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 – 27 de octubre de 2017

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

Radicación Nro. : 66001-31-87-003-2017-00066-01

Accionante: ALBA CRISTINA HERRERA ECHEVERRY

Accionado: JUZGADO TERCERO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL / CALIFICACIÓN DE PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL Y ESTUDIO DE REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO PENSIONAL.** [S]e ha evidenciado a lo largo de este trámite que la Administradora Colombiana de Pensiones ha asumido un comportamiento obstinado en el estudio de su situación concreta, sometiéndola a pesar de su evidente estado de incapacidad, a largos trámites y diligencias, y escudándose en pretextos que finalmente de ninguna manera conllevan a brindarle una solución efectiva. Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, considera esta Colegiatura que lo oportuno será conjurar el menoscabo que se le ha causado a la accionante en sus derechos, y acorde con ello, se habrá de revocar la decisión de primer grado, para en su lugar tutelar el derecho fundamental a la seguridad social de la señora Alba Cristina Herrera Echeverri, por lo tanto se ordenará Colpensiones que proceda a efectuar las gestiones administrativas que sean necesarias para calificar el estado actual de invalidez de la accionante, para lo cual se le concederá el término de cinco (05) días, igualmente, que una vez tenga a su disposición el dictamen de pérdida de capacidad laboral actualizado, proceda a estudiar si la señora Alba Cristina cumple o no con los requisitos para que le sea reconocida una pensión de invalidez, de acuerdo con los presupuestos jurisprudenciales expuestos en precedencia.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 2:30 p.m.

Aprobado por Acta No. 1162

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 66001-31-87-003-2017-00066-01 |
| **Accionante:** | Dr. Pedro Nel García Mosquera, apoderado judicial de Alba Cristina Herrera Echeverry |
| **Accionado:** | Colpensiones |
| **Procedencia:** | Juzgado 3º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira |
| **Decisión:** | Revoca y tutela |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por el abogado **PEDRO NEL GARCÍA MOSQUERA**, quien actúa en calidad de apoderado judicial de la señora **ALBA CRISTINA HERRERA ECHEVERRY**, en contra de la decisión proferida por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, mediante la cual negó por improcedente la solicitud de amparo constitucional invocada en contra de **COLPENSIONES.**

**ANTECEDENTES:**

El abogado Pedro Nel García Mosquera, actuando como apoderado judicial de la señora Alba Cristina Herrera Echeverry, instauró acción de tutela en contra de Colpensiones, entidad a la cual acusó de vulnerar los derechos fundamentales de petición, debido proceso, igualdad, favorabilidad, seguridad, mínimo vital, y otros, de su prohijada, al negarse a efectuarle una nueva calificación de pérdida de capacidad laboral, lo cual sustentó bajo los argumentos que se sintetizan a continuación:

* La señora Alba Cristina Herrera Echeverri padece una enfermedad denominada “parkinson” la cual, de acuerdo al diagnóstico de su médico tratante, adscrito al Instituto de Epilepsia y Parkinson del Eje Cafetero S.A., según concepto del 12 de julio del año que transcurre, es de carácter degenerativo y/o progresivo, no curable, patología que en la actualidad le impide desarrollar cualquier tipo de actividad laboral.
* La señora Herrera Echeverri fue calificada por parte de Colpensiones el 24 de mayo de 2013, oportunidad en la que se dictaminó que tenía una pérdida de capacidad laboral del 64%, de origen común, con fecha de estructuración del 30 de marzo de 2011; momento para el cual solicitó el reconocimiento de una pensión de invalidez, que se le negó por incumplimiento del requisito de semanas que exige la ley.
* El 8 de marzo de 2016 solicitó a Colpensiones una nueva calificación de pérdida de capacidad laboral, con el fin de que se modificara la fecha de estructuración de la enfermedad, siendo valorada por parte de la entidad Asalud, pero de forma posterior no obtuvo ninguna respuesta, por lo tanto, el 14 de junio de 2016 solicitó que se le brindara alguna contestación respecto de sus pretensiones.
* El 28 de julio de 2016 Colpensiones negó la solicitud de nueva calificación, decisión basada en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, es decir, que ya había sido calificada anteriormente.
* La señora Alba Cristina cuenta hoy en día con las 50 semanas de cotizaciones que exige la ley para pensionarse por invalidez, puesto que para la época en que fue inicialmente calificada estaba trabajando y con posibilidad de continuar cotizando, pues en ese entonces sus condiciones de salud aún se lo permitían, pero como quiera que su enfermedad es congénita, de acuerdo al diagnóstico de su médico, expedido el 12 de julio del presente año, ya su estado no es recuperable, ni se encuentra en condiciones de continuar laborando.

De acuerdo a los hechos relacionados en precedencia, solicitó que tutelen los derechos fundamentales invocados en favor de su representada, y en consecuencia, se ordene a Colpensiones calificar y estructurar con nueva fecha la invalidez de la señora Herrera Echeverry, atendiendo las características especiales de su enfermedad por ser congénita, y además, aumentando el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad avocó el conocimiento de la actuación el día 14 de agosto del año que transcurre, y ordenó correr traslado de la demanda a Colpensiones para que se pronunciara frente al asunto.

Finalmente, al realizar el estudio de la situación fáctica planteada decidió mediante fallo del 29 de agosto negar por improcedente la solicitud de amparo invocada, al considerar que se incumplió con el requisito de subsidiariedad para su procedencia.

**FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN:**

Una vez notificado de la decisión de instancia, el apoderado judicial de la señora Alba Cristina Herrera Echeverry presentó un escrito mediante el cual manifestó su inconformidad con la misma, de su escrito de tutela se evidencia la reiteración de los argumentos esbozados en su escrito inicial, razón por la cual no se habrán de redundar en esta oportunidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Esta Sala de decisión se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

En el presente asunto le corresponde a la Corporación determinar si la decisión de primer nivel estuvo acertada en el sentido de declarar improcedente la acción de tutela para los efectos pretendidos por la parte accionante, o si como lo ha planteado el recurrente, es viable conceder a través de este mecanismo un nuevo dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral en favor de la señora Alba Cristina Herrera Echeverry.

La tutela es un instrumento confiado por la Carta Política en su artículo 86 a los Jueces cuya justificación se contrae a brindar a quien la reclama la posibilidad de acudir, sin mayores requerimientos, a la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estima han sido transgredidos por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares (de manera excepcional), lográndose así que se cumpla uno de los fines del Estado, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política colombiana.

Sobre la procedencia de la acción de tutela:

Para entrar a analizar el problema jurídico planteado hay que tener en cuenta primero que si bien la acción de tutela es un derecho Constitucional y como tal puede ser reclamada por cualquier persona en todo momento y lugar ante los jueces de la República para la protección de sus derechos fundamentales, esta facultad no es absoluta, dado que existen unos límites impuestos tanto por el constituyente primario como por la legislación, de tal suerte que no degenere en abuso del derecho.

Sobre el asunto, el Órgano de cierre constitucional de manera reiterada ha indicado que: *“por regla general, el reconocimiento de derechos pensionales por vía de tutela no es procedente, en tanto la verificación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para acceder a este tipo de prestaciones económicas corresponde a otros escenarios, administrativos o judiciales, en los que se debe surtir un debate de tal naturaleza (…)*”.

Sin embargo, tratándose de casos en los que se evidencia que tales vías no conducen a un eficaz y oportuno amparo de los derechos fundamentales de quienes pretenden un reconocimiento pensional, esa Corporación ha sostenido que: *“… en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y,* ***(iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.”[[1]](#footnote-1)***

No queda duda en este punto al respecto de la calidad de sujeto de especial protección constitucional que ostenta la señora Alba Cristina Herrera Echeverri, ello teniendo en cuenta las múltiples enfermedades que padece y su gravedad, y por tratarse de una persona inválida, como así fue afirmado por Colpensiones mediante dictamen del 24 de mayo de 2013

Partiendo de lo dicho anteriormente, a pesar de la existencia de otro mecanismo judicial, la acción de tutela se torna procedente para realizar el estudio de la situación planteada por el apoderado judicial de la señora Alba Cristina, pues su condición especial hace que someterla a la espera de un proceso ordinario le pueda causar un perjuicio irremediable. Zanjada esta inquietud se procederá a estudiar los argumentos esgrimidos por su apoderado, para sustentar la posibilidad de realizar por vía judicial una modificación a la fecha de estructuración de la invalidez que dictaminó la entidad calificadora, por medio de la expedición de un nuevo dictamen.

Visto lo obrante en el expediente, especialmente el concepto médico expedido por el Doctor Carlos Javier Perdomo Rivera el pasado 12 de julio del año que transcurre, obrante a folio 12 del encuadernado, se tiene que la señora Alba Cristina Herrera Echeverri padece una enfermedad que fue denominada por ese galeno como “NEURODEGENERATIVA PROGRESIVA… NO RCUPERABLE”, es así como basándonos en la hipótesis de las llamadas enfermedades degenerativas y / o congénitas, nos encontramos ante un panorama excepcional y diferente al comúnmente planteado, toda vez que es una circunstancia que permite trasladarnos a la teoría que al respecto ha decantado la H. Corte Constitucional, en cuanto ha contemplado la posibilidad de modificar por vía judicial, bien sea en sede ordinaria, o por medio de acción de tutela, en los eventos que así lo amerite el caso concreto, la fecha de estructuración de la enfermedad que conllevó a la pérdida de capacidad laboral por una diferente a la que dictaminó el calificador, flexibilizando así las condiciones para poder pensionarse por invalidez.

De esta manera, es viable, de acuerdo al precedente jurisprudencial constitucional, tener en cuenta como fecha diversa de estructuración aquella en la cual se haya efectuado la última cotización al SGSS. Así lo expuso, por ejemplo, la Sentencia T-143 de 2013, que pasa a explicarse:

De acuerdo a la sentencia constitucional previamente citada, es posible desde una interpretación concordante con los postulados del Estado Social de Derecho, y de la dignidad humana, dar una aplicación más favorable a la noción que sobre la invalidez dan las normas aplicables al caso, y de esta manera, considerar que dicho estado tiene su origen cuando surge una pérdida de capacidad laboral definitiva o permanente, y así, tomar como fecha de estructuración, cuando la enfermedad originaria es degenerativa o congénita, aquella en la cual se efectúa la última cotización, presumiendo que es en ese momento cuando se adquiere en realidad el estado de invalidez, haciendo referencia de forma concreta a los casos en los que se logra evidenciar que aún a pesar de haber adquirido, según el dictamen, el menoscabo en la capacidad para trabajar, la persona pudo continuar vinculada laboralmente y corolario de ello, hacer cotizaciones al SGSS.

El anterior panorama obliga a la administradora de pensiones, al momento de analizar si el afiliado cumple con los requisitos para pensionarse por invalidez, contar las 50 semanas que exige el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 1° de la Ley 860 de 2003, desde el momento en que efectuó la última cotización hacia atrás, ello por cuanto *“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 […]”.*

Así mismo, en la sentencia T-194 de 2016, dijo ese Alto Tribunal Constitucional:

*“2.4.4. La jurisprudencia constitucional ha advertido que la fecha de estructuración de invalidez de carácter permanente y definitivo se fija según se haya causado de manera instantánea o paulatinamente. En el segundo caso,* ***los dictámenes de invalidez establecen una fecha retroactiva de estructuración, sin que esto signifique que para ese momento la persona estuviera en la imposibilidad de trabajar.*** *Este Tribunal Constitucional lo explicó en Sentencia T-885 de 2011[18] en los siguientes términos:*

*“Cuando se trata de accidentes o de situaciones de salud que generan la pérdida de capacidad de manera inmediata, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho; sin embargo, existen casos en los que la fecha en que efectivamente una persona está en incapacidad para trabajar, es diferente a la fecha que indica el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral. Lo anterior se presenta, generalmente, cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina****. Frente a este tipo de situaciones, la Corte ha evidenciado que las Juntas de Calificación de Invalidez establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad, a pesar de que en ese tiempo, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva*** *-Decreto 917 de 1999-. Esta situación genera una desprotección constitucional y legal de las personas con invalidez”.*

*En ese orden de ideas, se tiene que, cuando la invalidez ocurre de manera instantánea se debe tener por fecha de estructuración el momento del accidente o enfermedad que la origine. De otro lado, cuando se trata de una invalidez causada por un padecimiento paulatino o por una enfermedad degenerativa, la fecha de estructuración debe ser aquella en la que se concreta el carácter de permanente y definitivo que impiden que la persona desarrolle cualquier actividad laboral y continúe* ***cotizando y no la señalada retroactivamente en la calificación****, pues sólo indica cuando se presentaron los primeros síntomas. En este orden de ideas, es preciso traer a colación la jurisprudencia de esta Corporación donde se ha explicado que el estado de invalidez de quien padece una enfermedad degenerativa se materializa en el momento en que no puede continuar trabajando[19].*

*2.4.5. El problema jurídico relevante surge cuando el dictamen técnico elaborado por la Junta de Calificación de Invalidez o demás entidades señaladas en la ley, no corresponde a la situación médica real de la persona.* ***Esta situación se presenta cuando la autoridad competente establece una fecha de estructuración en una etapa de la enfermedad en la que la persona sigue siendo un trabajador productivo y funcional y por tanto sigue aportando al sistema. Tal evento cobija a las personas que sufren enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas.”***

Partiendo de lo anterior, y aterrizando dichos presupuestos al caso bajo estudio, encuentra la Colegiatura que aunque la señora Alba Cristina Herrera Echeverry fue dictaminada con una pérdida de capacidad laboral del 64% el 24 de mayo de 2013, continuó realizando aportes al SGSS, toda vez que de acuerdo a la característica degenerativa que implica su enfermedad, aún se encontraba en condiciones de mantener una actividad laboral que le permitiera continuar realizando cotizaciones hasta tanto acreditara el número de semanas requerido para pensionarse por invalidez, evidenciándose que la fecha del último aporte se efectuó el 31 de mayo de 2017, fecha para la cual se halló en incapacidad de continuar trabajando, y por eso dejó de hacerlo, como así lo corroboró su médico.

A pesar de lo anterior, y aunque desde el 8 de marzo del año anterior la señora Alba Cristina solicitó que se le realizara una nueva calificación que resultara acorde con sus circunstancias específicas y particulares, Colpensiones se ha negado a acceder a su petición, desconociendo con ello el precedente que al respecto ha decantado la H. Corte Constitucional.

Los argumentos expuestos hasta ahora, son suficientes para llevar a esta Colegiatura a determinar que en efecto ha sido vulnerado el derecho fundamental a la seguridad social de la señora Alba Cristina Herrera Echeverry, pues se ha evidenciado a lo largo de este trámite que la Administradora Colombiana de Pensiones ha asumido un comportamiento obstinado en el estudio de su situación concreta, sometiéndola a pesar de su evidente estado de incapacidad, a largos trámites y diligencias, y escudándose en pretextos que finalmente de ninguna manera conllevan a brindarle una solución efectiva

Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, considera esta Colegiatura que lo oportuno será conjurar el menoscabo que se le ha causado a la accionante en sus derechos, y acorde con ello, se habrá de revocar la decisión de primer grado, para en su lugar tutelar el derecho fundamental a la seguridad social de la señora Alba Cristina Herrera Echeverri, por lo tanto se ordenará Colpensiones que proceda a efectuar las gestiones administrativas que sean necesarias para calificar el estado actual de invalidez de la accionante, para lo cual se le concederá el término de cinco (05) días, igualmente, que una vez tenga a su disposición el dictamen de pérdida de capacidad laboral actualizado, proceda a estudiar si la señora Alba Cristina cumple o no con los requisitos para que le sea reconocida una pensión de invalidez, de acuerdo con los presupuestos jurisprudenciales expuestos en precedencia.

Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** el fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad el 29 de agosto de 2017, y en su lugar **TUTELAR** el derecho fundamental a la seguridad social de la señora **ALBA CRISTINA HERRERA ECHEVERRI.**

**SEGUNDO: ORDENAR** a **COLPENSIONES** que proceda a efectuar las gestiones administrativas que sean necesarias para calificar el estado actual de invalidez de la señora **ALBA CRISTINA HERRERA ECHEVERRI**, para lo cual se le concederá el término de cinco (05) días, contados a partir de la notificación de la presente decisión, así mismo, que una vez tenga a su disposición el dictamen de pérdida de capacidad laboral actualizado, proceda a estudiar si cumple o no con los requisitos para que le sea reconocida la pensión de invalidez, gestión que deberá realizar en el plazo de un (01) mes.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes por el medio más expedito posible y remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

# CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Sentencia T-406 de 2005 [↑](#footnote-ref-1)