**SEGURIDAD SOCIAL / SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

Una de las características de este mecanismo de protección excepcional, es la de constituir un instrumento jurídico de naturaleza subsidiaria y residual, que sólo se abre paso cuando el afectado carece de otros medios de defensa, o cuando, existiendo, se la utiliza como mecanismo transitorio de aplicación inmediata, para evitar un perjuicio irremediable. La acción de tutela es pues subsidiaria, no alternativa o supletoria de los recursos ordinarios…

**SEGURIDAD SOCIAL / CARÁCTER FUNDAMENTAL DEL DERECHO / DEFINICIÓN**

Elevado a la categoría de fundamental por la vía jurisprudencial constitucional, el derecho a la seguridad social ha sido definido por la Constitución como un “servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado”, irrenunciable y el cual debe garantizarse a todos los habitantes del territorio nacional. En palabras de la Corte Constitucional esta garantía es el “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”

Providencia: Sentencia de 15 de agosto de 2023

Radicación Nro.:6600130500120231021001

Accionante: Guillermo Sarta López

Accionados: Colpensiones y Salud Total S.A.

Proceso: Acción de Tutela

Juzgado de Origen: Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**ACCIÓN DE TUTELA**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, quince de agosto de dos mil veintitrés

Acta de Sala de Discusión No 96 de 15 de agosto de 2023

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira a decidir la impugnación presentada por la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el día 4 de julio de 2023, dentro de la **acción de tutela** que le adelanta el señor **Guillermo Sarta López**, donde también funge como accionada la EPS Salud Total.

**HECHOS QUE ORIGINARON LA ACCIÓN:**

Informa el señor Guillermo Sarta López que se encuentra afiliado a Colpensiones en el sistema pensional y a la EPS Salud Total en el sistema de salud; que debido a varias patologías que padece y que han menguado su calidad de vida, solicitó a Colpensiones que le calificara la pérdida de capacidad laboral aportando para el efecto la historia clínica completa; que no obstante, el 23 de mayo de 2023 la entidad requirió exámenes complementarios que debía aportar dentro de los 30 días siguientes, de lo contrario se archivaría el expediente; que tal requerimiento consistía en la valoración por ortopedia o por fisiatría en donde se especifique con respecto a la patología desgarro de meniscos, artrosis el “*Estado actual, examen físico, rangos de movilidad articular requerimiento de ayudas para la marcha, tratamientos instaurados y pendientes. Radiografía de rodillas comparativa. Historia clínica de psiquiatría del último año realizadas por la EPS, en las cuales se especifique: Diagnostico, examen mental, tratamientos instaurados y pendientes, pronostico funcional. Valoración por Medicina Interna no mayor a seis meses en donde se especifique, con respecto a la patología embolia pulmonar, insuficiencia cardiaca, HTA, gastritis crónica. Estado actual, examen físico, clasificación de la disnea (escala mcr) tratamientos instaurados, pronóstico*”.

Refiere que en mayo de 2023 solicitó a la EPS Salud Total que le realizara, en el menor tiempo posible, las valoraciones y procedimientos que requiere de manera urgente; que a la fecha la EPS no ha atendido su solicitud, por lo que considera que ya Colpensiones debió dar por desistido el proceso de calificación, cuando en realidad debe ser esa entidad quien requiera a la EPS lo necesario para finalizar el trámite y no poner en cabeza suya una carga cuyo cumplimiento depende de un tercero.

Considera que la situación en la cual fue puesto por las accionadas vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, derecho de petición y a la salud, por lo que solicita su protección y como medida de restablecimiento que se ordene a Salud Total EPS proceder a ordenar y autorizar la valoración para realizar las consultas médicas requeridas por Colpensiones para continuar con el proceso de calificación o en su defecto, sea ésta entidad la encargada de realizar todos los requerimientos y gestiones pertinentes para lograr las valoraciones por ella requeridas y le otorgue el tiempo necesario para aportar la documentación faltante.

 **TRÁMITE IMPARTIDO**

La acción de tutela correspondió por reparto al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, el cual, luego de admitirla por auto 21 de junio del año que avanza, corrió traslado por dos (2) días a las entidades accionadas.

Salud Total EPS adujo en su defensa que, en efecto, el señor Guillermo Sarta López es su afiliado y que en la actualidad se encuentra registrado como cotizante activo; que está diagnosticado con trastorno de adaptación, por lo que se encuentra en tratamiento con esa entidad; que no evidencia en el mes de mayo solicitud de autorización y programación de citas; sin embargo, en virtud al requerimiento del fondo de pensiones *i)* le fue realizada radiografía el día 26 de junio de 2023; *ii)* se programó cita de ortopedia para el día 11 de juIio de 2023, *iii)* fue valorado por psiquiatría el 15 de mayo de 2023 y iv) se asignó cita con el internista el 7 de julio de 2023.

Considera entones la EPS que no es la entidad generadora de la afectación de las garantías fundamentales de su afiliado, pues, como viene de verse no ha negado los servicios requeridos, ha brindado el tratamiento que exigen sus patologías y atendió con prontitud las solicitudes de Colpensiones, por lo que considera que se ha configurado la carencia actual de objeto por hecho superado.

Por lo demás, hace referencia a la improcedencia de ordenar tratamientos integrales por la vía de tutela y el derecho a obtener el recobro de los servicios que se ordenen y que se encuentren por fuera del mecanismo de protección colectiva.

Colpensiones a su turno, confirmó los hechos relacionados en el libelo inicial referentes a solicitud de calificación de invalidez realizada por el accionante y el requerimiento hecho por esa entidad en torno a la entrega de exámenes y valoraciones adicionales para complementar su historia clínica, para lo cual le confirió el término de 30 días, lapso frente al cual el actor no ha solicitado la prórroga a la que tiene derecho y que le fue informada cuando se le hizo el requerimiento.

Considera por lo anterior que no ha vulnerado las garantías fundamentales del actor, siendo de su resorte agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para definir lo aquí pretendido.

Indica también el Fondo que lo discutido en este asunto no es competencia del juez constitucional, toda vez que no se acredita la subsidiaridad como requisito de procedibilidad para que se pueda acudir a la tutela como mecanismo de protección principal.

Llegado el día del fallo, la juez *a-quo* declaró la carencia actual de objeto por hecho superado respecto a Salud Total, en tanto acreditó haber prestado los servicios médicos solicitados por accionante por requerimiento del fondo de pensiones, al que le ordenó, sin ninguna declaratoria previa del derecho fundamental afectado, que confiriera al señor Guillermo Sarta López un nuevo termino para continuar con el proceso de calificación, el cual deberá ser amplío en consideración a la tardanza de la EPS en asignar citas, realizar exámenes diagnósticos y programar valoraciones con los diversos especialistas; todo ello con el objeto de evitar que se declare el desistimiento tácito de la solicitud de calificación.

Inconforme con la decisión, Colpensiones la impugnó trayendo a colación iguales argumentos a los expuestos al momento de dar respuesta a la acción, insistiendo en la debida actuación del demandante, quien acudió directamente a la acción de tutela antes de solicitar la prórroga a esa entidad.

Como argumento adicional hace referencia al carácter subsidiario de la calificación por tutela y el trámite que debe adelantarse frente a las peticiones incompletas.

En escrito presentado ante esta Corporación, Colpensiones anunció del cumplimiento de la sentencia de primer grado, sin perjuicio de la impugnación formulada contra esa decisión.

**CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El asunto bajo análisis plantea a la Sala los siguientes lo problemas jurídicos:

***¿Se vulneran los derechos fundamentales del actor cuando este no está en capacidad de atender dentro del término conferido el requerimiento efectuado por Colpensiones, en virtud a que el cumplimiento de la orden depende de un tercero?***

Antes de abordar el interrogante formulado, cabe recordar que el artículo 86 de la Constitución Nacional consagró la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales de las personas cuando resulten amenazados o vulnerados por acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en ciertos casos.

**1.. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

Una de las características de este mecanismo de protección excepcional, es la de constituir un instrumento jurídico de naturaleza subsidiaria y residual, que sólo se abre paso cuando el afectado carece de otros medios de defensa, o cuando, existiendo, se la utiliza como mecanismo transitorio de aplicación inmediata, para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela es pues subsidiaria, no alternativa o supletoria de los recursos ordinarios, pues procede cuando la persona no cuenta con otros medios de defensa judicial, o cuando este sea ineficaz, o para evitar un perjuicio irremediable, como mecanismo transitorio, mientras la justicia decide.Al respecto, ha dicho la Corte Constitucional en sentencia como la T-060 de 2002 que:

“*Para la defensa de los derechos de las personas, incluidos los derechos constitucionales fundamentales, el ordenamiento jurídico ha previsto una serie de instrumentos ordinarios de protección. Tales instrumentos tienen por finalidad establecer la existencia y la titularidad del derecho, las modalidades del mismo, las personas para quienes tal derecho comporta un deber jurídico y otros aspectos que puedan ser relevantes, en condiciones que respeten el debido proceso para todos los afectados y permitan establecer tanto la realidad fáctica como las reglas de derecho que resulten aplicables.*

*Como remedio de carácter especial, con naturaleza subsidiaria, se ha previsto la acción de tutela, para aquellos eventos de violación o amenaza de los derechos constitucionales fundamentales en los que no sea posible acudir a otro medio de defensa judicial que resulte idóneo*”.

En cuanto a esa idoneidad del mecanismo ordinario ha precisado

*“De conformidad con la precisión introducida por esta última disposición, para que la acción de tutela se torne improcedente no basta la mera existencia de otro medio de defensa judicial, es necesario igualmente constatar la eficacia de este último para la protección de los derechos fundamentales, apreciación que en definitiva implica realizar un estudio ponderado del mecanismo “ordinario” previsto por ordenamiento jurídico en cuanto a su idoneidad para conseguir el propósito perseguido, esto es, hacer cesar la vulneración o amenaza de los derechos constitucionales y, adicionalmente, examinar detenidamente la situación del solicitante” (SU-339-11).*

**2. DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL**

Elevado a la categoría de fundamental por la vía jurisprudencial constitucional, el derecho a la seguridad social ha sido definido por la Constitución como un “*servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado*”, irrenunciable y el cual debe garantizarse a todos los habitantes del territorio nacional.

En palabras de la Corte Constitucional esta garantía es el *“conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano” (T-043-2019).*

Ahora su relación con la calificación de pérdida de capacidad laboral, también ha sido analizada por esa Corporación, señalando en la sentencia T-249-21, lo siguiente:

“Ahora bien, esta Corporación ha destacado que el **derecho a obtener una calificación de pérdida de capacidad laboral** se relaciona estrechamente con la protección del derecho a la seguridad social. En efecto, esta valoración reviste de gran importancia, dado su carácter instrumental para acceder a la garantía y protección de otros derechos fundamentales como la salud y el mínimo vital. Lo anterior, por cuanto esta herramienta “permite establecer a qué tipo de prestaciones tiene derecho quien es afectado por una enfermedad o accidente”, sin importar si su origen es común o laboral.” -Negrilla original-

**3. CASO CONCRETO**

De acuerdo con las pruebas aportadas al plenario se tiene que el actor inició el proceso de valoración de pérdida de capacidad laboral en primera oportunidad ante Colpensiones; que dicha entidad le requirió una serie de exámenes y valoraciones necesarios para complementar la historia clínica del calificado y que esta solicitud fue recibida por el afiliado el 19 de mayo de 2023 -*hoja 16 del numeral 7 del cuaderno digital de primera instancia*-.

Ahora bien, el término concedido a la parte actora para cumplir con dicho encargo era de 30 días, el cual no había fenecido cuando el actor presentó la solicitud de protección, lo cual resultaría reprochable si en cuenta se tiene que, dentro del trámite administrativo, contaba con la posibilidad de solicitar la prórroga de dicho periodo por un lapso igual; sin embargo, observa la Sala que esta posibilidad no era eficaz y habría resultado inocua, pues para la fecha de radicación de tutela Salud Total EPS ni siquiera había dado respuesta a la petición elevada por el señor Sarta López el 23 de mayo de 2023 -en la que le solicitaba copia íntegra de la historia clínica y que se encargara de realizar las valoraciones y exámenes que fueron solicitados por Colpensiones-.

Nótese que, sólo hasta que le fue notificado el auto admisorio, Salud Total atendió la solicitud del actor, programando y agendado las valoraciones y exámenes requeridos en el proceso de calificación, lo cual tomó mucho más del tiempo otorgado, respecto a lo cual, se insiste, solo por el conocimiento que tuvo el juez de tutela del presente asunto, se logró activar la prestación de los servicios necesarios para obtener la valoración en primera oportunidad de la pérdida de capacidad laboral, lo que en últimas, permitió declarar la carencia actual de objeto por hecho superado frente a la EPS.

Ahora, si bien no medió solicitud de prórroga por parte del actor, hasta la fecha Colpensiones no ha dispuesto el archivo del expediente y ello, muy seguramente, se presentó porque antes de finalizar el plazo otorgado el accionante impetró la acción de tutela para poner en conocimiento de la jurisdicción constitucional su imposibilidad real y material de cumplir con la carga que le fue impuesta.

No obstante la omisión del accionante, es evidente que ni dentro del término de 30 días y ni siquiera sumando la prórroga, él estaba en capacidad de aportar los documentos requeridos, pues todo ello dependía de la actuación de un tercero, que hasta el momento no se había pronunciado respecto su solicitud de atención y quien además, debido a la congestión del sistema de salud en general, no cuenta con una agenda de disponibilidad inmediata, de difícil acceso, si en cuenta se tiene que de especialistas se trata y, recuérdese que en este caso, se solicitó la valoración por las especialidades de ortopedia y medicina interna.

En ese sentido, siendo la calificación de pérdida de capacidad un requisito para que los afiliados y beneficiarios del Sistema de Seguridad Social puedan acceder a las prestaciones ofrecidas, resulta claro que los obstáculos que se presentaron al actor para atender los requerimientos hechos por Colpensiones constituyen una afrenta al derecho a la seguridad social.

Es así que, en aras de garantizar la protección de dicha garantía fundamental, resultaba necesario, como lo entendió la juez de la causa, que se garantizara la continuidad del trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, ordenando a Colpensiones otorgar un término adicional para completar el historial médico requerido, orden que se encuentra cumplida por la entidad, de acuerdo con los documentos aportados en esta Sede -*numeral 02 del cuaderno digital de segunda instancia*-, en el que informa “*esta Administradora procede a reportar el seguimiento en nuestros aplicativos para que el trámite de calificación no sea cerrado hasta que no se aportes (sic) todos los exámenes solicitado*”, para lo cual instó al afiliado a realizar las actuaciones necesaria para radicar en cualquier punto de atención al ciudadano (PAC), lo requerido. (subrayado texto original)

De acuerdo con lo dicho, en principio habría que confirmar la decisión de primer grado, si no fuera porque la juez de causa, si bien hizo un análisis referente a la calificación de la pérdida de capacidad laboral y otras consideraciones que estimó eran necesarias para definir el asunto, lo cierto es que en ningún aparte de la providencia estableció cuál derecho fundamental estaba siendo afectado por la actuación de Colpensiones, lo que era antecedente necesario para que procediera la orden que impartió en contra de dicha entidad en el ordinal segundo de la sentencia objeto de estudio.

En ese orden de ideas, identificada como se encuentra por la Sala la vulneración del derecho fundamental a la seguridad social, del cual es titular el señor Guillermo Sarta López, se modificará el ordinal segundo del fallo referido, para en lugar de impartir órdenes a Colpensiones y proceder a amparar dicha garantía constitucional.

Así mismo, se adicionará el ordinal SEXTO, para declarar la carencia actual de objeto por hecho superado.

En virtud de lo anterior, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Laboral Primero Laboral del Circuito de Pereira el 4 de julio de 2023, el cual quedará así:

“***SEGUNDO: AMPARAR*** *el derecho fundamental a la seguridad social del cual es titular el señor* ***GUILLERMO SARTA LÓPEZ.***”

.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el ordinal sexto a la misma providencia así:

*“****SEXTO: DECLARAR*** *la carencia actual de objeto por hecho superado”*.

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás la providencia revisada.

**CUARTO: NOTIFICAR** a las partes por el medio más expedito.

**QUINTO: ENVIAR** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**Notifíquese y Cúmplase.**

Quienes Integran la Sala,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

Magistrada Magistrado