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.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante : Asdrúbal Hernández Aguirre

Accionado : Colpensiones

Litisconsorte : Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones

Radicación : 66001-31-10-002-2020-00073-01

Despacho de origen : Juzgado Segundo de Familia de Pereira

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 150 de 24-04-2020

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / CALIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA / INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA / ES COMPATIBLE CON LA PENSIÓN DE INVALIDEZ / POR LO TANTO, PROCEDE LA CALIFICACIÓN.**

En casos análogos la Corte explicó que la tutela procede para proteger los derechos de personas en situación de discapacidad con ocasión del trámite de calificación de la PCL porque, en su parecer, la vía ordinaria laboral (Artículo 2º, CPTSS) no es suficientemente eficaz y expedita; además, ha decantado que la negativa en la práctica de la valoración de la PCL y la imposición de barreras injustificadas para llevarla a cabo, a pesar de que la entidad está obligada a realizarla, son circunstancias que pueden ser violatorias de los derechos fundamentales…

Como el aquí accionante merece especial protección constitucional por padecer actualmente varias enfermedades… impeditivas de su labor como agricultor, además no recibe el pago de incapacidades porque está afiliado al sistema de salud en el régimen subsidiado…. Concluye así esta Corporación que el proceso judicial en materia laboral es ineficaz para proteger sus derechos. (…)

Revisado el acontecer fáctico, la solicitud de calificación de la PCL fue resuelta desfavorablemente por Colpensiones porque la pensión de invalidez es incompatible con el reconocimiento y pago previo de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez…

… en cuanto a la incompatibilidad puesta de presente el artículo 6º del Decreto 1730 de 2001, establece: “(…) las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez (…)”; es diáfano que, en principio le asiste razón a la autoridad accionada para negar la calificación puesto que sería inviable que solicitará un eventual reconocimiento de la pensión de invalidez.

Sin embargo, hay que decir que la CC en jurisprudencia añeja y vigente resolvió un asunto semejante, y concluyó que la incompatibilidad entre la indemnización previamente reconocida y una probable pensión de invalidez, no puede constituirse en una barrera para acceder a un beneficio mayor…

  
REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL –FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

*Pereira, R., veinticuatro (24) de abril de dos mil veinte (2020).*

1. **El asunto a decidir**

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Refirió la parte interesada haber solicitado a la accionada calificar su pérdida de capacidad laboral (en adelante PCL), pero se negó a hacerla porque ya le había reconocido y pagado la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; asimismo, dijo que su estado de salud le impide *“(…) realizar las funciones que antes desempeñaba con normalidad (…)”* (Folios 3-11, expediente digitalizado).

1. **Los derechos invocados y su protección**

Los de petición, igualdad, debido proceso, seguridad social y protección a las personas disminuidas físicamente (Folio 5-6, expediente digitalizado). Pidió (i) Expedir la calificación de PCL según los artículos 142 del Decreto 019 de 2012 y 41 del Decreto 1352 de 2013; y, de ser necesario, (ii) Gestionar y asumir el costo de los exámenes que se requieran para realizar el dictamen (Folios 5-6, expediente digitalizado).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

Con providencia del 20-02-2020 se admitió y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folio 35, ibídem). Fueron notificados los extremos de la acción (Folios 36-38, ibídem). El 04-03-2020 se profirió la sentencia (Folios 51-62, ibídem). Y, con auto del 17-03-2020 se concedió la impugnación formulada por la parte actora (Folio 73, ib.). Ya en esta instancia el 16-04-2020 se decretó prueba de oficio (Folio 89, ib.). El actor atendió el requerimiento (Folios 90-127, ib.)

El fallo negó el amparo porque la encausada respondió debidamente la petición de calificación, pues, según el artículo 6º del Decreto 1730 de 2001, *“(…) las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez (…)”* (Folios 51-62, ib.).

El interesado alegó que incompatibilidad reseñada es una contingencia ajena a la calificación pedida; además, se obvió considerar que es una persona de especial protección constitucional por su edad y estado de salud, y que solicitó que se calificara nuevamente su PCL con ocasión de las sobrevinientes patologías que padece (Folios 68-70, ib.).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
   1. *La competencia funcional*: Esta Sala especializada está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente (Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991).
   2. *El problema jurídico a resolver*: ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Segundo de Familia de Pereira, según la impugnación?
   3. ***Los presupuestos de procedencia***
      1. *La legitimación en la causa*. El accionante está legitimado por activa porque solicitó calificar su PCL (Folios 14-21, ib.). En el extremo pasivo, la Dirección de la Historia Laboral de Colpensiones por haber respondido (Folio 22, ib.); además, es la encargada de *“(…) Adelantar las actividades necesarias para la calificación en primera oportunidad de la pérdida de la capacidad laboral (…)”* (Artículo 4.3.2.2. del Acuerdo 0131 de 2018).
      2. *La inmediatez*. El artículo 86 de la CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; empero, dispone que este mecanismo *“(…) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.*

En ese entendido, nuestra CC 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.

La inmediatez se advierte satisfecha porque la acción se formuló (19-02-2020) (Folio 2, ib.) doce (12) días después de expedida la respuesta rebatida (07-02-2020) (Folio 22, ib.); es decir, se propuso dentro de los seis (6) meses siguientes a los hechos violatorios, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[1]](#footnote-1).

No sobra reseñar que la doctrina constitucional enseña que: *“(…) en los casos en que se discuten derechos pensionales, (…) la inmediatez no puede ser entendida como un requisito de procedibilidad severo, ya que la vulneración de ese derecho subsiste en el tiempo por ser un derecho irrenunciable que no prescribe, por lo que es irrelevante el tiempo transcurrido entre la actuación que vulnera el derecho y el momento en el que se interpone la acción”*[[2]](#footnote-2).

* + 1. *La subsidiariedad*. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial[[3]](#footnote-3). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio judicial ordinario: (i) La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar esos derechos.

El análisis de este requisito[[4]](#footnote-4): *“(…) debe hacerse de manera flexible cuando se trata de personas en situación de discapacidad o de la tercera edad. (…) la exigencia de agotar los mecanismos de defensa judicial está supeditado a que estos sean eficaces y suficientemente expeditos. De no serlo, el juez de tutela puede ordenar la protección de manera directa y definitiva o emitir órdenes transitorias para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (…)”.* Tesis reiterada por esa Corporación[[5]](#footnote-5).

En casos análogos la Corte explicó que la tutela procede para proteger los derechos de personas en situación de discapacidad con ocasión del trámite de calificación de la PCL porque, en su parecer, la vía ordinaria laboral (Artículo 2º, CPTSS) no es suficientemente eficaz y expedita[[6]](#footnote-6); además, ha decantado que la negativa en la práctica de la valoración de la PCL y la imposición de barreras injustificadas para llevarla a cabo, a pesar de que la entidad está obligada a realizarla, son circunstancias que pueden ser violatorias de los derechos fundamentales, máxime que se trata de un procedimiento previo y necesario para solicitar el reconocimiento de la prestación económica asistencial de invalidez.

el aquí accionante merece especial protección constitucional por padecer actualmente varias enfermedades (Diabetes millitus, hipertensión esencial primaria, defectos de campo visual, hipoacusia no especificada, hipotiroidismo no especificado, y presenta un *“alto riesgo cardiovascular, según escalas framinghan adaptado para Colombia 30% alto por factores de riesgo”*) (Folios 24-33 y 90-125, ib.) impeditivas de su labor como agricultor, además no recibe el pago de incapacidades porque está afiliado al sistema de salud en el régimen subsidiado (Folios 126-127, ib.). Concluye así esta Corporación que el proceso judicial en materia laboral es ineficaz para proteger sus derechos.

Someterlo al trámite judicial implicaría dilatar aún más su resultado; por lo tanto, se advierte cumplido el presupuesto de la subsidiariedad y el asunto puede analizarse de fondo. Criterio acogido recientemente por esta Corporación[[7]](#footnote-7).

1. **El caso concreto analizado**

Acorde con los fundamentos jurisprudenciales que a continuación se citarán, las normas aplicables y lo probado en el asunto, habrá de revocarse la sentencia de primer grado debido a que, para esta Colegiatura, es innegable la conculcación de los derechos invocados, en especial, el de la seguridad social.

Revisado el acontecer fáctico, la solicitud de calificación de la PCL fue resuelta desfavorablemente por Colpensiones porque la pensión de invalidez es incompatible con el reconocimiento y pago previo de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (Artículo 6º, Decreto 1730 de 2001) (Resolución SUB 41672 del 24-04-2017) (Folios 22 y 44-47, ib.).

Ahora, para determinar la PCL y calificar el grado de invalidez, que es el tema que ocupa la atención de esta Sala, el Decreto Ley 019 de 2012, en su artículo 142, que modificó el 41 de la Ley 100, consagra: *"(...) Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias"*.

De otro lado, respecto a la indemnización sustitutiva, el artículo 37 de la misma ley señala: *“(…) Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”.*

Y, en cuanto a la incompatibilidad puesta de presente el artículo 6º del Decreto 1730 de 2001, establece: *“(…) las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez (…)”*; es diáfano que, en principio le asiste razón a la autoridad accionada para negar la calificación puesto que sería inviable que solicitará un eventual reconocimiento de la pensión de invalidez.

Sin embargo, hay que decir que la CC en jurisprudencia añeja y vigente[[8]](#footnote-8) resolvió un asunto semejante, y concluyó que la incompatibilidad entre la indemnización previamente reconocida y una probable pensión de invalidez, no puede constituirse en una barrera para acceder a un beneficio mayor; en efecto, explicó:

… haber entregado a una persona ‘la indemnización sustitutiva no impide que pueda examinarse nuevamente la posibilidad de reconocerle la pensión de invalidez. La jurisprudencia constitucional ha interpretado que la incompatibilidad de esas prestaciones no significa que a una persona que ya se le reconoció el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, no pueda volvérsele a examinar el derecho a una pensión, que cubra de manera más amplia las contingencias de la discapacidad. En consecuencia, la incompatibilidad de los beneficios pensionales no es una barrera para evaluar nuevamente los casos, ni efectuar un reconocimiento pensional, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente, cuando una de ellas se otorgó con apego a las normas legales y a la Constitución.

En conclusión, la jurisprudencia protege a quienes habiendo cumplido la edad para obtener una pensión no cotizaron el mínimo de semanas exigidas y declararon su imposibilidad de continuar haciéndolo, otorgándoles la opción de acceder a una indemnización, lo que no significa que, en caso de establecer que puede ser acreedor de una prestación mejor, como lo es la pensión propiamente, no pueda acceder a la misma, caso en el cual se descontará de las mesadas correspondientes el valor cancelado con anterioridad por dicho concepto… (Resaltado y versalitas a propósito)

Así las cosas, el pago de la indemnización sustitutiva no es óbice para que Colpensiones valore nuevamente el caso en consideración a que el derecho a la seguridad social es irrenunciable e imprescriptible en tratándose de derechos pensionales adquiridos; además, si se reconociera la pensión por invalidez, no se vería afectada la financiación del sistema, puesto que cuenta con los mecanismos idóneos para restituir el pago de la indemnización.

En armonía con lo expuesto, luce evidente que la Dirección de Medicina laboral de Colpensiones vulneró los derechos al debido proceso administrativo y a la seguridad social porque negó el trámite de calificación de la PCL con base en un supuesto que contrasta con la jurisprudencia reseñada cuando advierte que el pago de la indemnización sustitutiva impide su práctica. Claramente se anticipa a su resultado y, de paso, veda al actor la eventual posibilidad de gestionar el beneficio pensional por invalidez. Criterio también reiterado por esta Sala[[9]](#footnote-9)-[[10]](#footnote-10).

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil - Familia**, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**F a l l a,**

1. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Pereira, para en su lugar, PROTEGER el derecho a la seguridad social del señor Asdrúbal Hernández Aguirre contra la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones.

1. ORDENAR, en consecuencia, a la doctora Ana María Ruiz M., en calidad de Directora de Medicina Laboral de Colpensiones, que en el término de dos (1) mes, contado a partir de la notificación de esta providencia: (i) Solicite a la EPS que está afiliado el actor la historia clínica actualizada; (ii) Gestione ante esa entidad la autorización y práctica de los exámenes y diagnósticos médicos pertinentes; (iii) Fije cita y practique la valoración médica laboral; y, (iv) Expida el respetivo dictamen de calificación de PCL.
2. ADVERTIR expresamente a la doctora Ruiz M., que el incumplimiento de dichas órdenes se sanciona con arresto y multa, previo trámite incidental ante el *a quo*.
3. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión

Notifíquese

DUBERNEY GRISALES HERRERA

M A G I S T R A D O

EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CC. SU-037 de 2019 y [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-217 de 2013, T-021 de 2016 y SU-037 de 2019. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-015 de 2016, T-162 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC.T-070 de 2017. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-136 de 2019 y T-027 de 2019, entre otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-038 de 2011 y T-427 de 2018. [↑](#footnote-ref-6)
7. TSP, Sala Civil - Familia. Sentencias del (i) 06-02-2020; MP: Saraza N., exp. 2019-00110-01, (ii) 13-02-2020, MP: Saraza N., exp. 2019-00368-01; (iii) 24-02-2020, MP: Grisales H., exp. 2020-00002-01; (iv) 28-02-2020, MP: Grisales H.; exp. 2020-00016-01; y, (v) 14-04-2020, MP: Grisales H., No. 2020-00017-01. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-728 de 2017, T-703 de 2017, T-656 de 2016, T-065 de 2016, T-861 de 2014, T-228 de 2014, T-937 de 2013 y T-145 de 2008. [↑](#footnote-ref-8)
9. TSP, Sala Civil - Familia. Sentencias del (i) 30-05-2019, MP: Saraza N., No.2019-00148-01; (ii) 31-05-2019, MP: Saraza N., No.2019-00096-01; y, (iii) 19-07-2019, MP: Saraza N., No.2019-00158-01. [↑](#footnote-ref-9)
10. TSP, Sala Penal para Adolescentes. Sentencia del 30-07-2019, MP: Grisales H., No.2019-00053-01. [↑](#footnote-ref-10)