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.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante : Hermilsan Díaz Motta

Accionado : Colpensiones

Litisconsorte : Subdirección de Determinación IX de Colpensiones

Radicaciones : 66089-31-89-001-2022-00035-01

Procedencia : Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría

Mg Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 213 del 24-05-2022

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / PENSIÓN DE INVALIDEZ / SUBSIDIARIEDAD / REGLAS JURISPRUDENCIALES PARA SUPERARLO / COMPATIBILIDAD CON LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA / CRITERIO JURISPRUDENCIAL.**

Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial…

La CC, en sede de unificación, respecto a reclamos tutelares relacionados con acreencias pensionales de invalidez y, a efectos, de respetar la competencia privativa del juez ordinario laboral, fijó el siguiente “test de procedencia” que el juez constitucional debe comprobar para superar la residualidad, a saber…:

“… Debe acreditarse que el accionante, además de ser una persona en situación de invalidez, pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en una situación de riesgo derivada de, entre otras, alguna de las siguientes condiciones: (i) analfabetismo, (ii) vejez, (iii) pobreza extrema, (iv) cabeza de familia, (v) desplazamiento o (vi) padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa”. (…)

A juicio de la Sala el presente asunto supera la subsidiariedad. El actor: (i) Además de la invalidez calificada, padece una enfermedad degenerativa, progresiva y crónica…

(ii) Carece de recursos económicos para garantizar su subsistencia y la del núcleo familiar, conformado por su esposa e hijos…

… en cuanto a la incompatibilidad puesta de presente el artículo 6º, D.1730/2001, establece: “(…) las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez (…)”.

No obstante lo expuesto, la CC en jurisprudencia añeja, reiterada y vigente (2020), concluyó que la incompatibilidad entre la indemnización, previamente reconocida y una probable pensión de invalidez, no puede constituirse en una barrera para acceder a un beneficio mayor…

Así las cosas, el pago de la indemnización sustitutiva no impide que Colpensiones valore nuevamente el caso, pues la seguridad social es irrenunciable e imprescriptible…



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**ST2-0144-2022**

**Veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintidós (2022).**

1. **El asunto por decidir**

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Informa el accionante que mediante la resolución GNR 8255 del 14-01-2014 la autoridad reconoció y pagó indemnización sustitutiva de pensión de vejez; sin embargo, continuó laborando, pues, en enero de 2018 fue contratado por *“Petrocams”* y pagó aportes. En abril de 2019 sufrió accidente cerebro vascular y, tras varias trabas administrativas, fue calificado con una pérdida de capacidad laboral (En adelante PCL) del 59,92%, estructurada el 09-11-2020, origen común.

Manifiesta que reclamó el reconocimiento pensional, mas se negó con la Resolución SUB310341 del 23-11-2021, por incompatibilidad entre la indemnización y la pensión de invalidez, confirmada con la resolución SUB55965 del 25-02-2022, sin tener en cuenta que cotizó luego de la fecha de pago de la subvención. Agrega que por su edad (75 años), padecimientos, personas a cargo y negativa en el pago de incapacidades acude a la vía tutelar (Cuaderno No.1, pdf No.02).

1. **Los derechos invocados y la petición**

El mínimo vital, la igualdad, la seguridad social, la salud y el debido proceso. Pidió ordenar a la encausada reconocer y pagar la subvención pensional de invalidez (Cuaderno No.1, pdf No.02).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

Se admitió la acción con auto del 28-03-2022 (Cuaderno No.1, pdf No.04); el 08-04-2022 se sentenció (Ibidem, pdf No.09); y, el 25-04-2022 se concedió la impugnación (Ibidem, pdf No.13). Esta Magistratura con auto del 17-05-2022 decretó pruebas de oficio y enteró una irregularidad procesal; las partes atendieron el requerimiento (Cuaderno No.2, pdf Nos.05-14)

El fallo declaró improcedente la tutela, por carecer de subsidiariedad; el actor puede ventilar el problema jurídico ante los jueces laborales y no probó la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable (Cuaderno No.1, pdf No.09).

Recurrió el interesado y alegó procedencia. El mecanismo ordinario es ineficaz para garantizar la protección de sus derechos por su avanzada edad, padecer grave enfermedad, tener precaria situación económica, ser padre cabeza de hogar y llevar cuatro (4) años esperando que Colpensiones reconozca y pague la pensión de invalidez; motivos suficientes para advertir la posible consumación de un perjuicio irremediable. Pidió revocar la decisión y conceder las pretensiones (Ibidem, pdf No.11).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
	1. La competencia funcional. La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del Despacho de la causa (Art. 32, D.2591/1991).
	2. El problema jurídico a resolver. ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, según la impugnación?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa. Se cumple por activa porque el accionante está afiliado a Colpensiones y presentó la reclamación pensional (Ib., pdf No. 02, folios 15-18 y 189-207); y, en el extremo pasivo la Subdirección de Determinación IX de Colpensiones por ser competente para resolver ese tipo de ruegos y expedir los actos administrativos rebatidos (Ib., pdf No.02, folios 189-199) (Acuerdo 131/2018).

Distinto es respecto a la sociedad empleadora, Petrocams SAS, por ser incompetente para resolver reclamaciones pensionales. Se adicionará el fallo para declarar improcedente el amparo en su contra, por carecer de legitimación(Acuerdo 131/2018).

5.3.2. La inmediatez.El artículo 86, CP, regula esta acción como mecanismo para proteger los derechos fundamentales de toda persona, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública o un particular.

Este requisito: *“(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”*, por lo tanto, *“(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)”* (2020)[[1]](#footnote-1). Aquello porque: *“(…) el transcurso de un lapso importante entre la presunta violación de derechos fundamentales y la presentación de la acción de tutela «es indicativo de la menor gravedad de la vulneración alegada o de la poca importancia que tendría el perjuicio que ella causa (…)”* (2021)[[2]](#footnote-2). Criterio reiterado por la Alta Magistratura (2022)[[3]](#footnote-3).

Se satisface porque la acción se promovió (25-03-2022) (Id., pdf No.03) un (1) mes después de expedido el último acto administrativo (25-02-2022) (Ib., pdf No.02, folios 195-199), claramente, dentro del plazo general de los seis (6) meses, fijado por la doctrina constitucional[[4]](#footnote-4)-[[5]](#footnote-5).

5.3.3. La subsidiariedad. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2022)[[6]](#footnote-6). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: **(i)** La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y **(ii)** La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

La CC, en sede de unificación, respecto a reclamos tutelares relacionados con acreencias pensionales de invalidez y, a efectos, de respetar la competencia privativa del juez ordinario laboral, fijó el siguiente *“test de procedencia”* que el juez constitucional debe comprobar para superar la residualidad, a saber (2019)[[7]](#footnote-7):

… Debe acreditarse que el accionante, además de ser una persona en situación de invalidez, pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en una situación de riesgo derivada de, entre otras, alguna de las siguientes condiciones: (i) analfabetismo, (ii) vejez, (iii) pobreza extrema, (iv) cabeza de familia, (v) desplazamiento o (vi) padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa.

Debe poder inferirse razonablemente que la carencia del reconocimiento de la pensión de invalidez afecta directamente la satisfacción de las necesidades básicas del accionante, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas.

Deben valorarse como razonables los argumentos que proponga el accionante para justificar su imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigente al momento de la estructuración de la invalidez.

Debe comprobarse una actuación diligente del accionante para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez …

A juicio de la Sala el presente asunto supera la subsidiariedad. El actor: (i) Además de la invalidez calificada, padece una enfermedad degenerativa, progresiva y crónica (secuelas accidente cerebrovascular y EPOC) (Ib., pdf No.02, folios 181 a 187), con concepto de rehabilitación desfavorable (Ib., pdf No.02, folio 172) y depende de terceras personas para realizar sus actividades diarias (Ib., pdf No.02, folios 181 a 187).

(ii) Carece de recursos económicos para garantizar su subsistencia y la del núcleo familiar, conformado por su esposa e hijos (Cuaderno No.1, pdf No.02). La enfermedad le impide realizar su único oficio *“(…) con limitaciones graves para la actividad laboral como conductor (…)”* (Cuaderno No.1, pdf No.02, folio 185); y, sus ingresos ascienden a $847.962, por concepto de incapacidades superiores a los 540 días y, según el certificado de Medimás EPS, el último pago data del 24-02-2021 (Cuaderno No.1, pdf No.02, folio 173). La accionada guardó silencio, pese a estar en capacidad de rebatir el material probatorio recaudado.

En síntesis, está en incapacidad de cubrir los gastos de sostenimiento que, según las pruebas documentales, ascienden a $867.188 disgregados en $350.000 de arrendamiento, $60.463 de crédito, $41.125 de gas, $64.900 de agua y $350.700 alimentación (Cuaderno No.2, pdf Nos.08-14).

(iii) Cotizó a pensión de forma ininterrumpida desde que se vinculó laboralmente a Petrocams SAS, conforme al certificado de Colpensiones (Cuaderno No.1, pdf No.02, folios 15-18); y, (iv) Es evidente su actuar diligente. La Calificación de la PCL sobrevino en acato de orden tutelar del 11-11-2020; reclamó la pensión y solicitó la revocatoria directa del acto administrativo desestimatorio (Ibidem, pdf No.02, folios 181-199).

Así las cosas, se considera que la vía ordinaria para procurar el reconocimiento pensional, bastante congestionada en este Distrito, que probablemente se extienda a dos instancias, bien por la apelación o consulta de la decisión, *se torna inidónea para salvaguardar con eficacia sus derechos constitucionales a la seguridad social y al mínimo vital*.

5.4. La compatibilidad de la indemnización sustitutiva de vejez y la pensión de invalidez. El artículo 37, Ley 100 señala:*“(…) Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”.*

Y, en cuanto a la incompatibilidad puesta de presente el artículo 6º, D.1730/2001, establece: *“(…) las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez (…)”*.

No obstante lo expuesto, la CC en jurisprudencia añeja, reiterada y vigente (2020)[[8]](#footnote-8), concluyó que la incompatibilidad entre la indemnización, previamente reconocida y una probable pensión de invalidez, no puede constituirse en una barrera para acceder a un beneficio mayor:

*… “La Corte ha indicado que haber entregado a una persona ‘la indemnización sustitutiva no impide que pueda examinarse nuevamente la posibilidad de reconocerle la pensión de invalidez (…).*

*‘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’.* *(…)*

***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****” …* (Cursiva, Negrillas y subraya original).

Así las cosas, el pago de la indemnización sustitutiva no impide que Colpensiones valore nuevamente el caso, pues la seguridad social es irrenunciable e imprescriptible; además, si eventualmente se reconociera la pensión por invalidez, no se afectaría la financiación del sistema, porque dispone de mecanismos idóneos para restituir el pago previamente realizado.

1. **El caso concreto analizado**

Se revocará la sentencia opugnada para en su lugar amparar los derechos conculcados por la autoridad accionada, en razón a que desatendió el precedente jurisprudencial constitucional[[9]](#footnote-9) referente a que el previo reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de vejez no impide que con posterioridad el afiliado pueda ser beneficiario de la pensión de invalidez.

La Subdirección de Determinación de Colpensiones desestimó el reclamo, sin verificar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez (Art.38 y ss, Ley 100), con base en los artículos 37, Ley 100 y 6º, D.1730/2001 (Cuaderno No.1, pdf No.2, folios 189-199), aun cuando la incompatibilidad no era óbice para evaluar el caso, en razón a que: *“(…) el eventual otorgamiento de la pensión de invalidez o vejez al beneficiario de una indemnización sustitutiva (…) no afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues pueden adoptarse mecanismos para asegurar que los aportes del asegurado financien solamente una prestación, como la deducción de las mesadas del monto ya reconocido (…)”*

Corolario, se ordenará a la accionada dejar sin efectos los actos administrativos y expedir uno nuevo en el que revise si el accionante cumple los requisitos para obtener la pensión de invalidez, con arreglo a los artículos 38 y ss, Ley 100.

Deberá tener en cuenta todas las cotizaciones que Petrocams SAS realizó hasta el 09-11-2020, día de estructuración de la invalidez, sin oponer ninguna falta de pago. El reporte de semanas revela que desde el 2019-05 dejó de recibirlas adrede porque, supuestamente, el actor es un *“No Vinculado está Pensionado”* (Cuaderno No.1, pdf No.02, folios 15-18), en manifiesto desacato del artículo 17, Ley 100, que establece que la obligación de cotizar solo cesa cuando el afiliado reúne los requisitos para pensionarse por vejez, o esté pensionado por invalidez o anticipadamente. Al respecto, explica la CC[[10]](#footnote-10):

la norma (i) confiere al demandante la posibilidad de mantener un saldo en la cuenta individual de ahorro pensional y cotizar para construir el capital necesario para obtener una pensión de vejez, a pesar de haber recibido el ahorro que se encontraba en su cuenta individual por concepto “devolución de saldos de invalidez”; y (ii) que la obligación de cotizar al sistema cesa en el momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez y no haya vínculo laboral.

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**F A L L A,**

1. REVOCAR la sentencia proferida el 08-04-2022 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, en su lugar, AMPARAR los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del señor Hermilsan Díaz Motta.
2. ORDENAR, en consecuencia, a la doctora Zareth Alexandra Correa Calderón, como Subdirectora de Determinación IX de Colpensiones, en un plazo de cuarenta (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta decisión: **(i)** **DEJAR SIN EFECTOS** las resoluciones SUB310341 del 23-11-2021 y SUB55965 del 25-02-2022; y, en su lugar, **(ii) EXPEDIR** nuevo acto administrativo que resuelva la reclamación pensional de invalidez, es decir, verifique si el actor cumple los presupuestos para acceder a la subvención (PCL + semanas), teniendo en cuenta **TODAS** las semanas pagadas por la empleadora, sin oponer la observación del reporte alusiva a *“No vinculado está pensionado”*.
3. ENVIAR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese,

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CC. T-075 de 2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-131 de 2021. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-039 de 2022. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. SU-037 de 2019 y [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-4)
5. CSJ. STC2701-2020, STC13404-2019,STC2154-2016 y STC10383-2016. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-003 de 2022, T-034-2021, [T-053 de 2020](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-053-20.htm), T-422 de 2019, T-359 de 2019, C-132 de 2018, T-015 de 2016, T-162 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. SU-556 de 2019, reiterada en la T-036 de 2021. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-225 de 2020, T-002A de 2017, T-728 de 2017, T-703 de 2017, T-656 de 2016, T-065 de 2016, T-861 de 2014, T-228 de 2014, T-937 de 2013 y T-145 de 2008. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-307 de 2021. [↑](#footnote-ref-10)