

REPUBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINCE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.

Bogotá, D.C., junio veintiséis (26) del año Dos Mil Veinte. (2020)

ASUNTO:

Se encuentran las actuaciones al despacho, a fin de dictar fallo de tutela dentro de la acción de la referencia, por virtud de la IMPUGNACION realizada por la accionada COLFONDOS al fallo de instancia de fecha 15 de mayo de 2020, por el Juzgado 39 de pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C., mediante el cual accedió al amparo constitucional

I. ANTECEDENTES:

La ciudadana: LEIDY YOHANA JIMENEZ, mayor de edad, vecino y residente en esta ciudad, identificada con la cédula de ciudadanía número 52.956.487; actuando en nombre y representación de su menor hijo DAVID RICARDO BENAVIDEZ; solicita al órgano judicial **acción de tutela**, en contra: COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y SANITAS EPS; por vulnerar los derechos fundamentales: vida digna y Seguridad Social.

PETITUM.- Solicita se ordene a SANITAS EPS o a quien corresponda, que proceda dentro del término que el despacho disponga, a generar la CALIFICACION DE PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL, para aportarlo al trámite de pensión de sobreviviente adelantado ante la AFP COLFONDOS, sin más demoras injustificadas o trámites administrativos que pongan en peligro nuestro derecho fundamental al mínimo vital.

Los hechos se encuentran debidamente determinados en el fallo de primera instancia y la acción de tutela, los cuales se tienen por incorporados a este fallo y hacen parte del mismo.

II. TRAMITE PROCESAL:

Mediante providencia de fecha 7 de mayo del año que avanza, el Juzgado 39 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, dispuso tramitar la presente **acción de tutela** por el procedimiento **preferente y sumario**,

ordenando a la accionada de rendir informe acerca de los hechos con que se fundamenta la acción de tutela y ejercer el derecho de defensa. Se vincula a otras entidades.

Las partes quedaron notificadas en legal forma.

Las accionadas y la parte vinculada, dieron contestación a la acción de tutela, oponiéndose a la misma.

Tramitada en legal forma la acción de tutela, el juzgado de conocimiento dictó fallo de tutela con fecha 15 de mayo del año en curso, resolviendo CONCEDER la acción de tutela, para lo cual ORDENO: a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., en el término de un mes siguiente a la notificación, proceda a adelantar todos los trámites pertinentes – médicos y administrativos para que el menor DAVID RICARDO BENAVIDEZ, sea calificado según los lineamientos legales del artículo 41 de la ley 100 de 1.993, y siguientes, a fin de dar trámite a la pensión de sobreviviente que se pretende iniciar ante dicha entidad sin barreras o trabas administrativas, informando a la progenitora el estado del trámite y los recursos que caben contra la decisión que allí se adopte, y a la EPS accionada SANITAS EPS que entregue a la AFP la historia clínica del menor dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo para la realización de dicho trámite.

En tiempo la accionada COLFONDOS, impugnó el fallo de instancia.

Procede este despacho Constitucional a dictar fallo de tutela que en derecho corresponda, previas las siguientes:

III. CONSIDERACIONES GENERALES:

El artículo 86 de la Constitución Política de la República de Colombia, consagró la **acción de tutela**, para que toda persona reclame ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre la protección inmediata de sus derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares encargados de la prestación de un servicio o en otros eventos tal como lo prevé el art. 42 del decreto 2591 de 1.991.

La acción de tutela, fue reglamentada por los decretos 2591 y 306 del 19 de febrero de 1.992, y el decreto 1382 del 12 de julio del año 2.000; en los cuales se establecen unas condiciones, oportunidades y procedencia de la acción de tutela.

El art.86 de la Constitución Política, señala que la acción de tutela sólo procederá la acción de tutela cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En este aspecto, conviene precisar que la posibilidad de que existan diversos medios de defensa judicial debe ser analizada por el juez constitucional en términos de idoneidad y eficacia, frente a la situación particular de quien invoca el amparo constitucional, como quiera que una interpretación restrictiva de la norma, conllevaría la vulneración de derechos fundamentales, sí con el ejercicio de los dichos mecanismos no se logra la protección efectiva de los derechos conculcados.

En relación con la procedencia de la acción de tutela para controvertir dictámenes de calificación de invalidez, La Corte Constitucional ha señalado que la misma es excepcional, y su procedibilidad se sujeta a las siguientes reglas jurisprudenciales: procede el amparo como i) **mecanismo definitivo**, cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia¹; ii) Procede la tutela como **mecanismo transitorio**: ante la existencia de un medio judicial que no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario². Además, iii) Cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños, mujeres cabeza de familia, **personas en condición de discapacidad**, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos³.

En conclusión, la acción de tutela es procedente en tratándose de pacientes en una situación de indefensión y como mecanismo definitivo o transitorio. El examen de procedibilidad de la acción se hace menos estricto, y los criterios de análisis son más amplios, cuando el actor es un sujeto de especial protección constitucional, como son las personas en condición de discapacidad.

Con todo, la Corte Constitucional, ha admitido excepcionalmente la procedencia de la solicitud de amparo para obtener el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional, cuando se acredita que: (i) la falta de reconocimiento y pago ha ocasionado un alto grado de afectación de los derechos fundamentales del accionante, particularmente, de su derecho al mínimo vital; (ii) se ha realizado cierta actividad administrativa o judicial por el interesado con el propósito de obtener la protección de sus derechos; y (iii) están acreditadas –siquiera sumariamente– las razones por las cuales el mecanismo de defensa judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección

¹ Sentencias T – 800 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio., T – 436 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas, y T – 108 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

Sentencias T – 800 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T – 859 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas.

³ Sentencias T – 328 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-456 de 2004 M.P. Jaime Araújo Rentería, y T-789 del 11 de septiembre de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

inmediata e integral de los derechos fundamentales presuntamente afectados o, en su lugar, se está en presencia de un perjuicio irremediable⁴.

A los mencionados requisitos, la Corte ha adicionado (iv) la necesidad de acreditar en el trámite de la acción constitucional, por lo menos sumariamente, que se cumplen con los requisitos legales para acceder a la prestación reclamada.

Ello con el fin de asegurar, en primer lugar, la eficacia de los derechos fundamentales de la persona que, a pesar de hallarse en una grave situación ocasionada en la falta reconocimiento de su derecho pensional cuya procedencia está comprobada, no ha visto atendida su solicitud de acuerdo a la normatividad aplicable y a las condiciones fácticas en las que se fundamenta su petición. Y, en segundo término, para determinar un límite claro a la actuación del juez constitucional, quien sólo puede acudir a esta actuación excepcional en los precisos casos en los cuales esté demostrada la procedencia del reconocimiento⁵.

En nuestro caso, se trata de una persona que tiene un grado discapacidad, por lo se acepta su procedencia teniendo en cuenta lo ya trazado por la Corte Constitucional.

LA ACCION DE TUTELA FRENTE A LOS DERECHOS RECLAMADOS

La Corte Constitucional en sentencia T-273 de 2018, señaló:

4. El régimen jurídico del derecho a la sustitución pensional y la diferencia con la pensión de sobrevivientes

El Congreso de la República en desarrollo del artículo 48 Superior, expidió la Ley 100 de 1993⁶, mediante la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, conformado por los sistemas de Pensiones, Salud y Riesgos Laborales.

Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones se establecieron dos prestaciones que tienen como finalidad *“suplir la ausencia repentina del apoyo económico del trabajador o del pensionado y así evitar que se afecten las condiciones mínimas de subsistencia de quienes dependían de sus ingresos en vida. Ese cometido hace de la pensión de sobrevivientes y de la sustitución pensional instrumentos cardinales para la protección del derecho al mínimo vital de las personas que dependían económicamente del causante”*⁷.

⁴Sentencias T-249 de 2006, T-055 de 2006, T-851 de 2006, T-1046 de 2007, T-597 de 2009 y T-427 de 2011.

⁵ Sentencia T-836 de 2006, reiterada en las Sentencias T-300 de 2010, T-868 de 2011 y T-732 de 2012.

⁶ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

⁷ Sentencias T-806 de 2011 y T-957 de 2012.

Dichas prestaciones fueron consagradas en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993. Estas disposiciones utilizan indistintamente los términos “*pensión de sobrevivientes*” y “*sustitución pensional*”, no obstante, existen diferencias entre una y otra figura⁸.

En efecto, la denominada sustitución pensional se refiere a la situación en la que, ante la muerte del pensionado por vejez o invalidez, tiene lugar la subrogación de los miembros del grupo familiar en el pago de la prestación que venía recibiendo su titular⁹. Por su parte, la pensión de sobrevivientes propiamente dicha se refiere al caso en el cual muere la persona afiliada al sistema de pensiones y se genera a favor de sus familiares una prestación de la que no gozaba el causante¹⁰.

Específicamente, el artículo 46 establece los requisitos para obtener alguna de las dos prestaciones:

“ARTICULO 46. (Modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003¹¹). Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. *Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

1. *Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
2. *Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...)*

Parágrafo 1°. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley. (...)”

A su vez, el artículo 47 señala quiénes pueden ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional:

⁸ Sentencias C-617 de 2001 y T-957 de 2012.

⁹ Sentencias T-1067 de 2006 y T-858 de 2014.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ El texto original establecía:

“Artículo 46. Requisitos para obtener la Pensión de Sobrevivientes. *Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

1. *Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y*
2. *Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:*

- a) *Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;*

- b) *Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte (...)*”.

“ARTICULO 47. (Modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003). Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite (...);*

b) *En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite (...);*

c) *Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios (...); y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993¹²;*

d) *A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente (...);*

e) *A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste. (...). (Énfasis añadido).*

Tratándose de los *hijos inválidos*¹³, esta Corporación ha precisado los requisitos que deben acreditarse cuando se pretenda el reconocimiento de la sustitución pensional: (i) la relación filial; (ii) la situación de discapacidad y que la misma hubiese generado pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50%; y (iii) la dependencia económica del hijo en situación de invalidez con el causante de la prestación¹⁴.

Según la jurisprudencia constitucional estos son los únicos requisitos que se pueden exigir para reconocer una pensión de sobrevivientes o el derecho a la sustitución pensional¹⁵. De ahí que, resulte inadmisibles requerir otros.

Ahora bien, para lo que interesa a la presente causa, el literal “c” del artículo 47 señala que para determinar cuándo se presenta una situación de invalidez, se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la misma norma. Éste establece

¹² El texto sin modificaciones establecía: “b) *Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez;*”

¹³ La sentencia C-458 de 2015 declaró exequible dicha expresión.

¹⁴ Sentencias T-858 de 2014 y T-281 de 2016.

¹⁵ Sentencia T-281 de 2016.

que “se considera inválida la persona que (...) hubiere perdido el 50 % o más de su capacidad laboral”.

Para determinar la pérdida de capacidad laboral, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, adicionado a su vez por el artículo 18 de la Ley 1562 de 2012) prevé que, en una primera oportunidad, la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL), las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y las Entidades Promotoras de Salud (EPS) les corresponde determinar la pérdida de capacidad laboral, calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. Si el interesado no estuviere de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad y será remitido a las Juntas Regionales de Invalidez del orden regional cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. (...)”

ANALISIS IMPUGNACION

De entrada le asiste razón a la impugnante COLFONDOS, pues la calificación de invalidez del menor accionante para poder acceder al reconocimiento de la sustitución pensional, es reglado sometiéndose a un procedimiento especial el cual debe agotarse ante la entidad competente, en este caso, quien debe inicialmente rendir el concepto médico es la EPS SANITAS, que de no estar de acuerdo con la calificación el interesado deberá manifestar su inconformidad, para que sea remitido ante las juntas Regionales de Invalidez del orden Regional, la cual puede ser apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; de allí, que la orden del Juez de instancia no resulta acertada en cuanto a ordenar a COLFONDOS, realice todos los trámites pendientes – médicos y administrativos, para que el menor DAVID RICARDO BENAVIDEZ, se calificado en los términos del artículo 41 de la ley 1000 de 1.993, habida cuenta que no es de su competencia legal, sino en primera instancia de la EPS SANITAS, para que proceda a rendir su concepto y calificación, que para el caso que ocupa la atención al despacho, se aportó cita ante la EPS SANITAS, para tal efecto; que de no estar de acuerdo la parte accionante deberá agotar las instancias respectivas, una vez agotadas éstas o rendido el concepto médico con las exigencias solicitadas por COLFONDOS, proceda ésta a dar trámite legal a la solicitud de reconocimiento pensional.

En consecuencia se MODIFICARA el fallo de instancia, para que sea la EPS SANITAS, quien debe realizar el concepto médico de calificación, que agotado los trámites pertinentes o de ley, proceda al reconocimiento de la sustitución pensional del menor DAVID RICARDO BENAVIDEZ, si hubiere lugar por parte de COLFONDOS, siguiendo las directrices legales y en los términos que prevé la ley.

IV. D E C I S I O N:

Por las razones expuestas en la parte motiva, el **Juzgado Quince Civil del Circuito de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

F A L L A:

PRIMERO.- MODIFICAR el fallo de primera instancia de fecha 15 de mayo de 2.020, proferido por el Juzgado 39 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, en el sentido, que sea la EPS SANITAS, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, quien debe realizar el concepto médico de calificación del menor: DAVID RICARDO BENAVIDEZ; que agotado los trámites pertinentes o de ley, proceda al reconocimiento de la sustitución pensional del menor si hubiere lugar por parte de COLFONDOS, siguiendo las directrices legales y en los términos que prevé la ley, conforme a la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: En su oportunidad remítase la presente acción de tutela a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISIÓN.

CUARTO: Notifíquese este fallo a las partes, por el medio más expedito.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,



GILBERTO REYES DELGADO

(Firma escaneada)