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.

Providencia: Sentencia del 25 de noviembre de 2019

Radicación No.: 66170-31-05-001-2019-00393-01

Proceso: Acción de tutela

Accionante: Julio Cesar Echeverry

Accionado: Colpensiones

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / CALIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL / RECONOCIMIENTO DE INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA / NO ES OPONIBLE PORQUE FUE POSTERIOR A LA SOLICITUD DE CALIFICACIÓN.**

El debido proceso es uno de esos derechos fundamentales que adquiere la mayor jerarquía e importancia en toda clase de actuaciones ya sean judiciales o administrativas, previendo una serie de garantías constitucionales, tal y como lo reitera el Tribunal Constitucional en sentencia T – 007 de 2019:

“El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, el cual debe ser respetado no solo en el ámbito de las actuaciones judiciales sino también en todos los procedimientos y procesos administrativos, de manera que se garantice (i) el acceso a procesos justos y adecuados; (ii) el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas; (iii) los principios de contradicción e imparcialidad; y (iv) los derechos fundamentales de los asociados…”

El derecho a Seguridad Social en Colombia es catalogado como un Derecho Fundamental, como se logra evidenciar en continuos pronunciamientos de la Corte Constitucional. En ese sentido la Sentencia T-164 del 2013, manifiesta lo siguiente:

“La Seguridad Social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental. De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social por un lado, como un derecho irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público , de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución…”

… si bien la petición de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y su respectivo reconocimiento se hicieron con anterioridad a la formulación de la presente demanda de tutela (radicada el pasado 8 de octubre ante el juzgado de conocimiento), la notificación del correspondiente acto administrativo se dio durante el transcurso de esta acción de tutela, más exactamente el día en que se notificó a cada una de las partes la sentencia de tutela de primera instancia, 22 de octubre de 2019, fecha a partir de la cual surtió efectos jurídicos…

Luego entonces, para el momento en que se impetró la acción de tutela, estaba en cabeza de COLPENSIONES la obligación de calificar la PCL del actor por cumplirse los requisitos de ley, sin que tal obligación se diluya o se pierda por el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que se hizo efectiva durante el transcurso de esta acción, como pretende dicha entidad, amén de que la solicitud de PCL fue anterior a la petición de la susodicha indemnización.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_**

**(Noviembre 25 de 2019)**

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra el fallo proferido el 21 de octubre de 2019 por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, dentro de la **Acción de Tutela** impetrada por el señor **Julio Cesar Echeverry** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, por medio de la cual solicita se amparen sus derechos fundamentales de **Seguridad Social, Derecho de Petición y Debido Proceso.**

#### La demanda

El señor **Julio Cesar Echeverry** solicita que se tutelen sus derechos fundamentales de Seguridad Social, Derecho de Petición y Debido Proceso,los cuales fueron vulnerados por Colpensiones al negarse a realizar la valoración de pérdida de capacidad laboral, bajo el argumento de no contar con un concepto de rehabilitación desfavorable y haber recibido indemnización sustitutiva de pensión de vejez, y en consecuencia solicita que se inice el trámite de pérdida de capacidad laboral.

Para fundar dichas pretensiones manifiesta que en el mes de enero de incapacidad por diagnóstico de “VERTIGOS PERIFERICOS”, y al cumplir los 180 días de incapacidad le fue notificado en el mes de junio del mismo año el concepto de rehabilitación favorable por parte de la E.P.S-S.O.S, pero el tratamiento no se había terminado, por lo que el accionante radicó los documento mes a mes para que Colpensiones continuara con el pago de dichas incapacidades hasta por 320 días más, que sumados a los pagados por la E.P.S- S..O.S, da como resultado el pago de 540 días en total.

 Como consecuencia de lo anterior, el señor Julio Cesar Echeverry solicitó a Colpensiones que iniciara con el proceso de pérdida de la capacidad laboral bajo el radicado 2019\_8842028 del 3 de julio de 2019, mediante el cual se anexó la historia clínica con patologías como “vértigo paroxístico. Hiperplasia prostática, Encefalopatía mixta, Enfermedad pulmonar obstructiva crónica, Trastorno de ansiedad, Manguito rotador”.

 El día 31 de julio de la presente calenda, el actor recibió comunicación por parte de Colpensiones en donde se le niega el proceso de calificación de perdida de la capacidad laboral puesto que ya había recibido un diagnostico favorable por parte de la E.P.S-S.O.S.

#### Contestación de la demanda

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contestó la presente acción manifestando que la calificación de la invalidez es un derecho que tienen las personas a ser valoradas y a que se les determine su condición de salud frente a las secuelas que son concurrentes por las afectaciones tanto de origen común como laboral, con el fin de buscar una pensión de invalidez, la cual es incompatible con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Aunado a lo anterior, dice que la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral propuesta por el actor, fue respondida por Colpensiones, en la cual se fundamentaron las razones por las cuales no era posible continuar con el trámite.

Igualmente, afirma la entidad que el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral es adelantado por parte de Colpensiones a través del proveedor de servicios de salud CODESS, y se adelanta, exclusivamente, para aquellos afiliados que presenten una de las siguientes condiciones:

1. Que tengan concepto de rehabilitación NO favorable o desfavorable expedido y remitido por su EPS.
2. Que teniendo concepto de rehabilitación favorable se haya postergado el trámite de calificación por 360 días calendario. Lo anterior tal y como lo señala los párrafos 2 y 5 del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

Finalmente, solicitan que se declare improcedente esta acción de tutela, puesto que existen otros mecanismos para solicitar la protección de dichos derechos, y que esta acción es un medio subsidiario, residual y cautelar que no puede sustituir los mecanismos judiciales ordinarios.

Por otro lado, la E.P.S Servicio Occidental de Salud, la cual fue vinculada al proceso por el Juzgado , en respuesta allegada el 15 de octubre del año en curso, manifiesta que efectivamente el señor Julio Cesar Echeverry es usuario con afiliación activa, bajo el empleador Cooperativa San Fernando Ltda., y que presenta incapacidades desde el 4 de enero de 2018 hasta el 24 de agosto de 2019, para un total de 590 días acumulados, y que el día 21 de junio de 2018, se emitió un concepto de rehabilitación, el cual fue notificado a las partes el día 27 de junio de dicha calenda.

Agrega que, en consulta de seguimiento de reintegro, realizada el 10 de octubre del año que avanza, el señor Echeverry informó que ya había presentado la solicitud de calificación ante la AFP, pero hasta el momento no se les ha notificado el dictamen. Po lo tanto solicita que se declare improcedente la acción de tutela respecto de la E.P.S S.O.S y se ordene a Colpensiones a realizar la calificación de perdida de la capacidad laboral y que en caso de que sea mayor al 50%, debe esa entidad proceder a reconocer la pensión de invalidez desde la fecha de estructuración.

#### Providencia impugnada

 La Jueza de primer grado tuteló el derecho a la seguridad social y debido proceso, y en tal virtud le ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que en un término de 48 horas, continuar con todos los trámites necesarios en aras de determinar la pérdida de capacidad laboral que le fue solicitado por el señor Ricardo Julio Cesar Echeverry, el cual no puede superar los 15 días. Igualmente se ordena desvincular a la E.P.S Servicio Occidental de Salud.

Para llegar a tal conclusión, la A-quo argumentó que en cuanto a la respuesta que brindó Colpensiones el 31 de julio de 2019, manifestando que no le era posible realizar la calificación de perdida de la capacidad laboral puesto que no contaba con un concepto desfavorable, no es razón para justificar la no continuidad de dicho trámite, pues al momento de dar respuesta, el actor contaba con 565 días de incapacidad, lo que quiere decir que llevaba más del tiempo requerido para tal fin, y que en tal circunstancia no es indispensable contar con un concepto de rehabilitación desfavorable.

Finalmente, expresó que el órgano de cierre constitucional, en cuanto a la incompatibilidad de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con la pensión de invalidez establece que, no se justifica el desconocimiento del derecho pensional de quien ha cumplido los requisitos legales para acceder a una prestación mejor. Dicho esto, si el solicitante de una pensión de invalidez recibió previamente una indemnización sustitutiva, puede acceder a la prestación que cubra de manera más amplia las contingencias de su discapacidad, descontando el valor recibido a título de indemnización, para evitar recibir dos erogaciones incompatibles por parte del Sistema de Seguridad Social.

#### Impugnación

La entidad accionada insiste en que el accionante recibió indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, mediante resolución No. SUB 268953 de septiembre 27 de 2019, por un valor de $ 18.741.275 (Fls. 69 al 83), a causa de la solicitud efectuada por el mismo actor el día 9 de septiembre de la presente calenda, radicada bajo el No. 2019\_12135594. Dicho acto administrativo se notificó el di 22 de octubre de la presente anualidad.

Corolario a lo anterior, manifiesta Colpensiones que, si bien la calificación de invalidez es un derecho que tienen las personas a ser valoradas y a que se les determine su condición de salud frente a las secuelas concurrentes por afectaciones tanto de origen común como de origen laboral, en el caso bajo estudio el señor Julio Cesar Echeverry ya fue beneficiado con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual es incompatible con el trámite de calificación solicitado.

Además, afirma que en el caso bajo estudio se desconoce el carácter subsidiario de la Acción de Tutela, como quiera que existen otros medios administrativos y judiciales que debieron agotarse previamente, salvo cuando se demuestra un perjuicio irremediable que afecte los derechos fundamentales del accionante.

Para concluir, afirma que no se vulneraron los derechos fundamentales del accionante ya que Colpensiones, siguió los parámetros de Ley.

#### Consideraciones

* 1. **Problema jurídico por resolver**

Determinar si en el presente caso se vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social, Derecho de Petición y Debido Proceso,toda vez que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, decidió no continuar con el trámite de calificación de perdida de la capacidad laboral del señor Julio Cesar Echeverry, bajo el argumento de que fue beneficiario de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

 **5.2 El derecho fundamental de petición**

La Corte Constitucional en Sentencia T- 206 de 2018 con ponencia del Magistrado Alejandro Linares Cantillo, expresó lo siguiente:

“… De conformidad con el artículo 23 de la Constitución Política de 1991, toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas ante las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener una pronta resolución. Tal derecho permite hacer efectivos otros derechos de rango constitucional, por lo que ha sido considerado por la jurisprudencia como un derecho de tipo instrumental, en tanto que es uno de los mecanismos de participación más importantes para la ciudadanía, pues es el principal medio que tiene para exigir a las autoridades el cumplimiento de sus deberes.

 El derecho de petición, según la jurisprudencia constitucional, tiene una finalidad doble: por un lado, permite que los interesados eleven peticiones respetuosas a las autoridades y, por otro, garantiza una respuesta oportuna, eficaz, de fondo y congruente con lo solicitado. Ha indicado la Corte que (…)*dentro de sus garantías se encuentran (i) la pronta resolución del mismo, es decir que la respuesta debe entregarse dentro del término legalmente establecido para ello; y (ii) la contestación debe ser clara y efectiva respecto de lo pedido, de tal manera que permita al peticionario conocer la situación real de lo solicitado*”. En esa dirección también ha sostenido que a este derecho se adscriben tres posiciones*:” (i) la imposibilidad de formular la petición, (ii) la respuesta de fondo y (iii) la resolución del término legal y la consecuente notificación de la respuesta al peticionario”.*

**5.3 Derecho fundamental al debido proceso**

El debido proceso es uno de esos derechos fundamentales que adquiere la mayor jerarquía e importancia en toda clase de actuaciones ya sean judiciales o administrativas, previendo una serie de garantías constitucionales, tal y como lo reitera el Tribunal Constitucional en sentencia T – 007 de 2019:

“…El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, el cual debe ser respetado no solo en el ámbito de las actuaciones judiciales sino también en todos los procedimientos y procesos administrativos, de manera que se garantice (i) el acceso a procesos justos y adecuados; (ii) el principio de legalidad y las formas administrativas previamente establecidas; (iii) los principios de contradicción e imparcialidad; y (iv) los derechos fundamentales de los asociados. Estas garantías se encuentran encaminadas a garantizar el correcto y adecuado ejercicio de la función pública administrativa, de conformidad con los preceptos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes y los derechos de los ciudadanos, con el fin de evitar posibles actuaciones abusivas o arbitrarias por parte de la administración a través de la expedición de actos administrativos que resulten lesivos de derechos o contrarios a los principios del Estado de Derecho.”

 **5.4 Derecho a la Seguridad Social**

 El derecho a Seguridad Social en Colombia es catalogado como un Derecho Fundamental, como se logra evidenciar en continuos pronunciamientos de la Corte Constitucional. En ese sentido la Sentencia T-164 del 2013, manifiesta lo siguiente:

“…La Seguridad Social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental. De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social por un lado, como un derecho irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público , de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución. La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. Conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva “de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad. Sin embargo, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no puede ser confundido con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela. En este sentido, la protección del derecho fundamental a la seguridad social por vía de tutela solo tiene lugar cuando (i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales…”

**5.5 Caso concreto**

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el señor Julio Cesar Echeverry acude a la acción constitucional, con el fin de que se garanticen sus derechos Fundamentales sus derechos fundamentales de Seguridad Social, Derecho de Petición y Debido Proceso, toda vez que la entidad accionada decidió no continuar con su trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral bajo dos argumentos: En un primer momento Colpensiones negó la calificación so pretexto de que el actor tenía concepto de rehabilitación por parte de la EPS. Posteriormente, al momento de contestar esta acción de tutela, alegó que el tutelante fue beneficiario de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

En efecto, en la contestación de la demanda de tutela, Colpensiones manifiesta que al accionante le fue reconocida indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual es incompatible con el trámite de pérdida de la capacidad laboral. Igualmente asegura que la solicitud realizada por el actor fue resuelta y comunicada a aquel, con los respectivos fundamentos para la negativa, por lo que si no estuviere de acuerdo, el trámite que le seguiría es el de agotar el procedimiento administrativo, pues la tutela no es un mecanismo subsidiario y solo procede cuando no existen otros mecanismos para la protección de sus derechos.

Recordemos que la jueza de primera instancia decidió tutelar los derechos fundamentales invocados por el actor y en consecuencia le ordenó continuar con los trámites necesarios en aras de determinar la pérdida de capacidad laboral del señor Julio Cesar Echeverry y por ultimo decidió desvincular a la EPS S.O.S.

Con el escrito de impugnación, COLPENSIONES adjuntó la Resolución No. SUB 268953 del 27 de septiembre del 2019, por medio de la cual se reconoció indemnización sustitutiva de pensión de vejez al señor Echeverry, teniendo en cuenta 948 semanas cotizadas por una cuantía única de $ 18.741.275 pesos M/CTE (Fls 62 al 82).

Para resolver el problema jurídico, vale la pena hacer un recuento cronológico de lo sucedido en este asunto, toda vez que las fechas resultan relevantes, como se verá más adelante. Para el efecto, tomaremos como referencia la demanda de tutela, las contestaciones que en su oportunidad presentaron las accionadas COLPENSIONES y la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD, en adelante S.O.S., y el escrito de impugnación de COLPENSIONES, así:

El actor estuvo incapacitado por enfermedad desde el 4 de enero de 2018 hasta el 24 de agosto de 2019 por padecer VÉRTIGO PERIFÉRICO para un total de 590 días acumulados; los primeros 180 de incapacidad fueron sufragados por la EPS SOS, pero a partir del día 181, COLPENSIONES se hizo cargo del pago de incapacidades, como correspondía por ley. El 21 de junio de 2018, esto es, antes de cumplirse los 180 días de incapacidad, la EPS SOS emitió concepto FAVORABLE de rehabilitación, el cual fue notificado a las partes el 27 de junio de dicha calenda. No obstante, pese a ese concepto, el actor siguió incapacitado hasta 24 de agosto de 2019. Cuando el actor cumplió los 540 días de incapacidad, solicitó a COLPENSIONES el 3 de julio de 2019 la calificación de pérdida de capacidad laboral, solicitud que fue despachada desfavorablemente por dicha entidad mediante oficio del 31 de julio de 2019, argumentando que no era procedente emitir dictamen porque no contaba con concepto DESFAVORABLE de rehabilitación, de conformidad al artículo 2.2.3.3.2 del Decreto 1333 de 2018.

Por otra parte, cuenta COLPENSIONES en su escrito de impugnación que obra declaración juramentada extra juicio en la que el demandante manifiesta su imposibilidad de continuar cotizando al sistema general de pensiones, pero no se adjuntó prueba de esa declaración ni se anunció la fecha en la que se realizó. Con todo, narra COLPENSIONES que mediante Resolución No. SUB 268953 del 27 de septiembre de 2019, le reconoció y ordenó el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez al actor por la suma de $18.741.275, acto administrativo que le fue notificado personalmente el 22 de octubre de 2019, como obra a folio 75, de lo que se infiere que el actor en su momento hizo dicha petición.

Lo anterior quiere decir, que si bien la petición de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y su respectivo reconocimiento se hicieron con anterioridad a la formulación de la presente demanda de tutela (radicada el pasado 8 de octubre ante el juzgado de conocimiento), la notificación del correspondiente acto administrativo se dio durante el transcurso de esta acción de tutela, más exactamente el día en que se notificó a cada una de las partes la sentencia de tutela de primera instancia, 22 de octubre de 2019, fecha a partir de la cual surtió efectos jurídicos. Vale la pena advertir que la Sala desconoce si el actor recibió o no el valor de la susodicha indemnización, o no hay prueba de ello en el expediente.

Bajo este contexto fáctico y cronológico, hay que decir lo siguiente:

* 1. La solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral se hizo cuando el actor estaba afiliado al sistema de seguridad social integral y en todo caso antes de solicitar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.
	2. La solicitud de PCL se hizo cuando vencieron los 540 días de incapacidad, exactamente cuando habían transcurrido 565 días.
	3. La negativa de COLPENSIONES frente a esa solicitud se dio antes de la solicitud de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, o en todo caso antes de su reconocimiento por parte de esa entidad.
	4. Los fundamentos para negar la calificación de la PCL expuestos en el oficio del 31 de julio de 2019, contrarían la ley (artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012) y las propias razones que expuso COLPENSIONES en la contestación de la acción de tutela, toda vez que, efectivamente, cuando existe concepto favorable de rehabilitación, la calificación de PCL se puede postergar por 360 días posteriores a los primero 180 de incapacidad, cuyo fin no es otro que esperar que el paciente se recupere, pero si vencido ese término, que a la sazón acumula 540 días, la incapacidad continúa, como ocurrió en este caso, la obligación del fondo de pensiones es proceder a calificarlo sin más dilaciones.

Luego entonces, para el momento en que se impetró la acción de tutela, estaba en cabeza de COLPENSIONES la obligación de calificar la PCL del actor por cumplirse los requisitos de ley, sin que tal obligación se diluya o se pierda por el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que se hizo efectiva durante el transcurso de esta acción, como pretende dicha entidad, amén de que la solicitud de PCL fue anterior a la petición de la susodicha indemnización.

En ese orden de ideas, se confirmará la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral Número 1 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor Julio Cesar Echeverry en contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

**SEGUNDO:** Notifíquese la decisión por el medio más eficaz**.**

Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase

La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Magistrado

 Con ausencia justificada