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 - 2a Instancia - 16 de marzo de 2017

Radicación Nro. : 66001-31-03-005-2016-00127-02

Accionante: JOSÉ RICARDO LEIVA OCAMPO

Accionado:       COLPENSIONES

Proceso:              Acción de Tutela – Revoca decisión del *a quo* y concede el amparo solicitado

Magistrado Ponente:  EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: DERECHOS A LA SEGURIDAD SOCIAL, IGUALDAD, VIDA DIGNA Y MÍNIMO VITAL / RECONOCIMIENTO Y PAGO PENSIÓN DE INVALIDEZ.** “[E]l señor Leiva Ocampo, interpuso acción de tutela tras considerar que la entidad accionada, vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad, vida digna y mínimo vital, al negar mediante acto administrativo el reconocimiento de su pensión de invalidez, bajo el argumento de que la entidad competente para ello es la AFP PROTECCIÓN SA, teniendo en cuenta que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del actor es del 7 de julio de 2014, cuando se encontraba afiliado a dicha entidad. (…) [E]ncuentra esta Sala que en el asunto objeto de estudio, el amparo constitucional se erige como el mecanismo idóneo para reclamar el reconocimiento pensional, ya que la Junta de Calificación de Invalidez de Risaralda, calificó al actor con un 65.10% de pérdida de capacidad laboral, además carece de recursos para subsistir y no puede desarrollar una actividad productiva que le permita garantizarse una vida digna, como lo dijo en el escrito por medio del cual se promovió la acción, hecho que no fue desvirtuado por la parte demandada, por lo que puede afirmarse que se está frente a una persona digna de especial protección constitucional y por ende, el asunto planteado se torna de naturaleza constitucional. (…) [E]l accionante fue calificado con una pérdida de su capacidad laboral superior al 50%. Además, porque cuenta con la densidad de semanas cotizadas al sistema necesarias para acceder a la pensión de invalidez, a pesar de que la fecha de estructuración de la invalidez se fijó el 7 de julio de 2014, entre esa fecha y el año 2015 estuvo cotizando al sistema, lo que lo ubicaría en la situación de que pudo estar prestando su fuerza laboral hasta ese último año y, por tanto, no se puede desconocer dicha situación, y deben tenerse como válidos aquellos aportes que se realicen después de la fecha de estructuración hasta que la cotización se suspende, ya que es este último instante en el que se infiere que la persona pierde definitivamente su capacidad para trabajar. De lo contrario, se estaría atentando de manera grave contra los derechos fundamentales de quienes por su condición de discapacidad merecen una especial protección constitucional. (…) El argumento esgrimido por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, según el cual, no es la entidad responsable de asumir la prestación del actor, porque en la fecha en que se estructuró la invalidez, estaba afiliado a la AFP PROTECCIÓN SA, no es de recibo, porque, con base en los precedentes traídos a colación, es viable concluir que, independientemente de que la fecha de estructuración de la invalidez sea el 7 de julio de 2014, la calificación de la invalidez es de octubre de 2015 y el actor siguió cotizando a COLPENSIONES hasta ese año, además, su traslado de régimen se hizo efectivo el 1º de diciembre de 2014. Así las cosas, la Sala ordenará el reconocimiento y pago de la prestación a la entidad que en principio, aparece como responsable del pago de la obligación, esto es, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (…).”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, dieciséis (16) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Acta Nº 136 de 16-03-2017

Referencia: 66001-31-03-005-**2016-00127**-02

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por el señor JOSÉ RICARDO LEIVA OCAMPO, por intermedio de apoderada judicial, contra la sentencia proferida el día 27 de enero de 2017, mediante la cual el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira resolvió la acción de tutela que promovió el opugnante contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, trámite al que se vinculó a la AFP PROTECCIÓN SA.

**II. ANTECEDENTES**

1. El accionante promovió el amparo constitucional por considerar que COLPENSIONES vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad, vida digna y mínimo vital.

2. En síntesis, señaló como sustento de su reclamo lo siguiente:

2.1. Presentó solicitud de traslado del régimen de ahorro individual de la AFP PROTECCIÓN a COLPENSIONES el 3 de octubre de 2014, la que se hizo efectiva a partir del 1º de diciembre de 2014, a esta última siguió cotizando hasta el 31 de julio de 2016.

2.2. El 7 de octubre de 2015, mediante dictamen No. 828-2105 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, se le calificó una pérdida de la capacidad laboral del 65,10% y como fecha de estructuración el 7 de julio de 2014.

2.3. El 16 de febrero de 2016, solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez a COLPENSIONES, entidad que por medio de la resolución No. GNR 295901 del 6 de octubre de 2016, le negó su solicitud bajo el argumento de que la entidad encargada de tramitar y decidir la prestación económica es la AFP PROTECCIÓN.

2.4. Afirma ser una persona discapacitada, que no se puede valer por sí misma, no cuenta con ingresos, ni con la ayuda de familiares o bienes de renta que le permitan paliar su precaria situación económica, aunado a que desde hace más de un año se encuentra cesante, toda vez que por sus limitaciones físicas de carácter permanente no ha podido encontrar un empleo que le permita subsistir dignamente.

3. Pide, conforme a lo relatado, la tutela de los derechos invocados y se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES “*proceda a iniciar el trámite para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la cual deberá ser otorgada a partir de la fecha del dictamen emitido por la JUNTA REGIONAL DE PENSIONES – COLPENSIONES, esto es, desde el 7 de julio de 2014; los trámites correspondientes para la inclusión en nómina no podrán exceder de quince (15) días calendario*”.

4. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, que impartió el trámite legal (fl. 23 Cd. Ppal.). Fueron notificados el Gerente Nacional de Reconocimiento y la Gerente Nacional de Nóminas de la entidad accionada. Posteriormente se vinculó a la AFP PROTECCIÓN SA. (fl. 64 Cd. Ppal.).

4.1. Se pronunció quien dijo ser la Gerente Nacional de Defensa Judicial, asignada temporalmente al cargo de Vicepresidente Jurídica y Secretaria General de Colpensiones, quien indicó que la acción de tutela era improcedente por existir otros recursos o medios de defensa judicial respecto del trámite del accionante. Informa que mediante resolución GNR 295901 del 6 de octubre de 2016, se resolvió la petición de pensión de invalidez del actor y concluyó que la administradora competente para reconocer y pagar dicha prestación es la AFP PROTECCIÓN SA.

Resalta que Colpensiones emitió respuesta de fondo a la petición radicada por el accionante, tendiente a obtener su pensión de invalidez, por lo tanto, si está en desacuerdo, debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su solicitud vía acción de tutela, ya que esta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial, por su naturaleza excepcional y subsidiaria. Solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela contra COLPENSIONES, teniendo en cuenta que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral es del 7 de julio de 2014, cuando se encontraba afiliado a la AFP PROTECCIÓN SA.

4.2. La representante legal judicial de la AFP PROTECCIÓN SA expuso que actualmente el accionante se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones y el hecho de que la estructuración de la invalidez se haya determinado en vigencia de la afiliación en PROTECCIÓN SA, no conlleva necesariamente a que deba reconocer y pagar la pensión reclamada, tema decantado y definido por la Corte Constitucional, transcribiendo varios apartes de sentencias proferidas en ese sentido.

Aclara que dado el carácter subsidiario de la acción de tutela, no es esta el mecanismo idóneo para el pago de prestaciones económicas, por lo tanto el accionante debe acudir a la justicia ordinaria.

Considera que no ha existido por esa entidad conducta alguna que se constituya o se erija en la violación de algún derecho fundamental del actor, ya que se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones y no ha radicado ningún tipo de solicitud formal de prestación económica por invalidez ante PROTECCIÓN SA, en ese orden de ideas, es Colpensiones la encargada de resolver la solicitud pensional y aplica en su integridad el precedente constitucional sobre la materia.

**III. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

La profirió el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, que declaró improcedente el amparo deprecado, con base en que el accionante “…*no ha invocado un perjuicio irremediable, ni ha mencionado y tampoco ha acreditado la necesidad de esa prestación económica que pretende sea reconocida, y puede advertirse que, no obstante ella haber sido negada, ha sobrevivido sin el reconocimiento de la misma. Ahora bien, no puede pretender, por este mecanismo breve y sumario, lograr el reconocimiento de un derecho que ha sido objeto de varios pronunciamientos por la accionada y si bien es cierto, puede ser que el señor José Ricardo Leiva Ocampo, tenga derecho a la prestación que reclama, también lo es que por esa circunstancia, no puede el Despacho invadir competencias que no le corresponden.*”, igualmente consideró que la tutela es una acción subsidiaria y no alternativa a la cual sólo se puede acudir como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por tanto, el juez constitucional no puede invadir y usurpar la competencia del juez natural. (fls. 80-82 Ib.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

El fallo fue impugnado por la parte accionante, exponiendo que la decisión del a quo desconoce el precedente constitucional, en casos en los que se reclama el reconocimiento de la pensión de invalidez por parte de una persona que ha perdido el 50% de su capacidad laboral; que la acción de tutela es procedente como mecanismo definitivo, pues los medios de defensa legales ordinarios, en estos casos, debido a su duración y a los costos económicos que implican, no resultan idóneos y eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales de estas personas, porque su condición y la ausencia de la referida prestación pueden implicar una grave afectación a la salud, una limitante para el acceso o la continuidad en el mercado laboral y una situación económica difícil para el afectado y su núcleo familiar por la falta de ingresos; por último, solicita se revoque el fallo de primera sede y se tutelen los derechos fundamentales invocados (fls. 89-91 Ib.).

**V. CONSIDERACIONES**

1. Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió el fallo atacado.

2. De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, la decisión adoptada en primera instancia y la impugnación, corresponde a la Sala resolver si COLPENSIONES vulneró los derechos invocados por el accionante, al negar la pensión de invalidez solicitada por considerar que carece de competencia para ello y concluir que es la AFP PROTECCIÓN SA, quien debe reconocer y pagar dicha prestación, teniendo en cuenta que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del actor es del 7 de julio de 2014, cuando se encontraba afiliado a esta última entidad.

3. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de la autoridades públicas, o particulares según se trate, siempre que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

4. Este mecanismo de protección es de carácter residual y subsidiario porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ese entendido, nuestra Corte Constitucional estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

4.1. En lo tocante a la inmediatez, se halla cumplido, dado que la acción se interpone dentro de los seis (6) meses siguientes, después de notificada la resolución que negó la pensión reclamada, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional que nos enseña: “(…) *en los casos en que se discuten derechos pensionales, (…) la inmediatez no puede ser entendida como un requisito de procedibilidad severo, ya que la vulneración de ese derecho subsiste en el tiempo por ser un derecho irrenunciable que no prescribe, por lo que es irrelevante el tiempo transcurrido entre la actuación que vulnera el derecho y el momento en el que se interpone la acción*”.

4.2. Ahora, respecto a la residualidad existen al menos dos excepciones a esa regla general : (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional, y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable cuando se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86 CP).

5. En tal sentido, sobre la afectación del mínimo vital como perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional da cuenta que la naturaleza de la acción de tutela, impide reclamaciones relacionadas con el reconocimiento de pensiones, puesto que la competencia prevalente para ese tipo de conflictos es la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, de manera excepcional, ha señalado, que en algunos casos muy específicos cuando se reclama pensión de vejez, sobrevivientes o invalidez, se ha verificado que se reúnen unas condiciones especiales que hacen viable esa tutela excepcional de los derechos fundamentales.

Ha precisado que, aunque en principio la existencia de otros medios de defensa judicial hace improcedente la acción de tutela, la sola presencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada. En realidad, para poder determinar cuál es el medio adecuado de protección, se hace imprescindible que el juez constitucional entre a verificar si, cumplidos ciertos condicionamientos, las acciones disponibles protegen eficazmente los derechos de quien interpone la acción o si, por el contrario, los mecanismos ordinarios carecen de tales características, evento en el cual el juez puede otorgar el amparo.

De acuerdo con esta jurisprudencia constitucional, puede sostenerse que para que proceda el reconocimiento, reajuste o pago de prestaciones pensionales en sede de tutela, el juez constitucional debe tener en cuenta que “*(i) de su protección dependa la eficacia de derechos fundamentales de aplicación inmediata como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital (criterio de conexidad).[[1]](#footnote-1) (ii) se trate de sujetos de especial protección constitucional (iii) cuando existiendo otro medio de defensa el mismo no resulte idóneo, ni eficaz para garantizar la protección de los derechos fundamentales del peticionario, evento en el que la tutela procede como mecanismo principal y definitivo de defensa, ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y cierta por otra vía y (iv) cuando se promueva como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. [[2]](#footnote-2)”.*

**VI. EL CASO CONCRETO**

1. Se recuerda que, en el presente caso, el señor Leiva Ocampo, interpuso acción de tutela tras considerar que la entidad accionada, vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad, vida digna y mínimo vital, al negar mediante acto administrativo el reconocimiento de su pensión de invalidez, bajo el argumento de que la entidad competente para ello es la AFP PROTECCIÓN SA, teniendo en cuenta que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del actor es del 7 de julio de 2014, cuando se encontraba afiliado a dicha entidad. (fls. 3-11 Ib.).

2. El accionante afirmó cumplir con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en el régimen de prima media a cargo de COLPENSIONES, sin embargo, mediante Resolución GNR 295901 del 6 de octubre de 2016[[3]](#footnote-3), la Administradora Colombiana de Pensiones negó el reconocimiento de su derecho pensional, en la cual se le indica al accionante que la entidad competente para ello es la AFP PROTECCIÓN SA.

3. En su conocimiento, la Sala debe establecer si la acción de tutela es procedente para ordenar a COLPENSIONES el reconocimiento de una pensión de invalidez, aun cuando ya ha sido negada por la misma entidad, al estimar que carece de competencia para ello.

4. Al valorar las condiciones personales del accionante para determinar si procede el reconocimiento y pago de la prestación pensional en sede de tutela, encuentra esta Sala que en el asunto objeto de estudio, el amparo constitucional se erige como el mecanismo idóneo para reclamar el reconocimiento pensional, ya que la Junta de Calificación de Invalidez de Risaralda, calificó al actor con un 65.10% de pérdida de capacidad laboral[[4]](#footnote-4), además carece de recursos para subsistir y no puede desarrollar una actividad productiva que le permita garantizarse una vida digna, como lo dijo en el escrito por medio del cual se promovió la acción, hecho que no fue desvirtuado por la parte demandada, por lo que puede afirmarse que se está frente a una persona digna de especial protección constitucional y por ende, el asunto planteado se torna de naturaleza constitucional.

5. Verificada la concurrencia de los requisitos generales de procedibilidad de la tutela para reclamar prestaciones sociales económicas, analizará la Sala si en el asunto propuesto se cumplen o no los requisitos fijados para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Siguiendo de cerca las últimas orientaciones de la Corte Constitucional sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez por este excepcional camino, cuando existe controversia entre las entidades del sistema de seguridad social respecto de cuál es la encargada de reconocer y pagar dicha prestación económica, en la sentencia T-801 de 2011, expuso:

*“5.1. En el caso objeto de estudio, el accionante promovió la acción de la referencia, para solicitar la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, por cuanto las entidades accionadas le negaron el reconocimiento de la pensión de invalidez. Porvenir argumenta que el ISS, es la entidad encargada de reconocer y pagar dicha prestación, ya que para la fecha de estructuración de la invalidez, estaba afiliado a ese fondo. Por su parte, el ISS sostiene que el debe volver a solicitar la pensión a Porvenir debido a que es el fondo al que actualmente se encuentra afiliado.*

# *5.2. Así las cosas, la Sala advierte que la decisión de negar el reconocimiento de la pensión de invalidez, es contraria a los parámetros constitucionales que rigen la materia, y desconoce los derechos fundamentales del actor, pues la lectura del expediente revela que: (i) el accionante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez[[5]](#footnote-5), como quiera que, cuenta con más de cincuenta (50) semanas cotizadas en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de invalidez[[6]](#footnote-6) y fue calificado con un porcentaje superior al cincuenta por ciento (50%) de pérdida de capacidad laboral. En efecto, ambas entidades reconocen que el peticionario es titular del derecho a la pensión de invalidez de manera cierta e indiscutible y aún así negaron su pago, porque entre ellas existe una controversia respecto de cuál es la obligada a financiarla. Este argumento no legítima el dilatar o negar el reconocimiento de la pensión de invalidez; menos en este caso, en la medida en que (ii) el peticionario no está en capacidad de trabajar y depende exclusivamente de la pensión, no solo para satisfacer su mínimo vital, sino también para seguir realizando sus aportes a salud y de esta manera poder recibir a tiempo el tratamiento que requiere.*

*5.3. Ahora bien, no escapa a esta Sala de Revisión, el hecho de que la controversia respecto de cuál es la entidad legalmente obligada a reconocer y pagar la pensión del accionante, en principio no debe ser dirimida en sede de tutela, toda vez que, es un asunto que por su naturaleza corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, como se explicó en el acápite 4 de esta sentencia, en casos como este, el juez constitucional, debe intervenir para proteger los derechos fundamentales de quien está siendo afectado por esa situación. Por ello, la Sala ordenará el reconocimiento y pago de la prestación a la entidad que en principio, aparece como responsable del pago de la obligación. La Sala encuentra que en el caso objeto de revisión, esa entidad es Porvenir S.A., al menos por dos (2) razones:*

*5.3.1. La AFP Porvenir es la última entidad a la que el accionante efectivamente estuvo afiliado. De hecho, el 7 de febrero de 2002, el peticionario reportó traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, y su afiliación a Porvenir, comenzó a surtir efectos desde el 1 de abril del mismo año. De igual manera, a pesar de que se determinó como fecha de estructuración de la invalidez el 1 de agosto de 1998, sólo hasta agosto de 2010, es decir, doce (12) años después se calificó la invalidez, lo que tiene sentido en el caso concreto, teniendo en cuenta que el actor padece una enfermedad degenerativa (insuficiencia renal terminal) y a pesar de los síntomas siguió trabajando y cotizando al Sistema General de Pensiones, hasta el momento en que definitivamente no pudo seguirlo haciéndolo, teniendo que solicitar la calificación de pérdida de capacidad laboral y el reconocimiento de la pensión de invalidez. No puede perderse de vista que el peticionario se afilió a Porvenir hace 9 años, y que ambas solicitudes se realizaron cuando el peticionario se encontraba a dicho Fondo. Esto, por supuesto, con independencia del traslado de los aportes que debe realizar el ISS y los bonos pensionales que concurran en este caso, asunto que como ya se dijo, no es factible definirlo en este escenario, ni puede constituir de ninguna manera una barrera de acceso al goce efectivo del derecho a la pensión del actor, como quiera que es un trámite interadministrativo que no es de su resorte.*

*5.3.2. En segundo término, la Sala advierte que el argumento esgrimido por la AFP Porvenir, según el cual, no es la entidad responsable de asumir la prestación del actor, porque en la fecha en que se estructuró la invalidez, estaba afiliado al ISS, no es de recibo. Ello, porque, con base en los precedentes de esta Corte,[[7]](#footnote-7) es viable concluir que, independientemente de que la fecha de estructuración de la invalidez sea el 1 de agosto de 1998, la calificación de la invalidez es de agosto de 2010 y el actor siguió cotizando al sistema General de Pensiones doce (12) años más, de hecho, su traslado de régimen fue posterior a esa fecha, pues se hizo el 7 de febrero de 2002. Lo anterior significa que, a pesar de que en el dictamen del 30 de diciembre de 2009 se establece que el señor Murillo perdió su capacidad laboral el 1 de agosto de 1998, fecha en que se estructuró su invalidez, en realidad el accionante perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, como lo exige el Decreto 917 de 1999[[8]](#footnote-8), el 30 de octubre de 2010, fecha en la que se calificó la pérdida de capacidad laboral, teniendo en cuenta que siguió laborando y cotizando al Sistema General de Pensiones, durante 12 años aproximadamente.*

*5.4. En ese orden de ideas, la Sala ordenará a la AFP Porvenir S.A. reconocer y pagar la pensión de invalidez del actor. Ello, sin perjuicio de que en el evento de considerar que no es la legal y reglamentariamente obligada, la entidad puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para que se defina, a cuál entidad le corresponde el reconocimiento. De igual manera, podrá adelantar las acciones pertinentes para lograr el traslado de saldos a que hubiere lugar en este caso.”*

6. Descendiendo al asunto que se decide, las sub-reglas en cita se cumplen, como quiera que el accionante fue calificado con una pérdida de su capacidad laboral superior al 50%. Además, porque cuenta con la densidad de semanas cotizadas al sistema necesarias para acceder a la pensión de invalidez[[9]](#footnote-9), a pesar de que la fecha de estructuración de la invalidez se fijó el 7 de julio de 2014, entre esa fecha y el año 2015 estuvo cotizando al sistema[[10]](#footnote-10), lo que lo ubicaría en la situación de que pudo estar prestando su fuerza laboral hasta ese último año y, por tanto, no se puede desconocer dicha situación, y deben tenerse como válidos aquellos aportes que se realicen después de la fecha de estructuración hasta que la cotización se suspende, ya que es este último instante en el que se infiere que la persona pierde definitivamente su capacidad para trabajar. De lo contrario, se estaría atentando de manera grave contra los derechos fundamentales de quienes por su condición de discapacidad merecen una especial protección constitucional[[11]](#footnote-11).

En relación con lo mencionado la Corte Constitucional ha indicado lo siguiente:

*“La interpretación más favorable del artículo 3º del Decreto 917 de 1999 debe ser aquella que acoge la noción de discapacidad real o material, según la cual, la pérdida de la capacidad laboral de la persona se infiere a partir del momento en que esta sufre la pérdida ‘definitiva y permanente’ de sus aptitudes físicas o psicológicas para  trabajar, por tanto, el juez debe valorar el conjunto de los elementos que permitan inferir el acaecimiento de tal suceso al estudiar las solicitudes de pensión de invalidez, o los dictámenes proferidos por las administradoras de pensiones o por las juntas de calificación de invalidez. Ceñirse, de manera exclusiva, a verificar el pago de las 50 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, cuando la persona siguió trabajando y cotizando al sistema de seguridad social, es reducir la actividad judicial a un mero trámite administrativo, y obviar aspectos fácticos que indican de manera clara que la persona pudo seguir desarrollando su actividad física y mental para solventar sus necesidades básicas.”[[12]](#footnote-12)*

El argumento esgrimido por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, según el cual, no es la entidad responsable de asumir la prestación del actor, porque en la fecha en que se estructuró la invalidez, estaba afiliado a la AFP PROTECCIÓN SA, no es de recibo, porque, con base en los precedentes traídos a colación, es viable concluir que, independientemente de que la fecha de estructuración de la invalidez sea el 7 de julio de 2014, la calificación de la invalidez es de octubre de 2015 y el actor siguió cotizando a COLPENSIONES hasta ese año[[13]](#footnote-13), además, su traslado de régimen se hizo efectivo el 1º de diciembre de 2014.

Así las cosas, la Sala ordenará el reconocimiento y pago de la prestación a la entidad que en principio, aparece como responsable del pago de la obligación, esto es, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por cuanto es la última entidad a la que el accionante efectivamente estuvo afiliado, pues el actor solicitó su traslado del régimen de ahorro individual de la AFP PROTECCIÓN a COLPENSIONES, lo cual se hizo efectivo a partir del 1º de diciembre de 2014, y a esta última siguió cotizando hasta el año 2015[[14]](#footnote-14), lo anterior por cuanto que, a pesar de que se determinó como fecha de estructuración de la invalidez el 7 de julio de 2014, sólo hasta octubre de 2015 se calificó la invalidez.

En ese orden de ideas, la Sala ordenará a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, reconocer y pagar la pensión de invalidez del actor. Ello, sin perjuicio de que en el evento de considerar que no es la legal y reglamentariamente obligada, pueda acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para que se defina, a cuál entidad le corresponde el reconocimiento.

7. La Sala revocará la decisión de primer grado y en su lugar concederá el amparo deprecado, efecto para lo cual ordenará al doctor LUÍS FERNANDO UCROS VELÁSQUEZ, en su calidad de GERENTE NACIONAL DE RECONOCIMIENTO de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, o quien haga sus veces, que en el término improrrogable de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, reconozca y pague la pensión de invalidez al señor JOSÉ RICARDO LEIVA OCAMPO, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero:** REVOCAR la sentencia proferida el día 27 de enero de 2017, por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, dentro de la presente acción de tutela, por lo indicado en la parte motiva.

**Segundo:** CONCEDERel amparo constitucional impetrado por el señor JOSÉ RICARDO LEIVA OCAMPO, contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

**Tercero:** ORDENAR al doctor LUÍS FERNANDO UCROS VELÁSQUEZ, en su calidad de GERENTE NACIONAL DE RECONOCIMIENTO de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, o quien haga sus veces, que en el término improrrogable de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, reconozca y pague la pensión de invalidez al señor JOSÉ RICARDO LEIVA OCAMPO, con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**Cuarto:** Notifíquese esta decisión a los interesados por el medio más expedito posible (Art. 5o., Dto. 306 de 1992).

**Quinto:** Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. La Corte en la Sentencia T-1046 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Treviño) estudió la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar la indemnización sustitutiva y resolvió tutelar el derecho a la seguridad social en conexidad con el mínimo vital y la vida digna de persona de la tercera edad que en razón de la imposibilidad de seguir cotizando para pensión decidió reclamar la indemnización sustitutiva de vejez y la entidad se la niega dejando sin efecto una resolución que se la concedía. La Corte ordenó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consultar en este punto la Sentencia T-789 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). En esta se concedió como mecanismo transitorio, el amparo a la seguridad social y al mínimo vital de la actora, que era compañera permanente del cotizante fallecido. Para ello la Corte reiteró los elementos del perjuicio irremediable en los siguientes términos: “(…) un perjuicio tendrá carácter irremediable cuando quiera que, en el contexto de la situación específica del peticionario, llene las siguientes características: (i) ser cierto e inminente, es decir, que su existencia actual o potencial se infiera objetivamente a partir de una evaluación razonable de hechos reales, y no de meras conjeturas o deducciones especulativas; (ii) ser grave, en la medida en que amenace con lesionar –o lesione- un bien o interés jurídico de alta importancia para el afectado; y (iii) requerir la atención urgente de las autoridades, en la medida en que su prevención o mitigación resulte indispensable e inaplazable para evitar la generación de un daño antijurídico que posteriormente no podrá ser reparado. Salta a la luz que la peticionaria en el caso bajo revisión se encuentra, efectivamente, en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable con motivo de los hechos que dieron lugar a la interposición de la acción de tutela, puesto que del reconocimiento de la sustitución pensional a la cual alega tener derecho depende la satisfacción de su mínimo vital.” [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 20-22 Cd. Ppal. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 13-16 Cd. Ppal. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Modificado por el artículo [1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2003/ley_0860_2003.html#1) de la Ley 860 de 2003. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 22. Reporte de cotizaciones al ISS. [↑](#footnote-ref-6)
7. En la sentencia T-699A de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil), La Corte, al revisar el caso de persona a quien se le había determinado una fecha retroactiva de estructuración de invalidez y continuó cotizando al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, señaló: “(…) es posible que, en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, pueden darse casos, como el presente, en los que, no obstante que de manera retroactiva se fije una determinada fecha de estructuración de la invalidez, la persona haya conservado capacidades funcionales, y, de hecho, haya continuado con su vinculación laboral y realizado los correspondientes aportes al sistema de seguridad social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez. Así pues, el hecho de que la estructuración sea fijada en una fecha anterior al momento en que se pudo verificar la condición de inválido por medio de la calificación de la junta, puede conllevar a que el solicitante de la pensión acumule cotizaciones durante un periodo posterior a la fecha en la que, según los dictámenes médicos, se había estructurado la invalidez, y durante el cual se contaba con las capacidades físicas para continuar trabajando y no existía un dictamen en el que constara la condición de invalidez” (negrilla por fuera del texto original) En el mismo sentido también se puede consultar la sentencia T-710 de 09 (MP Juan Carlos Henao Pérez). [↑](#footnote-ref-7)
8. “Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995” Manual Único para la Calificación de la Invalidez. En su artículo 2 define los conceptos de invalidez, de capacidad laboral y trabajo habitual. “(…) Capacidad Laboral: Se entiende por capacidad laboral del individuo el conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en un trabajo habitual.” [↑](#footnote-ref-8)
9. Artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Modificado por el artículo [1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2003/ley_0860_2003.html#1) de la Ley 860 de 2003. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 17-18 Cd. Ppal. [↑](#footnote-ref-10)
11. Sentencia T-670 de 2013. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sentencia T-143 de 2013. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 17-18 Cd. Ppal. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 17-18 Cd. Ppal. [↑](#footnote-ref-14)