El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia del 11 de diciembre de 2018

Radicación No.: 66001-31-05-005-2018-00501-01

Proceso: Acción de tutela

Accionante: María Eduvijes Salazar Carrillo

Accionado: Colpensiones

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / PENSIÓN DE INVALIDEZ / INCOMPATIBILIDAD ENTRE INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN DE VEJEZ Y PENSIÓN DE INVALIDEZ / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA.**

**Procedencia excepcional de la acción de tutela**: En ese orden de ideas, la Corte ha identificado una serie de circunstancias que debe verificar el juez constitucional para determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en los eventos en los cuales se pretende el reconocimiento de derechos pensionales, como son las siguientes: a) Que se trate de sujetos de especial de protección constitucional. b) Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital, c) Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada. d) Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.

 **Incompatibilidad entre indemnización sustitutiva de pensión de vejez y pensión de invalidez**: Diversas salas de revisión de la Corte han reconocido la pensión de invalidez en cabeza de personas que ya les había sido otorgada una indemnización sustitutiva, sobre la base de que la incompatibilidad de esas prestaciones no es óbice para reexaminar el asunto, y que desde el primer acto que resolvía la solicitud pensional podía predicarse que la persona interesada tenía el derecho a la pensión, ya sea porque le exigieron un requisito inconstitucional o se aplicó equivocadamente una norma sustantiva. En consecuencia, la incompatibilidad de los beneficios pensionales no es una barrera para evaluar nuevamente los casos, ni efectuar un reconocimiento pensional, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente, cuando una de ellas se otorgó con apego a las normas legales y a la Constitución.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTOR JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Lo expuesto permite concluir, que es decisión del afiliado solicitar y recibir la indemnización sustitutiva de la pensión o continuar cotizando al sistema, pero cuando opte por lo primero, esto es, recibir esa prestación económica, automáticamente se desafilia del sistema general de pensiones, quedándole prohibido al él y a la correspondiente administradora reafiliarlo, por lo que las cotizaciones posteriores que se realicen y reciban respectivamente, carecerán de cualquier efecto, toda vez que el riesgo que cubre el sistema se entiende ya estructurado y por ende vano resulta pretender su aseguramiento posterior. (…)

… esta Sala de Decisión desde sentencia de 13 de abril de 2007, reiterada en providencia de 10 de diciembre de 2015 dentro del proceso promovido por el señor Luis Eduardo Henao en contra de Colpensiones con radicación Nº 66001-31-05-004-2014-00181-01 determinó que es improcedente reconocer la pensión de invalidez cuando la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral se fije con posterioridad a la edad en que empieza la cobertura por vejez, pues como atrás quedó visto, la consecuencia jurídica prevista en la legislación en estos casos, no consiste en la concesión de una pensión sino en el otorgamiento de una indemnización sustitutiva.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

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

**(Diciembre 11 de 2018)**

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra el fallo proferido el 24 de octubre de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por **María Eduvijes Cárdenas Gutiérrez** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, por medio de la cual solicitó que se amparara su derechos fundamentales que se determinen como violados.

**Nota aclaratoria:**

Las diligencias para surtir la impugnación de la sentencia dictada el 24 de octubre de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, subieron a esta Corporación el 13 de noviembre de 2018 y fueron entregadas al despacho de la ponente el día siguiente, tras el reparto realizado por la Oficina Judicial el día viernes 9 de noviembre último. Luego, por lejana que resulte la fecha de emisión de la sentencia de primera instancia, esta Corporación se encuentra en términos para decidir la impugnación.

#### La demanda

 La aludida accionante solicita que se tutelen sus derechos constitucionales al mínimo vital, dignidad humana, igualdad y seguridad social; y en consecuencia se ordene a **La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, que reconozca y pague la pensión de invalidez a la actora, con su correspondiente retroactivo pensional, descontando de allí la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida en el año 2014 y que sean pagaderos a partir de la fecha de estructuración de su invalidez.

Para fundar dichas pretensiones manifestó que, nació el 09 de noviembre de 1958 contando en la actualidad con 60 años de edad. Prestó sus servicios laborales en el sector privado, afiliándose en el año 1991, a Colpensiones.

Asimismo refiere que viene padeciendo severos problemas de salud consistentes en: GONARTROSIS –NO ESPECIFICADA-, SÍNDORME DE MANGUITO ROTATORIO, TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE Y TRAUMATISMO DEL NERVIO TIBIAL A NIVEL DE LA PIERNA, entre otras, las cuales aumentaron negativamente perjudicando su capacidad física y desempeño laboral.

Por lo que, la accionante solicitó, en el año 2017, valoración de su pérdida de capacidad laboral ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, la cual mediante fecha de estructuración del 04 de abril de 2017, determinó una pérdida de la capacidad laboral del 50.15% de origen común.

Así las cosas, la señora María Eduvijes elevó solicitud de pensión de invalidez ante Colpensiones, el día 06 de junio de 2018 bajo el radicado No. 2018\_6503904. La entidad demandada mediante resolución SUB 177725, el día 30 de junio de 2018, resolvió negando la solicitud pensional, puesto que aunque la actora acreditaba los requisitos para tener acceso a la pensión de invalidez (artículo 1, Ley 860 de 2003), no se le podía reconocer tal prestación, en razón a que le fue cancelada indemnización sustitutiva de pensión de vejez en el año 2014.

En vista de lo anterior, la señora María Eduvijes, por medio de su apoderado, el día 14 de agosto de 2018, presentó recurso de apelación frente a la resolución SUB 177725 del 30 de junio de 2018, solicitando que se revocara dicho acto administrativo y se reconociera a su favor pensión de invalidez, pero la entidad confirmó la negativa.

Por último, la accionante señala que continuó realizando cotizaciones al sistema con posterioridad al año 2014, de las cuales Colpensiones en ningún momento le notificó a la accionante que debía cesar en sus aportes en razón al pago de una indemnización sustitutiva a su favor.

#### Contestación de la demanda

 La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, afirma que efectivamente mediante resolución DIR 15913 del 31 de agosto de 2018 resolvió confirmar la negativa inicial resuelta a través de la resolución SUB 177725 del 30 de junio del presente año, de manera que si la accionante presenta desacuerdo con lo resuelto debe agotar los procedimientos judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su solicitud vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial, pues la Corte Constitucional ha sido reiterativa en sostener que la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de prestaciones económicas, pues, por su naturaleza excepcional y subsidiaria, está no puede remplazar las acciones ordinarias creadas por el legislador para resolver asuntos de naturaleza litigiosa. Por lo expuesto, determinó que es improcedente.

 Finalmente, indicó: *“de los documentos que obran en el expediente de la tutela, no se ha logrado demostrar la eventual amenaza u ocurrencia de un perjuicio irremediable, por lo que tampoco sería posible acceder a una protección transitoria”*.

#### Providencia impugnada

La Jueza de primer grado denegó el amparo del derecho por improcedencia de la acción, argumentando que, acorde a los hechos y fundamentos de derecho, debe recordarse que la acción de tutela es un mecanismo de protección preferente pero subsidiario, así que exige el cumplimiento de ciertas circunstancias para que sea viable e idónea en aras de logar la protección buscada, así que esa situación impone la revisión de cada caso en particular, en aras de evitar la desatención de los medios legalmente establecidos para lograr el mismo fin o protección de ese derecho particular.

Conforme a la documentación aportada en la actuación, alega la jueza que fue claro que ese derecho se negó con apoyo en que la petente ya recibió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pues: i) se agotaron unas semanas cotizadas, ii) la prestación resulta incompatible con lo que ahora se está reclamando y iii) la cotización que realizó la demandante, concretamente después, del año 2014, deben ser objeto de devolución, tal y como se le precisó en las resoluciones que se emitieron para resolver sus peticiones.

Lo anterior, permitió precisar al despacho que se está frente a una controversia que no hace parte del escenario constitucional, sino judicial que tiene por lo tanto que ser ventilado como tal, máxime cuando no se evidencia un perjuicio irremediable, ni se ha referido que el medio legal resulte inocuo para la atención de sus pedidos, lo que significa que no se dan los presupuestos determinados en la jurisprudencia para hacer viable esta acción proteccionista, puesto que no genera la subsidiariedad que la caracteriza.

Por ende, el despacho señaló que definitivamente, este no es el verdadero camino que debió recorrer la señora María Eduvijes Cárdenas, generándose la declaración de improcedente.

#### Impugnación

La actora por medio de su apoderado impugnó la decisión manifestando que la acción impetrada debe proceder de forma definitiva y contundente con el fin de proteger los derechos al mínimo vital, dignidad humana, vida, igualdad, y seguridad social integral, de los cuales es titular la señora María Eduvijes y que son vulnerados por la entidad accionada.

Agrega que es evidente que la entidad ha negado de forma arbitraria y sin mediar justificación alguna la pensión de invalidez a la actora, toda vez que la misma cuenta con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la Ley 860 de 2003 para acceder a tan importante prestación económica.

Señala que como se observa en el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, la señora María Eduvijes ostenta diferentes diagnósticos médicos, por lo cual le queda difícil conseguir trabajo para obtener su sustento diario.

Reitera que la falta de reconocimiento de la prestación solicitada, posiciona a la petente en un estado de perjuicio, toda vez que no posee los recursos económicos y físicos con los cuales pueda brindarse el sustento diario, es decir, comida, medicamentos y demás elementos que demanda el diario vivir.

#### Consideraciones

 **5.1 Problema jurídico por resolver**

Procede la Sala a determinar: i) si en este asunto es procedente recurrir a la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de derechos pensionales, en atención a las circunstancias particulares mencionadas con anterioridad. ii) si el pago de la indemnización sustitutiva es una barrera para el reconocimiento de la pensión de invalidez, máxime cuando la afiliada siguió cotizando al sistema. iii) si Colpensiones debe reconocer y pagar a la actora la pensión de invalidez de acuerdo con los requisitos establecidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

**5.2 Procedencia excepcional de la acción de tutela frente a la existencia de otros medios de defensa judicial, en el caso de reclamaciones pensionales**

En la sentencia T-320 de 2017, la Corte Constitucional aborda el caso de una adulta mayor, de 83 años de edad, que buscaba el pago de su bono pensional. En dicha providencia la Corte señala cuales son las circunstancias que debe verificar el operador judicial para establecer si la acción de tutela es procedente para buscar el reconocimiento de derechos pensionales:

*“En ese orden de ideas, la Corte ha identificado una serie de circunstancias que debe verificar el juez constitucional para determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en los eventos en los cuales se pretende el reconocimiento de derechos pensionales, como son las siguientes:*

*a. Que se trate de sujetos de especial de protección constitucional.*

*b. Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital,*

*c. Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada.*

*d. Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados”*

**5.3 Reconocimiento de indemnización sustitutiva no puede constituir una barrera para estudiar nuevamente solicitud de pensión de invalidez**

 La jurisprudencia constitucional ha sido clara en indicar que el haber recibido la indemnización sustitutiva no elimina el derecho a la pensión, pues en ocasiones las mismas Administradoras de Fondos de Pensiones inducen a error al afiliado, pasando a recibir este la devolución de sus aportes cuando en realidad si tenían la cotizaciones necesarias para acceder a la gracia pensional, caso en el cual tienen el derecho a pedir la pensión de invalidez y que lo ya recibido, se tome como un anticipos de las mesadas retroactivas. En cuanto a este asunto, la Corte Constitucional en sentencia T-596 de 2016 indicó:

*“Ahora bien, en relación con la incompatibilidad que establece el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001 entre las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, y las pensiones que cubren dichos riesgos, cabe señalar que esta Corporación, en su jurisprudencia, ha considerado que dicho precepto no constituye una impedimento para que los fondos de pensiones estudien nuevamente el derecho de un afiliado, al que le fue reconocida una indemnización sustitutiva, de percibir una pensión que cubra de manera más amplia las mencionadas contingencias, pues sucede que hay casos en que se demuestra que desde el primer acto que resolvió la solicitud pensional la persona interesada tenía el derecho a la pensión, y sin embargo, no se le reconoció ya sea porque le exigieron un requisito inconstitucional o porque se le aplicó equivocadamente una norma sustantiva. En consecuencia, la incompatibilidad de los beneficios pensionales no es una barrera para evaluar nuevamente los casos, ni efectuar un reconocimiento pensional, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente, cuando una de ellas se otorga con apego a las normas legales y a la Constitución.*

*Dicha doctrina constitucional se fundamenta en el carácter irrenunciable e imprescriptible del derecho a la seguridad social (art. 48 CP), en el sentido de que el reconocimiento de una indemnización sustitutiva no puede significar la renuncia a percibir una pensión a la cual se tenía derecho desde el principio. El derecho a determinada prestación nace cuando una persona cumple los presupuestos legales vigentes al momento de causarse el mismo, y ese derecho es irrenunciable. El afiliado puede abstenerse de reclamar el pago efectivo de las mesadas, e inclusive puede aceptar otra prestación sustituta, pero no despojarse de la titularidad del derecho, ni de la facultad de reclamar en el futuro el pago periódico de su prestación.*

*La irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social se refuerza en la dimensión de derecho fundamental que adopta cuando, por ejemplo, está orientada a garantizar el mínimo vital de personas en situación de debilidad manifiesta, que dependen, en gran medida, de un ingreso regular para satisfacer las necesidades más básicas de vida, como la alimentación, el vestido y la vivienda. En estos casos el derecho a la seguridad social adquiere dimensiones de derecho fundamental, y la garantía de irrenunciabilidad se hace un tanto más importante, precisamente porque se constituye en un presupuesto para el goce efectivo de otros bienes superiores, como la vida y la dignidad humana.*

*De otra parte, cabe precisar que un eventual reconocimiento de la pensión de invalidez o de vejez a un afiliado que ha recibido una indemnización sustitutiva por alguna de las dos contingencias no afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues existen mecanismos para que pueda deducirse de las mesadas lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva, y así asegurar que los aportes del asegurado financien solamente una prestación. De esta forma, se cumple con el objetivo del mandato de incompatibilidad de las prestaciones y con el respeto a los derechos adquiridos y el carácter irrenunciable de la seguridad social. En diferentes oportunidades, la Corte ha utilizado este mecanismo para armonizar los postulados descritos, autorizando a la demandada, por ejemplo, a que descuente lo pagado por indemnización sustitutiva de las mesadas pensionales, sin que se afecte el derecho al mínimo vital.*

*Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, señaló:*

*“La Sala ha asentado la tesis según la cual la indemnización sustitutiva es una prestación provisional, cuya recepción no impide reclamar judicialmente que se dilucide si lo que procedía era ese reconocimiento o en su lugar la prestación vitalicia de vejez; sin embargo se ha de entender que esta postura hace referencia a cuando se analiza la situación del afiliado respecto a la densidad de cotizaciones para el momento en el que se hizo la solicitud de reconocimiento de los derechos a la administradora de pensiones.”*

**5.4 Pensión de invalidez y los requisitos para acceder a ella**

En sentenciaT-053 de 2018, la Corte Constitucional mencionó que respecto de la pensión de invalidez, se entiende que este derecho pensional tiene como finalidad proteger a las personas de las contingencias derivadas de una enfermedad de origen común o profesional o por haber padecido un accidente que disminuye o finiquita su capacidad laboral. Por lo tanto, para solventar esta circunstancia, se otorga una prestación mensual destinada a satisfacer las necesidades básicas que garanticen la subsistencia digna del afectado.

 Para acceder a esta prestación, la persona que haya perdido su capacidad laboral, debe acreditar los requisitos exigidos en la normatividad vigente.

***Artículo 39, Ley 100 de 2003: Artículo 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.*

***2.****Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.*

**5.4 Caso concreto**

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se acude a la vía de tutela con el propósito de que se protejan los derechos a la vida, dignidad humana, igualdad, mínimo vital y a la seguridad social de la señora María Eduvijes, toda vez que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, manifiesta que de acuerdo al artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la accionante debe acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para reclamar el reconocimiento de prestaciones económicas, resultando improcedente acudir por vía de acción de tutela, ya que: i) la presente acción constitucional se caracteriza por su carácter subsidiario y ii) existen otros recursos o medios de defensa judicial que la parte actora debe agotar primero.

 Recuérdese que en primera instancia se denegó el amparo principalmente porque la accionante había recibido una indemnización sustitutiva de pensión de vejez, lo que significó: i) que se agotaron las semanas cotizadas, ii) la prestación resulta incompatible con lo que ahora se reclama y iii) la posterior cotización que realizó la demandante después del 2014 debe ser objeto de devolución.

 Así mismo consideró que la controversia no hace parte del escenario constitucional, sino judicial, porque no se evidencia un perjuicio irremediable ni se ha referido que el medio ordinario resulte inocuo para la atención de este asunto.

La Sala difiere de los argumentos anteriormente expuestos tanto por la parte accionada como por la *A-quo*, primeramente respecto de la improcedencia de la acción, puesto que analizando el caso y a la luz de la jurisprudencia citada con anterioridad, se logra delimitar que la actora puede acudir a la acción de tutela para reclamar el pago de prestaciones sociales, por cuanto el mero estado de invalidez la coloca en condición de indefensión al serle imposible seguir trabajando para auto sostenerse, lo que a su vez implica la pérdida del servicio de seguridad social en salud. Este panorama configura per se un perjuicio irremediable, máxime cuando no existe prueba de que la actora tenga otros ingresos económicos. Por otra parte, dada la urgencia de mantener una vida en condiciones dignas, la demora en la jurisdicción ordinaria pone en graves aprietos a la actora.

Por otro lado ya se vió, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha destacado que, a la luz de la filosofía y los principios del Sistema General de Seguridad Social, el reconocimiento que se haga de la indemnización sustitutiva no afecta la eventualidad del derecho a la pensión de invalidez, por cuanto se trata de dos beneficios legales diversos, que buscan amparar riesgos disímiles y, por tanto, se soportan en exigencias legales diferentes. Por lo que sería errado perder el cubrimiento a dicho reconocimiento, provocando un total y absoluto desamparo a los principios que emanan del derecho a la seguridad social. (art.48 C.P)

En este orden de ideas, la Sala encuentra satisfechos los requisitos para efectuar la reclamación del amparo constitucional, y por ende obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez, por las siguientes razones:

1) La Junta Regional de Calificación de Invalidez, determinó que la actora posee perdida de la capacidad laboral del 50.15% de origen común, causándole dependencia para actividades básicas y de la vida diaria, afectándole anímicamente por su situación de salud y económica; constancia anexa en (fls. 14, 15, 16, 17).

2) Cumple con el requisito de haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, es decir el 04 de abril del 2017, pues en relación a la historia laboral (fls. 33 a 36) dentro de dicho lapso cuenta con un total de **109.54 semanas**, las cuales efectivamente fueron aportadas con posterioridad a la fecha de reconocimiento de la indemnización sustitutiva de vejez, toda vez que esta le fue otorgada en el mes de marzo del 2014.

Así mismo la sala concluye que hay lugar a reconocer la pensión de invalidez de manera definitiva por las siguientes razones:

1) Las condiciones de invalidez de la actora la ubica dentro de los sujetos de especial protección constitucional.

2) La falta de pago de la pensión de invalidez genera un alto grado de afectación del derecho al mínimo vital y el derecho a la salud.

3) La actora agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones.

4) Dada la urgencia de paliar las patologías que padece (gonartrosis –no especificada-, síndrome de manguito rotatorio, trastorno depresivo recurrente y traumatismo del nervio tibial a nivel de la pierna) que entre cosas, le causa dolor en una de las extremidades superiores y en una de las extremidades inferior, la espera de la resolución de su caso en la justicia ordinaria pone en grave riego una vida en condiciones dignas además de agravar su patología.

5) El pago de la indemnización sustitutiva no es óbice para el reconocimiento de la pensión de invalidez, por cuanto la actora siguió cotizando con posterioridad, un total de **109.54 semanas**, de modo que cumple con los requisitos legales para obtener la pensión de invalidez por haber cotizado más de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez fijada el 04 de abril de 2017. Por demás, es evidente que ni siquiera se requirieron las semanas que sirvieron de base para la indemnización sustitutiva.

6) La negativa de Colpensiones deviene en arbitraria por cuanto no tuvo en cuenta las semanas cotizadas por la actora con posterioridad al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, cuyo monto eras suficientes para reconocer la pensión de invalidez.

En consecuencia se revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar se ordenará a Colpensiones que proceda a reconocer la pensión de invalidez a partir del 04 de abril de 2017, pagando el respectivo retroactivo debidamente indexado hasta el momento en que se incluya en nómina.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral 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 24 de octubre de 2018, para en su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de la señora María Eduvijes Cárdenas Gutiérrez, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a reconocer la pensión de invalidez de la señora María Eduvijes Salazar Carrillo a partir del 4 de abril de 2017, pagando el respectivo retroactivo debidamente indexado hasta el momento en que se incluya en nómina.

**TERCERO:** 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 ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

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

 Magistrado Magistrado

 **Salva voto**

**DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ**

Secretario

Providencia: Salvamento de voto

Radicación Nro. 66001-31-05-003-2018-00501-01

Proceso Tutela

Demandante: María Eduvijes Cárdenas Gutiérrez

Demandado: Colpensiones

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**SALVAMENTO DE VOTO**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, once [11] de diciembre de dos mil dieciocho [2018].

Respetuosamente me separo de la decisión mayoritaria por las siguientes razones:

1. **VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD**

Dice expresamente la sentencia de la que me aparto que:

*“La Sala difiere de los argumentos anteriormente expuestos tanto por la parte accionada como por la A-quo, primeramente respecto a la improcedencia de la acción, puesto que analizando el caso y a la luz de la jurisprudencia citada con anterioridad, se logra delimitar que la actora puede acudir a la acción de tutela para reclamar el pago de prestaciones sociales, por cuanto el mero estado de invalidez la coloca en condición de indefensión al serle imposible seguir trabajando para auto sostenerse, lo que a la vez implica la pérdida del servicio de seguridad social en salud. Este panorama configura per se un perjuicio irremediable, máxime cuando no existe prueba de que la actora tenga otros ingresos económicos. Por otra parte, dada la urgencia de mantener una vida en condiciones dignas, la demora en la jurisdicción ordinaria pone en graves aprietos a la actora*”

Tal justificación, dirigida a abrir las puertas al uso de la tutela para el reconocimiento de pensiones, convierte su uso excepcional en la regla general, y no se va muy lejos si se afirma que, a partir de la misma, todos los asuntos de seguridad social en pensiones ya no deben ser tramitados por la jurisdicción ordinaria laboral, pues al tratarse siempre de actores en situaciones de vulnerabilidad (Viejos, inválidos, viudas y huérfanos con dependencia económica del causante), sus necesidades inmediatas imponen que no sea la demorada jurisdicción laboral quien resuelva sus reclamaciones sino -en 10 días- la expedita tutela.

Esa anómala situación, que propicia este tipo de decisiones, conlleva a una especie de derogación de competencia a los jueces laborales y una trivialización de los asuntos pensionales, que por este camino serán conocidos por jueces de diferentes jurisdicciones con conocimientos orientados específicamente a otros temas jurídicos, pero que tendrán que dirigir su atención, en esos breves 10 días, a asuntos complejos que no corresponden a su formación y profundización.

Tal estado de cosas no tiene ninguna justificación, ni ofrece garantía al sistema general de pensiones, quien dada la informalidad de la actuación y el alto grado de subjetividad y solidaridad que despiertan las difíciles situaciones generadas por los estados de invalidez vejez y muerte, se puede ver sujeto a que, sin mayor fundamento jurídico y probatorio, se concedan prestaciones que no estén sostenidas con el cálculo actuarial que permite su otorgamiento.

A nadie le conviene la quiebra del sistema de seguridad social. Por ello se requiere que las prestaciones se otorguen con fundamento en el cabal respeto de las normas que gobiernan su reconocimiento.

Salvo contadas excepciones en casos especialísimos y con el cumplimiento del cuarto requisito de procedibilidad que en estos eventos ha venido exigiendo la Corte Constitucional –que valga decir en esta sentencia ni se contempló- no se deben reconocer prestaciones económicas por la vía de la tutela.

Así en la T-836 de 2006 se precisó:

*“El excepcional reconocimiento del derecho pensional por vía de tutela se encuentra sometido, adicionalmente, a una última condición de tipo probatorio, consistente en que en el expediente esté acreditada la procedencia del derecho, a pesar de la cual la entidad encargada de responder no ha hecho el mencionado reconocimiento o simplemente no ha ofrecido respuesta alguna a la solicitud. Ahora bien, en aquellos casos en los cuales no se encuentre plenamente acreditado el cumplimiento de los requisitos y los derechos fundamentales del solicitante se encuentren amenazados por un perjuicio irremediable, el juez de tutela podrá reconocer de manera transitoria el derecho pensional cuando exista un considerable grado de certeza sobre la procedencia de la solicitud.”

En conclusión, tratándose del reconocimiento de un derecho de carácter pensional en sede de tutela, el juez constitucional debe verificar, aparte de los 4 requisitos genéricos de procedencia, que efectivamente exista un mínimo de certeza probatoria sobre la titularidad del derecho reclamado; pues, de lo contrario, es menester que la controversia sea resuelta por el juez natural de la causa”.*

En el presente caso, no se cumplen tales requerimientos y por el contrario, se ha de debatir con todas las garantías que solo ofrece el proceso ordinario la existencia o inexistencia del derecho. Razón por la cual no procedía el reconocimiento que se hice vía tutela, llegando a ser tan desafortunada la providencia, que incluso, ni siquiera la otorgó de manera provisional en orden a dar la oportunidad de que la Administradora controvierta debidamente la situación jurídica de la accionante.

Ahora de obviarse el cumplimiento de la subsidiaridad el análisis de fondo que a mi juicio corresponde es el siguiente:

1. **IMPOSIBILIDAD DE NUEVA AFILIACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES LUEGO DE RECIBIR INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE VEJEZ.**

En la sentencia radicada bajo el Nº 30.123 de 20 de noviembre de 2007, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral sostiene que a pesar del artículo 2º del acuerdo 049 de 1990, luego de recibir la indemnización sustitutiva de vejez, es posible mantener la afiliación y cotizar para tratar de obtener pensión por riesgo diferente a aquel que dio origen a la indemnización sustitutiva.

Disiento de tal interpretación por cuanto no se puede olvidar que las pensiones de invalidez y sobrevivientes en el régimen de prima media se financian con los dineros cotizados para pensión de vejez durante la afiliación, por lo que al conceder la indemnización sustitutiva por este riesgo se deja la posible pensión de invalidez huérfana del capital necesario para otorgarla, pues de conformidad con lo previsto en el artículo 3º del Decreto 1730 de 2001, en el cual se fija la fórmula con base en la cual se liquida la referenciada indemnización, se determina que para ello se tendrá en cuenta cada uno de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para los riesgos de vejez, invalidez y muerte por riesgo común, es decir, al cancelar la indemnización, no se deja en manos de la administradora el porcentaje correspondiente a la cotización por los riegos de invalidez y muerte que podrían financiar eventualmente en el futuro esas prestaciones económicas.

Es que ningún sistema de seguridad social soportaría económicamente que la población que ya ha arribado a edades superiores a las necesarias para pensionarse por vejez pudieran proceder a su vinculación al sistema para beneficiarse de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, por cuanto obvio resulta que a dichas edades, generalmente la pérdida de la capacidad laboral fácilmente superará el 50% y en cuanto al riesgo de muerte la probabilidad de su ocurrencia es significativamente alto. De allí que aceptar esta posibilidad, implica ni más ni menos que generalizar la obtención de pensiones de invalidez y muerte con la escasa cotización de 50 semanas, atentándose así de manera grave contra el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema.

No se trata entonces de vulnerar los postulados de justicia y solidaridad sino por el contrario de sujetarse a ellos respetando el esfuerzo de quienes cotizan por largos años para poder acceder a las prestaciones del sistema, pero que por el reconocimiento indiscriminado de prestaciones sin sustento presupuestal verán como en el futuro les aumentan los requisitos para obtener las mismas.

Valdría tener en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia C-674 de 2001 al estudiar la exequibilidad del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, analizó la incompatibilidad entre la pensión de vejez y la de invalidez establecida en el literal j) del artículo 13 ibídem, enseñando que la razón de ello radica en que esas prestaciones protegen un riesgo común, esto es, el de la merma en la capacidad para continuar trabajando, bien por los efectos ineludibles de la vejez o por una disminución laboral debido a una enfermedad o accidente; lo cual explicó en los siguientes términos:

*“El anterior análisis permite concluir que los imperativos de eficiencia que gobiernan la seguridad social y el carácter unitario de este sistema, hacen razonable que el Legislador evite que, en principio, una misma persona goce de dos prestaciones que cumplan idéntica función, pues no sólo eso podría llegar a ser inequitativo sino que, además, implicaría una gestión ineficiente de recursos que por definición son limitados. Esta situación explica que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al definir las características generales del sistema de pensiones, haya precisado, en el literal j), que "ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez". La razón es elemental: estas dos pensiones pretenden proteger a la persona frente a un riesgo común, ya que buscan ampararla en aquellas situaciones en que ella ya no tiene la misma capacidad para seguir trabajando, ya sea por los efectos inevitables de la vejez, o bien por una enfermedad o un accidente que hayan mermado sus facultades laborales. Por ello, en innumerables sentencias, la Corte Suprema de Justicia ha concluido, con criterios que esta Corte Constitucional prohíja, que "tanto la pensión de vejez, como la de invalidez, tienen la misma naturaleza y persiguen la misma finalidad.”*

En efecto, en sentencia de 2 de febrero de 2000 con radicación Nº 12961 y ponencia del Magistrado Germán Valdés Sánchez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al tratar el tema de la incompatibilidad pensional, sostuvo:

*“… no es posible disfrutar simultáneamente dos pensiones por un mismo beneficiario, ello ha sido exclusivamente en aquellos casos en que así lo disponen expresamente las normas aplicables o éstas cubren un mismo riesgo o atienden al mismo seguro, como el de invalidez de origen común -que en determinadas circunstancias deviene en pensión de vejez- y la pensión de jubilación, o la plena de jubilación patronal y la de vejez que reconoce el ISS. Nótese que estas pensiones tienen la misma naturaleza y amparan, se repite el mismo riesgo, a diferencia de aquellas que ahora ocupan la atención de la Sala y cuya coexistencia no está prohibida.”.*

Así las cosas, no habiendo discusión en que las pensiones de invalidez y vejez cubren el mismo riesgo, necesario resulta concluir, como lo venía sosteniendo esta Sala de Decisión, que cuando se llega a la edad mínima para acceder a la pensión se consuma el riesgo que cubre el sistema general de pensiones, y si bien se puede seguir cotizando a efectos de reunir el número de semanas necesarias para pensionarse por vejez, la prestación por invalidez, según lo dispuesto en el artículo 9º del Acuerdo 049 de 1990, se contrae a partir de ese momento ya solo a la posibilidad de obtener la indemnización sustitutiva de invalidez, como adelante se verá.

Es que, según el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones, si al momento de llegar a las edades mínimas establecidas en el numeral 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no cumplen con la densidad de semanas exigidas en la Ley, pueden continuar cotizando al sistema o manifestar voluntariamente su imposibilidad de seguir haciéndolo en orden a reclamar la indemnización sustitutiva de vejez.

De otro lado, cuando se cumplen los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tal y como lo tiene sentado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, el afiliado debe desafiliarse del sistema con el objeto de poder empezar a disfrutar de la prestación.

Así mismo, resulta obvio que cuando el afiliado no cumple los requisitos para acceder al derecho y solicita el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, lo que hace es desafiliarse del sistema general de pensiones, sin que exista posibilidad legal de volverse a vincular al mismo dada la prohibición prevista en el artículo 24 del acuerdo 049 de 1990 que expresa y contundentemente dispone:

 *“Los pensionados por el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte o quienes hubieren recibido las indemnizaciones sustitutivas, no podrán reafiliarse para este Seguro, salvo, para el caso de invalidez, que ésta hubiere desaparecido”.*

Así las cosas, cuando el afiliado opta por recibir la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, automáticamente se desafilia del sistema general de pensiones, quedándole **prohibido** al él y a la correspondiente administradora su reafiliación, por lo que las cotizaciones posteriores que se realicen y reciban respectivamente, carecerán de cualquier efecto, toda vez que el riesgo que cubre el sistema se entiende ya estructurado y por ende vano resulta pretender su aseguramiento posterior.

**Nótese que el artículo 2º del Acuerdo 049 de 1990, no permite que los trabajadores dependientes que tengan 60 o más años de edad y los independientes que siendo mujer tengan 50, o los hombres que tengan 55 o más años de edad, se afilien a los riegos de invalidez, vejez y muerte; norma que con mayor razón aplica a las personas que se desafilien del sistema general de pensiones cuando reciben la indemnización sustitutiva de la pensión, pues obviamente para ese momento, no solo han dado cuenta de la causación del riesgo que el sistema cubre –pérdida de la capacidad laboral- sino que, voluntariamente han optado por retirar los aportes que soportaban las prestaciones ofrecidas por el mismo.**

En ese aspecto, la Corte Constitucional en sentencia C-375 de 27 de abril de 2004 con ponencia del Magistrado Eduardo Montenegro Lynett, al abordar el tema concerniente al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión, sostuvo:

*“Considera la Corte que la norma acusada no implica vulneración alguna del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Cuando el legislador estableció que los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva no instituyó mandato alguno que vincular a tales aportantes. Por el contrario, incorporó una permisión libre en cabeza de los mencionados cotizantes, en el sentido de autorizarlos a optar por recibir la señalada restitución dineraria, o no hacerlo, y continuar cotizando al sistema hasta tanto alcancen el monto requerido de cotizaciones para acceder al beneficio pensional. En ese sentido, la norma incorpora una posibilidad no obligatoria para los afiliados (recibir la indemnización o devolución de aportes) y así mismo, la no prohibición de continuar cotizando al sistema hasta acreditar el requisito pensional faltante.”*

**Lo expuesto permite concluir, que es decisión del afiliado solicitar y recibir la indemnización sustitutiva de la pensión o continuar cotizando al sistema, pero cuando opte por lo primero, esto es, recibir esa prestación económica, automáticamente se desafilia del sistema general de pensiones, quedándole prohibido al él y a la correspondiente administradora reafiliarlo, por lo que las cotizaciones posteriores que se realicen y reciban respectivamente, carecerán de cualquier efecto, toda vez que el riesgo que cubre el sistema se entiende ya estructurado y por ende vano resulta pretender su aseguramiento posterior**.

1. **PRESTACIÓN PREVISTA EN LA LEY PARA LOS CASOS DE INVALIDEZ CONFIGURADA CON POSTERIORIDAD AL CUMPLIMIENTO DE LA EDAD MÍNIMA PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE VEJEZ.**

Establece el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 que el régimen de prima media con prestación definida es aquél mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización previamente definidas, siendo aplicable a este régimen *“… las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley.”;* **de donde se colige sin dificultad que las disposiciones base del sistema son las previstas en la reglamentación previamente vigente para el ISS, mismas que deben estudiarse con las precisiones que sobre ellas haya previsto la ley 100 de 1993**. Pero si, sobre un punto específico -como es la prestación que el sistema ofrece en caso de invalidez estructurada con posterioridad al cumplimiento de las edades mínimas para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez- la última legislación citada guarda silencio, necesariamente serán las previsiones del acuerdo 049 de 1990 las que deben aplicarse.

Y al respecto prevé el artículo 9º del Acuerdo 049 de 1990 que: *“El asegurado que al momento de invalidarse no tuviere el número de semanas exigidas en el literal b) del artículo 6o. 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 ese contexto, siendo el artículo 9º del Acuerdo 049 de 1990 la disposición que regula de manera especial y especifica la situación de una persona que se invalida después de haber cumplido la edad mínima para pensionarse por vejez, y toda vez que la Ley 100 de 1993 no adicionó, ni modificó dicha disposición, ni tampoco creó una excepción sobre el tema, es esta la norma que debe utilizarse para resolver esta clase de situaciones.

Bajo tales parámetros, esta Sala de Decisión desde sentencia de 13 de abril de 2007, reiterada en providencia de 10 de diciembre de 2015 dentro del proceso promovido por el señor Luis Eduardo Henao en contra de Colpensiones con radicación Nº 66001-31-05-004-2014-00181-01 determinó que es improcedente reconocer la pensión de invalidez cuando la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral se fije con posterioridad a la edad en que empieza la cobertura por vejez, pues como atrás quedó visto, la consecuencia jurídica prevista en la legislación en estos casos, no consiste en la concesión de una pensión sino en el otorgamiento de una indemnización sustitutiva.

**EL CASO CONCRETO**

Para resolver el problema jurídico que se plantea se deben tener en cuenta los siguientes aspectos: *i)* La señora María Eduvijes Cárdenas Gutiérrez nació el 09 de noviembre de 1958, según da cuenta la fotocopia de su cédula –fl.13-; *ii)* Mediante dictamen Nº 31405778-1078 la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó que él tenía una pérdida de la capacidad laboral equivalente al 50.15% de origen común y estructurada el 04 de abril de 2017 –fls.15 a 17; *iii)* Conforme con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, la edad mínima para acceder a la pensión de vejez en el caso de las mujeres era de 55 años de edad; iv) A través de la resolución GNR 57947 de 2014 se le reconoció la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, de lo cual da cuenta la resolución DIR 15913 de 2018 de Colpensiones.

Bajo tales supuestos fácticos probados, dos razones, cada una de ellas con peso suficiente por sí solas, impiden acceder a las pretensiones de la actora, como pasa a verse.

La primera consiste en que, al acceder a la indemnización sustitutiva de vejez la señora María Eudivijes Cárdenas Gutiérrez se desafilió del sistema general de pensiones a partir del año 2014, por lo que, aplicando el artículo 24 del Acuerdo 049 de 1990 en concordancia con lo dispuesto en la sentencia C-375 de 27 de abril de 2004, a partir de ese momento por imperativo legal y jurisprudencial, le quedaba vedada la posibilidad de reafiliarse al régimen de prima media con prestación definida realizando ella y recibiendo la administradora nuevas cotizaciones, siendo del caso anotar, que para reclamar la indemnización sustitutiva, necesario era partir de la base de que el riesgo cubierto por el sistema –relativo a la pérdida de la capacidad laboral- ya estaba consumado, por lo que lógicamente resultaba imposible asegurarlo nuevamente, si en cuenta se tiene que se aseguran las eventualidades y no los hechos cumplidos.

La segunda razón, suficiente por sí misma para no acceder a las pretensiones, tiene origen en el hecho de que para 04 de Abril de 2017, fecha en que se estructuró la merma de la capacidad del 50.15% de la demandante, ella tenía cumplidos 59 años de edad, lo que significa que al haber sobrepasado la edad mínima para acceder a la pensión de vejez, para ese momento ya había expirado el cubrimiento del riesgo de invalidez producto de una enfermedad o accidente de origen común, pues la prestación prevista legalmente en tales condiciones es la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez establecida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en los términos que se encuentra concebida en el artículo 9º del Acuerdo 049 de 1990.

Debo resaltar que resulta un verdadero atentado contra la sostenibilidad financiera del sistema conceder pensiones de invalidez vía tutela y bajo los supuestos en que aquí se hace, pues para ello, en lo sucesivo, prácticamente a toda persona que supere la edad mínima para acceder a la prestación de vejez le bastará cotizar 50 semanas y hacerse valorar por una Junta de Calificación, quien dada su avanzada edad, muy seguramente dictaminará una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, generándose así una prestación que defrauda el sistema.

Queda así salvado mi voto.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado