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 / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / SE SUPERA POR PERSONAS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN / INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA / ES COMPATIBLE CON LA CALIFICACIÓN Y CON EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.**

… la queja constitucional se planteó contra Colpensiones al negarse a dar trámite a la solicitud de calificación de pérdida de la capacidad laboral, formulada por la actora, debido al reconocimiento previo de la indemnización sustitutiva…

… considera esta instancia que resulta desproporcionado obligar a la accionante a acudir a un proceso ante la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social para reclamar simplemente su derecho a la práctica del dictamen de primera oportunidad a cargo del fondo de pensiones…

… la jurisprudencia constitucional ha reconocido (i) la importancia del derecho a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral como un medio para garantizar los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital… y que (ii) si bien existe un mecanismo de defensa ordinario a cargo de la jurisdicción laboral…, al cual podría acudirse para controvertir la negativa, demora o dilación en la práctica de la calificación, el mismo luce ineficaz al no ser lo suficientemente expedito frente a situaciones particulares de ciudadanos que, al…, estar discapacitados…, ser sujetos de especial protección por su extrema vulnerabilidad… demandan una protección inmediata.

… existe precedente constitucional sobre la posibilidad legal de que un afiliado pueda acceder a la pensión de invalidez, a pesar de haber sido beneficiado por la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. De manera que Colpensiones al sustraerse de su deber de calificar el grado de discapacidad de su afiliada, debido al reconocimiento de esa última prestación, lesionó los derechos al debido proceso y la seguridad social de que es titular la citada señora, al imponer un obstáculo injustificado para dar trámite al procedimiento médico legal.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA CIVIL – FAMILIA**

Magistrado Ponente: Carlos Mauricio García Barajas

Pereira, once (11) de julio de dos mil veintidós (2022)

Acta N°311 de 11-07-2022

Sentencia: ST2-0132-2022

**ASUNTO**

Procede la Sala a resolver sobre la impugnación formulada por la parte accionada contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, el 01 de junio pasado, dentro de la acción de tutela que promovió Adalgiza Montes Ospina en contra de Colpensiones, trámite al que fueron vinculados la Gerencia Nacional de Acciones Constitucionales, el Subdirector de Determinación de Prestaciones Económicas, la Directora de Medicina Laboral y el Subdirector de Atención y Servicio (A) de esa misma entidad.

**ANTECEDENTES**

**1.** Del escrito de tutela se advierte que la actora, de 73 años de edad, presenta diversos padecimientos de salud. El 6 de septiembre de 2021 solicitó el inicio del trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral ante Colpensiones, sin embargo, el 24 de septiembre siguiente le entregaron el oficio No. BZ2021-10256180-2387816, mediante el cual se le informó que no es procedente emitir dictamen por haber recibido la indemnización sustitutiva por vejez o invalidez, estando por fuera del sistema de seguridad social. Aclara que si bien se le reconoció esa prestación (Resolución GNR130909 del 6 de mayo de 2015), nunca recibió esa prestación pues no está interesada en la misma. Además, en el año 2018 se vinculó laboralmente como empleada doméstica, siendo afiliada al sistema general de seguridad social y realizando los aportes correspondientes.

Pretende se proteja su derecho a la seguridad social, y en consecuencia, se ordene a la demandada realizar el trámite correspondiente para la calificación de su pérdida de capacidad laboral[[1]](#footnote-2).

**2. Trámite:** Por auto del 19 de mayo de esta anualidad el juzgado de primera instancia admitió la acción constitucional.

La demandada se pronunció para manifestar que: (i) mediante oficio 2022\_6808939 de fecha 26 de mayo de los cursantes, del cual transcribe su contenido, se dio respuesta a la solicitud de manera clara, congruente y precisa, indicando a la accionante la imposibilidad de acceder a su petición, solicitando declarar la carencia actual de objeto por hecho superado.[[2]](#footnote-3)

**3. Sentencia impugnada:** En providencia del 01 de junio último, el juzgado de primera instancia concedió el amparo invocado y ordenó a la Directora de Medicina Laboral realizar los trámites interadministrativos ante la EPS a la que se encuentre afiliada la accionante, para que le sean practicados todos los exámenes requeridos para la emisión del dictamen solicitado.

Lo anterior tras considerar que “*Colpensiones ha vulnerado el derecho invocado por la accionante, pues desconoce el abundante precedente jurisprudencial sobre la materia, máxime que, como se dijo, se trata de una persona que merece especial atención, y es claro que en asuntos como el que nos ocupa prevalecen los derechos de la persona ante la norma en que pretende fundamentar la accionada su negativa de iniciar el proceso de PCL., procedimiento que a todas luces no es posible de realizar*”[[3]](#footnote-4).

**4. Impugnación:** Para impugnar el fallo, la parte demandada presentó escrito en el cual expuso que: (i) lo pretendido por la accionante desnaturaliza el carácter subsidiario de la acción de tutela, ya que se trata de un debate propio de la jurisdicción ordinaria laboral, sin que se haya probado vulneración a derechos fundamentales, ni la existencia de un perjuicio irremediable; (ii) que la solicitud calificación de pérdida de la capacidad laboral, se atendió de manera oportuna con la comunicación de 24 de septiembre de 2021 BZ2021\_10256180-2387816 en la que se indicó que: “No es procedente emitir el dictamen por haber recibido indemnización sustitutiva por vejez o invalidez, al quedar por fuera del Sistema General del Pensiones en concordancia con el artículo de 5 decreto 1730 de 2001”; y que iii) la indemnización sustitutiva es incompatible con la pensión de vejez y de invalidez, en los términos del artículo 6º del Decreto 1730 de 2001, y que el Decreto 758 de 1990, por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio, en su artículo 2º, establece las personas que están excluidas del seguro de invalidez, vejez y muerte, incluyendo a quienes hubieren recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o de invalidez por riesgo común[[4]](#footnote-5).

**CONSIDERACIONES**

**1.** El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable (art. 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991).

**2.** En el caso concreto la queja constitucional se planteó contra Colpensiones al negarse a dar trámite a la solicitud de calificación de pérdida de la capacidad laboral, formulada por la actora, debido al reconocimiento previo de la indemnización sustitutiva. Frente a esa situación, el juzgado accionado consideró que la demandada lesionó garantías fundamentales y que desconoció el precedente jurisprudencial sobre la materia.

La recurrente alegó que la tutela incumple el requisito de la subsidiariedad, e insiste en que aquella prestación pagada es incompatible con la pensión a la que pretende acceder la actora.

De conformidad con lo anterior, el problema jurídico consiste en determinar si resulta procedente la acción de amparo para dirimir la controversia planteada y, en caso positivo, si Colpensiones lesionó los derechos fundamentales de la demandante al abstenerse de continuar con aquel trámite médico legal.

**3.** La señora Adalgiza Montes Ospina está legitimada en la causa por activa, al ser la persona que promovió el citado procedimiento de calificación de invalidez como afiliada al sistema de seguridad social a través de Colpensiones. También está legitimada por pasiva aquella entidad, por intermedio de su Directora de Medicina Laboral (numeral 4.3.2.2 del artículo 4º del Acuerdo 131 del 2018 expedido por la Junta Directiva de Colpensiones), como autoridad competente de atender el caso.

Distinto ocurre con los demás funcionarios de la demandada que fueron vinculados, porque en realidad si existiere alguna lesión de derechos esas autoridades no son responsables de la misma.

**4.** En punto del análisis de los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela se advierte, de cara a la inmediatez, que la última petición elevada por la accionante a Colpensiones para activar el procedimiento de determinación de pérdida de capacidad laboral, donde además explicó que nunca había cobrado la indemnización sustitutiva y que luego de ese reconocimiento había vuelto a cotizar, se radicó por medios electrónicos el 9 de mayo de 2022 (página 16 archivo 002 p. i.), y se negó mediante oficio del 17 de mayo siguiente (página 17 Ib.), luego para la fecha en que se presentó la acción de tutela (19 de mayo de 2022, arch. 01 p. i.) transcurrieron dos días, lo que enseña que se acudió en forma perentoria a la solicitud de amparo.

Respecto a la subsidiariedad es menester precisar de entrada que la actora no controvierte el resultado de la pérdida de capacidad laboral (PCL), que aún no se le ha determinado, ni reclama se le reconozca una pensión de invalidez, sobre la cual apenas le asiste alguna expectativa. Lo que en realidad controvierte es una determinación de Colpensiones que impone una barrera de acceso a la calificación de la PCL, al negar dicha valoración sin razón válida que lo justifique.

En esas condiciones, considera esta instancia que resulta desproporcionado obligar a la accionante a acudir a un proceso ante la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social para reclamar simplemente su derecho a la práctica del dictamen de primera oportunidad a cargo del fondo de pensiones, como lo ha sostenido la jurisprudencia[[5]](#footnote-6), y luego, si es el caso, iniciar otro proceso ordinario contra dicha calificación, o para definir si le asiste derecho a ser beneficiaria de una pensión de invalidez, todo lo cual implicaría un retardo injustificado frente a una persona que precisamente solicita la calificación por considerar que su estado de salud le genera una condición de invalidez.

No sobra destacar que, en casos similares al presente, la jurisprudencia constitucional ha reconocido (i) la importancia del derecho a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral como un medio para garantizar los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital, toda vez que tal evaluación permite determinar si la persona tiene derecho al reconocimiento pensional que asegure su sustento económico, dado el deterioro de su estado de su salud y, por tanto, de su capacidad para realizar una actividad laboral que le permita acceder a un sustento (CC, sentencia T-038 de 2011); y que (ii) si bien existe un mecanismo de defensa ordinario a cargo de la jurisdicción laboral y de la seguridad social, según la regla de competencia definida por el artículo 2° del Estatuto Procesal del Trabajo, al cual podría acudirse para controvertir la negativa, demora o dilación en la práctica de la calificación, el mismo luce ineficaz al no ser lo suficientemente expedito frente a situaciones particulares de ciudadanos que, al no contar con otros medios económicos, estar discapacitados (sentencia T-646 de 2013), ser sujetos de especial protección por su extrema vulnerabilidad o ser víctimas del conflicto armado (sentencias T-067 de 2019 y T-343 de 2020), demandan una protección inmediata.

En suma, considera la Colegiatura que, en aplicación de los anteriores precedentes, y ante las condiciones particulares del caso concreto, la tutela resulta procedente, pues se hace necesario adoptar las medidas urgentes para que se defina la situación médico laboral de la actora, al menos en cuanto se refiere a la calificación de invalidez, lo que permitirá determinar si tiene derecho o no de acceder a la pensión respectiva. Es que no puede obviarse que la actora, además de tener 73 años (cédula visible a la página 8 del archivo 002 p. i.), según se observa en la historia clínica fue diagnosticada con trastorno mixto de ansiedad y depresión, osteoporosis, artrosis, fibromialgia y disminución de la agudeza visual, y que además carece de capacidad económica pues permanece afiliada al régimen subsidiado de salud a través de la EPS Salud Total[[6]](#footnote-7), y según se lee en las valoraciones por psicología, vive con una hija, su yerno y nieto ante la imposibilidad económica de hacerlo en forma independiente.

Lo anterior, además, sigue la línea de pensamiento que ha fijado esta Sala sobre la procedencia del amparo en casos análogos[[7]](#footnote-8).

**5.** Satisfechos tales presupuestos, la Colegiatura se encuentra avalada para definir el fondo del asunto. Con ese norte, la revisión de las pruebas arrimadas permite tener por acreditados los siguientes hechos:

**5.1.** El 06 de septiembre de 2021 la actora solicitó a Colpensiones surtir el trámite de calificación de su pérdida de capacidad laborall[[8]](#footnote-9).

**5.2.** Por oficio del 24 de ese mismo mes, la Directora de Medicina Laboral de Colpensiones le comunicó a la actora que: “No es procedente emitir el dictamen por haber recibido indemnización sustitutiva por vejez o invalidez, al quedar por fuera del Sistema General del Pensiones en concordancia con el artículo de 5 decreto 1730 de 2001”[[9]](#footnote-10).

**5.3.** Con fecha 17 de mayo del año en curso, la Dirección de Administración de Solicitudes y PQR de Colpensiones, en respuesta a la solicitud elevada por la accionante con radicado 2022\_5927043 del 9 de mayo de 2022, en la que pide el retiro del programa BEPS por cuanto no ha recibido indemnización sustitutiva y asignación de cita para valoración de la pérdida de capacidad laboral, le indicó que ella no es procedente por habérsele reconocido una indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

**5.4.** La Vicepresidencia del Programa de Beneficios Económicos Periódicos - BEPS de Colpensiones, en comunicado 2022\_6808939 del 26 de mayo del presente año, le indicó a la accionante, en lo que acá interesa, que el trámite de Destinación de Anualidad Vitalicia BEPS fue adelantado conforme a la normatividad vigente y en forma voluntaria, que los recursos provenientes de la indemnización sustitutiva fueron trasladados a esa cuenta, y que “*(…) De acuerdo con la información reportada por la Aseguradora Positiva S.A, su caso se encontraba suspendido por el no cobro de sus BEPS y Colpensiones realizó las acciones pertinentes para que en el mes de mayo de 2022 fueran girados a su cuenta de ahorros $1.850.342 correspondientes a los Beneficios Económicos Periódicos pendientes de cobro. (…)[[10]](#footnote-11)”*

 **6.** A la primera conclusión que se arriba del análisis de ese acervo probatorio, es que en este caso Colpensiones se negó a tramitar el tantas veces mencionado procedimiento médico legal, por el hecho de que a la demandante se reconoció la indemnización sustitutiva, circunstancia que a su juicio la margina de cualquier otro reconocimiento pensional.

**7.** De entrada advierte la Sala que, no comparte ese argumento y, al contrario, encuentra sustento jurídico y fáctico para respaldar la postura del juzgado de primera instancia.

En efecto, en múltiples pronunciamientos la Corte Constitucional ha considerado que la circunstancia de recibir el afiliado la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez no le impide acceder a la de invalidez y por lo mismo es posible que luego de la fecha en que se concede aquella, pueda seguir cotizando para ese riesgo de invalidez, criterio que ha acogido de igual forma la Corte Suprema de Justicia8 y este Tribunal9. Así se refirió el órgano de cierre constitucional en reciente oportunidad (Sentencia T-036 de 2021):

*“54. A manera de conclusión, puede señalarse entonces que (i) las normas que rigen el actual Sistema General de Seguridad Social en Pensiones no prevén que el pago de una indemnización sustitutiva de vejez sea motivo suficiente para excluir a una persona del propio sistema, (ii) esta prestación subsidiaria y la pensión de invalidez cubren riesgos sustancialmente distintos y son financiadas de forma diversa, de manera que la entrega de la primera no debe impedir el reconocimiento de la segunda, y (iii) esta interpretación es la que mejor se acompasa con los principios que gobiernan el derecho de la seguridad social, toda vez que si una persona cuenta con capacidad de pago y puede aportar al sistema (ya no por el riesgo de vejez, pero sí para los de invalidez, muerte o laborales) debe hacerlo. (…)*

*57. Esta Sala no comparte el argumento sostenido por Colpensiones. Primero, porque con él pretende revivir un enunciado normativo derogado, que en la actualidad y desde la sanción de la Ley 100 de 1993, no ha sido reproducido por el legislador [Se refiere al artículo 2 del Acuerdo 049 de 1990 –literal d–, (norma derogada con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993), según la cual, quien perciba una indemnización, como la recibida por el tutelante, debe ser “(…) retirado del sistema general de seguridad social en pensiones”.]. Segundo, porque desconoce las sentencias que, en la jurisdicción ordinaria y constitucional, se han proferido al evaluar casos que guardan identidad fáctica y jurídica con el presente. Providencias que han resaltado, a modo de ratio decidendi, que el pago previo de una indemnización sustitutiva de vejez no puede servir de excusa para el no reconocimiento de una pensión de invalidez…”*

**8.** En suma, existe precedente constitucional sobre la posibilidad legal de que un afiliado pueda acceder a la pensión de invalidez, a pesar de haber sido beneficiado por la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. De manera que Colpensiones al sustraerse de su deber de calificar el grado de discapacidad de su afiliada, debido al reconocimiento de esa última prestación, lesionó los derechos al debido proceso y la seguridad social de que es titular la citada señora, al imponer un obstáculo injustificado para dar trámite al procedimiento médico legal.

Por todo lo anterior, se confirmará la decisión impugnada.

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,

**RESUELVE**

**PRIMERO: Confirma** la sentencia de fecha y procedencia anotadas.

**SEGUNDO:** Notificar a las partes lo aquí resuelto en la forma más expedita y eficaz posible.

Comuníquese de igual forma al Juzgado de primera instancia.

**TERCERO:** Enviar oportunamente, el presente expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

**EDDER JIMMY SANCHEZ CALAMBAS**

1. Documento 02 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-2)
2. Documento 05 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-3)
3. Documento 12 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-4)
4. Documento 14 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-5)
5. Ver, entre otras sentencia: TSP ST2-0396-2021 del 16 de noviembre de 2021, M.P. Duberney Grisales Herrera, radicado: 66001-31-03-001-2021-00217-01 y sentencia T-427 del 2018 de la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-6)
6. Consulta: https://ruaf.sispro.gov.co/AfiliacionPersona.aspx [↑](#footnote-ref-7)
7. Sentencias de tutela del 16 de diciembre de 2019, expediente No. 66001-31-03-003-2019-00470-01; ST2-00097-2021 del 13 de abril de 2021 expediente No. 66001-31-10-003-2021-00031-01; sentencia TSP. AT2-0306 del 10 de septiembre de 2021, expediente: 66001310300320210014801; Sentencia TSP. ST2-0328-2021 del 04 de octubre de 2021, expediente: 66001311000320210028701. Sentencia: TSP. ST2-0343-2021 del 19 de octubre de 2021, expediente: 666001310300120210019801 [↑](#footnote-ref-8)
8. Página 9 del archivo 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-9)
9. Página 10 *ibídem* [↑](#footnote-ref-10)
10. Archivo 06 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-11)