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 : José Edgardo Reinosa Gómez

Accionado : Colpensiones

Litisconsorte : Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones

Radicación : 66001-31-03-004-2021-00246-01

Despacho de origen : Juzgado 4º Civil del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 572 de 24-11-2021

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / CALIFICACIÓN PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL / SUBSIDIARIEDAD / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA / INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ / COMPATIBILIDAD CON LA CALIFICACIÓN.**

Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2021). 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. (…)

Respecto a la tutela de derechos de personas en situación de discapacidad con ocasión del trámite de calificación de la PCL, ha dicho la Corte que es procedente porque, en su parecer, la vía ordinaria laboral (Art.2º, CPTSS) no es suficientemente eficaz y expedita…

Aquello porque la negativa en la práctica de la valoración de la PCL y la imposición de barreras injustificadas para llevarla a cabo, a pesar de que la entidad está obligada a realizarla, son circunstancias que pueden ser violatorias de los derechos fundamentales, máxime que se trata de un procedimiento previo y necesario para solicitar el reconocimiento de la prestación económica asistencial de invalidez.

… se desestimó la petición de calificación porque la pensión de invalidez es incompatible con el reconocimiento y pago previo de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez…

… en principio puede decirse que le asistió razón a la autoridad para abstenerse de calificar la PCL del promotor puesto que sería inviable que, eventualmente, solicitara el reconocimiento de la pensión de invalidez, sin embargo, 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…



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**ST2-0414-2021**

***Veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).***

1. **El asunto a decidir**

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

1. **La síntesis fáctica**

Refirió el actor que solicitó a la accionada calificar su pérdida de capacidad laboral (En adelante PCL) y desestimó efectuarla porque se había reconocido y pagado la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (Cuaderno No.1, pdf.02).

1. **Los derechos invocados y su protección**

La seguridad social, la vida digna, la igualdad y el mínimo vital. Pidió ordenar a Colpensiones calificar su PCL (Cuaderno No.1, pdf.02).

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

El día 22-09-2021 se admitió (Cuaderno No.1, pdf.05); el 01-10-2021 se sentenció (Ibidem, pdf.08); y, el 12-10-2021 se concedió la impugnación (Ibidem, pdf.12). El fallo amparó los derechos porque el pago de la indemnización sustitutiva no es óbice para calificar la PCL (Ibidem, pdf.08).

La impugnante alegó: (i) Falta de subsidiariedad; y, (ii) La indemnización sustitutiva es incompatible con la pensión de invalidez, según el artículo 6º, D.1730/2001. Solicitó revocar la decisión (Ib., pdf.11). Luego, informó que es imposible acatar la orden porque la historia clínica está incompleta y requirió al actor practicarse exámenes complementarios (Ib., pdf.14).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
	1. *La competencia funcional*: La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
	2. *El problema jurídico a resolver*: ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado 4º Civil del Circuito de Pereira, según la impugnación?
	3. *Los presupuestos de procedencia*
		1. *La legitimación en la causa*. Por activa, el accionante porque reclamó la calificar su PCL y está afiliado al sistema de seguridad social (Ib., Pdf.03 y 04). En el extremo pasivo, la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones porque le compete *“(…) Adelantar las actividades necesarias para la calificación en primera oportunidad de la pérdida de la capacidad laboral, de acuerdo con la normatividad vigente (…)”* (Art.4.3.2.2., Acuerdo 131/2018) y respondió la solicitud (Ib., pdf.04).

Distinto es respecto a: **(1)** La Gerencia nacional de Reconocimiento y **(2)** La Dirección de Acciones Constitucionales de Colpensiones no fueron destinarias del ruego y son incompetentes para desatarlo (Acuerdo 131 de 2018). Se adicionará la decisión para declarar improcedente la acción en su contra.

* + 1. La inmediatez.El artículo 86, CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier 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 (…)”* (2021)[[1]](#footnote-1).

Se satisface por el amparo se presentó (21-09-2021) (Ib., pdf.01) dos (2) meses después de expedida la respuesta rebatida (26-07-2021) (Ib., pdf.04), esto es, en el plazo de los seis (6) meses fijado como razonable por la doctrina constitucional[[2]](#footnote-2).

* + 1. La subsidiariedad. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo **judicial** (2021)[[3]](#footnote-3). 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.

Importante precisar que el análisis de este requisito[[4]](#footnote-4): *“(…) debe hacerse de manera flexible cuando se trata de personas en situación de discapacidad o de la tercera edad. (…) la exigencia de agotar los mecanismos de defensa judicial está supeditado a que estos sean eficaces y suficientemente expeditos. De no serlo, el juez de tutela puede ordenar la protección de manera directa y definitiva o emitir órdenes transitorias para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (…)”.* Tesis reiterada por esa Corporación[[5]](#footnote-5). Aquí el examen es diferenciado, tal como pasa a explicarse.

Respecto a la tutela de derechos de personas en situación de *discapacidad* con ocasión del trámite de calificación de la PCL, ha dicho la Corte que es procedente porque, en su parecer, la vía ordinaria laboral (Art.2º, CPTSS) no es suficientemente eficaz y expedita cuando el afiliado está afectado en su salud[[6]](#footnote-6).

Aquello porque la negativa en la práctica de la valoración de la PCL y la imposición de barreras injustificadas para llevarla a cabo, a pesar de que la entidad está obligada a realizarla, son circunstancias que pueden ser violatorias de los derechos fundamentales, máxime que se trata de un procedimiento previo y necesario para solicitar el reconocimiento de la prestación económica asistencial de invalidez.

Entonces, como el accionante es un adulto mayor (71 años), la edad establecida por el legislador para ser beneficiario de la pensión destinada a mitigar el riesgo de vejez[[7]](#footnote-7) y padece enfermedades que le impiden laborar (Hipertensión arterial y cardiopatía) (Ib., pdf.03 y 04), concluye la Corporación que el proceso judicial ordinario laboral es ineficaz para proteger a tiempo sus derechos, pues, implicaría dilatar aún más el resultado de un trámite administrativo indispensable para establecer si puede acceder a una eventual pensión de invalidez. Criterio expuesto por la Sala Civil Familia de este Tribunal[[8]](#footnote-8). Se supera el test de procedencia y puede examinarse de fondo el amparo en torno al trámite de calificación.

* 1. La calificación y su relación con otros derechos. Precisas las palabras de la CC[[9]](#footnote-9): *“(…) más allá del régimen normativo en que se soporte la reclamación de una pensión de invalidez, lo cierto es que cualquier solicitante, sin importar su origen y si cotiza en el régimen de prima media o en el de ahorro individual, requiere ser calificado mediante un dictamen de pérdida de capacidad laboral (…)”.* Y, a propósito de la calificación de la PCL, también explicó[[10]](#footnote-10):

… la Corte de forma sistemática ha sostenido que **la calificación de pérdida de capacidad laboral *es un derecho*** que tienen todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social, sin distinción alguna, pues es el medio para acceder a la garantía de otros derechos como la salud, el mínimo vital y la seguridad social, en tanto permite establecer si una persona tiene derecho a las prestaciones asistenciales o económicas que se consagran en el ordenamiento jurídico, por haber sufrido una enfermedad o accidente…

… Atendiendo a la importancia del derecho que tienen las personas dentro del Sistema de Seguridad Social de recibir una calificación de su pérdida de capacidad laboral y la incidencia de ésta para lograr la obtención de prestaciones económicas y asistenciales, de las cuales dependan los derechos fundamentales a la seguridad social o al mínimo vital, se considera que todo acto dirigido a dilatar o negar injustificadamente su realización, es contrario a la Constitución y al deber de protección de las garantías *iusfundamentales* en que ella se funda. Negrilla, líneas y versalita de la Sala.

Palmario es que la calificación de la PCL es un derecho que el fondo pensional debe garantizar a sus afiliados, en la medida en que tiene relación directa con el acceso a otros de carácter fundamental, como el de la seguridad social o el mínimo vital, precisamente, porque es necesario para que puedan obtener el reconocimiento eventual de una pensión de invalidez o de sobrevivientes, según sea el caso. La negación del trámite o la dilación injustificada agravia dichos derechos.

1. **El caso concreto analizado**

Se confirmará la sentencia de primer grado, porque es innegable que la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones conculcó los derechos a la calificación de la PCL y a la seguridad social.

Revisado el acontecer fáctico, se desestimó la petición de calificación porque la pensión de invalidez es incompatible con el reconocimiento y pago previo de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (Art.6º, D.1730/2001) (Ib., pdf.04).

Para determinar la PCL y calificar el grado, el artículo 41, Ley 100, consagra: *"(...) Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias"*.

Respecto a la indemnización sustitutiva, el artículo 37 de la misma ley 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 del Decreto 1730/2001, establece: *“(…) las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez (…)”*.

De acuerdo con lo anotado, en principio puede decirse que le asistió razón a la autoridad para abstenerse de calificar la PCL del promotor puesto que sería inviable que, eventualmente, solicitara el reconocimiento de la pensión de invalidez, sin embargo, la CC en jurisprudencia añeja, reiterada y vigente (2020)[[11]](#footnote-11), 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 (…)****[[139]](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-225-20.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn139%22%20%5Co%20%22)****.*

*‘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’****[[140]](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-225-20.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn140%22%20%5Co%20%22)****.* *(…)*

***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.

En armonía con lo expuesto, luce evidente que la Dirección de Medicina laboral de Colpensiones vulneró los derechos a la calificación de la PCL y a la seguridad social porque se negó a tramitarla con base en un supuesto que contrasta con la jurisprudencia reseñada, cuando asevera que la indemnización sustitutiva impide su práctica.

Claramente anticipa su resultado y, de paso, veda al actor la posibilidad de gestionar el beneficio pensional por invalidez. Criterio también reiterado en Salas Penal para Adolescentes[[12]](#footnote-12) y Civil-Familia[[13]](#footnote-13) de la Corporación.

Finalmente, es infundada la impugnación respecto a la imposibilidad de acatar la orden tutelar porque, supuestamente, la historia clínica está incompleta (Ib., pdf.14), habida cuenta de que el pacífico y reiterado precedente horizontal de esta Colegiatura[[14]](#footnote-14)**-**[[15]](#footnote-15),ha razonado que es obligación de la autoridad recaudar de oficio las pruebas necesarias para resolver la petición de calificación, en aplicación del parágrafo del artículo 9º, DL.019/2012. Debe solicitar y gestionar ante la EPS las valoraciones médicas y actualizar la historia clínica, en vez de imponer la carga probatoria al interesado.

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

**F a l l a,**

1. CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia emitida el 01-10-2021 por el Juzgado 4º Civil del Circuito Pereira.
2. MODIFICAR el numeral 2º para ORDENAR a la doctora Ana María Ruiz M., en calidad de Directora de Medicina Laboral de Colpensiones, que en el término de **un (1) mes**, contado a partir de la notificación de esta providencia: **(i)** Solicite a la EPS que está afiliado el actor, la historia clínica actualizada; **(ii)** Gestione ante esa entidad la autorización y práctica de los exámenes y diagnósticos médicos pertinentes; **(iii)** Practique la valoración médica laboral; y, **(iv)** Expida el dictamen de PCL.
3. ADVERTIR expresamente a la doctora Ruiz M., que el incumplimiento de dichas órdenes se sanciona con arresto y multa, previo trámite incidental ante la funcionaria de primera sede.
4. REVOCAR el numeral 3º y, en su lugar, DECLARAR improcedente la tutela contra **(1)** La Gerencia Nacional de Reconocimiento y **(2)** La Dirección de Acciones Constitucionales de Colpensiones, por carecer de legitimación.
5. REMITIR 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 y T-131-2021. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. SU-037 de 2019 y [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. 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-3)
4. CC.T-070 de 2017. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-136 de 2019 y T-027 de 2019, entre otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-038 de 2011 y T-427 de 2018. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-255 de 2020. [↑](#footnote-ref-7)
8. TSP, Sala Civil - Familia. ST2-0290-2021 y sentencias del (i) 06-02-2020; MP: Saraza N., exp.2019-00110-01, (ii) 13-02-2020, MP: Saraza N., exp.2019-00368-01; (iii) 24-02-2020, MP: Grisales H., exp.2020-00002-01; (iv) 28-02-2020, MP: Grisales H.; exp.2020-00016-01; y, (v) 14-04-2020, MP: Grisales H., No.2020-00017-01. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-427 de 2018. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-10)
11. 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-11)
12. TSP, Sala Penal para Adolescentes. Sentencias del (i) 30-07-2019, MP: Grisales H., No.2019-00053-01; y, (ii) 18-11-2020, MP: Grisales H., No.2020-00049-01. [↑](#footnote-ref-12)
13. TSP, Sala Civil - Familia. ST2-0290-2021 y sentencias del (i) 30-05-2019, MP: Saraza N., No.2019-00148-01; (ii) 31-05-2019, MP: Saraza N., No.2019-00096-01; y, (iii) 19-07-2019, MP: Saraza N., No.2019-00158-01. [↑](#footnote-ref-13)
14. TSP, Sala Civil – Familia. ST2-0290-2021, ST2-0217-2021, ST2-0162-2021, entre otras [↑](#footnote-ref-14)
15. TSP, Sala 5ª Penal para Adolescentes. Fallo del 27-08-2020, MP: Grisales H., No.2020-00042-01. [↑](#footnote-ref-15)