JUZGADO VEINTICINCO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., nueve de agosto de dos mil veintidós.

Acción de Tutela No. 110013103 025 2022 00302 00.

Procede el Despacho a resolver sobre la acción de tutela formulada por el señor LUIS FELIPE WILCHES HERRERA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES; dentro de la cual fueron vinculados COMPENSAR EPS, SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ HOSPITAL SAN JOSÉ y ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

1. ANTECEDENTES

1.1. El demandante promovió acción de tutela en contra de la referida entidad para que se protejan sus derechos fundamentales vida digna y mínimo vital consagrados en la Constitución Política; y en consecuencia solicitó:

> *"…SE ORDENE a la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES) que realice la indemnización sustitutiva de mi pensión de vejez en un término de cuarenta y ocho (48) horas desde que sea proferida la decisión por el juez constitucional.*
>
> *…**se** ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a iniciar el trámite de calificación de invalidez para proceder al reconocimiento de mi pérdida de capacidad laboral.*

1.2. Como fundamentos fácticos relevantes expuso, en resumen, que en la actualidad tiene 59 años de edad, y su grupo familiar se encuentra conformado por su esposa, un hijo mayor de edad, y una hija menor de la que es responsable.

Que en octubre de 2020 presentó una lesión en su lengua, que fue valorada por la EPS Compensar, a la que se encuentra afiliado, en donde el médico de turno, le informó que se trataba de una herida derivada de un herpes que sufrió en diciembre de 2018. Posteriormente, fue evaluado por parte del Hospital San José de Bogotá, donde en agosto de 2021 fue diagnosticado con un tumor en su zona bucal, derivado de un cáncer de lengua y piso de boca.

Que el 12 de septiembre de 2021 se le ordenó la práctica de una intervención con el fin de retirar la totalidad de su lengua y contrarrestar la perdida de volumen del piso boca; dicha cirugía fue llevada a cabo el 17 de febrero de 2022. Asimismo, ha sufrido de EPOC y tuberculosis, por lo que, con ocasión a dichas

patologías, se encuentra en programa de cuidados paliativos domiciliarios, recibiendo terapia respiratoria diaria, terapia fonoaudióloga, un período de 39 radioterapias que acaba de culminar y quimioterapias en distintos ciclos.

Que, debido a esas condiciones, el 02 de marzo de 2022 EPS Compensar notificó a Colpensiones acerca de la rehabilitación desfavorable de su enfermedad; esta última, el 10 de marzo del año en curso, indicó que debía realizarse el trámite de perdida de capacidad laboral regulado en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

No obstante, sostiene que se ha desempeñado de manera independiente como taxista entre el 2014 y febrero de 2022 y, además, entre 1995 y 2019 cotizó 511,86 semanas ante la accionada, sin que actualmente se encuentre gozando de prestación económica alguna por parte de Colpensiones, ni cuente con ingresos que le permitan cubrir los altos costos que demanda la recuperación de su patología, la cual es de carácter terminal, y le impide realizar actividades que le permitan obtener recursos; por lo que considera que, someterse a la espera de la calificación de su invalidez, transgrede de manera desproporcionada sus derechos fundamentales.

1.3. Asumido el conocimiento de la presente causa por parte de este Estrado Judicial, se dispuso oficiar a la accionada y a las vinculadas**,** a fin de que rindieran un informe detallado sobre las manifestaciones contenidas en el escrito de tutela, y asimismo, remitieran copia de la documentación que para el caso en concreto correspondiera.

1.4. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- manifestó que, revisada la base de datos de esa entidad, no se observa petición presentada por el accionante en relación con la calificación de perdida de capacidad laboral. Únicamente se advierte “CRE DESFAVORABLE” remitido por la EPS el 24 de febrero de 2022, ante el cual, Colpensiones emitió oficio No. 2022_2744494 del 10 de marzo de 2022, informando concepto de rehabilitación remitido y solicitando a su vez radicar los documentos pertinentes a un PAC para la determinación de PCL, sin que a la fecha se hayan radicado.

Así, dentro de la tutela no obra prueba que controvierta lo anterior, todo lo contrario, evidencia que la mera pretensión del actor es adquirir el derecho prestacional a través de la acción de tutela. No obstante, ese derecho no ha sido reclamado ante la accionada, y esta no ha tenido oportunidad de pronunciarse al

respecto dentro del término legal, por lo que el hecho vulnerador no se encuentra configurado.

Refirió que, para que esa entidad pueda realizar la valoración de pérdida de capacidad laboral del actor, este debe elevar una solicitud previa, con la documentación correspondiente que consiste en: *"- Formulario de Determinación de pérdida de capacidad laboral/ocupacional, - Documento de identidad del afiliado ampliado al 150% y - Copia de la historia clínica completa y actualizada o resumen de esta (con exámenes de las patologías a calificar emitidos durante los últimos 6 meses antes de la fecha de radicación";* y de ser presentada por un tercero autorizado*, "- Autorización con facultades especificas y Documento de identidad del tercero autorizado."*

En lo que respecta a la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, tampoco encontró petición radicada ante esa dependencia, por lo que nuevamente consideró que no existía vulneración de los derechos del tutelante, dado que no ha sido reclamada ni discutida, sin que sea la acción de tutela el mecanismo idóneo para efectuar la reclamación, por lo que solicitó la negación de la presente acción constitucional.

1.5. La SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ HOSPITAL SAN JOSÉ informó que valoró en varias oportunidades al accionante, a través de las especialidades de oncología, otorrinolaringología, entre otras, donde le fueron entregados los correspondientes signos de alarma, así como las órdenes médicas para el tratamiento de su patología, siendo su última atención el 01 de agosto de 2022 por el servicio de enfermería oncológica, donde le fueron practicadas quimioterapia y radioterapia.

Sostiene, que cumplió con sus obligaciones legales y contractuales en la atención dada al accionante, suministrándole servicios de alta calidad, proporcionándole las incapacidades médicas del caso, signos de alarma, etc., sin que haya vulnerados sus derechos fundamentales.

1.6. COMPENSAR EPS refirió que el demandante se encuentra afiliado al Plan de Beneficios en Salud por cuenta de esa entidad, en calidad de cotizante, quien ha presentado varias incapacidades acumuladas, siendo remitido a la AFP Colpensiones el pasado 11 de febrero de 2022, junto con concepto de rehabilitación desfavorable, por el diagnostico de *"tumor maligno de la lengua, parte no especificada".*

1.7. Por su parte, la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, no allegó el informe requerido dentro del término otorgado.

2. CONSIDERACIONES

2.1. La Constitución Política en su artículo 86 estableció la acción de tutela, con el objeto de que toda persona pueda reclamar en todo tiempo y lugar, mediante un procedimiento breve y sumario la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en casos excepcionales.

2.2. El presente trámite se inició por la presunta vulneración de los derechos a la vida digna y mínimo vital del accionante, por parte de la accionada, a quien se le solicita por medio de esta acción, conceder el beneficio de pensión sustitutiva de vejez y calificar la perdida de capacidad laboral del actor.

Frente a lo anterior, se tiene como regla general que lo debates relativos al reconocimiento, liquidación o pago de prestaciones sociales debe someterse a consideración de los jueces de la jurisdicción laboral o de lo contencioso administrativo, según sea el caso. Sin embargo, dicha regla se puede replantear bajo circunstancias excepcionales ante la necesidad de salvaguardar derechos fundamentales cuya protección resulta impostergable, cuando los medios ordinarios no resultan idóneos ni efectivos para la alcanzar la protección, es allí que la intervención del juez constitucional se justifica.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido, de manera reiterada que:

> *"…la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para reclamar la pensión ni la indemnización sustitutiva de la misma, pues esta corresponde a la justicia ordinaria laboral o la jurisdicción contenciosa administrativa, según sea el caso, quienes tienen la competencia para resolver este tipo de controversias, en la medida en que su valoración implica un análisis litigioso de carácter legal que excede el ámbito de estudio del juez constitucional.*
>
> *No obstante, existen algunas excepciones a la regla general a la que se ha hecho referencia* ***en el evento en que se niegue el reconocimiento, restablecimiento y pago del derecho a la pensión o a la indemnización sustitutiva****, así: (i) cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional, como lo son: los niños y las niñas, quienes padecen alguna discapacidad, las mujeres en estado de gravidez y los adultos mayores, ya que su situación de debilidad manifiesta lleva a que la Constitución les brinde un amparo mayor. En tales casos, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela es menos riguroso o menos restrictivo; (ii) cuando como consecuencia de la vulneración al derecho a la seguridad social se atenta contra derechos fundamentales como la vida, el mínimo vital y/o el debido proceso; y, (iii) cuando los medios de defensa con los que cuenta el accionante no puedan brindar una protección inmediata de los derechos fundamentales afectados y en*

consecuencia no sean eficaces o se busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable". (Se destacó)

De otro lado, el Alto Tribunal ha considerado la calificación de la pérdida de capacidad laboral como un derecho que tiene toda persona, el cual cobra gran importancia al ser el medio para la realización efectiva de otras garantías fundamentales como la salud, la seguridad social y el mínimo vital, en tanto que permite determinar a qué tipo de prestaciones tiene derecho el afectado por una enfermedad o accidente, producido con ocasión o como consecuencia de la actividad laboral, o por causas de origen común.[1]

En virtud de lo anterior, la omisión en la calificación de la pérdida de capacidad laboral transgrede los derechos fundamentales a la salud, vida digna y mínimo vital, pues impide determinar el origen de la afectación, si hubo disminución de la capacidad para trabajar y su porcentaje, para establecer si se debe conceder a favor del afectado algún beneficio económico como una eventual pensión de invalidez.

Ahora, el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, establece:

> *El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.*
>
> *Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales -ARP(…) determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. 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."*

2.3. En el presente asunto, se encuentra acreditada la afectación del estado de salud de Luis Felipe Wilches Herrera, quien presenta diagnostico de *"tumor maligno de la lengua, parte no especificada".* No obstante, pese a que con esta queja constitucional se pretende el reconocimiento de su pensión sustitutiva de vejez y su calificación de perdida de capacidad laboral, debe decirse que esta judicatura no encuentra conducta activa u omisiva por parte de la accionada que conlleve a la vulneración de los derechos fundamentales del actor, pues aunque asegura que no percibe ninguna prestación económica por parte de Colpensiones,

[1] Sentencia T-876 de 2013

no se evidencia que la misma haya sido solicitada y fuese negada; así como tampoco se observa que haya solicitado su calificación de pérdida de capacidad laboral y que la tutelada se haya abstenido de realizarla.

En tal sentido se pronunció la accionada, quien afirmó que el actor no había presentado solicitud alguna encaminada al favorecimiento de las pretensiones que persigue con este trámite especial, manifestación que se corrobora con lo indicado en el escrito de tutela, donde el propio accionante adujo: *"… someterme a la espera de la calificación general de mi invalidez por las juntas regionales de calificación, implicaría una merma desproporcionado de mis derechos a la vida digna y mínimo vital, los cuales no me encuentro en posibilidad de satisfacer por el cáncer de lengua y piso de boca que me encuentro sufriendo".*

Ante esa situación, y de acuerdo a la jurisprudencia citada, se advierte que la acción de tutela no es el mecanismo alternativo e idóneo para reclamar la prestación económica que pretende, pues en primera medida corresponde al interesado presentar la correspondiente petición ante el fondo de pensiones demandado, en caso de que considere cumplir con los requisitos legales para ella, y ante una negativa de la misma, acudir a la jurisdicción laboral o administrativa, dependiendo del caso, y de manera excepcional a la acción de tutela, sin que de forma prematura pueda pretender a través de este trámite especial el reconocimiento de la pensión requerida.

Lo mismo sucede con la calificación de pérdida de capacitad laboral requerida en la tutela y que tampoco fue solicitada previamente a Colpensiones, quien, de acuerdo al artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 antes transcrito, es la encargada de efectuar dicha valoración.

En efecto, ha dicho la Corte Constitucional que *"…Para definir el estado de invalidez y, por tanto, el derecho al reconocimiento de la respectiva pensión,* ***el legislador estructuró un procedimiento que permite la participación activa del afiliado o afectado****, de las entidades que intervienen en el proceso de calificación, y de las entidades responsables del reconocimiento y pago de dicha pensión, para establecer, de manera definitiva, el porcentaje global de pérdida de capacidad laboral, el origen de esta situación y la fecha de su estructuración.*

El procedimiento está regulado en los artículos 41 y siguientes de la Ley 100 de 1993, en los términos modificados por el artículo 142 del Decreto 19 de 2021, y con base

en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación[2]*"* (Negrilla del juzgado)

En ese sentido, la calificación de pérdida de capacidad laboral del accionante debe ceñirse al trámite previsto por el legislador, el cual es claro que no ha sido adelantado, y sin que el mismo pueda obviarse con la interposición de la presente acción, dado el carácter subsidiario que la rige.

3. CONCLUSIÓN

En este orden de ideas, dado que este juez constitucional no encuentra ninguna conducta atribuible a la accionada respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental del actor, debe declarar la improcedencia de la acción de tutela.

4. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

Con fundamento y apoyo en lo dicho, el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

4.1. Negar la acción de tutela propuesta por el señor LUIS FELIPE WILCHES HERRERA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

4.2. Notificar este fallo conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

4.3. Remitir las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no es impugnada.

Notifíquese y cúmplase.
La Juez(E),

KATHERINE STEPANIAN LAMY

DLR

[2] Sentencia T-094/22