

DERECHO A LA VALORACION DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-Vulneración por negación del derecho a la valoración o por la dilación de la misma

(...) la no realización de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral de la accionante, quien debido a sus patologías y a la dedicación al cuidado de su padre no pudo trabajar, repercute en la garantía de sus derechos constitucionales; en primer lugar, se afecta su derecho a la seguridad social porque se le ha impedido iniciar el trámite dirigido a obtener como pretensión final la sustitución de la pensión derivada del fallecimiento de su padre; (...) en segundo lugar, existe una afectación al debido proceso porque se le ha impuesto a la demandante una barrera injustificada para obtener un dictamen que determine su pérdida de capacidad laboral y que, en caso de que corresponda, le permita continuar el trámite para obtener la sustitución pensional de su padre; esta última circunstancia plantea también una eventual afectación del derecho al mínimo vital.

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE SUSTITUCION PENSIONAL-Procedencia excepcional a favor de sujetos de especial protección constitucional o personas en circunstancias de debilidad manifiesta

(...) no es razonable ni proporcionado exigirle que acuda ante la jurisdicción contencioso-administrativa o ante las juntas de calificación de invalidez ante la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra. En especial, porque no cuenta con los recursos suficientes para su subsistencia, depende de sus familiares y el proceso ordinario podría tardar un período considerable en la resolución de su situación particular.

SUSTITUCION PENSIONAL-Naturaleza, finalidad y principios constitucionales

SUSTITUCIÓN PENSIONAL PARA EL PERSONAL CIVIL QUE PRESTA SUS SERVICIOS A LAS FUERZAS MILITARES O EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-Marco jurídico

Para el personal civil que presta sus servicios a las Fuerzas Militares o el Ministerio de Defensa Nacional, los requisitos de esta prestación se encuentran en el Decreto 1214 de 1990; ... el artículo 124 ordena el derecho a la sustitución pensional “en forma vitalicia, [a] los hijos inválidos absolutos que dependan económicamente del empleado o pensionado”.

SUSTITUCION PENSIONAL-Requisitos que debe acreditar el hijo en situación de discapacidad para ser beneficiario

Jurídicamente se han aceptado tres requisitos para que proceda este reconocimiento: i) el parentesco con el causante, ii) la condición de invalidez del solicitante y iii) su dependencia económica del padre.

CALIFICACION DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-Importancia/DERECHO A LA CALIFICACION DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-Concepto

La calificación de la pérdida de la capacidad laboral es un derecho que le asiste a las personas, independientemente del régimen de seguridad social al que se encuentren vinculadas (bien sea el Sistema General de Seguridad Social reglamentado en la Ley 100 de 1993 o los regímenes especiales creados por disposición constitucional); este derecho cobra gran importancia al ser un medio para acceder a la garantía de los derechos a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital cuando sobreviene una invalidez, bien sea de origen común o laboral.

CALIFICACION DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-Finalidad/CALIFICACION DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-Trámite

CALIFICACION DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL EN LAS FUERZAS MILITARES Y LA POLICIA NACIONAL-Organismos y autoridades encargadas de calificar la pérdida de capacidad laboral

DICTAMEN DE PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-Alcance y contenido

Referencia: expediente T-8.544.082

Acción de tutela instaurada por Jeaneth Reyes Bernal contra Salud Total EPS-S.

Magistrado sustanciador:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., cinco (5) de julio de dos mil veintidós (2022).

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Diana Fajardo Rivera y Natalia Ángel Cabo y el magistrado José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y legales, profiere la siguiente:

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido el 11 de noviembre de 2021 por el Juzgado Treinta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá.

### I. ANTECEDENTES

1. La señora Jeaneth Reyes Bernal interpuso acción de tutela contra Salud Total EPS-S (en adelante Salud Total) por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, la salud y la seguridad social. Lo anterior, con ocasión de la negativa de la accionada de calificar la presunta pérdida de capacidad laboral de la accionante derivada de las enfermedades que ha padecido. Para sustentar la solicitud de amparo, la actora narró los siguientes:

#### 1. Hechos

1. La demandante nació el 10 de marzo de 1956 y afirmó que fue diagnosticada con cáncer de seno en 2015<sup>1</sup>. La ciudadana sostuvo que, debido a su condición de salud, dependía económicamente de la pensión que percibía su padre, el señor Jorge Enrique Reyes (quien falleció en 2020)<sup>2</sup>.

1. La accionante se encuentra vinculada a Salud Total. Desde el 16 de febrero de 2017, dicha entidad promotora de salud emitió concepto de rehabilitación con pronóstico favorable para la enfermedad de origen común [cáncer de seno]<sup>3</sup>. No obstante, la recurrente indicó que su

condición de salud le impedía laborar. Esto debido a que tiene algunas secuelas derivadas de su patología (i.e. dolores, decaimiento, malestar y algunos problemas psicológicos)<sup>4</sup>.

1. La peticionaria manifestó que convive con su hermana y que ambas han afrontado dificultades económicas porque no tienen los recursos para pagar sus alimentos o su sustento diario<sup>5</sup>. La accionante también comentó que sus familiares asumen la mayoría de sus gastos personales, incluido el pago de su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo.

1. Debido a su dependencia económica al momento del fallecimiento de su padre y a su estado de salud, la actora indicó que inició los trámites para la sustitución pensional de la pensión de su padre<sup>6</sup>. Sin embargo, el Ministerio de Defensa Nacional (entidad a cargo del reconocimiento y pago de dicha prestación) le solicitó a la actora aportar el acta de la junta de calificación médico laboral, debidamente ejecutoriada, en la que constara el porcentaje de disminución de la capacidad, la clase o el tipo de invalidez y la fecha de estructuración<sup>7</sup>.

1. El 10 de junio de 2021, la demandante elevó una petición ante Salud Total con el fin de que se iniciara el trámite para la calificación de la pérdida de su capacidad laboral<sup>8</sup>. Mediante oficio del 28 de junio de 2021, la accionada le explicó a la ciudadana que, con base en los artículos 41 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005) y 2.2.5.1.27 del Decreto 1072 de 2015, quienes debían calificar la pérdida de su capacidad laboral eran las entidades aseguradoras que asumieron el riesgo de invalidez o muerte. Por consiguiente, las administradoras de riesgos profesionales o Colpensiones eran las llamadas a realizar dicha calificación<sup>9</sup>.

1. Por escrito del 15 de septiembre de 2021, la recurrente reiteró su solicitud a Salud Total para que iniciara el trámite de calificación de la pérdida de la capacidad laboral<sup>10</sup>. A través de oficio del 23 de septiembre de 2021, la demandada insistió en los argumentos expuestos

en el oficio del 28 de junio de 2021 para no realizar dicha calificación<sup>11</sup>.

## 2. Acción de tutela

1. En su escrito de amparo, la peticionaria sostuvo que Salud Total desconoció lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005) para determinar, en una primera oportunidad, la pérdida de la capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de dichas contingencias.

## 3. Trámite procesal y respuesta tanto de la accionada como de las vinculadas

1. Mediante Auto del 28 de octubre de 2021, el Juzgado Treinta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá asumió el conocimiento de la acción constitucional de la referencia y le corrió traslado a la accionada<sup>12</sup>. En la misma providencia, la autoridad judicial vinculó al trámite de tutela al Ministerio del Trabajo, al Ministerio de Defensa Nacional, al Ministerio de Protección y Seguridad Social, a la Secretaría de Integración Social, a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y a Colpensiones.

1. Por oficio del 2 de noviembre de 2021, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez respondió el escrito de amparo<sup>13</sup>. La Junta Nacional explicó que su función pública como calificador de segunda instancia está planteada como un mecanismo de control para verificar la legitimidad, la legalidad y la adecuación técnica de la actuación realizada por la Junta Regional en primera instancia. Del mismo modo, la Junta Nacional sostuvo que las pretensiones de la acción de amparo no estaban dirigidas contra dicha entidad; de manera que solicitó su desvinculación del presente trámite.

1. En escrito del 3 de noviembre de 2021, la Secretaría de Integración Social Distrital contestó la acción de tutela de la referencia<sup>14</sup>. En concreto, la Secretaría solicitó su desvinculación del trámite constitucional. Esto derivado de la ausencia de conductas u omisiones que causaran la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

1. A través de oficio del 3 de noviembre de 2021, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca respondió el escrito de amparo<sup>15</sup>. La Junta explicó que los hechos manifestados en la demanda de tutela eran aspectos ajenos a las competencias atribuidas a dicha entidad. Esto porque su participación en el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral ocurre en segunda instancia cuando los usuarios manifiesten, dentro del término legal, su inconformidad frente a la primera calificación realizada por las entidades de seguridad social. En consecuencia, la Junta Regional solicitó su desvinculación del presente trámite de tutela.

1. Mediante escrito del 3 de noviembre de 2021, el Ministerio del Trabajo contestó la demanda de tutela<sup>16</sup>. La cartera solicitó que se declarara la improcedencia de la acción en relación con dicha entidad y, en consecuencia, se exonerara de responsabilidad al Ministerio. Esto porque no había ninguna obligación que le impusiera adelantar el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral de la ciudadana.

1. Por oficio del 3 de noviembre de 2021, Colpensiones respondió el escrito de amparo<sup>17</sup>. La Entidad explicó que no había recibido ninguna petición formulada por la demandante relacionada con las pretensiones de la acción de tutela. Asimismo, Colpensiones sostuvo que, en la Resolución SUB 196669 del 24 de julio de 2018, esta entidad reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a favor de la accionante. Esto de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993. Para la liquidación, Colpensiones mencionó que tuvo en cuenta un total de 829 semanas cotizadas por la ciudadana y ordenó un pago en cuantía única de once millones veintitrés mil novecientos seis pesos

(\$11.023.906). Este monto ingresó en la nómina de agosto de 2018 y se pagó en septiembre de 2018. Debido a lo anterior, la Entidad solicitó su desvinculación del trámite de amparo.

1. En escrito del 3 de noviembre de 2021, Salud Total dio respuesta a la demanda de tutela<sup>18</sup>. La entidad promotora de salud sostuvo que, desde el 16 de febrero de 2017, emitió un concepto favorable de rehabilitación de la ciudadana por la enfermedad de origen común [cáncer de seno]<sup>19</sup>. Asimismo, Salud Total indicó que no realizaba la calificación de la pérdida de capacidad laboral porque esta la debía realizar la entidad encargada de asumir el riesgo. Por ende, la entidad explicó que, si las patologías eran establecidas como de origen laboral, a la administradora de riesgos laborales le correspondía realizar la calificación. Por su parte, si las patologías eran de origen común, a la administradora de fondo de pensiones le correspondía adelantar la calificación.

1. Salud Total también esgrimió que ya había resuelto las peticiones formuladas por la demandante y aportó la copia de las respuestas. Por último, la accionada le solicitó al juez de instancia declarar la improcedencia de la acción de amparo para realizar la calificación de la pérdida de capacidad laboral de la peticionaria. Esto porque el artículo 2.2.5.1.25 del Decreto 1072 de 2015 determinaba que los usuarios podían solicitar de forma directa la calificación ante las juntas de calificación de invalidez. Asimismo, Salud Total solicitó que se denegaran las pretensiones formuladas por la recurrente en el escrito de tutela ante la ausencia de vulneración de los derechos fundamentales invocados.

#### 4. Sentencia objeto de revisión

1. En providencia del 11 de noviembre de 2021, el Juzgado Treinta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá negó por improcedente la solicitud de amparo<sup>20</sup>. El Juzgado sostuvo que esta controversia se debía dirimir ante la jurisdicción ordinaria laboral. Además, para el a quo no se satisfizo el requisito de subsidiariedad porque no había evidencia en el expediente que demostrara que la accionante le había solicitado a la junta de

calificación de invalidez la valoración de su pérdida de capacidad laboral. Por último, la autoridad judicial adujo que estaba demostrado que las pretensiones de amparo eran netamente de carácter laboral y económico. En su criterio, esto hacía inocua la acción del juez constitucional.

## 5. Pruebas que obran en el expediente

1. Las pruebas que obran en el expediente son las que se relacionan a continuación:

Tabla 1: Pruebas que obran en el expediente de tutela T-8.518.878

Oficio

Folio

1

Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante.

Folio 8 del documento digital “2. ESCRITO DE TUTELA 2021-0225.pdf” del expediente digital de tutela.

2

Copia del oficio No. OFI21-33588 del 15 de abril de 2021 por el cual el Ministerio de Defensa Nacional dio respuesta a la solicitud de sustitución pensional a favor de la actora.

Folios 9 y 10 del documento digital “2. ESCRITO DE TUTELA 2021-0225.pdf” del expediente digital de tutela.

3

Copia de la petición elevada por la demandante contra Salud Total el 10 de junio de 2021

Folio 11 del documento digital “2. ESCRITO DE TUTELA 2021-0225.pdf” del expediente digital de tutela.

4

Copia de la respuesta dada por Salud Total a la petición formulada por la recurrente el 10 de junio de 2021

5

Copia de la petición elevada por la ciudadana contra Salud Total el 15 de septiembre de 2021

Folio 16 del documento digital “2. ESCRITO DE TUTELA 2021-0225.pdf” del expediente digital de tutela.

6

Copia de la respuesta dada por Salud Total a la petición formulada por la recurrente el 15 de septiembre de 2021

Folios 17 a 21 del documento digital “2. ESCRITO DE TUTELA 2021-0225.pdf” del expediente digital de tutela.

7

Copia de un escrito realizado a mano suscrito por Virrey Solis IPS en la que se determina que la accionante tiene antecedentes de cáncer de seno y se encuentra en seguimiento por la especialidad de oncología

Folio 22 del documento digital “2. ESCRITO DE TUTELA 2021-0225.pdf” del expediente digital de tutela.

6. Actuaciones en sede de revisión

1. En virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, los asuntos le fueron

remitidos a la Corte Constitucional por el juez de instancia. En Auto del 28 de febrero de 2022 y notificado el 15 de marzo de 2022<sup>21</sup>, la Sala de Selección de Tutelas Número Dos de este tribunal escogió el expediente para su revisión y este le fue asignado a la Sala Octava de Revisión<sup>22</sup>.

1. Revisado el expediente, se advirtió la necesidad de ordenar la práctica de varias pruebas con el fin de obtener mejores elementos de juicio para proferir la decisión definitiva. Por ello, mediante Auto del 23 de marzo de 2022, el magistrado sustanciador le ordenó al Juzgado Treinta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá que le remitiera una copia íntegra del expediente bajo el radicado 11001-04-0880-30-2021-0022523. A su vez, le ordenó a Salud Total que contestara un cuestionario. Por último, le solicitó a la accionante responder varias preguntas relacionadas con su estado de salud actual, su situación socioeconómica y familiar y si a la fecha de la notificación del proveído ya se le había realizado alguna junta de calificación médico laboral.

1. A través de correo electrónico del 30 de marzo de 2022, el Juzgado Treinta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá le remitió a este tribunal la copia íntegra del expediente de tutela bajo el radicado 11001-04-0880-30-2021-00225.

1. Por correo electrónico recibido el 6 de abril de 2022, la señora Jeaneth Reyes Bernal le envió a este tribunal un oficio en el que respondía el cuestionario formulado en el Auto del 23 de marzo de 2022. En primer lugar, la actora manifestó que Salud Total se comunicó con ella el 16 de diciembre de 2021 para informarle sobre la programación de una cita por medicina general. Según la ciudadana, con esta cita la EPS pretendía iniciar el trámite de calificación de la pérdida de la capacidad laboral. Sin embargo, la demandante explicó que, aun cuando asistió a la cita (el 20 de diciembre de 2021), la médica se rehusó a remitirla a medicina laboral sin justificar la negativa de la decisión. Asimismo, que la médico le ordenó la práctica de algunos exámenes.

1. La peticionaria también informó que no percibía ingresos económicos porque no podía trabajar. Esto derivado de sus patologías clínicas y su edad (66 años)<sup>24</sup>. La recurrente adujo que, desde su niñez y hasta el momento del fallecimiento de su padre, convivió con él bajo el mismo techo. Asimismo, que desde el momento en el que inició la enfermedad de su padre, ella estuvo a su cargo y su cuidado. La accionante afirmó que, desde que fue diagnosticada con cáncer de seno en 2015, dependía económicamente de su padre. Debido tanto a los tratamientos médicos y a las cirugías que se le practicaron como a las secuelas físicas que quedaron en su cuerpo, la actora argumentó que no pudo volver a trabajar. La ciudadana sostuvo que su padre percibía una pensión de la cual se sufragaban todos sus gastos.

1. Más adelante, la demandante esgrimió que actualmente no cotizaba al Sistema de Seguridad Social en Pensión. En igual sentido, la recurrente expresó que, en la actualidad, recibe un tratamiento médico. Finalmente, la peticionaria manifestó que vivía con su hermana mayor (77 años) y que sus gastos personales eran asumidos esporádicamente por sus familiares.

1. Mediante escrito del 18 de abril de 2022, la apoderada de Salud Total le remitió al tribunal la copia de la respuesta dada en sede de tutela. En dicho escrito, la accionada se opuso a todas las pretensiones formuladas por la ciudadana. En criterio de la Entidad, la actora contaba con la posibilidad de adelantar los trámites de calificación de la pérdida de capacidad laboral ante la respectiva Administradora del Fondo de Pensiones. Por consiguiente, el trámite de tutela era improcedente por falta del requisito de subsidiariedad.

1. Salud Total también manifestó que, desde 16 de febrero de 2017, le remitió a Colpensiones un oficio en el que certificaba que la accionante contaba: “con más de 120 días de incapacidad continua por un mismo diagnóstico de Origen (sic) común, con pronóstico

favorable”<sup>25</sup>. En consecuencia, Salud Total no estaba obligada a realizar la calificación de la pérdida de la capacidad laboral. Según la accionada, dicha calificación la debía realizar la entidad encargada de asumir el riesgo. En concreto, como las patologías de la demandante eran de origen común, a Colpensiones le correspondía realizar el trámite correspondiente.

1. A través de oficio del 18 de abril de 2022, Salud Total dio respuesta al cuestionario formulado en el Auto del 23 de marzo de 2022. En concreto, la accionada reiteró que no le había realizado la calificación de la pérdida de la capacidad laboral a la demandante porque ella padeció una enfermedad de origen común (cáncer de seno). Por consiguiente, la Administradora de Fondo de Pensiones (AFP) era la responsable de realizar la calificación de la pérdida de capacidad laboral.

1. Por Auto 805 del 14 de junio de 2022, la Sala Octava de Revisión ordenó la vinculación de terceros, la práctica de algunas pruebas y suspendió los términos en el proceso de la referencia<sup>26</sup>. En primer lugar, el tribunal vinculó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Según la información que reposa en el expediente, la Corporación consideró que esta entidad estaría a cargo del reconocimiento de una eventual sustitución pensional. Asimismo, en relación con la práctica de pruebas, la Sala vio la necesidad de conocer en detalle tanto la prestación económica (pensional o de asignación de retiro) que percibía en vida el señor Jorge Enrique Reyes como la información relacionada con la solicitud de calificación de la pérdida de la capacidad laboral de la señora Reyes Bernal. Por consiguiente, este tribunal le ordenó tanto a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares como a la Dirección de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional que respondiera un cuestionario. En igual sentido, la Corte les solicitó a ambas entidades que le remitieran la copia del expediente prestacional del señor Jorge Enrique Reyes. Por último, la Sala decretó la suspensión de los términos en el expediente de la referencia por el lapso de un mes contado a partir de su notificación. Esto con sujeción a lo establecido en el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015.

1. En oficio recibido el 30 de junio de 2022, la coordinadora del Grupo de Prestación Sociales

del Ministerio de Defensa Nacional respondió el Auto 805 de 2022. La coordinadora explicó que el señor Jorge Enrique Reyes estuvo vinculado al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional entre el 1 de octubre de 1969 al 1 de julio de 1991, como civil adjunto, en el cargo de Especialista Quinto. A través de la Resolución 3025 del 8 de mayo de 1992, le fue reconocida una pensión de jubilación a partir del 1 de julio de 1991, la cual devengó hasta el momento de su fallecimiento y sin que, a la fecha, se hubiera efectuado el reconocimiento de la sustitución pensional. La coordinadora también adujo que el valor de la última mesada pensional que percibió el señor Reyes fue de un millón seiscientos ochenta y nueve mil novecientos doce pesos con treinta y dos centavos (\$1.689.912.32). En relación con si a la fecha ya se había realizado la calificación de la pérdida de la capacidad laboral de la señora Bernal Reyes, la coordinadora mencionó que, vía correo electrónico, trasladó dicho cuestionamiento a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional. La coordinadora mencionó que dicha dirección es la encargada, de forma exclusiva, de tales trámites. Por último, la coordinadora aportó el expediente pensional del señor Jorge Enrique Reyes.

1. Por oficio recibido el 30 de junio de 2022, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares contestó el Auto 805 de 2022. La apoderada de la Caja de Retiro invocó la falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad. Para respaldar su afirmación, la abogada explicó que, conforme el Acuerdo 008 del 3 de noviembre de 2016, la Caja “tiene como objeto fundamental reconocer y pagar las Asignaciones de Retiro al personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares que consoliden el derecho a tal prestación, así como la sustitución pensional a sus beneficiarios”<sup>27</sup>. Por ende, el objeto de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es reconocer y pagar la asignación de retiro a los Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares (Ejército, Fuerza Aérea y Armada Nacional).

1. La abogada también explicó que el señor Jorge Enrique Reyes no era beneficiario de una asignación de retiro. En consecuencia, y conforme el Decreto 4433 de 2004, al Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional le correspondía reconocer y pagar la pensión por muerte, pensión de sobrevivientes, pensión de invalidez, indemnizaciones, entre otros, que son reconocidas a los servidores públicos vinculados a las Fuerzas Militares<sup>28</sup>.

## I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. Competencia

1. De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución, 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional es competente para analizar el fallo materia de revisión.

### 2. Delimitación del problema jurídico y metodología de la decisión

1. A la Sala Octava de Revisión le corresponde determinar si la acción de tutela interpuesta por la señora Jeaneth Reyes Bernal es procedente para verificar la presunta vulneración de los derechos invocados por la accionante. Para ello, el tribunal estudiará si en el presente asunto se demuestran los presupuestos de legitimación en la causa por activa y por pasiva, la inmediatez y la subsidiariedad. En caso de verificar su observancia, será preciso analizar el fondo del asunto. Este último plantea la necesidad de establecer si la ciudadana tiene derecho a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral. En caso de que la Sala determine que la actora tiene derecho, al tribunal le corresponde definir la entidad encargada de satisfacer dicha obligación. Lo anterior, sobre el supuesto jurídico de que la calificación constituye un medio para llevar a cabo el trámite del reconocimiento de la sustitución pensional ante el Ministerio de Defensa Nacional de la sustitución causada por el deceso de su padre.

1. La Sala Octava de Revisión reiterará la jurisprudencia relacionada con la sustitución pensional en el régimen especial de las Fuerzas Militares (sección 3). Más adelante, la Corporación reiterará la jurisprudencia relacionada con el derecho a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral (sección 4). Para entender el contenido de este derecho dentro en el caso concreto, el tribunal enfatizará en la garantía de este derecho dentro del

régimen especial de las Fuerzas Militares (aplicable al personal civil que prestó sus servicios a las Fuerzas Militares o el Ministerio de Defensa Nacional). Por último, la Sala Octava de Revisión analizará y proferirá las órdenes que corresponden en el caso concreto (sección 5). En esta sección, la Sala realizará el examen del cumplimiento de los requisitos generales de procedencia en el caso objeto de revisión (sección 5.1). La Corte enfatizará en las causales de flexibilización del examen de procedencia de la acción de tutela cuando quien acude al amparo es sujeto de especial protección constitucional o una persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta. Asimismo, la Corte determinará que la señora Jeaneth Reyes Bernal tiene derecho a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral (sección 5.2). Por último, el tribunal establecerá que el Ministerio de Defensa Nacional es la entidad encargada de realizar dicha calificación (sección 5.3).

### 3. La sustitución pensional en el régimen especial de la Fuerzas Militares: reiteración de jurisprudencia<sup>29</sup>

1. La sustitución pensional y la pensión de sobreviviente pertenecen a una de las expresiones del derecho a la seguridad social establecido en el artículo 48 de la Constitución<sup>30</sup>. Ambas figuras se definen como prestaciones económicas cuyo fin es evitar que los allegados al trabajador queden desamparados por su deceso. Estas prestaciones buscan que los beneficiarios obtengan recursos económicos, producto de la actividad laboral del causante, para tener una vida digna y justa. Esta garantía se expresa en la obtención de la mesada pensional que percibía el causante<sup>31</sup>.

1. La jurisprudencia constitucional ha definido que la sustitución pensional: “responde a la necesidad de mantener para sus beneficiarios, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaban en vida del pensionado o del afiliado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlos a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”<sup>32</sup>. Por ello, el tribunal ha señalado que la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación: “las personas más cercanas y que más dependían del causante y que, además, en muchos casos compartían con él su vida, reciban una pensión para satisfacer sus necesidades mínimas”<sup>33</sup>.

1. En muchos casos, de la sustitución pensional o pensión de sobrevivientes se derivan la garantía a derechos fundamentales como el mínimo vital y la vida digna. Por ende, el reconocimiento y pago de la prestación económica adquiere el carácter fundamental y se torna esencial para los cometidos del Estado Social de Derecho<sup>34</sup>.

1. Para el personal civil que presta sus servicios a las Fuerzas Militares o el Ministerio de Defensa Nacional, los requisitos de esta prestación se encuentran en el Decreto 1214 de 1990<sup>35</sup>. En particular, el artículo 124 ordena el derecho a la sustitución pensional “en forma vitalicia, [a] los hijos inválidos absolutos que dependan económicamente del empleado o pensionado”<sup>36</sup>. Jurídicamente se han aceptado tres requisitos para que proceda este reconocimiento: i) el parentesco con el causante, ii) la condición de invalidez del solicitante y iii) su dependencia económica del padre. El tribunal procederá a definir estas condiciones.

1. El parentesco. El artículo 35 del Código Civil define el parentesco por consanguinidad como “la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre”<sup>37</sup>. Dentro de tales relaciones se halla la de los padres y las hijas. Según el Decreto 1260 de 1970, este parentesco se prueba mediante el certificado de la inscripción en el registro civil<sup>38</sup>. A su vez, esta inscripción goza de presunción de autenticidad y pureza en materia probatoria (artículo 103 del Decreto 1260 de 1970).

1. La invalidez como condición que debe acreditar el hijo del causante para la obtención de la sustitución pensional. El artículo 38 de la Ley 100 de 1993<sup>39</sup> establece que: “se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”<sup>40</sup>. Por su parte, el artículo 4 del Acuerdo 48 de 2007 suscrito por el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional determina que dicha acreditación de la condición de invalidez

debe ser certificada por los equipos de evaluación designados por las Direcciones de Sanidad respectivas<sup>41</sup>. Para esto, se deben tener en cuenta los requisitos contemplados en el artículo 6 de dicho acuerdo.

1. La dependencia económica entre el causante y el eventual beneficiario. La Corte Constitucional ha sostenido que dicha condición no solo se presenta cuando una persona demuestra haber dependido completamente del causante. Para el tribunal, también la satisface: “quien demuestre razonablemente que, a falta de la ayuda financiera del cotizante fallecido, habría experimentado una dificultad relevante para garantizar sus necesidades básicas”<sup>42</sup>. Cuando se evidencia que, por la falta del aporte económico del causante, el eventual beneficiario de la sustitución pensional experimenta dificultad para solventar sus necesidades básicas, se entiende que hay dependencia económica<sup>43</sup>. Se debe tener en cuenta que estas necesidades son las mínimas necesarias para constituir el mínimo vital del interesado.

1. El precedente constitucional ha fijado unos criterios de flexibilidad que acercan a la realidad el concepto de dependencia económica. Estos criterios permiten garantizar los derechos fundamentales de los beneficiarios<sup>44</sup>:

“1. Para tener independencia económica los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna<sup>45</sup>. || 2. El salario mínimo no es determinante de la independencia económica<sup>46</sup>. || 3. No constituye independencia económica recibir otra prestación<sup>47</sup>. || 4. La independencia económica no se configura por el simple hecho de que el beneficiario esté percibiendo una asignación mensual o un ingreso adicional<sup>48</sup>. || 5. Los ingresos ocasionales no generan independencia económica. Es necesario percibir ingresos permanentes y suficientes<sup>49</sup>. || 6. Poseer un predio no es prueba suficiente para acreditar independencia económica”<sup>50</sup>.

1. Una vez definido el marco jurídico y el desarrollo jurisprudencial de la sustitución pensional

en el régimen especial de las Fuerzas Militares -concretamente, el régimen aplicable para el personal civil que presta sus servicios a las Fuerzas Militares o al Ministerio de Defensa Nacional-, la Sala procederá a explicar el derecho a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral (sección 4).

4. El derecho a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral: énfasis en la garantía de este derecho dentro del régimen especial de las Fuerzas Militares. Reiteración de jurisprudencia<sup>51</sup>

1. El ordenamiento jurídico impone que el estado de invalidez se determine a través de una valoración médica que conlleva a una calificación de la pérdida de la capacidad laboral, cualquiera que sea su origen (común o laboral). Esta calificación debe ser realizada por las entidades autorizadas por la ley<sup>52</sup>. Con dicha calificación se dictamina el porcentaje de afectación, el origen de la pérdida y la fecha en la que se estructuró. De esta manera, su determinación tiene como propósito la garantía de diversos derechos fundamentales: la salud, la seguridad social y en muchos de los casos, dependiendo de las circunstancias particulares, la vida y el mínimo vital.

1. Tanto la Ley 100 de 1993 como los regímenes especiales creados por la Constitución imponen unas obligaciones a cargo de las entidades del Sistema de Seguridad Social. Entre otras, estas obligaciones se traducen en el deber de garantizar que, en el contexto del reconocimiento de una pensión de invalidez (cualquiera que sea su origen -común o laboral-), el estado de invalidez se determina a través de una valoración médica que conlleva a una calificación de la pérdida de capacidad laboral. Esta calificación debe ser realizada por las entidades autorizadas por la ley.

1. En el caso de las Fuerzas Militares, este régimen especial está comprendido por diferentes normas<sup>53</sup>. El artículo 15 del Decreto 1796 de 2000 señala las funciones de las Juntas Médico Militares o de Policía. El Acuerdo 48 de 2007 fija los lineamientos generales para la valoración

de beneficiarios con limitación psicofísica y los parámetros de la calificación de la invalidez absoluta y permanente tanto de los miembros de las Fuerza Pública como del personal civil que presta o prestó sus servicios a las Fuerzas Militares o al Ministerio de Defensa Nacional<sup>54</sup>.

1. Para definir el estado de invalidez y, por lo tanto, el derecho al reconocimiento de la respectiva pensión, el legislador ha establecido el procedimiento que se debe cumplir. Este impone la participación del afiliado, de las entidades que intervienen en el proceso de calificación y de los sujetos responsables del reconocimiento y pago de dicha prestación<sup>55</sup>. En consecuencia, se considera inválida la persona que haya sido calificada con el 50% o más de pérdida de la capacidad laboral.

1. La finalidad de la determinación de un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral tiene un doble sentido: médico y económico. Por una parte, un sentido médico porque permite esclarecer la enfermedad o la perturbación que concretamente dio origen a perder en mayor o menor porcentaje la capacidad referida. Esto a través de la valoración que realizan los expertos en las diferentes áreas de la medicina. Asimismo, permite esclarecer desde este ámbito de experticia si tuvo un origen común o causa laboral. Por otro lado, un sentido económico porque clarificar el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral permite acceder, en algunos de casos, a una serie de prestaciones del régimen de la seguridad social (i.e. la pensión de invalidez). En igual sentido, puede dar origen a una serie de indemnizaciones económicas a cargo de las diferentes entidades pertenecientes al Sistema de Seguridad Social.

1. La jurisprudencia constitucional ha destacado la importancia de esta valoración para el reconocimiento de las pensiones de invalidez. Este tribunal ha reiterado 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. Adicional a ello, la evaluación permite, desde el punto de vista médico especificar las causas

que originan la disminución de la capacidad laboral. Es precisamente el resultado de la valoración que realizan los organismos médicos competentes el que configura el derecho a la pensión de invalidez, pues como se indicó previamente, ésta arroja el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y el origen de la misma. De allí que la evaluación forme parte de los deberes de las entidades encargadas de reconocer pensiones, pues sin ellas no existiría fundamento para el reconocimiento pensional”<sup>56</sup>.

1. La calificación de la pérdida de capacidad laboral está consagrada como un derecho para proteger otros derechos fundamentales de las personas. Por lo que su vulneración puede ocurrir por tres circunstancias: ante la negación al derecho a la valoración, la negativa en su actualización o por la demora injustificada, siempre que no sea imputable a la negligencia del sujeto interesado. Por ende, sin la calificación, a las personas les será imposible conocer su porcentaje de pérdida de capacidad laboral y, a partir de ahí, los derechos que eventualmente podrían reclamar.

1. El tribunal ha fijado una serie de parámetros para la realización de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral a cargo de las entidades obligadas. Estos criterios se sintetizan a continuación<sup>57</sup>.

1. En primer lugar, la calificación de la pérdida de capacidad laboral debe considerar las condiciones específicas de cada persona, valoradas sistemáticamente; sin que sea posible establecer diferencias en razón al origen, profesional o común, de los factores de incapacidad.

1. Como segundo aspecto, dicha valoración puede tener lugar no solo como consecuencia directa de una enfermedad o de un accidente de trabajo claramente identificado. También opera frente a patologías que resulten de la evolución posterior de esta enfermedad o accidente. A su vez, por una situación de salud, inclusive de origen común.

1. Puede ocurrir que, en un primer momento, la afectación padecida (independientemente de si es consecuencia de un accidente o enfermedad específica) no genere ninguna incapacidad. No obstante, con el transcurso del tiempo se pueden presentar secuelas que agraven la situación de salud de la persona, lo que podría dar lugar a la valoración de su pérdida de capacidad laboral. Esto con el fin de establecer, precisamente, las verdaderas causas que originaron la disminución de su capacidad de trabajo y el eventual estado de invalidez.

1. El tercer criterio gira en torno a que el derecho a la valoración de la pérdida de la capacidad laboral no se encuentra supeditado a un término perentorio para su ejercicio. La idoneidad del momento en que la afiliada requiera la definición del estado de invalidez o la determinación del origen de esta no depende de un término específico sino de sus condiciones reales de salud, del grado de evolución de la enfermedad o del proceso de recuperación o rehabilitación suministrado.

1. En igual sentido, el transcurso del tiempo no impide el acceso al dictamen técnico que permita establecer las prestaciones económicas causadas por el advenimiento del riesgo asegurado (independientemente de que este tenga origen en una enfermedad profesional, accidente laboral o en una afección de origen común).

1. Finalmente, no es un requisito necesario partir de un punto específico de referencia (i.e. el acaecimiento de una enfermedad o de un accidente de trabajo) sino de la situación de salud al momento de la solicitud de la valoración. Por ende, se deben atender todas las circunstancias que hayan incidido en la condición del paciente.

1. La valoración y posterior calificación que se lleven a cabo no necesariamente pueden concluir el derecho a recibir una pensión de invalidez. Es factible que el porcentaje de

pérdida de capacidad psicofísica no llegue a un grado suficiente para configurar el reconocimiento de una prestación periódica.

1. La inobservancia de los preceptos legales que regulan la valoración de la pérdida de la capacidad laboral y la negativa por parte de las entidades obligadas a realizar la valoración de la persona cuando su situación de salud lo requiere, configuran una transgresión del derecho a la seguridad social. De igual forma, se erigen en obstáculos para el goce de las garantías fundamentales a la salud, la vida digna y el mínimo vital. Esto al impedir determinar el origen de la afección y el nivel de alteración de la salud y de la pérdida de capacidad laboral del trabajador o del usuario del sistema.

1. En resumen, las Juntas Médico Laborales (que en el presente asunto se traduce en la Junta Médico Laboral Militar) cumplen la función de establecer el monto porcentual de las capacidades físicas que un sujeto ha perdido debido a un accidente o una enfermedad y, con ello, determinar si puede continuar desempeñando sus respectivas labores. Adicionalmente, permite esclarecer si sus afecciones tienen origen laboral o común. A partir de este punto y de la proporción de aptitudes que se concluye perdida, los afectados podrán solicitar eventualmente indemnizaciones e incluso el reconocimiento de algunas pensiones. Calificar y valorar la pérdida de la capacidad laboral no constituye un capricho ni es una prerrogativa de menor importancia. Es la única vía con la que cuentan las personas para poder ver efectivamente tutelados muchos de sus derechos fundamentales pues sin que aquella sea llevada a cabo será imposible pretender su adecuado amparo.

1. En virtud de los efectos que conlleva la realización de este procedimiento, además de instituirse como una obligación en cabeza de las entidades responsables y un derecho de todas las personas, es una actuación completamente reglada. Por lo cual, no se podrá llevar a cabo con elementos diferentes a los legalmente establecidos para estos efectos. Esto a fin de que la decisión adoptada no solo tenga legitimidad, sino que pueda producir efectivamente todos los efectos que está llamada a ocasionar. Por esto, no le es dado al juez

de tutela suprimir alguno de los condicionamientos para la convocatoria de este tipo de juntas, ni mucho menos omitir o intercambiar alguno de los elementos probatorios que deben ser valorados por los expertos.

1. Con base en los parámetros enunciados, la Sala pasará a resolver el caso concreto (sección 5).

## 5. Análisis del caso concreto

1. La señora Jeaneth Reyes Bernal presentó una acción de tutela en contra de Salud Total con el propósito de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, la salud y la seguridad social. Lo anterior debido a la negativa de la entidad de realizar la calificación de su presunta pérdida de la capacidad laboral. Con base en los artículos 41 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005) y 2.2.5.1.27 del Decreto 1072 de 2015, Salud Total argumentó que no era competente para iniciar el proceso de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral. En su criterio, ese trámite les correspondía a las entidades aseguradoras que asumieron el riesgo de invalidez o muerte<sup>58</sup>.

1. Mediante Sentencia del 11 de noviembre de 2021, el Juzgado Treinta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá negó por improcedente la solicitud de amparo. El Juzgado sostuvo que esta controversia se debía dirimir ante la jurisdicción ordinaria laboral. En consecuencia, en criterio de la autoridad judicial no se satisfizo el requisito de subsidiariedad porque no había evidencia en el expediente que demostrara que la accionante le había solicitado a la junta de calificación de invalidez la valoración de su pérdida de capacidad laboral. Por último, la autoridad judicial adujo que estaba demostrado que las pretensiones de amparo eran netamente de carácter laboral y económico. En su criterio, esto hacía inocua la acción del juez constitucional.

1. La Sala Octava de Revisión estudiará inicialmente el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela.

#### 5.1. Análisis de la procedencia de la acción de tutela

##### Legitimación por activa

1. El artículo 86 de la Constitución establece a favor de toda persona la posibilidad de presentar acción de tutela para invocar la protección de sus derechos fundamentales por sí misma o por quien actúe a su nombre. La señora Jeaneth Reyes Bernal está legitimada en la causa por activa pues pretende la defensa de sus derechos fundamentales a la vida, la salud y la seguridad social. Como se indicó, el fundamento de su pretensión se basa en que Salud Total realice la calificación de su pérdida de la capacidad laboral. Con esto, la Sala encuentra cumplido el requisito de legitimación activa.

1. El artículo 86 constitucional señala que la acción de amparo procede contra cualquier autoridad. Asimismo, el inciso quinto del artículo 86 de la Constitución precisa que la acción de tutela procede contra: “particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”<sup>59</sup>. En consecuencia, la legitimación por pasiva se entiende como la aptitud procesal que tiene la entidad, la autoridad o la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o la amenaza del derecho fundamental. Esto cuando alguna resulte demostrada.

1. En el caso objeto de análisis, Salud Total es la entidad a la que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales de la señora Reyes Bernal. Salud Total es una entidad promotora de salud habilitada para la operación y administración de los recursos del régimen contributivo a través de la Resolución 967 de 1994. Por lo tanto, es una entidad de carácter privado que cumple con la prestación del servicio público de salud. Salud Total está

legitimada por pasiva para actuar en este proceso.

1. La Sala Octava de Revisión advierte que el escrito de tutela y las pretensiones únicamente estaban dirigidas contra Salud Total. El juez de tutela vinculó a varias entidades, entre ellas, al Ministerio de Defensa Nacional<sup>60</sup>. Para este tribunal, esa cartera ministerial también está legitimada en la causa por pasiva. Esto por varias razones. En primer lugar, mediante el Decreto 1512 de 2000 se modificó la estructura del Ministerio de Defensa Nacional. Dicha norma determinó que: “el Sector Administrativo Defensa Nacional está integrado por el Ministerio de Defensa Nacional y sus entidades adscritas y vinculadas”<sup>61</sup>. De igual forma, esta norma estableció que: “el Ministerio de Defensa Nacional tendrá a su cargo la orientación, el control y la evaluación del ejercicio de las funciones de los organismos y las entidades que conforman el Sector Administrativo Defensa Nacional”<sup>62</sup>. En la estructura de dicha cartera ministerial, se encuentra la Dirección General de Sanidad Militar (numeral 6.1.1. del artículo 6); dirección que conforma los equipos de evaluación para determinar y certificar la invalidez<sup>63</sup>. Asimismo, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares es un establecimiento público adscrito a ese Ministerio (numeral 3.a del artículo 7). Además, la Dirección de Gestión de Talento Humano del Ministerio de Defensa Nacional está a cargo de la Coordinación de Prestaciones Sociales<sup>64</sup>.

1. En segundo lugar, el Decreto 1795 de 2000 estructuró el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Dicha norma establece que este: “es un Sistema Administrativo Nacional del Ministerio de Defensa Nacional encargado de coordinar y desarrollar las actividades orientadas a la prestación del servicio de salud a los afiliados y beneficiarios del Sistema”<sup>65</sup>. Entre sus funciones se encuentra la de: “brindar el servicio integral de salud en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación del personal afiliado y sus beneficiarios”<sup>66</sup>.

1. Como tercera razón, a través de la Resolución 3025 del 8 de mayo de 1992, el Ministerio de Defensa Nacional le reconoció una pensión de jubilación a partir del 1 de julio de 1991 al

señor Jorge Enrique Reyes. Por último, el Acuerdo 048 de 2007 (proferido por el Ministerio de Defensa Nacional) estableció, entre otros, los parámetros de calificación de la invalidez absoluta y permanente dentro de dicho sistema especial de salud. Por lo anterior, para la Sala es claro que una de las direcciones del Ministerio de Defensa Nacional es la encargada de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral (Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares). Esta cartera ministerial está a cargo del control de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y coordina y desarrolla las actividades para la prestación del servicio de salud de, entre otros, los beneficiarios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

1. En sede de revisión, este tribunal vinculó a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares. Según la información que reposa en el expediente, la Sala consideró que esta entidad estaría a cargo del reconocimiento de una eventual sustitución pensional. No obstante, una vez verificado tanto el marco jurídico relacionado con las funciones de dicha entidad como las pruebas aportadas por la Caja al proceso, para la Sala Octava de Revisión esta entidad no tiene competencia en el pago de la pensión que fue reconocida al señor Jorge Enrique Reyes. En consecuencia, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares no está legitimada en la causa por pasiva para actuar dentro del proceso de la referencia.

1. Por último, en relación con las demás autoridades y entidades vinculadas en sede de tutela no se acredita este requisito. En concreto, el tribunal no evidencia que el Ministerio del Trabajo, el Ministerio de Protección y Seguridad Social, la Secretaría de Integración Social, la Junta Regional de Calificación de Invalidez, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y Colpensiones hayan realizado alguna acción u omisión dirigida a vulnerar los derechos fundamentales invocados por la señora Reyes Bernal. En igual sentido, la Sala tampoco evidencia una relación directa o indirecta de las entidades vinculadas con el objeto de la presente acción.

Inmediatez

1. La Corte Constitucional ha señalado reiteradamente que la acción de tutela se debe interponer en un tiempo oportuno y justo, a partir del momento en que ocurre la situación que presuntamente vulnera o amenaza el derecho fundamental<sup>67</sup>. Ello porque la acción de tutela es un mecanismo de protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales. Le corresponde al juez constitucional determinar en cada caso concreto si fue oportuna en la presentación de la acción<sup>68</sup>. A pesar de no contar con un término preciso para invocar la acción de amparo, por mandato expreso del artículo 86 de la Constitución: “debe existir necesariamente una correspondencia entre la naturaleza expedita de la tutela y su interposición justa y oportuna”<sup>69</sup>.

1. La accionante cumplió debidamente con esta carga. Entre las respuestas proferidas tanto por el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional (15 de abril de 2021) como por Salud Total a la segunda petición presentada por la señora Reyes Bernal (15 de septiembre de 2021) y la interposición de la acción de amparo (17 de noviembre de 2021) transcurrieron aproximadamente dos meses. La Corte considera que este término se encuentra dentro de lo que la jurisprudencia constitucional ha entendido como razonable y proporcionado<sup>70</sup>.

## Subsidiariedad

1. Conforme al artículo 86 de la Constitución, el principio de subsidiariedad implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa. Lo anterior, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por ende, los accionantes deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios disponibles para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos. De este modo, se impide el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección<sup>71</sup>.

1. De acuerdo con lo expuesto, el amparo es procedente cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela se debe analizar en cada

caso concreto.

1. Con fundamento en los artículos 86 de la Constitución y 6 del Decreto 2591 de 1991, si existen otros medios de defensa, este tribunal ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad<sup>72</sup>. Por una parte, “cuando el medio de defensa dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia”<sup>73</sup>. En estos casos, el amparo procede como mecanismo definitivo<sup>74</sup>. Por otra parte, “cuando, a pesar de existir un medio de defensa idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable”<sup>75</sup>. En estos casos, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

1. Este tribunal también ha fijado que el análisis de procedencia formal se flexibiliza ostensiblemente como un desarrollo del derecho a la igualdad. Esto ocurre cuando quien acude al amparo es un sujeto de especial protección constitucional o una persona que se encuentra en una posición de debilidad manifiesta<sup>76</sup>.

1. La jurisprudencia ha señalado que los casos que versen sobre controversias relacionadas con la seguridad social, el juez constitucional debe valorar, entre otros aspectos: i) la edad del accionante ya que las personas de la tercera edad y los menores son, en principio, sujetos de especial protección constitucional; ii) su estado de salud y las condiciones de vulnerabilidad en las que se pueda encontrar la persona; iii) la composición de su núcleo familiar; iv) las circunstancias económicas que le rodean; v) el hecho de haber agotado cierta actividad administrativa y judicial tendiente a obtener el derecho; vi) el tiempo transcurrido entre la primera solicitud y el momento de radicación del amparo constitucional; vii) el grado de formación escolar del accionante y el posible conocimiento que tenga sobre la defensa de sus derechos y viii) la posibilidad de que se advierta, sin mayor discusión, que cumple los requisitos para el reconocimiento de las prestaciones que solicita a través de tutela<sup>77</sup>.

1. El artículo 2.4 del Código Procesal del Trabajo señala que la competencia para resolver las controversias que se puedan suscitar con ocasión de la prestación de los servicios de seguridad social entre los afiliados y las entidades administradoras o prestadoras radica en la jurisdicción ordinaria laboral<sup>78</sup>. Asimismo, el legislador les atribuyó a los jueces de la misma especialidad la resolución de conflictos entre otros actores del sistema (i.e. los beneficiarios, los usuarios y los empleadores). Esto con excepción de aquellos conflictos que se deriven de la responsabilidad médica y las relacionadas con contratos<sup>79</sup>.

1. La calificación por la pérdida de capacidad laboral constituye una obligación derivada del Sistema de Seguridad Social. Por consiguiente, los eventuales conflictos que puedan surgir entre las entidades que, según el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, se encuentran obligadas a emitir tal dictamen y el afiliado que lo solicita, son ejemplos de controversias cuya competencia le corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral<sup>80</sup>. Lo anterior según la regla de competencia establecida en el Código Procesal del Trabajo<sup>81</sup>.

1. Sin embargo, como la calificación de invalidez pretendida por la accionante no está a cargo de alguna entidad prestadora del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones sino de una del régimen exceptuado (régimen de las Fuerzas Militares), el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 no resulta aplicable en el presente asunto.

1. La accionante busca la sustitución pensional de la pensión de jubilación de su padre. En vida, el señor Reyes era un empleado público y tenía una relación legal y reglamentaria con el Ministerio de Defensa Nacional<sup>82</sup>. Mediante la Resolución 3025 del 8 de mayo de 1992, el Ministerio de Defensa Nacional le reconoció una pensión de vejez al señor Jorge Enrique Reyes. El artículo 104.4 de la Ley 1437 de 2011 determina que la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá, entre otras, de las controversias y los litigios relativos: “a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público”<sup>83</sup>. En consecuencia, en el presente asunto se acreditan los requisitos para que esta controversia

sea asumida por la jurisdicción contencioso-administrativa.

1. Ahora bien, la Corte ha encontrado que el mecanismo judicial no resulta idóneo ni eficaz cuando se acude a la acción de tutela para exigir la protección del derecho a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral<sup>84</sup>. La Sala Octava de Revisión comprende que los procesos judiciales requieren formalidades propias y se deben surtir conforme a determinadas etapas dispuestas por el legislador para garantizar una recta administración de justicia. No obstante, la Corte ha señalado que, frente a situaciones apremiantes como la aquí analizada, estas merecen especial atención del Estado. Debido a las pretensiones de la persona involucrada (al tratarse de la garantía del mínimo vital de una persona vulnerable económica y socialmente), dichos medios ordinarios no responden a la inmediatez y la celeridad requerida para el restablecimiento de sus derechos fundamentales.

1. La accionante es una persona de 66 años que se encuentra en una condición de vulnerabilidad derivada de la composición de su núcleo familiar y las circunstancias económicas que la rodean. Se trata de una mujer con una condición médica incierta y que se encuentra marginada laboralmente por esa misma razón. La actora no posee ingresos propios de ningún tipo y depende económicamente de sus familiares. Asimismo, su situación económica es precaria de manera que no puede sufragar los honorarios de la junta de calificación de invalidez.

1. La actora también es una mujer que ejerció el rol de cuidadora de sus padres en sus últimos años de vida. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado (en los escenarios personal, laboral, familiar y social) porque la sociedad les atribuye la responsabilidad del cuidado de las personas dependientes<sup>85</sup>. El tribunal ha evidenciado que, en su mayoría, las mujeres: “se ven abocadas a compatibilizar su trabajo remunerado con el cuidado de personas mayores, madre, padre, de nietas o nietos, de hijas e hijos”<sup>86</sup>. En este punto, el tribunal ha resaltado que aquellas mujeres: i) se ocupan del cuidado de las personas que necesitan ayuda y

cuidado que, en algunas ocasiones, implica fuerza física; ii) dan afecto y apoyo emocional y iii) deben resolver las contradicciones que afrontan cada día. En muchos casos, cuando no logran compatibilizar su rol de cuidadoras con sus actividades laborales, las mujeres se ven obligadas a abandonar de manera prematura el mercado de trabajo<sup>87</sup>.

1. Debido a que se ha desconocido que cuidar conlleva una carga que implica dejar de lado parte de la vida, no se visibiliza la realidad del trabajo de las mujeres que cuidan de los dependientes. Esto se traduce en una disparidad que conduce a la desvalorización de las mujeres y hasta en la violencia contra ellas. En efecto, el reconocimiento del trabajo del cuidado realizado por las mujeres tiene un importante valor simbólico fundamental para establecer criterios de justicia social. No obstante, dicho reconocimiento no transforma la realidad de las mujeres. De manera que resulta necesaria una serie de medidas que permitan cambiar una situación discriminatoria e injusta para ellas<sup>88</sup>.

1. La ciudadana agotó la actividad administrativa a su alcance para lograr la calificación de la pérdida de la capacidad laboral. Por una parte, acudió ante el Ministerio de Defensa para solicitar la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de su padre. Dicha entidad le exigió el acta de la junta médico laboral en la que constara el porcentaje de disminución de la capacidad laboral, clase o tipo de invalidez y la fecha de estructuración de la misma. Por otro lado, la demandante le solicitó dos veces a Salud Total la realización de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral. Dicha entidad negó este examen bajo el argumento de que tal valoración le correspondía a las entidades aseguradoras que asumieron el riesgo de invalidez o muerte.

1. A partir de la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la ciudadana y las circunstancias socioeconómicas que la rodean, tampoco es constitucionalmente admisible exigirle como requisito de procedibilidad que acuda ante las juntas de calificación de invalidez del Sistema General de Seguridad Social en Salud reglamentado en la Ley 100 de 1993 y demás normas complementarias. El artículo 2.2.5.1.25 del Decreto 1072 de 2015

contempla dos posibilidades para que los interesados acudan directamente a las juntas de calificación de invalidez<sup>89</sup>. Asimismo, el artículo 2.2.5.1.16 de la misma norma contempla que los miembros de las juntas de calificación de la invalidez recibirán de manera anticipada el equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente por la solicitud de dictamen; este deberá ser cancelado por el solicitante.

1. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ya ha reconocido que: “condicionar a una persona en condiciones de vulnerabilidad y sin considerar su situación socioeconómica al pago de honorarios para el dictamen de la pérdida de la capacidad laboral puede configurar una latente contradicción de los artículos 13, 47 y 48 de la Constitución”<sup>90</sup>. Por consiguiente, para el tribunal también se encuentra acreditada la subsidiariedad de la acción de amparo en relación con la posibilidad legal de que la peticionaria acudiera directamente ante las juntas de calificación de invalidez del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

1. Como sexto aspecto, tal y como se indicó en el análisis de la inmediatez, entre las respuestas proferidas tanto por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares como por Salud Total a la segunda petición presentada por la señora Reyes Bernal y la interposición de la acción de amparo trascurrieron aproximadamente dos meses. Este plazo evidencia un interés de la recurrente por obtener las pretensiones de amparo que reclama.

1. Frente al grado de formación escolar de la accionante y el posible conocimiento que tenga sobre la defensa de sus derechos, para este tribunal hay evidencia que permite inferir que la capacidad de agencia de la actora es limitada. En efecto, tal y como se describió en el escrito de tutela, los trámites adelantados en el proceso de la referencia se han realizado a través del hermano de la ciudadana. Tanto los trámites como las solicitudes elevadas al Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional como a Salud Total han sido realizados por su hermano menor.

1. Por último, la Sala Octava de Revisión evidencia que la demandante cumple los requisitos para el reconocimiento de las prestaciones que solicita a través de tutela. En concreto, la ciudadana tiene derecho a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral. Sobre este punto, el tribunal abordará el estudio más adelante.

1. Para la Sala, en el presente caso, la acción de tutela procede como mecanismo definitivo porque el proceso ante la jurisdicción contencioso-administrativa no es eficaz por las circunstancias que rodean a la señora Jeaneth Reyes Bernal. Por una parte, es una persona de 66 años que se encuentra en una condición de vulnerabilidad derivada de la composición de su núcleo familiar y de las circunstancias económicas que la rodean. Por otro lado, el derecho que reclama se podría convertir en el único medio para garantizar su subsistencia y, por ende, lograr una vida digna<sup>91</sup>.

1. Para el tribunal, la acción de tutela también resulta el mecanismo eficaz. Esto si se tiene en cuenta no solo la notoria tardanza de la justicia contencioso-administrativa en la resolución de los asuntos sometidos a su conocimiento<sup>92</sup>, sino también la situación de necesidad y desprotección a la que, en este caso, está expuesta la accionante.

1. Hecho el anterior análisis y establecida la procedencia de la acción de tutela para el caso concreto, la Sala Octava de Revisión procederá a examinar el fondo del asunto.

5.2. La señora Jeaneth Reyes Bernal tiene derecho a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral

1. En el presente caso se busca establecer si la ciudadana tiene derecho a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral. Para esto, el tribunal deberá verificar si la no realización

de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral afectó la posibilidad de la actora para iniciar el trámite de reconocimiento de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de su padre. Es de destacar que la demandante busca acceder a la sustitución pensional. Tal pretensión está motivada en las patologías que padeció en 2015, las presuntas secuelas que han quedado en su cuerpo, la situación de dependencia económica derivada de tales enfermedades y su dedicación al cuidado de su padre en la etapa final de su vida. Para ello, es necesario aportar un dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral. No obstante, la peticionaria no ha obtenido la calificación de la pérdida de la capacidad laboral porque tanto el Ministerio de Defensa Nacional como Salud Total consideraron que no eran competentes para realizar dicho análisis. Sin embargo, las entidades han desconocido que la recurrente se encuentra en una situación de vulnerabilidad debido a su condición familiar y a la dependencia económica que tiene de los demás miembros de su familia. Del mismo modo, la accionante ha manifestado no contar con los recursos económicos para costear ese dictamen.

1. De las pruebas que obran en el expediente se tiene que la actora fue diagnosticada en 2015 con cáncer de seno. Asimismo, desde el 16 de febrero de 2017, Salud Total emitió concepto de rehabilitación con pronóstico favorable para la enfermedad de origen común [cáncer de seno]. No obstante, la recurrente indicó que su condición de salud le impedía laborar porque tiene algunas secuelas derivadas de su patología (i.e. dolores, decaimiento, malestar y algunos problemas psicológicos). De la revisión de la historia clínica aportada por la ciudadana, se evidencia que, en la actualidad, continúa en controles periódicos por oncología y ha recibido tratamiento farmacológico<sup>93</sup>. Por último, se advierte que no ha podido iniciar los trámites para el reconocimiento de la sustitución pensional pues no ha sido posible que le sea practicada la calificación de pérdida de capacidad laboral.

1. La calificación de la pérdida de la capacidad laboral es un derecho que le asiste a las personas, independientemente del régimen de seguridad social al que se encuentren vinculadas (bien sea el Sistema General de Seguridad Social reglamentado en la Ley 100 de 1993 o los regímenes especiales creados por disposición constitucional). Este derecho cobra

gran importancia al ser un medio para acceder a la garantía de los derechos a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital cuando sobreviene una invalidez, bien sea de origen común o laboral.

1. Como se deriva de los hechos expuestos, en este caso, la no realización de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral de la ciudadana repercute en la garantía de sus derechos constitucionales. En primer lugar, se afecta su derecho a la seguridad social porque se le ha impedido iniciar el trámite dirigido a obtener como pretensión final la sustitución de la pensión derivada del fallecimiento de su padre. Este examen está motivado en la enfermedad que le fue diagnosticada y que le ha impedido trabajar. Asimismo, por la dependencia económica de su padre y su dedicación exclusiva a sus cuidados hasta el momento de su muerte.

1. En segundo lugar, existe una afectación al debido proceso porque se le ha impuesto a la demandante una barrera injustificada para obtener un dictamen que determine su pérdida de capacidad laboral y que, en caso de que corresponda, le permita continuar el trámite para obtener la sustitución pensional de su padre. Esta última circunstancia plantea también una eventual afectación del derecho al mínimo vital. Debido a sus patologías y a la dedicación al cuidado de su padre, la ciudadana no pudo trabajar. De manera que se encuentra en un escenario en el que no percibe ningún ingreso.

1. La Sala Octava de Revisión destaca la existencia del concepto de rehabilitación favorable expedido por parte de Salud Total a favor de la señora Reyes Bernal. No obstante, este fue emitido en 2017. Según la historia clínica de la recurrente, en los últimos cinco años ha continuado en controles médicos por diversas especialidades (incluida oncología) y ha recibido un tratamiento médico tanto farmacológico como especializado.

1. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que la realización de otro concepto de

rehabilitación dilataría aún más el eventual reconocimiento de la sustitución pensional y, con ello, se extendería la afectación del derecho al mínimo vital de la peticionaria. En el presente asunto, dicho concepto cumple con funciones que resultan innecesarias porque no se han decretado incapacidades que supongan determinar a quién corresponde su pago y tampoco hay lugar a establecer si se debe llevar a cabo una reincorporación, readaptación o reubicación ocupacional. Se reitera que la accionante no puede ejercer ninguna actividad laboral debido a las secuelas que adujo padecer y de la dedicación al cuidado de su padre durante sus últimos años de vida.

1. En consecuencia, para la Sala Octava de Revisión la señora Jeaneth Reyes Bernal tiene derecho a acceder a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral.

5.3. El Ministerio de Defensa Nacional debe realizar la calificación de la pérdida de la capacidad laboral

1. Una vez establecido por la Corte que la accionante tiene derecho a ser calificada, a la Sala Octava de Revisión le corresponde determinar a quien le corresponde asumir dicha obligación. En el presente asunto, la prestación pensional a la que eventualmente tendría derecho la ciudadana no sería reconocida por alguna de las entidades autorizadas en el Sistema General de Seguridad Social sino por una entidad del régimen especial: el Ministerio de Defensa Nacional<sup>94</sup>.

1. Mediante la Resolución 3025 del 8 de mayo de 1992, el Ministerio de Defensa Nacional le reconoció una pensión de vejez al señor Jorge Enrique Reyes. La accionante acudió al Ministerio de Defensa Nacional como potencial beneficiaria de la pensión que percibía en vida el señor el señor Reyes. De manera que, en caso de que se cumplan los requisitos establecidos tanto en el Decreto 1214 de 1990 como en el Acuerdo 048 de 2007 y demás normas complementarias, a dicha cartera ministerial será a quien le corresponda asumir el pago de la sustitución pensional a favor de la accionante. Por ende, al Ministerio de Defensa

Nacional le compete asumir el riesgo de invalidez tanto de sus afiliados como de sus beneficiarios y, por ende, efectuar el dictamen de calificación de la pérdida de la capacidad laboral<sup>95</sup>.

1. Lo anterior también da cuenta de los diferentes obstáculos a los que se ha visto enfrentada la peticionaria para poder iniciar el trámite de reconocimiento de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de su padre. El Ministerio de Defensa Nacional no ha garantizado la práctica de la valoración de la pérdida de capacidad laboral y, con ello, le ha impedido a la accionante tramitar adecuadamente su solicitud de sustitución pensional.

1. La Corte Constitucional reitera 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 esta para lograr la obtención de prestaciones económicas y asistenciales. Por ende, esta Corporación considera que todo acto dirigido a dilatar o negar injustificadamente su realización es contrario a la Constitución y al deber de protección de los derechos fundamentales en que ella se funda.

1. Conforme a lo expuesto, la Sala Octava de Revisión revocará la decisión adoptada el 11 de noviembre de 2021 por el Juzgado Treinta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá que negó por improcedente la solicitud de tutela y, en su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales a la vida, la salud y la seguridad social. El tribunal le ordenará al Ministerio de Defensa Nacional (a través de la dependencia que corresponda) que, en el término máximo del mes siguiente a la notificación de esta sentencia, proceda a adelantar todos los trámites pertinentes (médicos y administrativos) para que a la señora Jeaneth Reyes Bernal le sea calificada la pérdida de la capacidad laboral. Esto según los lineamientos establecidos en el régimen especial del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional para los beneficiarios del personal civil pensionado por el Ministerio de Defensa Nacional. La finalidad de dicha orden es que, si fuera viable, la accionante pueda continuar con el trámite para el reconocimiento de la sustitución

pensional con ocasión del fallecimiento de su padre.

1. Por consiguiente, si luego de ser calificada por la dependencia correspondiente del Ministerio de Defensa Nacional, la actora no estuviese de acuerdo con el dictamen, le corresponde a dicha cartera ministerial solicitarle al Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía la revisión del caso.

1. La jurisprudencia constitucional ha señalado que: “imputar tal pago al aspirante beneficiario (aunque se pueda solicitar su reembolso), en algunas oportunidades resulta desproporcional”<sup>96</sup>. Lo anterior, pues si bien agiliza el procedimiento ante las Juntas de Calificación para quienes cuentan con los recursos económicos, “restringe el acceso a la seguridad social de las personas que carecen de los mismos”<sup>97</sup>. En consecuencia, y al estar demostrada la incapacidad económica de la peticionaria, el Ministerio de Defensa Nacional deberá asumir el costo de los honorarios del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, en caso de que se causen. Lo anterior, solo si la decisión de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral de la señora Jeaneth Reyes Bernal fuera impugnada<sup>98</sup>.

## I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

### RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Treinta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la vida, la salud y la seguridad social de la señora Jeaneth Reyes Bernal.

Segundo.- ORDENARLE al Ministerio de Defensa Nacional (a través de la dependencia correspondiente) que, dentro del mes siguiente a la notificación de la presente providencia, en caso de que no se le haya aun practicado, lleve a cabo el examen de la pérdida de la capacidad laboral de la señora Jeaneth Reyes Bernal con el fin de que ella pueda continuar con el trámite para el reconocimiento de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de su padre.

Tercero.- ORDENARLE al Ministerio de Defensa Nacional que pague los honorarios del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía si dicha decisión fuera impugnada y este trámite generara alguna erogación.

Cuarto.- LÍBRENSE por Secretaría General las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA T-250/22

Referencia: expediente T-8.544.082

Acción de tutela instaurada por Jeaneth

Reyes Bernal contra Salud Total EPSS.

Magistrado ponente:

José Fernando Reyes Cuartas

1. Con el respeto acostumbrado por las decisiones adoptadas por la Sala Octava de Revisión, a continuación presento las razones que me llevan a aclarar mi voto a la Sentencia T-250 de 2022. Si bien estoy de acuerdo con la protección a los derechos a la salud, a la vida y a la seguridad social de la accionante, considero necesario efectuar algunas precisiones frente a la parte motiva de la decisión. En concreto, respecto a la distinción existente entre el régimen de seguridad social aplicable a los beneficiarios del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y el de las Fuerzas Militares.

1. Al abordar el análisis sobre (i) el trámite de sustitución pensional y (ii) el derecho a la calificación de la pérdida de capacidad laboral de la solicitante, el fallo se refiere insistentemente al “régimen especial de las Fuerzas Militares”, para lo cual incluso reitera de manera predominante decisiones fundamentadas en disposiciones propias del Sistema General de Seguridad Social Integral. Con ello, la decisión se abstiene de realizar una reiteración expresa de la jurisprudencia constitucional que ha destacado las diferencias entre el régimen de seguridad social de (i) los miembros de las Fuerzas Militares; y (ii) el de personal civil del Ministerio de Defensa y sus beneficiarios.

1. De ese modo, considero que la providencia deja de lado los matices jurídicos que cada uno de dichos regímenes supone y los cuales han sido desarrollados por esta Corporación, bajo

los siguientes presupuestos generales.

1. En desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política, mediante la Ley 100 de 1993,<sup>99</sup> el Legislador consagró el Sistema General de Seguridad Social Integral. De su alcance fueron excluidos expresamente “los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”, al igual que el “personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley”, es decir, “el personal civil que presta sus servicios en el Ministerio de Defensa, la Policía Nacional y en la Justicia Penal Militar y su Ministerio Público” <sup>100</sup> y que se vinculó a dichas instituciones con anterioridad a que la Ley 100 de 1993 surtiera efectos.<sup>101</sup>

1. En varias oportunidades,<sup>102</sup> la Corte Constitucional ha señalado que la consagración de estos dos regímenes especiales tiene una doble justificación constitucional. En el primer caso, referido a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, su fundamento se encuentra en los artículos 217 y 218 de la Carta Política; en el segundo, la excepción del personal civil vinculado al Ministerio de Defensa previo a la vigencia de la Ley 100 de 1993, tiene sustento en la voluntad del Legislador de proteger sus derechos adquiridos en virtud del Decreto 1214 de 1990.

1. Por ello, esta Corporación ha establecido que (i) el grupo de los miembros de las Fuerzas Militares -Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea- y de la Policía Nacional no resulta equiparable al conformado por los civiles del Ministerio de Defensa;<sup>103</sup> (ii) los beneficios prestacionales previstos en el Decreto 1214 de 1990 están destinados para los civiles vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993;<sup>104</sup> (iii) mientras que el régimen prestacional de las Fuerzas Militares tiene origen en una disposición de rango constitucional, la excepción del personal civil del Ministerio de Defensa conserva una naturaleza y justificación legal;<sup>105</sup> y (iv) el Sistema General de Seguridad Social no tiene como destinatarios a quienes conforman a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional.<sup>106</sup>

1. De esa manera, para la determinación de las prestaciones a las cuales pueden tener derecho los miembros de uno u otro grupo, así como sus respectivos beneficiarios, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha diferenciado el régimen que les resulta particularmente aplicable. En ese orden, ha discernido que “[...] para el personal civil que trabaja al servicio de estas instituciones, su régimen prestacional está expresamente definido en el Título VI, artículos 81 a 141 del Decreto 1214 de 1990, por lo que no es dable admitir, [...], que por el hecho de estar vinculados legal o contractualmente con dichos organismos, pueden igualmente estar sometidos al mismo régimen que la Constitución prevé para la Fuerza Pública.” Ello, pues “[cada uno de dichos regímenes especiales] regulan situaciones de hecho claramente diferentes que ameritan tratos distintos.”<sup>107</sup>

1. Estimo entonces que no resultaba procedente incluir, al menos nominalmente, al personal civil del Ministerio de Defensa y a sus beneficiarios bajo la categoría del régimen especial de las “Fuerzas Militares” en materia de seguridad social.<sup>108</sup>

1. En consecuencia, en virtud de los deberes de coherencia y consistencia argumentativa con los fallos previos de la Corte, la Sentencia T-250 de 2022 debió reiterar explícitamente la jurisprudencia constitucional que ha analizado las diferencias entre el régimen de los miembros de las Fuerzas Militares y el propio del personal civil del Ministerio de Defensa y sus beneficiarios. Con ello, pudo propender por evitar el uso de categorías que no aplicaban al caso concreto, tal y como ocurrió al abordar el “régimen de las Fuerzas Militares”, pues ni la accionante ni su padre pertenecieron a dicho cuerpo armado. Ello resulta claro al constatar que la solicitante tiene la calidad de posible beneficiaria de la sustitución pensional de su padre, es decir, quien en vida se vinculó como civil adjunto al Ministerio de Defensa, previo a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

1. Por consiguiente, considero que el uso generalizado del concepto de “Fuerzas Militares”

para la construcción dogmática de la providencia, además de resultar ajeno al asunto bajo definición, introduce imprecisiones en la jurisprudencia constitucional. En su lugar, la sentencia debió referirse expresamente al régimen de seguridad social aplicable a los beneficiarios del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, pues era el único pertinente para la solución del caso.

1. Sin embargo, como en el presente asunto las falencias referidas no resultaron trascendentales para la resolución de fondo del caso concreto, acompaño el sentido de la decisión adoptada.

1. En los anteriores términos dejo expuestas las razones que justifican mi decisión de aclarar el voto a la Sentencia T-250 de 2022.

Fecha ut supra

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

1 Escrito de tutela, folio 2.

2 Ibíd.

3 Documento digital “9. RTA EPS SALUD TOTAL.pdf” del expediente digital de tutela. Folio 3.

4 Escrito de tutela, folio 2.

5 Ibíd.

6 Ibíd. Folio 3.

7 Mediante el Oficio OFI21 -33588 del 15 de abril de 2021, el Grupo de Prestaciones Sociales del Ministerio de Defensa Nacional le informó a la accionante que era necesario aportar “el acta de Junta Médico Laboral debidamente ejecutoriada, en la que conste el porcentaje de

disminución de la capacidad laboral, clase o tipo de invalidez y la fecha de estructuración de la misma, la cual puede ser expedida por la EPS, Juntas de Calificación de Invalidez, Regionales y/o Nacional o Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional” (negritas y subrayas propias de la cita). Cfr. Escrito de tutela. Folios 9 y 10.

8 Ibíd. Folio 11.

9 Ibíd. Folios 12 a 15.

10 Ibíd. Folio 16.

11 Ibíd. Folios 17 a 21.

12 Documento digital “3. AUTO AVOCA TUTELA 2021-00225.pdf” del expediente digital de tutela.

13 Documento digital “8. RTA JUNAT NACIONAL CI.pdf” del expediente digital de tutela.

14 Documento digital “4. RTA SECRETARIA INTEGRACION SOCIAL.pdf” del expediente digital de tutela.

15 Documento digital “5. RTA JUNTA REGIONAL.pdf” del expediente digital de tutela.

16 Documento digital “6. RTA MINTRABAJO.pdf” del expediente digital de tutela.

17 Documento digital “7. RTA COLPENSIONES.pdf” del expediente digital de tutela.

18 Documento digital “9. RTA EPS SALUD TOTAL.pdf” del expediente digital de tutela.

19 Ibíd. Folio 3.

20 Documento digital “10. FALLO 2021-00225.pdf” del expediente digital de tutela.

21 Cfr.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/autos/AUTO%20SALA%20DE%20SELECCION%2028%20DE%20FEBRERO%20DE%202022%20NOTIFICADO%2015%20DE%20MARZO%20DE%202022.pdf>

22 Auto del 28 de febrero de 2022. Artículo décimo sexto.

23 Según Oficio N. OPTC-075/22 del 25 de marzo de 2022 de la Secretaría General de la Corte Constitucional, el Auto del 23 de marzo de 2022 se notificó a las partes el 28 de marzo de 2022.

24 La accionante explicó que sus gastos mensuales ascienden a la suma de un millón cuatrocientos mil pesos (\$1.400.000) que corresponden al pago de administración del apartamento en el que vive (que era propiedad de su padre), el pago de los servicios públicos y su alimentación. Adicionalmente, la ciudadana aportó la copia del recibo de agua y alcantarillado de la vivienda en la que reside.

25 Documento digital “9. RTA EPS SALUD TOTAL.pdf” del expediente digital de tutela. Folio 3.

26 Por Oficio OPTC-203 /22 del 22 de junio de 2022, la Secretaría General de la Corte Constitucional notificó el Auto 805 de 2022.

27 Acuerdo 008 del 3 noviembre de 2016 (artículo 5).

28 Decreto 4433 de 2004 (artículos 19, 20, 21, 22 y 30).

30 Las expresiones pensión sustitutiva y pensión de sobrevivientes han sido utilizadas de manera indistinta. Sin embargo, es necesario aclarar que técnicamente corresponden a nociones diferentes. En la Sentencia C- 617 de 2001, la Corte aclaró que la sustitución pensional o pensión sustitutiva hace referencia a la situación que se presenta ante la muerte del pensionado, por vejez o por invalidez. En esta hipótesis, tiene lugar la subrogación de los miembros del grupo familiar en el pago de la prestación económica que percibía su titular y no la generación de una prestación nueva o diferente. Por su parte, la pensión de sobreviviente ocurre ante la muerte del afiliado, se paga a sus familiares y es una nueva prestación de la que no gozaba el causante. Ambas figuras tienen como objeto la protección del núcleo familiar que se ve desprotegido al fallecer la persona que proveía de lo necesario a la familia.

31 Sentencias T-173 de 1994, T-789 de 2003, T-1229 de 2003 y T-314 de 2017.

32 Sentencias C-002 de 1999, C-111 de 2006 y T-314 de 2017.

33 Ibíd.

34 Sentencias T- 692 de 2006 y T-314 de 2017.

35 “Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional”.

36 Decreto 1214 de 1990 (artículo 124).

37 Código Civil (artículo 35).

38 Por el cual se expide el estatuto del registro del estado civil de las personas.

39 Para el personal civil del Ministerio de Defensa Nacional y de la Policía Nacional que, a la fecha de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, estaba vinculado o había adquirido derechos pensionales regulados por el Decreto 1214 de 1990 (como el caso aquí analizado) se podrá aplicar el concepto de invalidez definido en la Ley 100 de 1993. Consejo de Estado. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia con radicado 25000-23-25-000-2011-00040-01(3823-14) del 9 de marzo de 2017.

40 Ley 100 de 1993 (artículo 38).

41 “Por el cual se establecen políticas y parámetros para la valoración de beneficiarios de que trata el literal c) artículo 24 del Decreto 1795 del 14 de septiembre 2000 del Sistema de Salud de Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”.

42 Sentencias C-111 de 2006, T-136 de 2011, T-140 y T-491 de 2013 y T-314 de 2017.

43 Sentencia T-314 de 2017.

44 Análisis realizado en la Sentencia T-363 de 2011.

45 Sentencia T-574 de 2002.

46 Sentencia SU-995 de 1999.

47 Sentencia T-281 de 2002.

48 Sentencias T-574 de 2002 y T- 996 de 2005.

49 Sentencia T-076 de 2003 y Auto 127A de 2003.

50 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 9 de abril de 2003.

51 Sentencia T-165 de 2017.

52 Decreto 1507 de 2014 (para el régimen general de la seguridad social reglamentado por la Ley 100 de 1993) o el Decreto 1214 de 1990 (para el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional).

53 Para el personal de las Fuerzas Militares lo comprenden: la Ley 923 de 2004, los Decretos 1793, 1795 y 1796 de 2000 y 4433 de 2004 y el Acuerdo 48 de 2007, entre otras. Por su parte, el régimen prestacional del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional está conformado por el Decreto 1214 de 1990.

54 Por remisión expresa del artículo 2 del Acuerdo 48 de 2007 (población destinataria de la norma: los usuarios en calidad de beneficiarios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional) al artículo 24.c del Decreto 1795 de 2000 (beneficiarios de los afiliados al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional), las reglas fijadas en el Acuerdo 48 de 2007 aplican, entre otros, a “los hijos mayores de 18 años con invalidez absoluta y permanente, que dependan económicamente del afiliado y cuyo diagnóstico se haya establecido dentro del límite de edad de cobertura” de “los beneficiarios de pensión por muerte del personal civil, activo o pensionado del Ministerio de Defensa Nacional y del personal no uniformado, activo o pensionado de la Policía Nacional”.

55 Uno de los propósitos de integrar al proceso de calificación no solo al afectado, sino también a las entidades que tienen a su cargo el reconocimiento de la pensión de invalidez, es el de garantizar su derecho al debido proceso. Ello sobre la base de considerar que los resultados que se adopten en dicho proceso comprometen su responsabilidad en el reconocimiento y pago de la prestación. Al respecto, se pueden consultar las Sentencias T-093 de 2016 y T-672 de 2016.

56 Sentencias T-038 de 2011 y T-165 de 2017.

57 Tomado de la Sentencia T-876 de 2013.

58 Escrito de tutela, folio 12 a 15.

59 Constitución Política de Colombia (artículo 86).

60 “Las oficinas dependientes de cada una de las autoridades demandadas se entienden también vinculadas en la medida que sus superiores jerárquicos [Ministerio de Defensa] lo fueron oportunamente, sin que sea necesario para esta jurisdicción enviar comunicaciones a cada una de sus múltiples oficinas subordinadas. Es deber de los respectivos superiores jerárquicos remitir y ordenar respuestas a sus subalternos, en tanto la división del trabajo al interior de cada una de las oficinas del Estado le es inoponible a este juzgador para efectos de la legitimación por pasiva. Por tal razón, áreas como el Grupo de Prestaciones Sociales y el Grupo de Afiliación y Validación de Derechos del Ministerio de Defensa y la Dirección General de Sanidad del Comando General de las Fuerzas Militares, se presumen enterados de la presente tutela para los efectos correspondientes”. Sentencia T-314 de 2008.

61 Decreto 1512 de 2000 (artículo 1).

62 Decreto 1512 de 2000 (artículo 1).

63 Acuerdo 048 de 2007 (artículo 3).

64 Decreto 1874 de 2021 (artículo 1.5.5.1).

65 Decreto 1795 de 2000 (artículo 3).

66 Decreto 1795 de 2000 (artículo 5).

67 Sentencias T-834 de 2005, T-887 de 2009 y T-427 de 2019, entre otras.

68 La Sentencia SU-961 de 1999 estimó que: “la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto”. En ese mismo sentido se pronunció la Sentencia

SU-108 de 2018.

69 Sentencia SU-108 de 2018.

70 Sentencias SU-961 de 1999, SU-298 de 2015, SU-391 de 2016 y SU-108 de 2018.

71 Sentencia T-046 de 2019.

72 Sentencia T-662 de 2016 y T-046 de 2019.

73 Sentencia T-046 de 2019.

74 “Un mecanismo judicial es idóneo, si es materialmente apto para resolver el problema jurídico planteado y producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Por su parte, es eficaz, cuando permite brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados”. Sentencias T- 531 de 2019 y T-080 de 2021.

75 Sentencia T-046 de 2019.

76 Sentencias T- 213 de 2019 y T-100 de 2021.

78 Sentencia T-427 de 2018.

79 Ley 1564 de 2012 (artículo 622). Este modificó el artículo 2 de la Ley 712 de 2001.

80 El artículo 41 la Ley 100 de 1993 reconoce que tales entidades son: el Instituto de Seguros Sociales, la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), las Administradoras de Riesgos Laborales, las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, las Entidades Promotoras de Salud y las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez.

81 “Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: || 1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo. || 2. Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral. || 3. La suspensión, disolución, liquidación de sindicatos y la cancelación del registro sindical. || 4. Numeral modificado por del artículo 622 de la Ley 1564 de 2012. Las controversias relativas a la prestación de los

servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos. || 5. La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad. || 6. Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive. || 7. La ejecución de las multas impuestas a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje, por incumplimiento de las cuotas establecidas sobre el número de aprendices, dictadas conforme al numeral 13 del artículo de la Ley 119 de 1994. || 8. El recurso de anulación de laudos arbitrales. || 9. El recurso de revisión. || 10. Numeral adicionado por el artículo 3 de la Ley 1210 de 2008. La calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo”. (Negrilla fuera del texto original).

82 Conforme a lo establece el Decreto 1214 de 1990.

83 Ley 1437 de 2011 (artículo 104.4).

84 Sentencias T-646 de 2013 y T-257 de 2019.

85 Sentencia T-351 de 2018.

86 Ibíd.

87 Alvarado Bedoya, C.P. El trabajo doméstico y del cuidado. Informalidad y fronteras de laboralidad. Tirant lo Blanch, Bogotá, 2019.

88 Ibíd.

89 Se trata de dos situaciones concretas que ha definido el legislador cuando los usuarios no estén de acuerdo con la calificación realizada. Por una parte, si transcurridos treinta días calendario después de terminado el proceso de rehabilitación integral aún no ha sido calificado en primera oportunidad. En todos los casos, la calificación no podría pasar de los quinientos cuarenta días de ocurrido el accidente o diagnosticada la enfermedad; caso en el cual tendrá derecho a recurrir directamente a la junta. Lo anterior sin perjuicio que dicho proceso de rehabilitación pueda continuar después de la calificación, bajo pertinencia y criterio médico dado por las instituciones de seguridad social. Por otra parte, cuando dentro

de los cinco días siguientes a la manifestación de la inconformidad las entidades de seguridad social no remitan el caso ante la junta regional de calificación de invalidez.

90 Sentencia T-223 de 2021.

91 Sentencias T- 080 de 2021 y T-453 de 2021.

92 Según el informe del Consejo Superior de la Judicatura, un proceso en la jurisdicción contencioso-administrativo a nivel nacional dura en promedio entre 615 y 1771 días en primera instancia. Cfr.

[https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/8829673/TOMO+I+TIEMPOS+PROCESALES\\_18122015.pdf/2da294fd-3ef6-4820-b9e0-7a892b1bdbf0](https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/8829673/TOMO+I+TIEMPOS+PROCESALES_18122015.pdf/2da294fd-3ef6-4820-b9e0-7a892b1bdbf0)

93 Radiografía de tórax (4), TAC de tórax, ecografía abdominal (4), ecografía de cuello uterino, gammagrafía ósea, citología, biopsia de tejidos cutáneos y resonancia de muslo derecho. Asimismo, se le ha suministrado de forma ininterrumpida el medicamento tamoxifeno (desde 2017). En igual sentido, en el último control médico se le ordenó la ingesta de varios medicamentos (incluida monoterapia antineoplásica de baja toxicidad) y se remitió a oncología.

94 Según lo dispone el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, en el Sistema General de Seguridad Social le corresponde, en una primera oportunidad, a las administradoras de fondos pensionales o Colpensiones, a las administradoras de riesgos laborales, a las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las entidades promotoras de salud proferir el dictamen que determina la pérdida de la capacidad laboral.

95 En un sentido similar, la Corte Constitucional les ha ordenado a las entidades a cargo de asumir la carga efectiva de las prestaciones pensionales que realicen la calificación de la pérdida de la capacidad laboral. Al respecto, revisar la Sentencia T-427 de 2018.

96 Sentencias T- 400 de 2017 y T-336 de 2020.

97 Ibíd.

98 La Corte Constitucional ha resuelto en el mismo sentido en las Sentencias T-204 de 2000, T-033 de 2004, T- 002, T- 935 y T- 424 de 2007, T- 194 de 2010, T- 322 de 2011, T- 124,

T-577 y T-623 de 2012, T- 119 de 2013, T-349 de 2015, T- 400 de 2017, T- 256 de 2019 y T-336 de 2020. En todas las decisiones, el tribunal le ha ordenado a las empresas promotoras de salud, a las Administradoras de Fondos Pensionales (AFP), las Administradoras de Riesgos Laborales y a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte el pago de los honorarios de las juntas de calificación de invalidez.

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

100 Artículo 2 del Decreto 1214 de 1990 “Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional”.

101 “[...] mientras que todos los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional quedan excluidos total y definitivamente del régimen prestacional general, sin importar cuándo se vincularon a la institución, en el caso del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional sólo se excluyó a aquellas personas que al momento de ser expedida la Ley 100 de 1993, se encontraban cobijados por el Decreto Ley 1214 de 1990 [...]” Sentencia C-1143 de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

102 Entre otras, ver las sentencias C-665 de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara; C-888 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. AV. Jaime Araujo Rentería; y C-1143 de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

103 Sentencia C-665 de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara.

104 Sentencia T-609 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo.

105 Sentencia C-1143 de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

106 Ibidem.

107 Sentencia C-665 de 1996. M.P. Hernando Herrera Vergara.

108 Sentencias T-431 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-609 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.