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 -28 de mayo 2018

Radicación Nro. : 66001-31-03-003-2018-00046-01

Accionante: Luis Alberto Londoño Loaiza.

Accionado: COLPENSIONES

Vinculado (s):

Proceso: Tutela

Magistrado Ponente: JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

Temas: **PENSIÓN DE INVALIDEZ / REVOCA / CONCEDE / ORDENA EXPEDIR UN NUEVO ACTO ADMINISTRATIVO** - Requisitos que, ciertamente, se hallan cumplidos en la presente acción, si se tiene en cuenta que el accionante se reporta como un sujeto de especial protección constitucional, dada su condición de invalidez, si bien la pérdida de su capacidad laboral es del 53,25% (f. 7, c.1) y hace parte de la población de la tercera edad, pues cuenta con 83 años (f. 1, 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 ; ha intentado infructuosamente obtener la prestación deprecada y, es claro que debido a su edad 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 del señor Londoño Loaiza 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 8 de agosto de 2017, cuando se estructuró la invalidez, el actor reúne de sobra las semanas requeridas; basta contar que desde el 1 de enero de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2016 acumuló 87.87 semanas.

Aún en gracia de discusión el actor también reúne las 300 semanas en cualquier tiempo, que se exigían en el acuerdo 049 de 1990, normativa bajo la cual el actor se forjó una legítima expectativa pensional, toda vez que desde el 7 de enero de 1969 y el 13 de septiembre de 1989 reunió 453.14 semanas; lo que debió considerarse en virtud de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, que ya ha sido reiteradamente debatido por esta colegiatura y la misma Corte Constitucional .

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

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Pereira, mayo veintiocho de dos mil dieciocho

Expedientes: 66001-31-03-003-2018-00046-01

Acta N° 182 de mayo 28 de 2018

 Procede la Sala a decidir la impugnación propuesta por la parte demandante contra la sentencia del 26 de abril último, proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito local, en esta acción de tutela que **Luis Alberto Londoño Loaiza** promovió frente a **COLPENSIONES**.

 **ANTECEDENTES**

 Acudió el demandante, en procura de la protección de sus derechos fundamentales *“Vida digna en sujetos de especial protección constitucional, salud, mínimo vital, protección constitucional reforzada de discapacitados y enfermos terminales, principio de progresividad en el derecho a la seguridad social”*, que estima lesionados por la parte accionada.

 Narró el demandante que cuenta con 82 años de edad, fue calificado con el 53,25% de pérdida de la capacidad laboral, invalidez estructurada el 8 de agosto de 2017, condición por la cual solicitó la prestación pensional ante la accionada, la que, por haber reclamado la indemnización sustitutiva en 1996, fue negada mediante resolución SUB 288250 del 12 de diciembre de 2017, pese a que cuenta con 648 semanas cotizadas, 211.48 de las cuales, se produjeron durante el periodo comprendido, entre el 1° de agosto de 2012 y el 30 de septiembre de 2016.

 Pidió el amparo de los derechos invocados y ordenar a COLPENSIONES reconocerle y pagarle la pensión de invalidez

 El Juzgado de primer grado dio trámite a la acción y notificó de lo pertinente al Director de Prestaciones Económicas y a la Subdirectora de Determinación V, ambos de COLPENSIONES.

 Intervino el director de acciones constitucionales de la entidad encartada, quien adujo la improcedencia del trámite por el presupuesto de subsidiaridad de la acción e indicó que pese a ello, el actor no cuenta con los requisitos para acceder al derecho pensional y ya le fue reconocida en precedencia la correspondiente indemnización sustitutiva.

 Sobrevino el fallo de primer grado que coincidió en la improcedencia alegada por la demandada, por cuanto, con apoyo en líneas jurisprudenciales, estableció que el asunto tiene que ventilarse ante la jurisdicción ordinaria.

 Impugnó el demandante, quien considera errado el argumento para desestimar su pedimento, habida cuenta de que es una persona inválida y de la tercera edad, lo que hace procedente el trámite constitucional.

En esta sede, conforme lo establece el artículo 137 del CGP, se puso en conocimiento de la demandada una irregularidad que pudo haber derivado en la nulidad del trámite de primera instancia, la que, ante su silencio, se saneó (f.4, c.2)

**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, Luis Alberto Londoño Loaiza dirigió su reclamo contra la Administradora Colombiana de Pensiones 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, despachó desfavorablemente el amparo, al considerarlo improcedente.

 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 el accionante se reporta como un sujeto de especial protección constitucional, dada su condición de invalidez, si bien la pérdida de su capacidad laboral es del 53,25% (f. 7, c.1) y hace parte de la población de la tercera edad, pues cuenta con 83 años[[2]](#footnote-2) (f. 1, 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[[3]](#footnote-3); ha intentado infructuosamente obtener la prestación deprecada y, es claro que debido a su edad 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 del señor Londoño Loaiza 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 8 de agosto de 2017, cuando se estructuró la invalidez, el actor reúne de sobra las semanas requeridas; basta contar que desde el 1 de enero de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2016 acumuló 87.87 semanas.

 Aún en gracia de discusión el actor también reúne las 300 semanas en cualquier tiempo, que se exigían en el acuerdo 049 de 1990, normativa bajo la cual el actor se forjó una legítima expectativa pensional, toda vez que desde el 7 de enero de 1969 y el 13 de septiembre de 1989 reunió 453.14 semanas; lo que debió considerarse en virtud de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, que ya ha sido reiteradamente debatido por esta colegiatura[[4]](#footnote-4) y la misma Corte Constitucional[[5]](#footnote-5).

 Ahora bien en lo que atañe con la negativa de COLPENSIONES para conceder la prestación, derivada por el pago previo de una indemnización sustitutiva, en la reciente Sentencia T-703-17 se explicó:

Por su parte, en las Sentencias T-606 de 2014[[6]](#footnote-6) y T-002 A de 2017[[7]](#footnote-7), las Salas de revisión fijaron la subregla jurisprudencial consistente en que el reconocimiento de una indemnización sustitutiva de vejez o invalidez no impide que el beneficiario reclame el derecho a la pensión, siempre y cuando el valor de esta última se compense con las mesadas pensionales. Así, el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001[[8]](#footnote-8) que señala taxativamente que *“[…] las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez”,* ha sido interpretado por la Corte en el sentido de que *“[...]* ***no significa que a una persona que ya se le reconoció el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, no pueda volvérsele a examinar el derecho a una pensión, que cubra de manera más amplia las contingencias de la discapacidad****. ¨[…] 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.”*

En conclusión, la jurisprudencia “protege a quienes habiendo cumplido la edad para obtener una pensión no cotizaron el mínimo de semanas exigidas y declararon su imposibilidad de continuar haciéndolo, otorgándoles la opción de acceder a una indemnización, lo que no significa que, en caso de establecer que puede ser acreedor de una prestación mejor, como lo es la pensión propiamente, no pueda acceder a la misma, caso en el cual se descontará de las mesadas correspondientes el valor cancelado con anterioridad por dicho concepto.”[[9]](#footnote-9) Lo que no estaría autorizado por la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la Sentencia de tutela citada, “sería acceder a la pensión y a la indemnización sustitutiva por la misma causa. […] Aunque si después de concedida la indemnización, se establece que tiene derecho a la pensión, procede la compensación”[[10]](#footnote-10).

 Con lo que queda claro que, a pesar del pago de la indemnización sustitutiva, es viable el reconocimiento de la prestación deprecada, sin perjuicio de que se ordene la compensación respectiva.

 Por lo expuesto, sin que haya lugar a otras estimaciones, se revocará la sentencia objeto de alzada y, en su lugar, se concederá el amparo, ordenando lo pertinente para el reconocimiento y pago de la misma.

**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, **REVOCA** la sentencia dictada por el  Juzgado Tercero Civil del Circuito local en esta acción de tutela que **Luis Alberto Londoño Loaiza** promovió frente a la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**. En su lugar:

1. Se concede el amparo de los derechos fundamentales reclamados.

2. Se ordena a la Subdirección de Determinación IX, en cabeza de Zareth Alexandra Correa Calderón, o quien haga sus veces, que proceda, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación que de esta providencia se le haga, a dejar sin efectos la Resolución SUB 64958 del 8 de marzo de 2018 y expedir un nuevo acto administrativo en el que reconozca y disponga el pago de la pensión de invalidez reclamada porLuis Alberto Londoño Loaiza, teniendo presentes las líneas trazadas en esta providencia.

 3. La funcionaria deberá hacer el cálculo pertinente y descontar la indemnización sustitutiva reconocida en precedencia al 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-339 de 2017: 26. “En términos prácticos, de los distintos criterios (cronológico, fisiológico y social[74]) que sirven para fijar cuándo una persona puede calificarse en la tercera edad, esta Corporación ha optado por precisar una edad concreta, en asocio con la esperanza de vida certificada por el DANE[75], que varía. Actualmente la esperanza de vida oficial, se encuentra estimada aproximadamente en los 76 años de edad. Por lo tanto, una persona será considerada de la tercera edad solo cuando supere esa edad, o aquella que certifique el DANE para cada periodo.” [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia T-304 de 2015 [↑](#footnote-ref-3)
4. T.S.P Civil Familia, Expediente: 2018-00082-01, 23-04-18, M.P. Saraza Naranjo [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia T-084/17 [↑](#footnote-ref-5)
6. M.P. María Victoria Calle Correa. En esta providencia, la Corte debió resolver el siguiente problema jurídico: ¿se vulneran los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de un afiliado a un fondo de pensiones (Orlando Castro Rojas), cuando se le niega el reconocimiento de la pensión de invalidez argumentando que no cotizó al menos cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y que ya le fue reconocida una indemnización sustitutiva, a pesar de que en el dictamen tomado como referencia se estableció el momento en que perdió el 58.8% de capacidad laboral, pero no el 50% exigido por la normativa vigente? [↑](#footnote-ref-6)
7. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. En esta providencia, la Corte se planteó la resolución del siguiente problema jurídico: ¿ establecer si se vulneran los derechos fundamentales de una persona que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, con la negativa del fondo de pensiones a reconocerle la pensión de invalidez bajo el argumento de no cumplir con los requisitos exigidos por la ley vigente al momento de la estructuración de la invalidez y haber recibió con anterioridad una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.? [↑](#footnote-ref-7)
8. “Por el cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida”. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia T-002 A de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. [↑](#footnote-ref-9)
10. En este sentido la sentencia T-937 de 2013 indicó: “*puesto que es plausible que entre ambas prestaciones ocurra la compensación, en casos en los cuales se haya pagado una indemnización sustitutiva por error y posteriormente se demuestre que el afiliado si tenía derecho a la pensión, siempre que se trate de prestaciones de igual naturaleza u origen (vejez-vejez o invalidez-invalidez)*.” [↑](#footnote-ref-10)