MAGISTRADO: **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, veinticinco [25] de noviembre de dos mil veintiuno [2021].

**SALVAMENTO DE VOTO**

Tal como lo propuse en la ponencia que presenté inicialmente, considero que la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas el día 8 de octubre de 2021, debió ser revocada.

Los argumentos que sustentan mi alejamiento de lo decidido por la mayoría en esta segunda instancia, se basan en los siguientes supuestos jurídicos y análisis del caso, partiendo de la necesidad de resolver como problema jurídico, si:

**¿Es procedente la acción de tutela para dejar sin efecto la calificación de pérdida de capacidad laboral efectuada por Colpensiones?**

Con el propósito de dar solución al interrogante en el caso concreto, propuse en mi ponencia tener en cuenta los siguientes aspectos:

**“1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

Una de las características de este mecanismo de protección excepcional, es la de constituir un instrumento jurídico de naturaleza subsidiaria y residual, que sólo se abre paso cuando el afectado carece de otros medios de defensa, o cuando, existiendo, se la utiliza como mecanismo transitorio de aplicación inmediata, para evitar un perjuicio irremediable.

Frente a la procedencia de la acción de tutela, la Corte Constitucional, en la sentencia T-013-18, expuso lo siguiente:

“La acción de tutela fue concebida como un mecanismo de protección inmediato, oportuno y adecuado para las garantías fundamentales, frente a situaciones de amenaza o vulneración, por la acción u omisión de las autoridades públicas o, de los particulares en casos excepcionales. De lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto Ley 2591 de 1991 se ha considerado, pacíficamente, por esta Corte, que son requisitos para la procedencia o estudio de fondo de la acción de tutela la acreditación de i) la legitimación en la causa, ii) un ejercicio oportuno (inmediatez) y iii) un carácter subsidiario respecto de otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se trate de un supuesto de perjuicio irremediable, o cuando existiendo, dichos medios carezcan de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales en cada caso”.

**2.  ENTIDADES RESPONSABLES DE LA CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE    CAPACIDAD LABORAL.**

El decreto 019 de 2012, en su artículo 142, determinó las autoridades responsables de establecer la pérdida de capacidad laboral.  El mentado artículo señala lo siguiente.

“El artículo [41](http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5248#41) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así:

"Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

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. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales. (…)”.

Como bien se observa, el artículo 41 de la ley 100 de 1993 señala las diversas entidades que pueden hacer calificaciones de pérdida de la capacidad laboral, y lo hace bajo el entendido que cada una, dentro de su sistema [(pensiones -AFP-), (riesgos laborales -ARL-), y  (salud -EPS-)] por sí mismas y respecto a las prestaciones que a ellas les corresponde asumir, pueden determinar la pérdida de capacidad laboral de sus afiliados.

Lo anterior es totalmente lógico si en cuenta se tiene que, cuando ellas hacen la valoración y producto de esta resulta cumplido el requisito exigido para la prestación, inmediatamente y sin más trámite proceden a reconocerla. Pero son ellas y no un agente externo al sistema (como lo es una AFP respecto al sistema de riesgos laborales, o una aseguradora del RAIS en cuanto a una pensión del RPM, o, como en este caso, una EPS en cuanto a una pensión de invalidez) quien puede hacer la valoración, entre otras cosas porque, como atrás se dijo, ellas se pueden obligar por si mismas, pero no pueden verse vinculadas por la decisión de un tercero que no tiene jurisdicción.

Precisamente por eso es que, si se lee con cuidado el artículo 41 de la ley 100 de 1993, se puede notar que la redacción no deja dudas respecto a que la valoración solo puede ser controvertida por “el interesado”, es decir, por quien está siendo valorado, pero no dice el artículo que las entidades puedan controvertir lo decidido -precisamente porque la norma parte de la base de que son ellas quienes hacen sus valoraciones, no un tercero.

Ahora bien, los “interesados” a que se refiere el artículo 2 del decreto 1352 de 2013 lo son respecto al dictamen que profiera la Junta de Calificación de invalidez, que obviamente amerita la posibilidad a que cualquiera de las entidades implicadas o aun el mismo calificado puedan controvertirlo, pero nada tiene que ver con el “interesado” a que se refiere el artículo 41 de la ley 100 de 1993, que por las razones atrás señaladas solo puede ser la persona que está siendo valorada.

Reafirma ese entendimiento la misma disposición en cuanto establece que:

“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, **la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de invalidez**hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iníciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”. (negrilla para resaltar)

Es que, precisamente porque la AFP será en últimas la entidad a quien corresponderá pagar la pensión, se le permite incluso, diferir la calificación hasta por un término de 360 días, en orden a dar espera para una posible evolución favorable que la exima de conceder la prestación de invalidez.

Es por lo anterior que COLPENSIONES obró bien procediendo por si misma a la valoración del ahora accionante, toda vez que la EPS no es la entidad a la que de acuerdo con la ley se le ha atribuido competencia para hacer la primera valoración dentro del sistema general de Pensiones y en razón de ello -como entidad encargada del reconocimiento de la prestación- no solo está en el derecho de realizarla, si no que su debida realización representa su deber respecto al correcto manejo de los recursos que le han sido confiados.”

Partiendo de tales supuestos, **EL CASO CONCRETO** propuse resolverlo como sigue:

“De acuerdo con el libelo inicial, el señor Javier García Carmona señala como hecho vulnerador de sus garantías fundamentales al debido proceso, a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad humana, que Colpensiones desconozca el dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por la SOS EPS, el cual se encuentra en firme al no haber sido cuestionado dentro el término previsto para formular inconformidades.  Reprocha además que el Fondo Pensional haya emitido un nuevo dictamen cuando tal actuación está expresamente prohibida por la ley, lo cual le ha impedido acceder a la pensión de invalidez.

Lo primero que debe decirse es que, como atrás se explicó, lo que establece el Decreto 019 de 2012 en su artículo 142, es que las EPSs, están facultadas para calificar, en primera oportunidad, la pérdida de capacidad de sus afiliados y beneficiarios, respecto a las prestaciones que a ellas corresponde otorgar, pero no en cuanto a aquellas que deberán asumir las Administradoras de los sistemas de riesgos profesionales o el general de pensiones; es por ello que la calificación efectuada por Colpensiones no representa una doble calificación ni viola lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 1352, tal como pasa a explicarse.

De acuerdo con las previsiones de la norma inicialmente citada, cuando se trata de accidente o enfermedad común en los cuales  exista concepto favorable de rehabilitación de la EPS, la Administradora de Fondos de Pensiones podrá postergar el trámite de calificación de invalidez, hasta por 360 días adicionales a los 180 días de incapacidad temporal reconocida por la EPS, lo que indica entonces que cuando existe concepto desfavorable la Administrador de Fondos de Pensiones debe proceder a calificar a su afiliado, sin posibilidad de aplazar tal acto, una vez sean superados 180 días de incapacidad y cuente con el referido concepto, el cual debe serle remitido por la EPS.

Lo anterior deja en evidencia que una vez la EPS emite dicho concepto y lo remite al fondo de pensiones, pierde competencia para calificar al afiliado, toda vez que la disposición en comento le atribuye a este último la función calificadora.

Conforme lo expuesto entonces, una vez la EPS SOS remitió a Colpensiones el segundo concepto desfavorable de rehabilitación el día 7 de octubre de 2019 correspondía a esta última entidad realizar la calificación, como en efecto lo hizo, siendo reprochable en este caso la tardanza con la que así obró, pues entre uno y otro acto trascurrieron poco más de once meses, aunque no debe desconocer la Sala la congestión y traumatismo que causó la emergencia sanitaria declarada por la pandemia originada por el Covid-19.

En ese orden de ideas, es claro que la discusión planteada por el actor debe ser dilucidada por el juez natural a quien le corresponde definir con fundamento en las pruebas que haya lugar a practicar cual es la condición médica del actor, para lo cual no está facultado el juez de tutela, no sólo porque no se cuenta con los conocimientos técnicos y científicos que se requieren para emitir un concepto al respecto, sino porque el término conferido para decidir en la jurisdicción constitucional resulta escaso para definir la controversia planteada.

En el anterior orden de ideas, muy a pesar de las condiciones especiales que consideró la juez de primer grado para otorgar la protección reclamada, no puede la Sala mantener su decisión, dado que, como viene de verse, existe discusión en torno a la calidad de inválido del actor, pues mientras el accionante se apoya en el dictamen de la SOS que estableció una pérdida de capacidad laboral del 75.58%, Colpensiones que es quien está facultado por la ley para realizar la valoración en primera oportunidad de su afiliado en pensiones, valoró tal ítem en un 26.20%.

Por lo demás, no sobra señalar que quedó probado en el proceso con la confesión del actor y de la Sociedad Grupo Rivera P.S. en C.S. que el primero cuenta con cobertura en el sistema general de seguridad social y que las prestaciones sociales le son canceladas por el empleador ante su imposibilidad de reincorporarse a su puesto de trabajo.

También es del caso hacer notar que el dictamen de Colpensiones le fue notificado al interesado el 24 de septiembre de 2020, es decir que ha transcurrido más de un año, entre el hecho que identifica como generador de la vulneración y la presentación de la acción de tutela, lo cual no sólo desdibuja la ocurrencia del perjuicio irremediable, sino que deja en evidencia que la inmediatez como presupuesto de procedibilidad, no quedó acreditada.

En consideración con lo expuesto, es claro que no se dan los presupuestos para legitimar la intervención del juez de tutela y en ese entendido, la decisión de primer grado necesariamente deberá ser revocada, para en su lugar declarar la improcedencia de la petición de amparo elevada por el señor Javier García Carmona.

Así las cosas, mi percepción es que Colpensiones, dentro del Régimen de Prima Media del Sistema General de Pensiones, es la entidad encargada de hacer la primera valoración de pérdida de la capacidad laboral y por ello el dictamen emitido por la EPS SOS no lo obligaba máxime si en cuenta se tiene que es ella quien debe reconocer la prestación que de esa calificación se deriva y en cualquier caso su valoración puede ser controvertida ante la Junta de Calificación de Invalidez en primera y segunda instancia.

Extraña poderosamente la decisión de la mayoría, si en cuenta se tiene que incluso existe un proceso judicial para controvertir las valoraciones de pérdida de la capacidad laboral que emitan las Juntas Calificadoras y que aún, en esa clase de procesos se ha reiterado que las calificaciones que se hagan por las entidades de Seguridad Social no constituyen plena prueba, pudiendo ser desvirtuadas por otras. Pero acá, en esta tutela, se da por definitiva una calificación -de un órgano al que no correspondía hacer la valoración- y se niega a la entidad encargada de cubrir la pensión, la posibilidad de controvertirla.

Debo resaltar mi total alejamiento de la tesis de la mayoría que, por el camino de la brevedad de una acción de tutela, en un tema para nada claro y con connotaciones médicas que exige para su definición conocimientos científicos, decide imponer -de un tajo- la fuerte carga de una obligación pensional que la entidad -dada la valoración de pérdida de la capacidad laboral que hizo- no considera que en realidad se haya configurado.

Los dineros de Colpensiones no son públicos, Colpensiones es un fondo común en el que sus afiliados son los verdaderamente afectados y sus derechos merecen igual protección que el de todas las personas en Colombia.

Dejo así salvado mi voto

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado