutiva.”*

* 1. **Caso en concreto**

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se acude a la vía de tutela con el propósito que se protejan los derechos fundamentales a la **seguridad social** en conexidad con **la vida digna** y el **mínimo vital** del señor Jorge Eliecer Cardona Arango, toda vez que los considera vulnerados con la negativa de Colpensiones a reconocer y pagar la Pensión de Invalidez.

La Sala encuentra que, en principio, existen otros mecanismos judiciales idóneos a los que puede acudir el accionante para presentar su petición a las entidades accionadas con el fin de que se resuelva el conflicto que se presenta respecto a sus derechos prestacionales. Sin embargo, es indispensable determinar si también son efectivos para proteger los derechos del actor, dada la situación especial que atraviesa en la actualidad, al ser adulto mayor y presentar múltiples afectaciones de salud.

Para tales efectos es importante determinar si al accionante, con la negativa de Colpensiones se le está causando un “perjuicio irremediable”, para lo cual debe tenerse en cuenta el criterio de la Corte Constitucional frente al tema, donde indica, que dicha figura se da cuando se configuren estos elementos: la inminencia, la gravedad, la urgencia y la impostergabilidad de la acción. En el presente caso, es evidente que esos elementos se presentan, pues el accionante ostenta un grave estado de salud por lo que se le dificultaría adelantar un proceso por otro mecanismo judicial, amén que ello implica disponibilidad de recursos económicos para sufragar las costas del proceso, cuestión que el actor no está en condiciones de hacer. En esas condiciones es evidente que el actor se encuentra en una situación de debilidad e indefensión no solo por su edad (mayor de 80 años) sino por su estado de invalidez (80,55%), que hacen que la acción de tutela se convierta en la vía idónea y efectiva para amparar los derechos reclamados por el accionante.

 Respecto a si es incompatible la pensión de invalidez con la indemnización sustitutiva ya recibida por el actor, la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia han establecido que una persona que ha recibido la indemnización sustitutiva por la pensión de vejez, puede continuar cotizando al sistema de seguridad social en pensiones, para efectos de pensionarse por un riesgo distinto a aquel por el cual se le reconoció la indemnización sustitutiva. En el presente caso el señor Jorge Eliecer Cardona Arango continuó cotizando en Colpensiones, después de haber recibido en el año de 1997 la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, tal como consta en la resoluciones SUB 68056 del 17 de mayo de 2017 (fl.19 y 20 cuaderno de primera instancia), y SUB 120375 del 7 de julio de 2017 (fl.15 a 17 cuaderno de primera instancia).

A efectos de determinar si el actor cumple con los requisitos exigidos por la ley para pensionarse por invalidez, es necesario remitirse a lo dispuesto por los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, que disponen lo siguiente:

*“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.*

*Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Modificado por el artículo 1º 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.”*

Respecto al primero de los requisitos para pensionarse por invalidez, según las pruebas arrimadas al expediente, la Sala evidencia que el señor Jorge Eliecer Cardona Arango, nació el 10 de enero de 1937, y con base en el concepto rendido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen No. 4501974-11727 del 20 de julio de 2016 (fl.11 a 13 cuaderno de primera instancia), tiene una pérdida de capacidad laboral del 80.55%, estructurada el 29 de junio de 2016, por enfermedad común. Así las cosas, en los términos de la Ley 100 de 1993, el accionante cumple con el primero de los requisitos exigidos para pensionarse por dicho riesgo.

 En relación con el segundo de los requisitos, la Sala encuentra que según la historia laboral del actor que reposa en el expediente (fl.21), aquel cotizó al sistema 501 semanas en total. Dado que la fecha de estructuración de su invalidez fue el 29 de junio de 2016, debe revisarse el reporte en los tres años anteriores a aquella, esto es, entre el 29 de junio de 2013 y el 29 de junio de 2016, en cuyo lapso el accionante cotizó 360 días, lo que equivale a 51.43 semanas, por lo que cumple con el segundo de los requisitos para pensionarse por invalidez. Adviértase que dichas semanas fueron cotizadas con posterioridad a la fecha en que recibió la indemnización sustitutiva, que lo fué en el año de 1997.

Del recuento anterior se concluye que, el señor Jorge Eliecer Cardona Arango, cumple con los requisitos exigidos para ser beneficiario de la pensión de invalidez, por cuanto tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y porque tiene más de 50 semanas cotizadas en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez.

De esta manera, el actor a pesar de haber recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, continuó cotizando al sistema, situación que no le impide obtener la pensión de invalidez, dado que dicha prestación ampara riesgos distintos a los de vejez, lo que no la hace incompatible con la indemnización recibida.

En consecuencia, se tutelaran los derechos fundamentales del señor Jorge Eliecer Cardona Arango, ordenando al Gerente Nacional de Reconocimiento de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, Dr. Luis Fernando de Jesús Ucrós Velásquez, o quien haga sus veces, que en el término de 10 días siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a reconocer la pensión de invalidez en los términos y en las condiciones que señale la ley y lo incluya en la nómina de pensionados.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el 11 de septiembre de 2017.

**SEGUNDO: ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, por conducto de su Gerente Nacional de Reconocimiento, Dr. Luis Fernando de Jesús Ucrós Velásquez, o quien haga sus veces, que en el término de 10 días siguientes a la notificación de esta sentencia, expida la resolución de reconocimiento de la pensión de invalidez en favor del actor, en los términos y en las condiciones que señale la ley, y lo incluya en la nómina de pensionados.

 **TERCERO:** Notifíquese la decisión por el medio más eficaz**.**

**CUARTO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase

La Magistrada,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

**Secretario**