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 / COMPLEMENTO DE LA HISTORIA CLÍNICA / LA ENTIDAD CALIFICADORA DEBE PEDIRLA A LA EPS CORRESPONDIENTE / Y NO AL INTERESADO.**

La Corte Constitucional ha reiterado, teniendo presente la subsidiaridad que caracteriza la acción de tutela, que los conflictos jurídicos que surgen del reconocimiento de pensiones escapan a la competencia del juez constitucional. Sin embargo, esa misma corporación ha otorgado el amparo cuando las entidades competentes de practicar la calificación de invalidez se niegan a ello, siempre y cuando se acredite que el mecanismo ordinario de defensa judicial resulta ineficaz para proteger el derecho invocado. (…)

En el caso concreto, según la historia clínica aportada y el dictamen médico laboral expedido por la Nueva EPS, el hijo del accionante fue diagnosticado con parálisis cerebral.

Por esa razón, la Sala considera que la tutela resulta procedente, ya que debido a su cuadro clínico, se requiere con urgencia adoptar las medidas necesarias para definir su situación médico laboral, al menos en cuanto se refiere a la calificación de su pérdida de capacidad de trabajo, lo que permitirá establecer si su padre tiene derecho al reconocimiento de la pensión especial por hijo en condición de discapacidad…

En el caso concreto está acreditado que la entidad demandada requirió al actor para que allegara la historia clínica actualizada de su hijo y que al no haberse procedido a ello en el término que le concedió, resolvió ordenar el cierre de la actuación por desistimiento.

Para la Sala el proceder de esa entidad desconoce el precedente jurisprudencial y atenta contra los derechos del accionante, porque si consideraba que la información médica brindada al inicio de la actuación administrativa resultaba insuficiente para calificar la pérdida de la capacidad laboral, ha debido requerir a la entidad que la suministró, conforme a sus facultades, para que la complementara. Es decir que la administradora de pensiones no podía exigir al afiliado aportar esos datos en un plazo determinado, ni mucho menos dar por terminada la actuación por la falta de incorporación de esos soportes, como quiera que ello constituye un obstáculo injustificado para el reconocimiento de la pensión especial de vejez…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

 Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

 Pereira, junio cinco (5) dos mil veinte (2020)

 Acta No. 188 del 5 de junio de 2020

 Expediente No. 66001-31-21-001-2020-00040-01

Procede la Sala a resolver sobre la impugnación que formuló el señor Alfonso María Insuasty, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras local, el 29 de abril último, en la acción de tutela que aquel instauró contra Colpensiones, a la que fueron vinculados los Directores de Acciones Constitucionales, Procesos Judiciales y Medicina Laboral de esa misma entidad.

**A N T E C E D E N T E S**

1. Relató el abogado del accionante los hechos que admiten el siguiente resumen:

1.1 El actor, quien en la actualidad cuenta con 50 años, inició su vida laboral el 6 de noviembre de 1987, afiliado al Ministerio de Defensa; el 17 de septiembre de 1990 se vinculó al Instituto de los Seguros Sociales como trabajador dependiente.

1.2 En atención a que cumple los requisitos establecidos en el parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión especial de vejez porque tiene un hijo inválido, Víctor Alfonso Insuasty Torres, quien padece parálisis cerebral, enfermedad por la cual depende exclusivamente de su padre.

1.3 El 22 de marzo de 2019, en atención a las instrucciones dadas por la entidad demandada, elevó solicitud de calificación de pérdida de la capacidad laboral de su hijo.

1.4 El 2 de agosto siguiente se radicó la historia laboral actualizada, como se lo requirió esa entidad; sin embargo, hasta el momento no se ha realizado la mencionada calificación, a pesar de las constantes peticiones formuladas para ese fin, ni se explican los motivos de la omisión. Tampoco le reciben la solicitud de reconocimiento de la pensión especial de vejez.

2. Considera lesionados los derechos de petición, al debido proceso, mínimo vital y seguridad social. Para su protección, solicita se ordene a Colpensiones realizar la calificación de la pérdida de la capacidad laboral de Víctor Alfondo Insuasty Torres y dar trámite a la solicitud de pensión especial de vejez por hijo inválido.

**A C T U A C I Ó N P R O C E S A L**

1. Por auto del pasado 20 de abril se admitió la acción y se ordenó vincular a los Directores de Acciones Constitucionales, Procesos Judiciales y Medicina Laboral de Colpensiones.

2. Se pronunció la primera de esas funcionarias para manifestar que esa entidad ha resuelto las distintas peticiones elevadas, mediante comunicaciones en las cuales se puso en conocimiento la ausencia de documentos necesarios, el plazo y el cierre del trámite por desistimiento; que en todo proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral, se requiere la historia clínica actualizada y completa, para establecer si son necesarios consultas médicas o exámenes complementarios. De otro lado, el juez de tutela carece de competencia para analizar lo relativo a esa calificación, ya que para ese efecto se debe acudir a las vías judiciales ordinarias, máxime cuando dejó de acreditarse la lesión de derechos fundamentales o la causación de un perjuicio irremediable. Así mismo, es deber de los jueces defender el patrimonio público de Colpensiones.

3. Se puso término a la instancia con sentencia del 29 de abril último en la que se declaró improcedente el amparo solicitado.

Para así decidir, la funcionaria de primera instancia consideró que en este caso se encuentra probado que frente a la solicitud de calificación de la pérdida de la capacidad laboral de Víctor Alfonso Insuasty Torres, Colpensiones, el 18 de junio de 2019, requirió al peticionario para que aportara, dentro del término de un mes, so pena de decretar el desistimiento tácito, la historia clínica completa y actualizada, y como a ello no se procedió, por oficio del 19 de julio siguiente se informó al actor sobre la aplicación de la consecuencia señalada, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1755 de 2015 y se precisó que cuando se reuniera aquella información se debería iniciar un nuevo trámite de calificación. Por tanto, al evidenciarse que “el retardo acusado por la parte demandante obedece únicamente a la falta de diligencia por su parte a la hora de adelantar trámites que se encuentran entre su deber como usuario, la acción de tutela se declarará improcedente por no existir menoscabo del derecho fundamental alguno”.

4. Inconforme con el fallo, el apoderado del accionante lo impugnó. Adujo: a) la juez de primera instancia desconoció los derechos constitucionales del actor; b) este requiere que su hijo sea calificado para acceder a la pensión especial de vejez; c) la Nueva EPS emitió dictamen en el que determinó un disminución de la capacidad laboral de Víctor Alfonso igual al 60%, con fecha de estructuración del 27 de abril de 1996, en razón a su diagnóstico de parálisis cerebral y múltiples complicaciones; d) Colpensiones desconoce los artículos 163 de la Ley 100 de 1993, 5° de la Ley 361 de 1997 y 1° del Decreto 4942 de 2009; e) el 22 de marzo y el 2 de agosto de 2019 se radicaron más de quinientos folios de historia clínica, con el manejo de la enfermedad de Víctor Alfonso, la cual se viene tratando desde el año 1996 y por la que requiere de la completa asistencia de su padre; f) aunque la accionada, el 19 de julio de 2019 comunicó que no se había aportado la historia clínica completa, el 2 de agosto siguiente, luego de recopilar la información reportada en la EPS, hospitales y especialistas, se presentaron los soportes requeridos, no sin antes explicar que se trataba de una historia clínica muy amplia y que se debía digitalizar pues la entidad no la reciben en físico y g) con su decisión la juez de tutela obliga a una persona con parálisis cerebral a iniciar nuevamente su trámite de calificación. Así mismo a pesar de que la demandada cuenta con la historia clínica del hijo del actor, insumo necesario para resolver el trámite, prefiere exponer al paciente a la pandemia causada por el COVID-19.

**C O N S I D E R A C I O N E S**

1. La acción de tutela permite a toda persona reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección de sus derechos fundamentales cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o aun de los particulares, en los casos que reglamenta el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

2. Corresponde a esta Sala determinar si en este caso procede la tutela para ordenar a Colpensiones surtir el trámite de calificación la pérdida de capacidad laboral solicitado por el demandante. Solo de serlo, se establecerá si esa entidad incurrió en lesión de derechos fundamentales del citado señor, al ordenar el cierre de esa actuación.

3. La Corte Constitucional ha reiterado, teniendo presente la subsidiaridad que caracteriza la acción de tutela, que los conflictos jurídicos que surgen del reconocimiento de pensiones escapan a la competencia del juez constitucional. Sin embargo, esa misma corporación ha otorgado el amparo cuando las entidades competentes de practicar la calificación de invalidez se niegan a ello, siempre y cuando se acredite que el mecanismo ordinario de defensa judicial resulta ineficaz para proteger el derecho invocado. Así por ejemplo, ha dicho:

*“3.1. Como exigencia general de procedencia de la acción de tutela, conforme al artículo 86 de la Carta y al 6 del Decreto 2591 de 1991, se encuentra su carácter subsidiario, que tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en diversa jurisprudencia, puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales bajo las siguientes implicaciones: i) Que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración del derecho fundamental alegado; ii) Que aún existiendo otras acciones, éstas no sean eficaces o idóneas para la protección del derecho; o iii) Que siendo estas acciones judiciales un remedio integral, resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.*

*3.1.1. En el mismo orden de desarrollo, la Corte ha objetado la valoración genérica del medio de defensa ordinario, pues ha considerado que en abstracto cualquier mecanismo judicial puede considerarse eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales de los asociados. Por esta razón, la jurisprudencia ha establecido que la eficacia de la acción ordinaria solo puede prodigarse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto, de modo que se logre la finalidad de brindar plena y además inmediata protección a los derechos específicos involucrados en cada asunto.*

*…*

*En efecto, la calificación por pérdida de capacidad laboral constituye una prestación derivada del sistema de seguridad social, y los eventuales conflictos que puedan surgir entre las entidades que, según el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, se encuentran obligadas a emitir tal dictamen y el afiliado que lo solicita- porque aquellas lo niegan o lo retardan-, son ejemplos típicos que corresponde conocer a la jurisdicción laboral y de la seguridad social, según la regla de competencia definida por el artículo 2 del Estatuto Procesal del Trabajo.*

*3.2.1. Anotado esto, la Sala observa que, en principio, el accionante dispone de las acciones ordinarias laborales para controvertir la decisión de la EPS SaludCoop de negarse a calificar su pérdida de capacidad laboral argumentando la suspensión de su afiliación. Sin embargo, analizado en concreto, dicho mecanismo de defensa judicial no resulta lo suficientemente eficaz para asegurar la protección urgente e inaplazable a los derechos fundamentales invocados, por cuanto se trata de una calificación que el señor Arenas Dueñas ha perseguido infructuosamente por más de 1 año y medio probablemente con el fin de obtener una pensión de invalidez, debiendo además, afrontar una situación de desempleo por su misma discapacidad que le impide desempeñarse laboralmente en condiciones normales, y paraliza cualquier ánimo contractual de los empleadores.*

*Visto así, no se trata en este caso de un debate en torno a la estricta idoneidad del medio judicial principal, pues la acción ordinaria en el asunto estudiado es idónea en orden a proteger los derechos alegados y puede asegurar los mismos efectos que se lograrían con la tutela. El punto que cobra importancia, y del que se deriva la procedibilidad definitiva de esta acción constitucional frente a otros medios de defensa, es precisamente que estos no son lo suficientemente expeditos frente a la situación particular del accionante, que sin contar con otros medios económicos y estando discapacitado, demanda una protección inmediata.”[[1]](#footnote-1)*

En el caso concreto, según la historia clínica aportada[[2]](#footnote-2) y el dictamen médico laboral expedido por la Nueva EPS[[3]](#footnote-3), el hijo del accionante fue diagnosticado con parálisis cerebral.

Por esa razón, la Sala considera que la tutela resulta procedente, ya que debido a su cuadro clínico, se requiere con urgencia adoptar las medidas necesarias para definir su situación médico laboral, al menos en cuanto se refiere a la calificación de su pérdida de capacidad de trabajo, lo que permitirá establecer si su padre tiene derecho al reconocimiento de la pensión especial por hijo en condición de discapacidad, y por tanto, resultaría desproporcionado someter a una persona que presenta tales especiales características a un proceso ordinario laboral, en el cual se deben agotar diferentes etapas lo que implica diferir ampliamente la resolución del caso, solamente para que se ordene a la entidad demandada calificar su pérdida de la capacidad laboral.

4. Es del caso analizar entonces si la entidad demandada desconoció derechos de que sea titular el demandante, al imponer la carga de actualizar su historia clínica para poder calificar el estado de invalidez de su hijo.

5. Las pruebas incorporadas al proceso, acreditan los siguientes hechos:

5.1 El pasado 22 de marzo de 2019 el accionante solicitó a Colpensiones calificar la pérdida de la capacidad laboral de su hijo[[4]](#footnote-4).

5.2 El 18 de junio siguiente la Directora de Medicina Laboral de esa entidad solicitó al actor allegar copia de la historia clínica completa y actualizada. Además, lo requirió para que aportara esos documentos dentro del mes siguiente al recibo de esa comunicación, para continuar con el estudio de su solicitud y que de no hacerlo, se daría cierre a la actuación por desistimiento tácito, de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1437 de 2011[[5]](#footnote-5).

5.3 Mediante comunicación del 19 de julio siguiente, la misma funcionaria indicó que como los soportes requeridos no habían sido incorporados dentro del término otorgado, se disponía el cierre de la actuación en los términos del artículo 17 de la Ley 1755 de 2015. Agregó que una vez se reúnan los mencionados documentos, el afiliado deberá iniciar un nuevo trámite de calificación[[6]](#footnote-6).

5.4 El 2 de agosto pasado, el actor presentó ante Colpensiones “la documentación solicitada para la calificación de mi hijo”[[7]](#footnote-7).

5.5 Por oficio del 25 de octubre último aquella funcionaria sugirió al peticionario, en atención a que en este caso se produjo el cierre de la actuación por desistimiento, iniciar nuevamente el trámite de calificación de la pérdida de la capacidad laboral[[8]](#footnote-8).

6. Para empezar a definir la cuestión es preciso hacer referencia al precedente jurisprudencial que sobre la cuestión aquí debatida se ha sentado. En sentencia T-854 de 2010, la Corte Constitucional expresó:

*“Por consiguiente, los dictámenes que emitan las Juntas de Calificación de Invalidez deberán contener los fundamentos de hecho que dieron origen a la calificación. Tales situaciones de hecho se soportan con la remisión que debe hacer tanto el interesado como las Empresas Prestadoras de Salud del material médico que sustente el diagnóstico del solicitante tales como la historia clínica, los exámenes, las valoraciones, tratamientos médicos y reportes.*

*Ahora bien, si la información suministrada por la EPS a la Junta de Calificación de Invalidez, le genera duda a los calificadores sobre el diagnóstico del aspirante ya sea porque la información es incompleta o insuficiente tiene entonces la EPS que realizar los exámenes, pruebas y valoraciones médicas que permitan a los calificadores tener un concepto claro de las patologías padecidas por el aspirante. (…)*

*De igual modo, el artículo 36 del decreto 2463 del 2001 establece que las Juntas de Calificación de Invalidez podrán ordenar la práctica de exámenes complementarios o la valoración por personal especializado, incluso distintos a los que figuren en la historia clínica, cuando a su juicio se requieran y para tal efecto lo requerirán de la entidad promotora de salud. En el proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral, tanto en la fase a cargo del médico laboral como frente a la Junta de Calificación de Invalidez, la normatividad vigente consagró un deber a cargo de las EPS como actor fundamental en el proceso de calificación de la invalidez de remitir la información de carácter médico completa e idónea para sustentar el hecho que motiva el reconocimiento o negación de la pensión de invalidez y si la información enviada no es suficiente y persiste en los calificadores inseguridad o duda debido a que no cuenten con los suficientes elementos de juicio sobre los daños o deterioros sufridos por el solicitante, tales entidades en su deber asistencial deberán practicarle a sus afiliados todos los procedimientos médicos solicitados tales como exámenes, pruebas, valoraciones, revisiones especializadas etc. con el fin de determinar con claridad la incidencia de tal diagnóstico en la pérdida de la capacidad laboral.”*

Y más recientemente esa misma Corporación señaló:

*“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.”…[[9]](#footnote-9)*

En el caso concreto está acreditado que la entidad demandada requirió al actor para que allegara la historia clínica actualizada de su hijo y que al no haberse procedido a ello en el término que le concedió, resolvió ordenar el cierre de la actuación por desistimiento.

Para la Sala el proceder de esa entidad desconoce el precedente jurisprudencial y atenta contra los derechos del accionante, porque si consideraba que la información médica brindada al inicio de la actuación administrativa resultaba insuficiente para calificar la pérdida de la capacidad laboral, ha debido requerir a la entidad que la suministró, conforme a sus facultades, para que la complementara. Es decir que la administradora de pensiones no podía exigir al afiliado aportar esos datos en un plazo determinado, ni mucho menos dar por terminada la actuación por la falta de incorporación de esos soportes, como quiera que ello constituye un obstáculo injustificado para el reconocimiento de la pensión especial de vejez y como tal, aplaza indefinidamente ese trámite debido al breve término concedido para reunir todos los documentos que se requieren, que difícilmente se pueden recolectar en el transcurso del plazo de treinta días otorgado, según lo informó el recurrente al manifestar que la mencionada historia clínica es muy amplia, al estar compuesta por diferentes conceptos de la EPS, hospitales y especialistas y por ello, sumado al hecho de que debía digitalizarla, no la pudo entregar oportunamente.

Así las cosas, Colpensiones vulneró el derecho a la seguridad social del actor.

7. Con fundamento en los argumentos expuestos, se revocará el fallo impugnado. En su lugar se concederá el amparo reclamado y para proteger el derecho que resultó lesionado, se ordenará a la Directora de Medicina Laboral de Colpensiones que dentro de un lapso de veinte días, contados a partir de la notificación de esta providencia, de requerirse información adicional a la suministrada por el actor, adelante las gestiones necesarias ante la empresa promotora de salud a la que se encuentra afiliado, para obtener los datos clínicos necesarios con el fin de obtener la calificación sobre la pérdida de la capacidad laboral de su hijo y, en todo caso, emitir el correspondiente dictamen, en un lapso de un mes.

Teniendo en cuenta que la competente para cumplir el fallo de tutela es la Directora de Medicina Laboral de Colpensiones, ya que de conformidad con el numeral 4.3.2.2 del artículo 4º del Acuerdo 131 de 2018, expedido por la Junta Directiva de esa entidad, a ella le corresponde la función *“Adelantar las actividades necesarias para la calificación en primera oportunidad de la pérdida de la capacidad laboral, de acuerdo con la normatividad vigente*”, la Sala declarará improcedente el amparo frente a los Directores de Acciones Constitucionales y de Procesos Judiciales de Colpensiones.

8. Con la acción propuesta también pretende el demandante se dé trámite a su solicitud de reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo inválido; sin embargo, esa petición resulta improcedente por prematura, como quiera que para tales efectos es necesario que previamente se determine el estado de invalidez del señor Víctor Alfonso Insuasty Torres, etapa que, como se vio, aún no se ha agotado. Teniendo en cuenta que el juzgado de primera instancia se abstuvo de emitir algún pronunciamiento sobre esa súplica, se adicionará el fallo de primera instancia para declararla improcedente.

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

**R E S U E L V E**

**PRIMERO:** **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Pereira, el 29 de abril pasado, dentro de la acción de tutela promovida por el señor Alfonso María Insuasty contra Colpensiones.

**SEGUNDO:** Se ordenaa la Directora de Medicina Laboral de Colpensiones que dentro de un lapso de veinte días, contados a partir de la notificación de esta providencia, de requerirse información adicional a la suministrada por el actor, adelante las gestiones necesarias ante la empresa promotora de salud a la que se encuentra afiliado, para obtener los datos clínicos necesarios con el fin de obtener la calificación sobre la pérdida de la capacidad laboral de su hijo y, en todo caso, emitir el correspondiente dictamen, en un lapso de un mes.

**TERCERO:** Se declara improcedente el amparo frente a los Directores de Acciones Constitucionales y de Procesos Judiciales de Colpensiones.

**CUARTO:** Se declara improcedente la acción de tutela en relación con la súplica dirigida a obtener se dé trámite a la solicitud de pensión especial de vejez por hijo inválido.

**QUINTO:** Notifíquese esta decisión a las partes conforme lo previene el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**SEXTO:** Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión conforme lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,

 **CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

 **DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Con salvamento de voto

 **EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

1. Sentencia T-646 de 2013, MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver archivo denominado “historia clínica Beneficiario” [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver archivo denominado “Dictamen Beneficiario” [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 3 del archivo denominado “anexos 1” [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver archivo denominado “Oficio 18 de junio de 2019” [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver archivo denominado “Oficio 19 de julio de 2019” [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 4 del archivo denominado “anexos 1” [↑](#footnote-ref-7)
8. Ver archivo denominado “Oficio 25 de octubre de 2019” [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia T-399 de 2015, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado [↑](#footnote-ref-9)