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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE INVALIDEZ / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / EXCEPCIONES / COMPATIBILIDAD ENTRE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA Y LA PENSIÒN DE INVALIDEZ.**

Uno de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, tiene que ver con la subsidiariedad. Concretamente, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, establece que ella es improcedente si se cuenta con otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; sin embargo ha sido aclarado por la jurisprudencia que en ciertos casos, particularmente cuando se trate de sujetos de especial protección, puede recurrirse directamente a la vía constitucional, en garantía de sus derechos fundamentales. También se ha hecho énfasis en que, por regla general, este amparo es improcedente para el reconocimiento de derechos de raigambre laboral, a menos que se den unas condiciones fijadas por la Corte Constitucional…

Requisitos que, ciertamente, se hallan cumplidos en la presente acción, si se tiene en cuenta que la accionante se reporta como una persona de especial protección constitucional, dada su condición de invalidez, si bien la pérdida de su capacidad laboral es del 53,25% (f. 19, c.1); además, lo que alega, precisamente, es la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital, lo que no fue contrariado por la demandada…

… en lo que atañe con la negativa de Colpensiones para conceder la prestación, derivada del el pago previo de una indemnización sustitutiva, ha decantado la Corte Constitucional que ninguna incompatibilidad existe entre esta y la pensión…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Pereira, noviembre veinticinco del dos mil diecinueve

Expedientes: 66001-31-03-002-2019-00271-01 Acta N° 595 del 25 de noviembre del 2019

 Procede la Sala a decidir la impugnación propuesta por **Colpensiones** contra la sentencia del 10 de octubre último, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito local, en esta acción de tutela que **Amanda Rodríguez Zapata** promovió frente a la impugnante.

 **ANTECEDENTES**

 Acudió Amanda Rodríguez Zapata en procura de la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, seguridad social, igualdad y al mínimo vital que estima vulnerados por la entidad accionada.

 Narró, en síntesis, que en el año 2001, le solicitó a Colpensiones la indemnización sustitutiva, la cual le fue reconocida por valor de $508.781.oo: en la actualidad cuenta con 74 años y hace varios viene padeciendo algunas patologías que le impiden laborar.

 Pese a que recibió esa subvención, siguió cotizando al fondo pensional sin que Colpensiones le hubiera objetado nunca su calidad de asegurada; tanto así que en primera oportunidad fue el fondo pensional quien calificó su pérdida de capacidad laboral, el que finalmente fue determinado en 58.66% por la Junta Regional de Invalidez de Risaralda, mediante el dictamen No. 29380724-791 del 8 de agosto del 2018, en el que se estableció también, que la fecha de estructuración era del 14 de septiembre del 2017.

 Así las cosas, y en el entendido de que aportó 231,43 semanas para los ciclos comprendidos entre el 1° de febrero del 2014 hasta el 31 julio del 2018, le solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, la que fue negada mediante la resolución No. SUB 326557 del 18 de diciembre del 2018, confirmada por la resolución No. DIR 1327 del 4 de febrero del 2019, ya que la prestación que pidió es incompatible con la indemnización sustitutiva de vejez. Finalmente, mediante la resolución SUB 83874 del 6 de abril del 2019, se negó una solictud de recovatoria que incoó contra la DIR 1327.

 Por lo expuesto pidió, la protección de sus derechos fundamentales, y entonces que se le ordene a Colpensiones reconocer y pagar la pensión de invalidez que reclama.

 En primera instancia se corrió traslado a varias dependencias de Colpensiones, entre ellas, a la Subdirección de Determinaciones IV, y a la Dirección de Prestaciones Económicas, que fueron las encargadas de proferir los actos administrativos que aquí se reprochan (f. 58, c. 1).

 Intervino la Dirección de Acciones Constitucionales de la entidad para hacer valer el carácter subsidiario de la acción de tutela y la obligación que tiene la judicatura de defender el patrimonio público de Colpensiones. Pidió declarar improcedente la protección y anexó las tres resoluciones de las que habló el actor (f. 61, c. 1).

 Sobrevino el fallo de primer grado que concedió la protección, por cuanto, según jurisprudencia que citó, el hecho de que se haya reconocido con anterioridad la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al accionante, no es óbice para que se pueda estudiar nuevamente la posibilidad de acceder a una pensión de invalidez (f. 73, c. 1).

 Impugnó la encartada para recalcar los mismos argumentos que esgrimió en la contestación de la demanda, solo agregó que *“El artículo 6 del Decreto 1730 de 2001, establece en cuanto a la incompatibilidad de la presente prestación que “salvo lo previsto en el artículo 53 del Decreto 1295 de 1994, las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez. Las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto”* (f. 84v, c. 1).

**CONSIDERACIONES**

 La Constitución de 1991 instituyó la acción de tutela como un mecanismo breve y sumario mediante el cual toda persona puede conseguir de un juez la protección de sus derechos fundamentales, siempre que ellos estén siendo vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad, o de un particular en determinados casos.

 En el caso concreto, Amanda Rodríguez Zapata dirigió su reclamo contra Colpensiones con el fin de que se resuelva favorablemente su petición de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, desechada por cuanto antaño reclamó la indemnización sustitutiva.

 El Juzgado de instancia, se dijo, amparó las prerrogativas fundamentales de la actora al considerar que se encontraba en un estado de debilidad manifiesta, y entonces, procedente el amparo por ese motivo, encontró que el hecho de que se haya reconocido con anterioridad la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la accionante, no impide que se pueda estudiar nuevamente la posibilidad de acceder a una pensión de invalidez.

 Y con ese razonamiento, por los motivos que a continuación se expondrán, coincide la Sala.

 Uno de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, tiene que ver con la subsidiariedad. Concretamente, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, establece que ella es improcedente si se cuenta con otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; sin embargo ha sido aclarado por la jurisprudencia que en ciertos casos, particularmente cuando se trate de sujetos de especial protección, puede recurrirse directamente a la vía constitucional, en garantía de sus derechos fundamentales. También se ha hecho énfasis en que, por regla general, este amparo es improcedente para el reconocimiento de derechos de raigambre laboral, a menos que se den unas condiciones fijadas por la Corte Constitucional que ha dicho que:

“En relación con el carácter subsidiario de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de una derecho prestacional, la Corte Constitucional ha establecido que el juez constitucional deberá verificar los siguientes requisitos: “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.”[[1]](#footnote-1)

 Requisitos que, ciertamente, se hallan cumplidos en la presente acción, si se tiene en cuenta que la accionante se reporta como una persona de especial protección constitucional, dada su condición de invalidez, si bien la pérdida de su capacidad laboral es del 53,25% (f. 19, c.1); además, lo que alega, precisamente, es la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital, lo que no fue contrariado por la demandada, fuera de que está claro que cotizaba sobre la base del salario mínimo legal (f. 11, c. 1)[[2]](#footnote-2); ha intentado infructuosamente obtener la prestación deprecada y, es claro que debido a su edad (74 años) y su expectativa de vida, el proceso judicial no resultaba idóneo para la efectiva protección de sus derechos.

 Absuelto lo que toca con la procedibilidad del trámite, observa la Sala, sin mayor dificultad, que en cabeza de la señora Rodríguez Zapata se encuentran acreditados los requisitos normativos para acceder a la prestación que depreca.

 Para el efecto, recuérdese que el artículo 1° de la ley 860 de 2003 dispone que para acceder a la pensión de invalidez se requiere haber cotizado 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración; y sucede que en ese plazo anterior al 14 de septiembre de 2017, cuando se estructuró la invalidez, la actora reúne de sobra las semanas requeridas; para el efecto solo bastaría contar, aunque ciertamente cuenta con más, que desde el 1° de enero del 2015, hasta el 28 de febrero del 2017 acumuló un total de 111,43 semanas (f. 7, c. 1).

 Ahora bien, en lo que atañe con la negativa de Colpensiones para conceder la prestación, derivada del el pago previo de una indemnización sustitutiva, ha decantado la Corte Constitucional que ninguna incompatibilidad existe entre esta y la pensión de vejez[[3]](#footnote-3). Incluso, en la reciente sentencia T-434-19, del 24 de septiembre del presente año, recalcó:

La Corte Constitucional ha establecido que una persona que ha recibido la *indemnización sustitutiva de 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[[4]](#footnote-4).[[5]](#footnote-5)

Al resolver casos similares al *sub examine* (en los que los accionantes habían recibido una *indemnización sustitutiva* *de la pensión de vejez* pero continuaron cotizando y luego se determinó su pérdida de capacidad laboral superior al 50% con una fecha de estructuración posterior al reconocimiento de la primera prestación), en las sentencias T-861 de 2014[[6]](#footnote-6), T-596 de 2016[[7]](#footnote-7) y T-656 de 2016[[8]](#footnote-8) la Corte determinó que, en esos eventos, el previo reconocimiento de la referida *indemnización* no era un impedimento para acceder a la pensión de invalidez, en tanto “*se trata de dos prestaciones completamente diferentes, que amparan diversos riesgos, y que contienen exigencias disímiles*.”[[9]](#footnote-9)

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al resolver casos equivalentes, agregando que el reconocimiento de una indemnización sustitutiva no es un acto definitivo sino provisional que puede revisarse ante un mejor derecho.[[10]](#footnote-10)

 Con lo que queda claro que, a pesar de que medie un pago previo de la indemnización sustitutiva, es viable el reconocimiento de la prestación deprecada[[11]](#footnote-11), sin perjuicio de que se ordene la compensación respectiva; de lo cual se concluye que los actos administrativos que con ese fundamento negaron la prestación, es decir, el SUB 326557 del 19 de diciembre del 2018 y el DIR 1327 del 4 de febrero de este año, violentan las prerrogativas fundamentales invocadas por la accionante, tal como se razonó en primera instancia.

 Ahora bien, como en este caso hay certeza de que la señora Rodríguez Zapata cumple los requisitos para obtener la pensión de invalidez que ruega, y de que sus particulares condiciones personales, como su salud y su edad, la tornan apremiante, la Sala como en otras oportunidades ordenará el reconocimiento y pago de la subvención[[12]](#footnote-12)-[[13]](#footnote-13), que no solo disponer un nuevo estudio de la misma por parte de Colpensiones, como se hizo en primer grado.

 En ese entendido se modificará la sentencia de primera instancia, además para dirigir la orden, no contra la Subdirección de Determinaciones IV, sino a la Dirección de Prestaciones Económicas que fue la dependencia que resolvió la petición pensional en segunda instancia, como también ha sido dispuesto por la Sala en otras oportunidades; máxime que, como se explicó, la Resolución SUB 83874 del 6 de abril del 2019 se emitió en virtud de una solicitud de revocatoria, y sucedió al margen del trámite derivado de la primigenia petición incoada por la actora.

 Por lo expuesto, sin que haya lugar a otras estimaciones, se confirmará el numeral primero de la sentencia impugnada, que con atino dispuso la protección de los derechos fundamentales invocados por la accionante; por otra parte se modificará el numeral segundo, al tenor de las explicaciones que acaban de plantearse.

**DECISIÓN**

En armonía con lo dicho, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, **Sala de Decisión Civil Familia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el numeral primero de la sentencia dictada por el  Juzgado Segundo Civil del Circuito local en esta acción de tutela que **Amanda Rodríguez Zapata** promovió frente **Colpensiones**.

Se modifica el numeral segundo que quedará así:

Se deja sin efectos la Resolución DIR 1327 del 4 de febrero del 2019 emitida por la Dirección de Prestaciones Económicas, y en su lugar, se le ordena a esta dependencia, por medio de su funcionario a cargo, o quien haga sus veces, que en el término de quince días, profiera un nuevo acto administrativo que reconozca la pensión de invalidez a la señora Amanda Rodríguez Zapata, de conformidad con lo establecido en esta providencia.

 El funcionario a cargo deberá hacer el cálculo pertinente y descontar la indemnización sustitutiva reconocida en precedencia a la accionante de manera periódica.

 Notifíquese esta decisión a las partes y demás interesados, en la forma prevista en el artículo 5º del Decreto 306 de 1992; oportunamente remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. A su regreso, archívese.

Los Magistrados,

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS DUBERNEY GRISALES HERRERA**

1. Sentencia T-343 de 2014 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-304 de 2015 [↑](#footnote-ref-2)
3. Así lo recordó en la sentencia T-703-17, en la que, además, trajo a colación otras como las sentencias T-606 de 2014 y T-002 A de 2017. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencias T-861 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 6.6.4.; T-596 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico N° 6; y T-656 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico “*Naturaleza jurídica de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Reiteración de jurisprudencia*”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Incluso, la Corte Constitucional ha determinado que, en ciertas circunstancias, es posible acceder a una pensión a pesar de haberse reconocido una indemnización sustitutiva por la misma contingencia (v.gr. vejez-vejez, o invalidez-invalidez) (Ver -entre otras- las sentencias T-043 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño (expediente T-1.432.311); T-1030 de 2008. M.P. Mauricio González Cuervo; T-870 de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-482 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-937 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-606 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; y T-240 de 2019. M.P. Alberto Rojas Ríos). Esto, en los eventos en los que desde el primer acto que resolvía la solicitud pensional podía predicarse que la persona interesada tenía el derecho a la pensión, pero el mismo no fue concedido -por ejemplo- por la exigencia de un requisito inconstitucional o la aplicación equivocada de una norma sustantiva. [↑](#footnote-ref-5)
6. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. El caso versaba sobre una señora a la que Colpensiones reconoció en julio de 2009 la *indemnización sustitutiva de la pensión de vejez*, pero continuó realizando aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (entre el 27 de septiembre de 2009 y el 27 de septiembre de 2012 cotizó 148 semanas). Posteriormente fue calificada con una pérdida de capacidad laboral de 59,14% con fecha de estructuración del 27 de septiembre de 2012 (cuando tenía 62 años y le diagnosticaron “*cáncer en los bronquios y/o pulmones*”. No obstante, Colpensiones negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por ser incompatible con la prestación ya reconocida. [↑](#footnote-ref-6)
7. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esta Sentencia se resolvieron los expedientes acumulados T-5.605.497 y T-5.611.344. En el primero de ellos, un señor de 69 años de edad solicitó -el 1 de enero 2012- el reconocimiento de su pensión de vejez. No obstante, Colpensiones no accedió a ello en tanto no contaba con la densidad de semanas requeridas, razón por la que posteriormente reconoció la *indemnización sustitutiva de la pensión de vejez*. A pesar de lo anterior, continuó cotizando al Sistema. El 24 de noviembre de 2014 fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 51,14% por enfermedad de origen común, con fecha de estructuración 5 de agosto de 2014. Por ende, el 24 de marzo de 2015 solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, solicitud que fue negada al advertir que ya se había reconocido la *indemnización sustitutiva de la pensión de vejez* y que dicha prestación económica es incompatible con la pensión de invalidez. [↑](#footnote-ref-7)
8. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En esa oportunidad, la Corte estudió la situación de una señora de 60 años a la que Colpensiones reconoció -el 15 de marzo de 2012- la *indemnización sustitutiva de la pensión de vejez*. No obstante, continuó afiliada al fondo de pensiones y siguió cotizando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Posteriormente le fue determinada una pérdida de capacidad laboral de 52,35%, teniendo como fecha de estructuración el 8 de julio de 2015. Teniendo en cuenta lo anterior, presentó a Colpensiones una solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la cual fue negada por la entidad argumentando que, al momento de recibir la indemnización sustitutiva, la beneficiaria había aceptado que, de seguir cotizando, estos nuevos aportes solo podrían ser objeto de devolución y que, en todo caso, ya había recibido la mencionada indemnización por lo que no podía ser beneficiaria de una nueva prestación de carácter pensional. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia T-861 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico N° 6.6.3. [↑](#footnote-ref-9)
10. Son dos los casos con hechos similares: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencias de 20 de noviembre de 2007. M.P. Camilo Tarquino Gallego, radicación Nº 30.123; y de 19 de febrero de 2014. M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve, radicación Nº 46.194. La primera de esas providencias fue reiterada -entre otras- en las sentencias de 25 de marzo de 2009. M.P. Camilo Tarquino Gallego, radicación Nº 34.014; de 24 de mayo de 2011. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, radicación Nº 39.504; y de 24 de abril de 2012. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas, radicación Nº 37.902. [↑](#footnote-ref-10)
11. Ese mismo criterio lo prohíja la Corte Suprema de Justicia, sentencias del 20 de noviembre de 2007, expediente 30123, MP. Dr. Camilo Tarquino Gallego. Posición reiterada en sentencia SL11234-2015 del 26 de agosto de 2015, MP. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno. [↑](#footnote-ref-11)
12. TSP, SCF. Sentencia del 28 de mayo del 2018, Rad. 2018-00046-01, M.P. Jaime Alberto Saraza Naranjo. [↑](#footnote-ref-12)
13. TSP, SCF. Sentencia del 26 de junio del 2019, Rad. 2019-00028-01, M.P. Claudia María Arcila Ríos. [↑](#footnote-ref-13)