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 : Antonio José Correa Correa

Accionados : Colpensiones

Litisconsortes : Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones

Tercero : Dirección de Acciones Constitucionales y otra

Procedencia : Juzgado 2º Penal del Circuito para Adolescentes con función de conocimiento

Radicación : 66001-31-18-002-2021-00068-01

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 464 del 30-09-2021

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / CALIFICACIÓN PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL / GARANTIZA ACCEDER A OTROS DERECHOS / PROCEDENCIA DE LA TUTELA / SUBSIDIARIEDAD RELATIVA / DEMORA EN LA RESOLUCIÓN DE LA SOLICITUD / RECAUDO DOCUMENTAL OFICIOSO.**

Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2021) . 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. (…)

Respecto a la tutela de derechos de personas en situación de discapacidad con ocasión del trámite de calificación de la PCL, ha dicho la Corte Constitucional que es procedente porque, en su parecer, la vía ordinaria laboral (Art.2º, CPTSS) no es suficientemente eficaz y expedita cuando el afiliado está afectado en su salud.

… a propósito de la calificación de la PCL… explicó:

… 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…

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 ocho (8) meses, discurridos entre la radicación de la primera petición (22-12-2020) y la presentación de la tutela (23-08-2021), la accionada, pese a recibir algunas pruebas, haya sido incapaz de recaudar las faltantes y expedir el dictamen.



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**ST2-0321-2021**

***Treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).***

1. **El asunto por decidir**

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

1. **La síntesis fáctica**

Relató el actor que tiene 69 años, fue diagnosticado con *“(…) hiperplasia de próstata, difusión neuromuscular de la vejiga (…)”*, entre otras patologías, el 21-12-2020 solicitó a Colpensiones calificar su pérdida de capacidad laboral (En adelante PCL), el 25-07-2021 completó la historia clínica, en atención a requerimiento de la autoridad, y a la fecha de presentación de la tutela no le ha notificado la cita para calificación (Cuaderno No.1, pdf.01).

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

Seguridad social, debido proceso, mínimo vital, salud, integridad física y moral, y calificación de PCL. Solicitó ordenar a Colpensiones: Programar cita con medicina laboral, y expedir y notificar el dictamen de PCL (Cuaderno No.1, pdf.01).

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

El funcionario con auto del 23-08-2021 admitió la acción (Cuaderno No.1, pdf.03); el 25-08-2021 decretó pruebas (Ibidem, pdf.07); el 27-08-2021 dictó la sentencia (Ibidem, pdf.08); y, el 02-09-2021 concedió la impugnación (Ibidem, pdf.11).

El fallo amparó el debido proceso y ordenó a Colpensiones calificar la PCL porque ha demorado ocho (8) meses en resolver, y solo atinó a requerir que se presentaran documentos adicionales, pese a que podía recaudarlos de oficio (Ib., pdf.08).

La autoridad alegó: **(1)** Falta de subsidiariedad por ser controversia susceptible de zanjarse ante la jurisdicción ordinaria laboral y **(2)** Cosa juzgada porque previamente el interesado presentó tutela relativa a la obtención de la historia laboral. Respecto a los hechos informó que le brindó la oportunidad de actualizarla y, como aportó documentos ilegibles, el 10-08-2021 rechazó la petición de calificación (Ib., pdf.11). Ante esta sede presentó comunicación remitida al interesado en acato de la orden judicial (Cuaderno No.2, pdf.06 y 09).

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 2º Penal del Circuito para Adolescentes con función de conocimiento de Pereira, según la impugnación?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa: Por activa el accionante por formular la petición de calificación ante la autoridad y ser su afiliado (Cuaderno No.1, pdf.01, folios 14-62). En el extremo pasivo, la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones porque le compete *“(…) Adelantar las actividades necesarias para la calificación en primera oportunidad de la pérdida de la capacidad laboral, de acuerdo con la normatividad vigente (…)”* (Arts.4.3.2.2., Acuerdo 131/2018) y responder (Ibidem, pdf.05, folios 12-14).

Distinto es respecto a la **(1)** Dirección de Acciones Constitucionales de Colpensiones y la **(2)** EPSS Medimás SA porque *son incompetentes* para resolver peticiones sobre la calificación de PCL (Acuerdo 131/2018). Se modificará el fallo para declarar improcedente el amparo 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). Aquello porque: *“(…) el transcurso de un lapso importante entre la presunta violación de derechos fundamentales y la presentación de la acción de tutela «es indicativo de la menor gravedad de la vulneración alegada o de la poca importancia que tendría el perjuicio que ella causa (…)”* (2021)[[2]](#footnote-2).

Se satisface porque la acción se formuló (23-08-2021) (Ib., pdf.01) dos (2) meses después de comunicada la última respuesta al actor (30-06-2021) (Ib., pdf.05, folios 12-14), es decir, dentro del plazo general de los seis (6) meses, fijado por la doctrina constitucional[[3]](#footnote-3).

* + 1. La subsidiariedad: Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo **judicial** (2021)[[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 (…)”.* Tesis reiterada por esa Corporación[[6]](#footnote-6). Aquí el examen es diferenciado, tal como pasa a explicarse.

Respecto a la tutela de derechos de personas en situación de discapacidad con ocasión del trámite de calificación de la PCL, ha dicho la Corte Constitucional que es procedente porque, en su parecer, la vía ordinaria laboral (Art.2º, CPTSS) no es suficientemente eficaz y expedita cuando el afiliado está 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, a juicio de la Corporación, el proceso judicial ordinario laboral es ineficaz para proteger a tiempo sus derechos, pues, dilataría más el resultado de un trámite administrativo indispensable para establecer si el actor puede acceder a una eventual pensión de invalidez. Criterio expuesto por la Sala Civil Familia de este Tribunal[[8]](#footnote-8). Se supera el test de procedencia y puede examinarse de fondo el amparo en torno al trámite de calificación.

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

Precisas las palabras de la CC[[9]](#footnote-9): *“(…) 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[[10]](#footnote-10):

… 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 puedan obtener el reconocimiento eventual de una pensión de invalidez o de sobrevivientes, según sea el caso. La negación del trámite o la dilación injustificada comporta el agravio de dichos derechos.

1. **El caso concreto analizado**

El fallo se confirmará parcialmente. Es inexistente la configuración de la simultaneidad de acciones alegada; y, sin duda, la autoridad trasgredió los derechos a la calificación de la PCL, la seguridad social y el debido proceso del accionante, por dilatar indefinidamente la resolución del trámite administrativo y exigir documentos que podía recopilar de oficio.

* 1. La improcedencia por amparos iguales. Conforme al artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 la actuación es temeraria cuando *“sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales*”, y su comprobación da lugar al rechazo y a la decisión desfavorable de todas las solicitude*s.* Asimismo, el profesional del derecho que así proceda será sancionado*.*

En presencia de varias acciones de tutela sucesivas debe inicialmente estudiarse la cosa juzgada constitucional antes que la temeridad[[11]](#footnote-11). Y en ese sentido se advirtió*[[12]](#footnote-12)*:

… cuando la decisión de un juez constitucional llega a instancia de la Corte, ésta se convierte en definitiva. En caso de ser seleccionada para su revisión, se produce la cosa juzgada constitucional con la ejecutoria del fallo de la corporación, de lo contrario, la misma opera a partir de la ejecutoria del auto que decide la no selección. De esta manera, si se produce un nuevo pronunciamiento acerca del tema, este atentaría contra la seguridad jurídica, haciendo que cualquier demanda al respecto deba declararse improcedente… (Subrayas de la Sala).

Por lo tanto, existe la posibilidad de que se presenten las siguientes situaciones[[13]](#footnote-13): **(1)** Cosa juzgada y temeridad, cuando se presenta una tutela sobre un asunto ya decidido pero sin justificación para su presentación; **(2)** Cosa juzgada sin temeridad, cuando se interpone el amparo con expresa manifestación de que se hace por segunda vez y con la convicción de que no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada; y, **(3)** Temeridad sin cosa juzgada, cuando se presenta simultaneidad entre dos o más solicitudes de amparo que presentan la triple identidad (Objeto, causa y partes), sin que ninguna haya hecho tránsito a cosa juzgada

En síntesis, la concurrencia de la triple identidad es insuficiente para concluir que se trata de una actuación amañada o contraria al principio constitucional de buena fe, pero sí está afectada de improcedencia ya sea por la simultaneidad de amparos sin decisión definitiva o porque acaeció el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

Revisado el asunto, es claro que se incumple el presupuesto de la identidad. El actor formuló otra acción de tutela radicada al No.2021-00079 que, aun cuando coincide respecto a las partes intervinientes (Ib., pdf.07, folios 2-22), difiere en lo referente a los hechos, pretensiones y derechos invocados, pues atañía a la demora de la EPSS Medimás SA en programar y practicar valoraciones y exámenes médicos, mientras que en este asunto la queja se yergue frente la falta de calificación de la PCL por parte de Colpensiones.

Diferencia evidente y suficiente para concluir inexistente la simultaneidad aducida; por ende, se adicionará el fallo para así declararla.

* 1. La calificación de la PCL: El interesado presentó los documentos adicionales solicitados por Colpensiones (Ib., pdf.01, folios 14-55); sin embargo, con el oficio BZ2021\_8828721 del 03-08-2021, la Dirección de Medicina Laboral rechazó la petición porque la historia clínica era ilegible (Ib., pdf.05, folio 23); y, durante el trámite de este amparo, con los oficios 2021\_9891269 del 03-09-2021 y 06-09-2021, supuestamente, en acato del fallo de tutela, nuevamente requirió arrimar dicha documental (¿?) (Cuaderno No2, pdf.07 y 09), *sin parar mientes en que* *el actor había presentado el resultado de los exámenes y valoraciones que le exigió*.

Es un contrasentido que insista en su aporte; además, aun cuando la historia clínica fuera ilegible, bien podía solicitar a la EPS expedir una nueva, en aplicación del parágrafo del artículo 9º, DL.019/2012. Tesis que es precedente horizontal de este Tribunal[[14]](#footnote-14)**-**[[15]](#footnote-15).

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 ocho (8) meses, discurridos entre la radicación de la primera petición (22-12-2020) y la presentación de la tutela (23-08-2021), la accionada, pese a recibir algunas pruebas, haya sido incapaz de recaudar las faltantes y expedir el dictamen.

No cabe duda que ha demorado de forma arbitraria e indefinida la calificación, en perjuicio de los derechos del actor, obstruyendo, por demás, que pueda obtener el medio de prueba necesario para suplicar el eventual reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión No.4 de Asuntos Penales para Adolescentes, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 27-08-2021 por el Juzgado 2º Penal del Circuito para Adolescentes de Pereira.
2. MODIFICAR el numeral 2º para ORDENAR a la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones que, **(1)** dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, posteriores a la notificación de esta decisión, requiera y obtenga de la EPSS Medimás SA la historia clínica actualiza y legible del señor Antonio José Correa Correa; y, **(2)** dentro de los diez (10) días siguientes, contados 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. MODIFICAR el numeral 3º para DECLARAR improcedente el amparo contra la **(1)** Dirección de Acciones Constitucionales de Colpensiones y la **(2)** EPSS Medimás SA, por carecer de legitimación.
4. ADICIONAR un numeral para NEGAR la improcedencia por simultaneidad de amparos alegada por la parte accionada.
5. ENVIAR este expediente a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese,

**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. T-131 de 2021. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. SU-037 de 2019 y [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-034-2021, [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. T-427 de 2018. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-077 de 2019 y T-057 de 2016, entre otras. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-095 de 2015. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-560 de 2009, reiterada en las T-185 de 2013 y T-001 de 2016, entre otras. [↑](#footnote-ref-13)
14. TSP, Sala Civil – Familia. ST2-0290-2021, ST2-0217-2021, ST2-0162-2021, entre otras [↑](#footnote-ref-14)
15. TSP, Sala 5ª Penal para Adolescentes. Fallo del 27-08-2020, MP: Grisales H., No.2020-00042-01. [↑](#footnote-ref-15)