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 : Ómar de Jesús Zapata Bayer

Representante legal : Blanca Nubia Bayer Rivera

Accionado : Colpensiones

Litisconsortes : Dirección de Atención y servicio y otra

Vinculados : Clínica Megacentro Pinares y otros

Radicación : 66001-31-21-001-2021-10029-01

Procedencia : Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en

: Restitución de Tierras de Pereira

Mg. Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 257 de 04-06-2021

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / CALIFICACIÓN PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL / PROCEDENCIA DE LA TUTELA / TRÁMITE QUE DEBE SEGUIRSE / NO CUMPLIRLO VULNERA EL DEBIDO PROCESO.**

El artículo 86, CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o un particular. Este requisito “(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”

Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2020) . Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: (i) La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

Importante precisar que el análisis de este requisito: “(…) debe hacerse de manera flexible cuando se trata de personas en situación de discapacidad o de la tercera edad. (…)

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 (…) Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES (…), determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias”. (…)

Existe todo un trámite procedimental definido, que sin duda revela la existencia de un debido proceso que se impone de manera inexorable a las autoridades competentes (Artículos 34 y ss, CPACA) para su acatamiento, esto es, que en cada acto administrativo se observen las garantías procesales y los principios constitucionales que rigen la función pública (Artículo 209, CP) …

… la calificación de la PCL es un derecho que el fondo pensional debe garantizar a sus afiliados, en la medida en que tiene relación directa con el acceso a otros de carácter fundamental, como el de la seguridad social o el mínimo vital…

******

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**ST2-0162-2021**

***Cuatro (4) de junio de dos mil veintiuno (2021).***

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**

Relató la curadora que el accionante dependía económicamente de su madre fallecida y, en su nombre, el 28-03-2019, 13-05-2019, 25-02-2020, 27-08-2020 y 13-04-2021, solicitó a Colpensiones calificar la pérdida de capacidad laboral (En adelante PCL) y aportó, en atención a sendos requerimientos de la autoridad, el examen de pruebas neuropsicológicas, la historia clínica actualizada y los registros civiles de defunción de su hermana y de nacimiento de su sobrino con fecha de expedición inferior a tres (3) meses, empero, rechazó la reclamación administrativa porque no arrimó los documentos en el término concedido; presentado uno le exigía actualizar los anteriores.

Además, afirmó que le es imposible presentar la historia clínica y los registros civiles actualizados porque carece de ingresos para pagar el servicio médico especializado y acudir a la Notaría del municipio de Belén de Umbría para obtener los demás documentos (Cuaderno No.1, documento No.01).

1. **Los derechos invocados y la petición de protección**

El debido proceso y la seguridad social. Pidió ordenar a la encausada culminar el trámite de su PCL (Cuaderno No.1, documento No.01).

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

La *a quo* con auto del 14-04-2021 admitió la acción (Cuaderno Nos.1, documento No.04); el 26-04-2021 profirió la sentencia (Cuaderno No.1, documento No.33); y, 30-04-2021 concedió la impugnación (Cuaderno No.1, documento No.49).

El fallo amparo el debido proceso y ordenó a la autoridad expedir el dictamen de la PCL con la documentación que tiene en su poder. El accionante, en la medida de sus capacidades, procuró atender todos los requerimientos y, pese a ello, la accionada se rehusó a resolver de fondo la reclamación administrativa (Cuaderno No.1, documento No.33).

La Dirección de Acciones Constitucionales de Colpensiones alegó falta de subsidiariedad porque la controversia se puede ventilar ante la jurisdicción ordinaria laboral; y, respecto a los hechos informó que es necesario que el actor complemente la solicitud con los documentos requeridos para poder agotar el trámite de la calificación; y, EPS es la competente para realizar y practicar los exámenes (Cuaderno No.42, documento 42).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
   1. La competencia funcional: La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
   2. El problema jurídico a resolver: ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Pereira, según la impugnación de Colpensiones?
   3. Los presupuestos generales de procedencia
      1. La legitimación en la causa. Por activa, el accionante porque presentó la petición de calificación (Cuaderno No.1, documento No.02). En el extremo pasivo, la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones por ser competente para *“(…) Adelantar las actividades necesarias para la calificación en primera oportunidad de la pérdida de la capacidad laboral, de acuerdo con la normatividad vigente (…)”* (Art.4.3.2.2. del Acuerdo 131 de 2018).

Distinto es respecto a **(i)** “Neuropsy” Clínica Megacentro Pinares, la **(ii)** ESE Hospital Santa Mónica de Dosquebradas, la **(iii)** ESE Salud Pereira, la **(iv)** ESE Hospital Mental de Risaralda, la **(v)** Gerencia de Defensa Judicial, la **(vi)** Dirección de Estandarización, y la **(vii)** Dirección de Atención y Servicio de Colpensiones, porque son incompetentes para resolver ese tipo de solicitudes (Acuerdo 131 de 2018). Se adicionará la decisión rebatida para declarar improcedente la acción en su contra.

* + 1. La inmediatez*.* El artículo 86, CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección **inmediata** de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o un particular. Este requisito *“(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”*, por lo tanto, *“(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)”* (2020)[[1]](#footnote-1).

Se satisface porque la acción se formuló (14-04-2021) (Cuaderno No.1, documento No.03) un (1) día después de comunicado el último requerimiento cuestionado (13-04-2021) (Cuaderno No.1, documento No.02, folio 15); es decir, dentro del plazo general, fijado por la doctrina constitucional (2020)[[2]](#footnote-2).

Sin embargo, es del caso reseñar la doctrina constitucional alusiva a 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”*[[3]](#footnote-3); entonces, *el derecho a la seguridad social es irrenunciable y no prescribe*.

* + 1. La subsidiariedad. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo **judicial** (2020)[[4]](#footnote-4). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: **(i)** La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y **(ii)** La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

Importante precisar que el análisis de este requisito[[5]](#footnote-5): ***“(…) 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 (…)”* (Negrilla extratextual)*.* Tesis reiterada por esa Corporación[[6]](#footnote-6).

Y, también, que en casos análogos al presente la Corte expuso que la acción de tutela es procedente en tratándose de derechos de personas en situación de *discapacidad* con ocasión del trámite de calificación de la PCL porque, en su parecer, la vía ordinaria laboral Art. 2º, CPTSS) no es suficientemente eficaz y expedita para proteger los derechos del afiliado afectado en su salud[[7]](#footnote-7).

Aquello porque 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.

Entonces, como quiera que la accionante padece de enfermedades que le causan incapacidad, le impiden laborar y le causan dependencia de terceros (F209 Esquizofrenia, no especificada; Trastornos psicóticos y del humor, *“(…) (esquizofrenia, trastorno esquizotípico de la personalidad) (…) depende de terceros para adaptarse a su entorno y asegurar su supervivencia (…)”*, según se desprende de su historia clínica (Cuaderno No.1, documento No.02, folios 1-4 y 21-26), concluye la Corporación que el proceso judicial ordinario laboral es ineficaz para proteger a tiempo sus derechos, pues, implicaría dilatar aún más el resultado de un trámite administrativo indispensable para establecer si puede acceder a una eventual pensión de sobreviviente. Criterio expuesto por la Sala Civil Familia de este Tribunal[[8]](#footnote-8).

* 1. El régimen legal de calificación de PCL y el debido proceso

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 (…) Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES- (…), determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias”*.

Además, en su inciso 5º señala: *“(…) Para los casos (…) en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación (…), las Administradora de Fondos de Pensiones postergarán* ***el trámite de calificación de Invalidez****hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal (…), evento en el cual, (…) otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador (…)”* (Resaltado a propósito).

Por su parte, el artículo 2.2.3.3.2. del Decreto 1333 de 2018, reglamentario del reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días, establece que: *“(…) En cualquier momento, cuando la EPS emita concepto desfavorable de rehabilitación,* ***se dará inicio al trámite de calificación de Invalidez de que trata el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012*** *(…)”* (Línea y negrilla extratextuales).

En torno al recaudo de las pruebas, el artículo 9º del Decreto Ley 019 de 2012, preceptúa: *“(…) Cuando se esté adelantando una actuación ante la administración y los documentos reposen en otra entidad pública, el solicitante pueda indicar la entidad en la cual reposan para que ella los requiera de manera directa, sin perjuicio que la persona los pueda aportar. Por lo tanto, no se podrán exigir para efectos de trámites y procedimientos el suministro de información que repose en los archivos de otra entidad pública”.*

Sobre los recursos procedentes dispone la parte final del inciso 2º del artículo 41 de la Ley 100: *“(…) En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales (…)”.*

Y, en lo que atañe a las etapas y plazos, corresponde a las autoridades diseñarlo, según el artículo 39, Decreto Ley 019 de 2012, pero aún no lo hacen; por lo tanto, la petición de calificación debe que ser resuelta a tono con las pautas generales del CPACA, tal como lo prescribe el canon 2º, inciso 3º, ibídem: *“Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código”* (sublínea de la Sala).

Como bien puede advertirse de dicha normativa se infieren: (i) Las entidades competentes; (ii) El momento a partir del cual deben iniciar el trámite de calificación; (iii) Una fase de recopilación probatoria; y, (iv) La procedencia de los recursos.

Existe todo un trámite procedimental definido, que sin duda revela la existencia de un *debido proceso* que se impone de manera inexorable a las autoridades competentes (Artículos 34 y ss, CPACA) para su acatamiento, esto es, que en cada acto administrativo se observen las garantías procesales y los principios constitucionales que rigen la función pública (Artículo 209, CP)[[9]](#footnote-9). Tal raciocinio se colige de la doctrina jurisprudencial de la Alta Colegiatura Constitucional (2015)[[10]](#footnote-10), según el siguiente pasaje:

… el interesado tiene los derechos propios de todo interviniente en una actuación administrativa, y, especialmente, el derecho a que se dé la oportunidad de controvertir la calificación o valoración médica relativa a la disminución de su capacidad laboral, tal y como se encuentra previsto en los artículos 11, 35 y 40 del Decreto 2463 de 2001. Lo anterior, constituye la materialización del derecho al debido proceso, el cual, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, debe ser respetado durante el trámite que se sigue por estas entidades …

* 1. La calificación y su relación con otros derechos fundamentales

Precisas las palabras de la CC[[11]](#footnote-11): *“(…) más allá del régimen normativo en que se soporte la reclamación de una pensión de invalidez, lo cierto es que cualquier solicitante, sin importar su origen y si cotiza en el régimen de prima media o en el de ahorro individual, requiere ser calificado mediante un dictamen de pérdida de capacidad laboral (…)”.* Y, a propósito de la calificación de la PCL, también explicó[[12]](#footnote-12):

… la Corte de forma sistemática ha sostenido que **la calificación de pérdida de capacidad laboral *es un derecho*** que tienen todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social, sin distinción alguna, pues es el medio para acceder a la garantía de otros derechos como la salud, el mínimo vital y la seguridad social, en tanto permite establecer si una persona tiene derecho a las prestaciones asistenciales o económicas que se consagran en el ordenamiento jurídico, por haber sufrido una enfermedad o accidente…

… Atendiendo a la importancia del derecho que tienen las personas dentro del Sistema de Seguridad Social de recibir una calificación de su pérdida de capacidad laboral y la incidencia de ésta para lograr la obtención de prestaciones económicas y asistenciales, de las cuales dependan los derechos fundamentales a la seguridad social o al mínimo vital, se considera que todo acto dirigido a dilatar o negar injustificadamente su realización, es contrario a la Constitución y al deber de protección de las garantías *iusfundamentales* en que ella se funda. Negrilla, líneas y versalita de la Sala.

Palmario es que la calificación de la PCL es un derecho que el fondo pensional debe garantizar a sus afiliados, en la medida en que tiene relación directa con el acceso a otros de carácter fundamental, como el de la seguridad social o el mínimo vital, precisamente, porque es necesario para que eventualmente puedan obtener el reconocimiento eventual de una pensión de invalidez o de sobrevivientes, según sea el caso. Entonces, la negación del trámite o la dilación injustificada comporta el agravio de dichos derechos.

1. EL CASO CONCRETO ANALIZADO

De acuerdo al libelo, la contestación, la impugnación y las pruebas, para está Magistratura es indiscutible que la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones trasgredió los derechos a la calificación de la PCL, a la seguridad social y al debido proceso del accionante, habida cuenta de que dilató indefinidamente la resolución del trámite administrativo.

Obsérvese que el interesado formuló sendos petitorios de calificación el 28-03-2019, 13-05-2019, 25-02-2020, 27-08-2020 y 13-04-2021 (Cuaderno No.1, documento No.02, folios 5-6, 7, 11, 12 y 15) y las únicas actuaciones de la accionada consistieron en requerimientos del 28-03-2019, 18-09-2019, 25-02-2020, 31-08-2020 y 13-04-2021 relacionados con el suministro de registros civiles, historia clínica actualizada y prueba neuropsicológica (Cuaderno No.1, documento No.02, folios 5-6, 9, 11, 13 y 14), *no obstante que se habían aportado* (Cuaderno No.1, documento No.02, folios 17-92).

Es un contrasentido que insista en el aporte dichos documentos, aun cuando en el expediente administrativo obran los certificados de registros civiles, el concepto de neuropsicología y la historia clínica; además, aun cuando la historia clínica no esté actualizada, bien puede solicitar a la EPS expedir una nueva, en aplicación del parágrafo del artículo 9º del Decreto Ley 019 de 2012.

Reconoce la judicatura que la calificación es una labor compleja que implica la participación de especialistas en medicina laboral que asignen el puntaje respectivo, conforme al manual único de calificación de invalidez (D.1507/2014); sin embargo, deviene irrazonable que pasados más de dos (2) dos años, discurridos entre la radicación de la primera petición (28-03-2019) y la presentación de la tutela (14-04-2021), la accionada, pese a recibir las pruebas, hayan sido incapaz de expedir el dictamen.

No cabe duda que ha dilatado de forma arbitraria e indefinida la calificación de la PCL en perjuicio de los derechos del actor (Persona de especial protección), obstruyendo, por demás, que pueda obtener el medio de prueba necesario para suplicar el eventual reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente en calidad de hijo en condición de discapacidad de la señora María Oralia Bayer de Zapata (QEPD).

En mérito de lo expuesto, 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. CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo proferido por el Juzgado 1º Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Pereira.
2. MODIFICAR el numeral segundo para ORDENAR a la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones que, **(i)** dentro de los diez (10) días, posteriores a la notificación de esta decisión, requiera y obtenga de la EPS del actor su historia clínica actualiza; y, **(ii)** dentro del mes siguiente, contado a partir de la fecha en que obtenga la prueba, realice la valoración médica respectiva y expida el dictamen de calificación de la PCL.
3. ADICIONAR un numeral para DECLARAR improcedente el amparo contra **(i)** “Neuropsy” Clínica Megacentro Pinares, la **(ii)** ESE Hospital Santa Mónica de Dosquebradas, la **(iii)** ESE Salud Pereira, la **(iv)** ESE Hospital Mental de Risaralda, la **(v)** Gerencia de Defensa Judicial, la **(vi)** Dirección de Estandarización, y la **(vii)** Dirección de Atención y Servicio de Colpensiones, por carecer de legitimación.
4. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

N o t i f í q u e s e

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

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

1. CC. T-075 de 2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. Ob. cit. También la SU-037 de 2019 y la SU-499 de 2016. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-217 de 2013, T-021 de 2016 y SU-037 de 2019. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC.  [T-053 de 2020](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-053-20.htm), T-422 de 2019, T-359 de 2019, C-132 de 2018, T-015 de 2016, T-162 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC.T-070 de 2017. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-136 de 2019 y T-027 de 2019, entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-038 de 2011 y T-427 de 2018. [↑](#footnote-ref-7)
8. 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-8)
9. CC. SU-077 de 2018. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-350 de 2015. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-427 de 2018. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-12)