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.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / CALIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA PARA ORDENAR RECLAMACIONES RELACIONADAS CON RECONOCIMIENTO DE PENSIONES / OBLIGACIÓN DEL FONDO DE PENSIONES DE GESTIONAR ANTE LA EPS LOS EXÁMENES QUE REQUIERA EL AFILIADO.**

Este mecanismo de protección es de carácter residual y subsidiario porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ese entendido, nuestra Corte Constitucional estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

Respecto a la residualidad existen al menos dos excepciones a esa regla general: (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional, y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y/o se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86 CP).

En tal sentido, la jurisprudencia constitucional da cuenta que la naturaleza de la acción de tutela, impide reclamaciones relacionadas con el reconocimiento de pensiones, puesto que la competencia prevalente para ese tipo de conflictos de la jurisdicción ordinaria laboral o contencioso administrativo. Sin embargo, de manera excepcional, ha señalado, que en algunos casos muy específicos cuando se reclama pensión de vejez, sobrevivientes o invalidez, se ha verificado que se reúnen unas condiciones especiales que hacen viable esa tutela de los derechos fundamentales. (…)

Igualmente, la Corte Constitucional, en relación con el derecho a la valoración de la pérdida de capacidad laboral, ha dicho:

“En ese sentido, la jurisprudencia ha identificado que se vulnera el derecho a la valoración de la pérdida de capacidad laboral en diferentes circunstancias. Puede ocurrir cuando se niega la práctica de la valoración, o cuando se imponen barreras injustificadas para la misma, a pesar de que la entidad está obligada a llevarla a cabo. Las dos circunstancias pueden ser violatorias de los derechos fundamentales del accionante”. (…)

… si Colpensiones consideraba que la información médica resultaba insuficiente para calificar la pérdida de la capacidad laboral, ha debido requerir a la EPS CAFESALUD a la cual se encuentra afiliado este, conforme a sus facultades, para que sometiera a su afiliado a los exámenes y procedimientos que se requieran para establecer su real grado de invalidez. De otro lado, tal exigencia constituye un obstáculo injustificado para el reconocimiento de la pensión de invalidez y como tal aplaza indefinidamente ese trámite debido al breve término que se concede para reunir todos los documentos que se exige…

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, veintiocho (28) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Acta Nº 386 del 18-08-2019

Referencia: 66001-31-10-003-**2019-00330-01**

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el día 15 de julio de 2019, mediante la cual el Juzgado Tercero de Familia de Pereira resolvió la acción de tutela que promovió el señor JOSÉ GABRIEL TOVAR REINA contra la entidad opugnante.

**II. ANTECEDENTES**

1. El accionante, por intermedio de apoderada judicial, promovió el amparo constitucional por considerar que COLPENSIONES vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social.

2. En síntesis, señaló como sustento de su reclamo lo siguiente:

2.1. Viene padeciendo diferentes problemas de salud, los cuales han sido diagnosticados como “DIABETES MELLITUS NO INSULINODEPENDIENTE, HIPERTENSIÓN ESENCIAL PRIMARIA y MANO O PIE EN GARRA O EN TALIPES”.

2.2. Por lo anterior, fue calificado por Medicina Laboral de Colpensiones, quien le otorgó el 51.4% de pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración el 10 de julio de 2013.

2.3. El 13 de junio de 2019, por medio del radicado No. 2019\_7904025, solicitó a COLPENSIONES, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. En esa misma fecha, mediante oficio No. BZ2019 7904025-170317, la entidad responde que no es posible continuar con el estudio de lo solicitado, bajo el argumento que el dictamen de pérdida de capacidad laboral tiene una fecha de expedición superior a tres (3) años.

2.4. Manifiesta que en ningún aparte normativo o constitucional, se establece que los dictámenes de pérdida de capacidad laboral tienen una vigencia de tres (3) años, máxime cuando ya cumplió la edad mínima de pensión de vejez, la cual se encuentra en 62 años de edad según la Ley 797 de 2003.

2.5. COLPENSIONES al no resolver de fondo la solicitud de la pensión de invalidez reclamada, vulnera de forma flagrante los derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social, toda vez que está obstaculizando sin justificación alguna el futuro acceso a esa prestación.

3. Pide, conforme a lo relatado, tutelar los derechos invocados y se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES resolver de fondo la solicitud de pensión de invalidez radicada el 13 de junio de 2019, sin que para ello exija un nuevo dictamen de pérdida de capacidad laboral.

4. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Tercero de Familia de Pereira, que impartió el trámite legal (fl. 27 Cd. Ppal.).

4.1. Se pronunció la Directora (A) de Acciones Constitucionales de Colpensiones, para indicar que la Gerencia Nacional de Reconocimiento mediante comunicación externa radicada bajo el Bizagi No. 2019\_7904025 - 1700317 del 13 de junio de 2019, requirió al accionante para que aportara un dictamen de pérdida de capacidad laboral con expedición no superior a tres (3) años anteriores a la presentación de la petición, a fin de dar trámite a la solicitud de pensión de invalidez; con lo cual se dio apertura al término probatorio en curso de una actuación administrativa, con el propósito de proceder a resolver de fondo la solicitud prestacional. Reiterando que, pese al requerimiento realizado, no se evidencia que el accionante hubiere aportado la documentación solicitada. Afirma que no se puede imputar ninguna actuación vulneradora de los derechos fundamentales invocados por el accionante, ya que se ha demostrado que Colpensiones ha actuado con diligencia. Solicita se declare improcedente la acción de tutela contra COLPENSIONES; y, como consecuencia de lo anterior, se disponga el archivo de la presente acción de tutela. (fls. 31-33 id.).

**III. LA SENTENCIA IMPUGNADA**

La profirió el Juzgado Tercero de Familia de Pereira, que concedió el amparo constitucional reclamado y ordenó a la entidad accionada que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esa providencia, proceda a resolver de fondo la petición de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, conforme a la solicitud elevada el 13 de junio hogaño. Si encuentra necesario realizar una nueva valoración de pérdida de capacidad laboral, deberá proceder igualmente, dentro del mismo término antes referido, a practicar un nuevo dictamen de pérdida de la capacidad laboral del accionante y una vez realizado, dentro de las 48 horas siguientes al mismo, resolver de fondo la petición de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Para decidir así concluyó que “...*la Administradora Colombiana de Pensiones, ha impuesto una carga probatoria injustificada al accionante, pues, si esa entidad considera que el dictamen aportado por la fecha de expedición, no acredita el real estado de salud del accionante y resulta insuficiente para entrar en estudio la solicitud del reconocimiento pensional, ha debido practicar un nuevo dictamen por intermedio de medicina laboral de la entidad, se itera, tal exigencia constituye un obstáculo injustificado para el reconocimiento de la pensión de invalidez, lo que conlleva a la transgresión del debido proceso y la seguridad social, y en tal medida habrá de tutelarse, toda vez que la dilatación en el tiempo para resolver de fondo la solicitud de pensión, afecta gravemente al señor Tovar Reina quien está en situación de indefensión, y se itera, por su edad es un sujeto que goza de protección constitucional reforzada.*”. (fls. 35-39 id.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

El fallo fue impugnado por COLPENSIONES, con los mismos argumentos expuestos en la respuesta dada a la demanda constitucional. Hizo referencia además a los requisitos de procedencia de la acción de tutela, a las peticiones incompletas y al término para la revisión del estado de invalidez. Solicitó se revoque el fallo y en su lugar se declare improcedente el amparo por existir otros mecanismos para la protección de los derechos invocados. (fls. 44-49 id.).

**V. CONSIDERACIONES**

1. Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió el fallo atacado.

2. De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, la decisión adoptada en primera instancia y la impugnación, corresponde a la Sala resolver si COLPENSIONES vulneró los derechos invocados por el accionante, al negar la pensión de invalidez solicitada por ausencia del cumplimiento de los requisitos para ello y no aplicar al caso concreto el principio de la condición más beneficiosa.

3. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de la autoridades públicas, o particulares según se trate, siempre que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

4. Este mecanismo de protección es de carácter residual y subsidiario porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ese entendido, nuestra Corte Constitucional estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

Respecto a la residualidad existen al menos dos excepciones a esa regla general: (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional, y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y/o se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86 CP).

5. En tal sentido, la jurisprudencia constitucional da cuenta que la naturaleza de la acción de tutela, impide reclamaciones relacionadas con el reconocimiento de pensiones, puesto que la competencia prevalente para ese tipo de conflictos de la jurisdicción ordinaria laboral o contencioso administrativo. Sin embargo, de manera excepcional, ha señalado, que en algunos casos muy específicos cuando se reclama pensión de vejez, sobrevivientes o invalidez, se ha verificado que se reúnen unas condiciones especiales que hacen viable esa tutela de los derechos fundamentales.

Ha precisado que, aunque en principio la existencia de otros medios de defensa judicial hace improcedente la acción de tutela, la sola presencia formal de uno de estos mecanismos no implica per se que ella deba ser denegada. En realidad, para poder determinar cuál es el medio adecuado de protección, se hace imprescindible que el juez constitucional entre a verificar si, cumplidos ciertos condicionamientos, las acciones disponibles protegen eficazmente los derechos de quien interpone la acción o si, por el contrario, los mecanismos ordinarios carecen de tales características, evento en el cual el juez puede otorgar el amparo.

De acuerdo con esta jurisprudencia constitucional, puede sostenerse que para que proceda el reconocimiento, reajuste o pago de prestaciones pensionales en sede de tutela, el juez constitucional debe tener en cuenta que “*(i) de su protección dependa la eficacia de derechos fundamentales de aplicación inmediata como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital (criterio de conexidad).[[1]](#footnote-1) (ii) se trate de sujetos de especial protección constitucional (iii) cuando existiendo otro medio de defensa el mismo no resulte idóneo, ni eficaz para garantizar la protección de los derechos fundamentales del peticionario, evento en el que la tutela procede como mecanismo principal y definitivo de defensa, ante la imposibilidad material de solicitar una protección real y cierta por otra vía y (iv) cuando se promueva como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. [[2]](#footnote-2)”.*

**VI. EL CASO CONCRETO**

1. Se recuerda que, en el presente caso, el señor JOSÉ GABRIEL TOVAR REINA, interpuso acción de tutela tras considerar que la entidad accionada, vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social, al no resolver de fondo la solicitud de la pensión de invalidez reclamada, bajo el argumento de que el dictamen de pérdida de capacidad laboral tiene una fecha de expedición superior a tres (3) años.

2. De los documentos allegados al plenario y de lo informado por el propio accionante, en relación con su pretensión de ordenar a la accionada resolver de fondo su solicitud de pensión de invalidez radicada el 13 de junio de 2019, se tiene que, mediante el oficio BZ2019\_7904025 - 1700317 de esa misma fecha (13 de junio de 2019), Colpensiones requirió al actor para que aportara un dictamen de pérdida de capacidad laboral con expedición no superior a tres (3) años anteriores a la presentación de la petición, a fin de dar trámite a su reclamación (fls. 21 y 34 id.).

Posteriormente, Colpensiones informó que le había asignado cita al actor para el trámite de calificación de su pérdida de capacidad laboral, el día 12 de agosto de 2019; igualmente que, luego de asistir a dicha valoración, el médico dispuso solicitar una serie de exámenes adicionales, concediéndole un término de 30 días para que los allegara, so pena de suspender el proceso el cual “*deberá reiniciarlo nuevamente aportando la totalidad de la documentación solicitada*”, encontrándose a la espera de dichos documentos para poder realizar la calificación integral (fls. 5-12 cd. de 2ª instancia).

3. Así las cosas, lo procedente, es analizar si se lesionó el derecho de petición de la parte accionante, a pesar de que no se invocó como digno de amparo, siguiendo de cerca la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en un asunto similar al que ahora se decide, dijo:

“*Las accionantes estimaron en su demanda como vulnerados por el Fondo de Pensiones y Cesantías Santander S.A., los derechos fundamentales a la vida y al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, del análisis de los presupuestos de hecho antes reseñados se concluye que la controversia jurídica versa sobre la omisión en la que incurrió la entidad accionada en dar respuesta a la solicitud realizada por las accionantes dirigida a obtener el* *reconocimiento de la* *pensión de sobrevivientes por la muerte del señor Edgardo Enrique de la Hoz Fierro, esposo de la señora Yadelis Oyola Gutiérrez y padre de los menores Yuranis de la Hoz Oyola, Doris Yadira de la Hoz Martínez y Édgar Andrés de la Hoz Martínez, situación que hace ineludible el estudio de la posible vulneración del derecho fundamental de petición, que no fue invocado en el escrito de tutela. (Subrayas ajenas al texto original).*

*“La controversia que plantea el presente caso, acerca de la definición de la titularidad y reconocimiento de una pensión ante la administración, constituye en principio un asunto ajeno al ámbito de la jurisdicción constitucional en sede de tutela, por la naturaleza puramente legal de estas pretensiones. No obstante, en casos como el presente, es necesario que el juez de tutela verifique si el derecho de petición ha sido satisfecho en debida forma, de manera que comprenda y resuelva el fondo de lo solicitado, y haga efectivo el núcleo esencial de tal garantía…*”[[3]](#footnote-3).

4. Igualmente, la Corte Constitucional, en relación con el derecho a la valoración de la pérdida de capacidad laboral, ha dicho:

*“En ese sentido, la jurisprudencia ha identificado que se vulnera el derecho a la valoración de la pérdida de capacidad laboral en diferentes circunstancias. Puede ocurrir cuando se niega la práctica de la valoración, o cuando se imponen barreras injustificadas para la misma, a pesar de que la entidad está obligada a llevarla a cabo. Las dos circunstancias pueden ser violatorias de los derechos fundamentales del accionante. Así también lo han mencionado otros pronunciamientos de esta Corte que además resaltan, que la vulneración se efectúa contra una persona en estado de indefensión. Por ejemplo, la sentencia T-038 de 2011**sostiene:*

*“Ahora bien, la vulneración de los derechos fundamentales por la negación del derecho a la valoración no sólo ocurre cuando ésta se niega, sino cuando no se práctica a tiempo, complicando en algunos casos la situación del afectado. En ambos (sic) situaciones la consecuencia de negarlo o dilatarlo en el tiempo afecta gravemente a la dignidad humana poniendo a quien pretende ser beneficiario de la pensión de invalidez en una grave situación de indefensión.”…[[4]](#footnote-4)*

5. Para esta Corporación, con el oficio BZ2019\_7904025 - 1700317 del 13 de junio de 2019, no se había brindado una contestación al reclamo del demandante en lo relacionado con el reconocimiento de la pensión de invalidez, por cuanto se abstuvo de resolver de fondo, de manera clara, precisa y congruente lo solicitado por el peticionario; se limitó a contestarle que aportara un dictamen de pérdida de capacidad laboral con expedición no superior a tres (3) años anteriores a la presentación de la petición, a fin de dar trámite a su solicitud.

6. Ahora bien, se tiene que, en las respuestas allegadas en esta sede, Colpensiones requirió a la parte accionante para que reuniera una serie de exámenes especializados con el fin de valorar su estado de invalidez. Para ese efecto le concedió un lapso de un mes, so pena de suspender el trámite.

7. Para la Sala esa determinación desconoce el precedente jurisprudencial y atenta contra los derechos del accionante, porque si Colpensiones consideraba que la información médica resultaba insuficiente para calificar la pérdida de la capacidad laboral, ha debido requerir a la EPS CAFESALUD a la cual se encuentra afiliado este, conforme a sus facultades, para que sometiera a su afiliado a los exámenes y procedimientos que se requieran para establecer su real grado de invalidez. De otro lado, tal exigencia constituye un obstáculo injustificado para el reconocimiento de la pensión de invalidez y como tal aplaza indefinidamente ese trámite debido al breve término que se concede para reunir todos los documentos que se exigen, entre ellos varias valoraciones especializadas que difícilmente se pueden realizar en el transcurso del mes otorgado.

Así las cosas, Colpensiones vulneró los derechos fundamentales de petición y a la seguridad social del actor y por tanto, como a esa misma conclusión llegó el juzgado de primera instancia, el fallo impugnado será confirmado; sin embargo, la Sala considera necesario hacerle unas aclaraciones. Como se ordenó, que de ser necesario, se realizara una nueva valoración de pérdida de capacidad laboral del accionante; y, tal como se indicó, COLPENSIONES determinó la importancia de practicar exámenes complementarios; en consecuencia, lo procedente, según la jurisprudencia transcrita, es que esa entidad adelante las gestiones necesarias ante la EPS CAFESALUD, a la cual se encuentra afiliado el demandante, para que le sean realizados todos los exámenes y valoraciones requeridas con el fin de obtener la calificación sobre la pérdida de su capacidad laboral, para lo cual se concederá un término de veinte días.

Además, se revocarán las órdenes impuestas al Gerente de Determinación de Derechos, a la Subdirectora de Determinación de Derechos y a las Directoras de Prestaciones Económicas y de Acciones Constitucionales de Colpensiones, que no están en la obligación de dar solución a lo pretendido por el accionante, pues la funcionaria competente para definir la cuestión es exclusivamente la Directora de Medicina Laboral.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero:** CONFIRMAR la sentencia proferida el día 15 de julio de 2019, por el Juzgado Tercero de Familia de Pereira, dentro de la presente acción de tutela, por lo indicado en la parte motiva.

**Segundo**: ADICIONAR el ordinal segundo del citado fallo, en el sentido de ordenar a la Directora de Medicina Laboral de COLPENSIONES, adelantar, en el término de veinte días contados a partir de la fecha de la notificación que se le haga de esta sentencia, las gestiones necesarias ante la EPS CAFESALUD, a la cual se encuentra afiliado el demandante, para que le sean realizados todos los exámenes y valoraciones requeridas con el fin de obtener la calificación sobre la pérdida de su capacidad laboral, y, en todo caso, materializar esa valoración médico laboral, en el término otorgado en el fallo de primera instancia. Además, se desvincula al Gerente de Determinación de Derechos, a la Subdirectora de Determinación de Derechos y a las Directoras de Prestaciones Económicas y de Acciones Constitucionales de COLPENSIONES.

**Tercero**: Notifíquese esta decisión a los interesados por el medio más expedito posible (Art. 5o., Dto. 306 de 1992).

**Cuarto**: Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

 (Con ausencia justificada)

1. La Corte en la Sentencia T-1046 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Treviño) estudió la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar la indemnización sustitutiva y resolvió tutelar el derecho a la seguridad social en conexidad con el mínimo vital y la vida digna de persona de la tercera edad que en razón de la imposibilidad de seguir cotizando para pensión decidió reclamar la indemnización sustitutiva de vejez y la entidad se la niega dejando sin efecto una resolución que se la concedía. La Corte ordenó el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva. [↑](#footnote-ref-1)
2. Consultar en este punto la Sentencia T-789 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). En esta se concedió como mecanismo transitorio, el amparo a la seguridad social y al mínimo vital de la actora, que era compañera permanente del cotizante fallecido. Para ello la Corte reiteró los elementos del perjuicio irremediable en los siguientes términos: “(…) un perjuicio tendrá carácter irremediable cuando quiera que, en el contexto de la situación específica del peticionario, llene las siguientes características: (i) ser cierto e inminente, es decir, que su existencia actual o potencial se infiera objetivamente a partir de una evaluación razonable de hechos reales, y no de meras conjeturas o deducciones especulativas; (ii) ser grave, en la medida en que amenace con lesionar –o lesione- un bien o interés jurídico de alta importancia para el afectado; y (iii) requerir la atención urgente de las autoridades, en la medida en que su prevención o mitigación resulte indispensable e inaplazable para evitar la generación de un daño antijurídico que posteriormente no podrá ser reparado. Salta a la luz que la peticionaria en el caso bajo revisión se encuentra, efectivamente, en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable con motivo de los hechos que dieron lugar a la interposición de la acción de tutela, puesto que del reconocimiento de la sustitución pensional a la cual alega tener derecho depende la satisfacción de su mínimo vital.” [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia T-51 de 2007, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia T-399 de 2015, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado [↑](#footnote-ref-4)