

T-427-18

Sentencia T-427/18

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR CALIFICACION DE PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-
Caso en que Fondo se niega a realizar un proceso de calificación, cuyo dictamen se requiere
para tramitar reconocimiento de pensión de invalidez

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Procedencia excepcional de tutela

ESTRUCTURACION DE INVALIDEZ-Intimamente ligada a las circunstancias del trabajo
desempeñado y condiciones de salud física y mental que impidieron seguir laborando

La misma jurisprudencia ha precisado que “un elemento definidor del estado de invalidez,
es el hecho de que la persona por sí misma no puede procurarse los medios para una vida
digna y decorosa, que se adquiere normalmente de una actividad remunerada;
presumiéndose, en principio, que la estructuración de la invalidez está íntimamente ligada a
las circunstancias del trabajo desempeñado y las condiciones de salud física o mental de la
persona, que le impidieron seguir laborando”

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

DERECHO A LA CALIFICACION DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-Orden de adelantar
trámites para que accionante sea calificado, según lineamientos del art. 41 de la ley 100/93

Referencia: Expediente T-6.592.082

Asunto: Acción de tutela instaurada por el señor Pedro Luis Vélez Cardona contra la
Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Seguros Alfa S.A.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, diecinueve (19) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela dictado en única instancia el 2 de octubre de 2017 por el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, correspondiente al trámite de la acción de amparo constitucional impetrada por el señor Pedro Luis Vélez Cardona contra a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., (en adelante Porvenir S.A.) y Seguros Alfa S.A.

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos relevantes

1.1.1. El señor Pedro Luis Vélez Cardona tiene 58 años y está diagnosticado con la enfermedad autoinmune denominada síndrome de Guillain-Barré desde el mes de junio de 2017, la cual le afecta la movilidad de sus miembros superiores e inferiores. Según afirma, con ocasión de dicho padecimiento, dejó de realizar aportes en salud y en pensiones como independiente, pues su condición física le impide continuar trabajando, razón por la cual, actualmente, pertenece al régimen subsidiado de salud a través de la Nueva EPS.

1.1.2. En septiembre de 2017, el accionante solicitó a Porvenir S.A., entidad en la que realizó aportes en pensión años atrás, que realizara una calificación de pérdida de capacidad laboral, con miras a acceder a una pensión de invalidez, toda vez que dicha calificación resulta ser un requisito indispensable para su obtención.

1.1.3. Sin embargo, el 13 de septiembre de 2017, Porvenir S.A. respondió la solicitud del señor Vélez Cardona, en el sentido de informarle que el proceso de calificación solicitado, sólo puede iniciarse cuando la EPS a la que se encuentra afiliado le remita un informe en el que conste que presenta incapacidades médicas continuas de más de 180 días, el origen de las patologías que padece y si es factible o no su rehabilitación.

1.2. Solicitud de amparo constitucional

1.2.1. Con fundamento en los anteriores hechos, el accionante interpone la presente acción de tutela con el fin de obtener el amparo de sus derechos a la integridad física, a la familia, a la salud y a la seguridad social, los cuales considera vulnerados por parte de Porvenir S.A. y Seguros Alfa S.A.[1], al exigirle aportar una documentación para iniciar el proceso de

calificación de pérdida de capacidad laboral que no puede allegar. Al respecto, alega que, como está afiliado al régimen subsidiado, la Nueva EPS no puede expedir incapacidades médicas, ni el informe del origen de patologías, así como tampoco el concepto de rehabilitación, pues dichos documentos sólo se otorgan en favor de las personas afiliadas al régimen contributivo de salud, con lo cual se le está imponiendo una barrera de acceso para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez.

1.2.2. A continuación, el actor señala que dada la imposibilidad de continuar trabajando, carece de ingresos para su manutención y la de su familia, pues sus padres son personas de la tercera edad que dependen de él económicamente. Ante este panorama, para el accionante resulta imperioso que le sea realizada la calificación de pérdida de capacidad laboral y así poder iniciar los trámites dirigidos al reconocimiento y pago de la prestación aludida.

1.3 Contestaciones de las entidades accionadas y vinculadas

1.3.1. Contestación de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

1.3.2.1. La Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por intermedio de su representante legal, manifestó que no había vulnerado los derechos del accionante, en tanto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012[2], para dar inicio al proceso de calificación pérdida de capacidad laboral, es necesario un concepto desfavorable de rehabilitación del interesado, el cual debe ser emitido y enviado por la EPS en la que se encuentre afiliado, condición que, en el caso concreto, el señor Pedro Luis Vélez Cardona no acreditó.

Con fundamento en lo anterior, solicitó no amparar los derechos invocados por el demandante y que se inste a la EPS a que está afiliado para que le remita el concepto desfavorable de rehabilitación, si hay lugar a ello, con el objeto de poder valorar si procede o no la calificación de pérdida de capacidad laboral.

1.3.2. Contestación de Seguros Alfa S.A.

Seguros Alfa S.A. no se pronunció sobre los hechos de la demanda.

1.2.3. Contestación de la Nueva EPS[3]

1.2.3.1. La Nueva EPS, a través de su apoderada judicial, solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de amparo impetrada por el señor Vélez Cardona, pues no le es posible emitir el concepto de rehabilitación requerido por el actor, toda vez que no se cumple ninguno de los requisitos exigidos para ello, a saber: (i) completar 180 días de incapacidad continua, sin interrupciones que superen los 30 días por el mismo diagnóstico, y (ii) tener un concepto de recuperación desfavorable proferido por el médico especialista tratante.

1.2.3.2. Además, en un escrito de ampliación de la contestación de la tutela, indicó que no se podía remitir el concepto de rehabilitación al cual se refiere la tutela, porque, tras consultar la página de internet del RUAF, el señor Vélez Cardona no registra ni afiliación, ni historial de vinculación con ninguna entidad administradora de pensiones[4] y, dado que su vinculación al sistema es a través del régimen subsidiado, no cuenta con ninguna incapacidad ocasionada por la enfermedad que padece, razones todas válidas para no emitir el referido concepto.

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

En concreto, el juez de instancia señaló que en el caso del señor Vélez Cardona no es posible satisfacer el requisito anteriormente mencionado, porque la Nueva EPS no puede emitir el citado dictamen, toda vez que el actor se encuentra afiliado al régimen subsidiado, el cual sólo garantiza a los usuarios el acceso a los servicios del Plan Básico de Salud, quedando excluidas las prestaciones económicas por incapacidad temporal, por enfermedad de origen común o por licencia de maternidad o paternidad.

2.2. Por último, el juzgado concluyó que el accionante no tiene derecho a la pensión de invalidez, pues no acreditó el cumplimiento del requisito de cotización mínima al sistema, antes de la fecha de estructuración de la invalidez.

III. PRUEBAS

En el expediente obran las siguientes pruebas relevantes:

- Copia de la historia clínica del señor Pedro Luis Vélez Cardona en el Hospital Universitario San Vicente Fundación, con fecha del 19 de junio de 2017, en la que consta el diagnóstico del síndrome de Guillain-Barré[5].
- Copia de un extracto del Fondo de Pensiones Porvenir S.A., con fecha del 22 de enero de 2010, donde consta el pago de aportes efectuados a dicha entidad entre septiembre y noviembre de 2009[6].
- Copia de la respuesta proferida por Porvenir S.A. al escrito presentado en ejercicio del derecho de petición enviado por el señor Pedro Luis Vélez Cardona, con fecha del 13 de septiembre de 2017[7].
- Copia de la captura de pantalla del sitio web del RUAF, donde figura que el señor Vélez Cardona tiene afiliación en salud al régimen subsidiado con la Nueva EPS y no registra vinculación en pensiones con ninguna entidad[8].
- Copia de los resultados arrojados tras consultar la base de datos del FOSYGA, donde consta que el señor Pedro Luis Vélez Cardona pertenece al régimen subsidiado de salud como padre cabeza de familia, a través de la Nueva EPS, desde el 1º de julio de 2014[9].

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. El expediente de la referencia fue seleccionado mediante Auto del 27 de febrero de 2018 por la Sala de Selección de Tutelas Número Dos.

4.2. Actuaciones surtidas en sede de revisión

4.2.1. En Auto del 11 de mayo de 2018, la Corte requirió al señor Vélez Cardona, a Porvenir S.A. y a la Nueva EPS, con el fin de que se pronunciara sobre algunas situaciones fácticas concretas relacionadas con la causa.

4.2.1.1. En primer lugar, se ofició al señor Vélez Cardona para que informara sobre su

estado de salud y su condición socioeconómica. También se le requirió para que manifestara si había solicitado la emisión de un concepto de rehabilitación integral, y si había dado inicio a un proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral y/o de reconocimiento de pensión de invalidez en sede administrativa o judicial.

4.2.1.1.1. En escrito del 28 de junio de 2018, el accionante reiteró la situación fáctica ya descrita en el escrito de tutela e indicó que su estado de salud se ha deteriorado, toda vez que presenta, además del síndrome de Guillain-Barré, desnutrición, anemia e hipertensión esencial. En cuanto a los demás cuestionamientos realizados por el despacho, afirma que no le ha sido posible obtener el concepto de rehabilitación integral, ni la calificación de pérdida de capacidad laboral, por lo cual no ha podido iniciar los trámites para el reconocimiento de una pensión de invalidez por parte de Porvenir S.A., a pesar de haber realizado aportes pensionales hasta el mes de diciembre de 2016.

Junto con su contestación, el señor Vélez Cardona remitió copia de su historia clínica con fecha del 17 de marzo de 2018, en la cual consta que está diagnosticado con el síndrome de Guillain-Barré e hipertensión esencial[10]. En concreto, el documento señala que es un “(...) paciente con cuadriplejía con debilidad muscular importante [,] con incapacidad laboral por dicha enfermedad”[11].

4.2.1.2. En segundo lugar, en el mismo Auto del 11 de mayo, se ordenó oficiar a Porvenir S.A. para que informara sobre los siguientes asuntos: (i) el estado actual del proceso de calificación del señor Vélez Cardona; (ii) si había solicitado a la Nueva EPS la remisión de la historia clínica actualizada o de un concepto de rehabilitación del accionante, con el fin de dar inicio al proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral y (iii) si había recibido una nueva solicitud del actor para la práctica de un procedimiento de evaluación de disminución de aptitudes laborales. Además, se le pidió (iv) allegar copia del escrito presentado en ejercicio del derecho de petición radicado por el accionante en el mes de septiembre de 2017; en el que pidió la calificación de pérdida de capacidad laboral, con miras a reclamar una pensión de invalidez, aunado a (v) los extractos de cotización de aportes pensionales realizados por el demandante.

4.2.1.2.1. Porvenir indicó que, tras revisar en sus bases de datos, no encontró información alguna sobre una solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral por parte del

señor Vélez Cardona. Así mismo, informó que la EPS a la que pertenece el accionante no ha remitido el concepto de rehabilitación integral, documento sin el cual no es posible iniciar el trámite de valoración de disminución de aptitudes laborales, toda vez que se desconoce el origen y la fecha de estructuración de la patología que lo aqueja, así como el total de días que lleva incapacitado para trabajar.

Con el escrito de respuesta, la entidad demandada remitió un certificado en el cual se relacionan los aportes en pensión pagados como independiente por el señor Vélez Cardona, desde el mes de junio de 2009, hasta febrero de 2016[12].

4.2.1.3. En tercer lugar, en la misma providencia de mayo de 2018, se ofició a la Nueva EPS para que informara si había recibido alguna solicitud de remisión del caso del señor Vélez Cardona al área de medicina laboral, con el propósito de ser evaluado por los médicos de dicha especialidad y obtener la expedición de un concepto de rehabilitación integral; o si había procedido en tal sentido, sin que mediara algún requerimiento de parte. De igual forma, se le ordenó remitir una copia actualizada de la historia clínica del tutelante.

4.2.1.3.1. La Nueva EPS informó que no había recibido ninguna solicitud del peticionario dirigida a obtener una valoración por parte del área de medicina laboral y que, con tal finalidad, le corresponde al interesado solicitar una cita médica en la EPS. También señaló que no tiene en su poder ninguna historia clínica del demandante, porque no archiva los historiales médicos de sus afiliados, salvo que éstos sean atendidos en las instituciones prestadoras de salud de su red primaria, condición que no se cumple en el caso del señor Vélez Cardona, quien recibió atención en una IPS de la red externa.

4.3. Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución

4.3.1. En este caso, el accionante solicita al Fondo de Pensiones Porvenir S.A. que le realice la calificación de pérdida de capacidad laboral, por cuanto durante algunos años realizó cotizaciones a dicho fondo y ello le genera la expectativa de ser beneficiario de una pensión de invalidez, debido a que por su estado de salud, ya no le es posible continuar trabajando para pagar los aportes pensionales. Con fundamento en lo anterior, este Tribunal debe determinar si Porvenir S.A. ha vulnerado los derechos a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna y al debido proceso del señor Pedro Luis Vélez Cardona, al negarse a calificar su pérdida de capacidad laboral, como consecuencia de la ausencia de un concepto

de rehabilitación y de las incapacidades médicas derivadas de su enfermedad, sin tener en cuenta que el accionante pertenece al régimen subsidiado de salud y que, por ende, la EPS a la que está afiliado no le es posible expedir tales documentos[13].

4.3.2. Con el fin de resolver el problema jurídico propuesto, inicialmente esta Sala (i) realizará el examen de procedencia de la acción de tutela; luego de lo cual (ii) expondrá el alcance del derecho a la seguridad social y de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. A continuación, (iii) explicará el régimen legal y jurisprudencial que rige el proceso de la calificación de pérdida de capacidad laboral. Con sujeción a lo expuesto, (v) concluirá con la solución del caso concreto.

4.4. Examen de procedencia de la acción de tutela

4.4.1. En cuanto a la legitimación por activa, el artículo 86 de la Constitución Política dispone el derecho de toda persona de reclamar mediante acción de tutela la protección inmediata de sus derechos fundamentales. Este precepto constitucional se desarrolla en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en el que se consagra que “la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”.

En el caso bajo examen, el señor Pedro Luis Vélez Cardona se encuentra legitimado en la causa por activa para interponer la acción de tutela, porque se trata de una persona natural, que actúa en nombre propio y quien afirma estar siendo afectado en sus derechos a la seguridad social y al debido proceso, como consecuencia de la negativa por parte de Porvenir S.A. de realizar un proceso de calificación por pérdida de capacidad laboral, cuyo dictamen requiere con el fin de poder tramitar el reconocimiento de una pensión de invalidez.

4.4.2. Respecto de la legitimación por pasiva, el artículo 86 del Texto Superior establece que la tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos

fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por el actuar de los particulares, en los casos previstos en la Constitución y en la ley[14]. En este contexto, según lo señalado de manera reiterada por la Corte, en lo que respecta a esta modalidad de legitimación, es necesario acreditar dos requisitos, por una parte, que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y por la otra, que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión[15].

En el asunto sub-judice, se encuentra acreditado el requisito de legitimación en la causa por pasiva de Porvenir S.A., por tratarse de un particular que presta un servicio público, como lo es el servicio de seguridad social[16], según lo dispone el artículo 86 de la Constitución y el numeral 3 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991[17]; y porque la presunta actuación que se considera lesiva de los derechos fundamentales invocados por el accionante, se relaciona con una supuesta omisión por parte de la entidad demandada, que se vincula directamente con el cumplimiento del objeto social a su cargo.

En efecto, el accionante fundamenta su solicitud de calificación de pérdida de capacidad, no en la concreción de un riesgo laboral, caso en el cual tendría que involucrarse en la causa a la ARL en la que estuvo afiliado, sino en una afectación de origen común, de manera que, al estar inscrito al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., es a dicha entidad a quien, dado el caso, le correspondería pagar una eventual pensión de invalidez[18].

En cuanto a Seguros Alfa S.A., no se acredita legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, en su condición de particular, no tiene a su cargo la prestación de un servicio público, ni con su conducta está afectando gravemente el interés colectivo y tampoco tiene respecto del accionante una relación de subordinación o indefensión. Sin embargo, la Sala encuentra que, en este caso, la aseguradora tiene la condición de tercero con interés, por cuanto, eventualmente, podría ser afectada con la decisión que aquí se adopte. Lo anterior, en la medida que el accionante solicita la calificación de pérdida de capacidad laboral sin invocar un riesgo de carácter laboral, de manera que, si se cumplen los requisitos exigidos para acceder a una pensión de invalidez de origen común, su pago le corresponderá a Porvenir S.A., y su monto será financiado, en una parte, por la aseguradora con la que se

contrató el seguro previsional que cubre las contingencias de los afiliados a dicho fondo[19], hecho del cual también se deriva que sea esta compañía aseguradora quien deba realizar una eventual calificación de pérdida de capacidad laboral.

Por último, en relación con la Nueva EPS, la Sala encuentra que, aunque se trata de una empresa que está encargada de la prestación del servicio público de salud[20], en este caso, la presunta actuación vulneradora de los derechos del accionante no está relacionada con su rol como prestador del citado servicio, motivo por el cual, se considera, carece de legitimación en la causa por pasiva.

4.4.3. Como requisito de procedibilidad, la acción de tutela también exige que su interposición se haga dentro de un plazo razonable, contabilizado a partir del momento en el que se generó la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, de manera que el amparo responda a la exigencia constitucional de ser un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente (CP art. 86), con miras a asegurar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza[21]. Este requisito ha sido identificado por la jurisprudencia de la Corte como el principio de inmediatez[22].

La Sala considera que este requisito se cumple en el asunto bajo examen, pues entre la fecha en la cual el accionante recibió respuesta negativa a su solicitud de práctica de la calificación de pérdida de capacidad laboral (13 de septiembre de 2017) y aquella en la que se interpuso la demanda de tutela (el día 20 del mismo mes y año), no transcurrió más de una semana, plazo que se ajusta a las reglas de razonabilidad que explican la procedencia del amparo.

4.4.4. Como exigencia general de procedencia de la acción de tutela, conforme con el artículo 86 de la Carta y el Decreto 2591 de 1991, se destaca el carácter subsidiario del cual está revestida, y que, tal como lo ha expresado la Corte en varias de sus sentencias, autoriza su uso en alguna de las siguientes hipótesis: (i) cuando no exista otro medio de defensa judicial que permita resolver el conflicto relacionado con la supuesta vulneración de un derecho fundamental; o cuando, aun existiendo; (ii) dicho mecanismo no resulta eficaz ni idóneo para la protección del derecho; o cuando, incluso, (iii) a pesar de brindar un remedio integral, sea necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la

consumación de un perjuicio irremediable.

Como supuesto básico en el examen de procedencia, este Tribunal ha objetado la valoración genérica de los medios ordinarios de defensa judicial, pues ha considerado que en abstracto cualquier mecanismo puede ser considerado eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales. Por esta razón, la jurisprudencia ha sido enérgica en afirmar que la eficacia de la acción ordinaria solo puede prodigarse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto.

En el asunto sub-judice, la discusión que se propone gira en torno a la práctica de la calificación de pérdida de capacidad laboral pretendida por el señor Vélez Cardona, cuya realización le fue negada por parte de Porvenir S.A., bajo el argumento de que le debían remitir un concepto de rehabilitación integral y copia de las incapacidades médicas que hubiere tenido el peticionario, a fin de dar inicio a dicho procedimiento.

4.4.4.1 En materia de controversias que pueden suscitarse con ocasión de la prestación de los servicios de seguridad social entre los afiliados y las entidades administradoras o prestadoras, el numeral 4 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo señala que la competencia para resolverlas está en cabeza de la jurisdicción ordinaria laboral. Asimismo, el legislador atribuyó a los jueces de la misma especialidad la resolución de conflictos entre otros actores del sistema, como beneficiarios, usuarios y empleadores, exceptuando aquellos conflictos que se deriven de la responsabilidad médica y las relacionadas con contratos[23].

De esta manera, la calificación por pérdida de capacidad laboral constituye una obligación derivada del sistema de seguridad social, de suerte que 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[24], y el afiliado que lo solicita, son ejemplos de controversias que corresponde conocer a la jurisdicción ordinaria laboral, según la regla de competencia previamente mencionada y que hace parte del Código Procesal del Trabajo[25].

4.4.4.2. En la cuestión que ocupa a la Sala, se observa que si bien existe la posibilidad de que el señor Vélez Cardona acuda ante la jurisdicción ordinaria para reclamar la práctica de

la calificación de pérdida de capacidad laboral, tal mecanismo de defensa no es idóneo ni eficaz para resolver la problemática planteada por el accionante. Ello es así, en primer lugar, porque Porvenir S.A. alega la existencia de un condicionamiento de naturaleza legal que le impide realizar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, referente a que dicho trámite exige la acreditación de incapacidades previas y del concepto desfavorable de recuperación proferido por la EPS a la cual se encuentra afiliado el actor[26], requisitos que si bien hacen parte del ordenamiento jurídico, no pueden ser satisfechos por este último, dado que en su actual condición se encuentra afiliado al régimen subsidiado en salud, en donde no es posible proferir tales documentos, circunstancia que obliga a abordar el estudio de este caso desde una perspectiva eminentemente constitucional, con miras a determinar si dicha limitación supone, en el asunto sub-judice, una actuación arbitraria que sacrifica los derechos a la seguridad social y al debido proceso del actor.

Y, en segundo lugar, porque la Sala observa que el señor Vélez Cardona padece una enfermedad autoinmune y degenerativa (síndrome de Guillain-Barré), que hace que con el paso del tiempo su estado de salud se deteriore y, en consecuencia, carezca de las condiciones físicas necesarias para esperar los resultados de un proceso ordinario, dado su clara condición de persona en situación de debilidad manifiesta.

Establecida entonces la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto, se continuará con el examen de los asuntos de fondo, siguiendo los temas propuestos en el acápite 4.3.2 de esta providencia.

4.5. El derecho a la seguridad social y la pensión de invalidez. Reiteración de jurisprudencia

4.5.1. La seguridad social se encuentra consagrada expresamente en el artículo 48 de la Constitución Política, el cual le reconoce la doble condición de (i) “derecho irrenunciable”, que se debe garantizar a todos los habitantes del territorio nacional; y (ii) “servicio público de carácter obligatorio”, que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, por entidades públicas o privadas, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

El legislador, en desarrollo del deber constitucional de diseñar un sistema de seguridad

social integral, orientado en los principios antes mencionados, expidió la Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”. Dicho sistema se encuentra estructurado con el objetivo de procurar el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos, mediante la protección de las principales contingencias que los afectan[27], a partir de cuatro componentes básicos: i) el Sistema General de Pensiones; ii) el Sistema General de Salud; iii), el Sistema General de Riesgos Laborales; y iv) los servicios sociales complementarios[28].

4.5.2. En lo que respecta al Sistema General de Pensiones, el artículo 10 de la Ley 100 de 1993 consagra como su principal objetivo el de “garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte”, para que una vez ocurridas dichas contingencias y bajo el cumplimiento de los requisitos legales, se proceda al reconocimiento de las pensiones de jubilación, invalidez y sobrevivientes de los afiliados, o de sus beneficiarios o al otorgamiento de las prestaciones sociales que operan en su reemplazo, como ocurre con la devolución de saldos o con el pago de indemnizaciones por pérdida de la capacidad laboral, según se establezca en la ley. Para el cumplimiento de la mencionada finalidad, en lo que respecta a los riesgos de origen común, como lo es el que se invoca por el actor, se estructuraron dos regímenes solidarios excluyentes, pero que coexisten. Así, por un lado, se encuentra el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el cual comprende un fondo común de naturaleza pública integrado por los aportes realizados por cada uno de los afiliados al sistema y gestionado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones y, por otro lado, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el cual es un sistema en el que las pensiones se financian a través de la cuenta de ahorro individual del afiliado, a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

4.5.3. En relación con la pensión de invalidez de origen común, esta ha sido definida como aquella prestación pecuniaria en favor del trabajador que, como consecuencia de una enfermedad o accidente de causa no laboral, ha perdido el 50% o más de sus facultades físicas o mentales, de tal forma que no puede continuar o retomar el desempeño de un trabajo. Para tales efectos, la jurisprudencia constitucional ha definido el estado de invalidez como aquella “situación física o mental que afecta a la persona a tal punto que no puede valerse por sí sola para subsistir y vivir dignamente y le impide desarrollar una actividad laboral remunerada”[29].

Acorde con dicha definición, la misma jurisprudencia ha precisado que “un elemento definidor del estado de invalidez, es el hecho de que la persona por sí misma no puede procurarse los medios para una vida digna y decorosa, que se adquieren normalmente de una actividad remunerada; presumiéndose, en principio, que la estructuración de la invalidez está íntimamente ligada a las circunstancias del trabajo desempeñado y las condiciones de salud física o mental[30] de la persona, que le impidieron seguir laborando”[31]. Sobre esta base, el reconocimiento de la pensión de invalidez pretende inicialmente proteger el derecho al mínimo vital y a la vida digna del afiliado, que al ver disminuida su capacidad laboral no puede continuar generando ingresos, así como de su núcleo familiar, que ve comprometida su calidad de vida.

4.5.4. Respecto de la pensión de invalidez de origen común, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, prevé que para acceder a dicha prestación se requiere que la persona haya sido declarada inválida, es decir, que haya sido calificada con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%; y, además, que acredite haber “cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración”. Cumplido dichos requisitos, corresponderá al Fondo de Pensiones al cual se encuentra afiliado el trabajador, reconocer dicha prestación pensional con fundamento en las reglas de montos fijadas en el artículo 40 de la citada ley, la cual varía según el porcentaje de invalidez dictaminado.

De igual manera, la Corte ha dicho que se puede acceder al reconocimiento de este derecho con base en la figura de la condición más beneficiosa, conforme a la cual es posible que se examine una solicitud de reconocimiento pensional a la luz de normas anteriores a la vigente al momento de estructurarse la pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%[32].

En todo caso, más allá del régimen normativo en que se soporte la reclamación de una pensión de invalidez, lo cierto es que cualquier solicitante, sin importar su origen y si cotiza en el régimen de prima media o en el de ahorro individual, requiere ser calificado mediante un dictamen de pérdida de capacidad laboral, asunto que será tratado en el acápite siguiente.

4.6. Régimen legal del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral y contenido

jurisprudencial de este derecho

4.6.1. En el contexto del reconocimiento de una pensión de invalidez, cualquiera que sea su origen (común o laboral), el ordenamiento jurídico impone que el estado de invalidez se determina a través de una valoración médica que conlleva a una calificación de pérdida de capacidad laboral, la cual es realizada por las entidades autorizadas por la ley. Con dicha calificación se dictamina el porcentaje de afectación, el origen de la pérdida de y la fecha en la que se estructuró. Como ya fue señalado, se considera inválida la persona que haya sido calificada con el 50% o más de pérdida capacidad laboral.

4.6.2. 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, el cual impone la participación activa del afiliado, de las entidades que intervienen en el proceso de calificación y de los sujetos responsables del reconocimiento y pago de dicha prestación[33].

Con la expedición del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993[34], las entidades encargadas de determinar, en una primera oportunidad, la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias son Colpensiones, las Administradoras de Riesgos Laborales[35], las Compañías Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y las Entidades Promotoras de Salud.

4.6.3. Tratándose de enfermedades de origen común, como lo es la que se invoca por el actor, se tiene que una vez ocurrido el hecho generador del posible estado de invalidez, la EPS deberá emitir el concepto de rehabilitación, favorable o no, antes del día 120 y enviarlo antes del día 150 de incapacidad temporal al fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el solicitante. Este último deberá iniciar el trámite, bien sea directamente –en el caso de Colpensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida– o a través de las entidades aseguradoras que asumen el riesgo de invalidez[36] –en el caso de las administradoras de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad–.

Agotada la primera valoración, el inciso 2 del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, establece que si el interesado no está de acuerdo con la calificación realizada, dentro de los cinco días siguientes a la manifestación que hiciere sobre su inconformidad, podrá acudir a las Juntas de Calificación de Invalidez del orden regional[37], cuya decisión será apelable ante la Junta

Nacional.

En todo caso, de manera excepcional, es posible que los interesados acudan directamente a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, como lo dispone el artículo 29 del Decreto 1352 de 2013, en donde se señala lo siguiente:

“Artículo 29. Casos en los cuales se puede recurrir directamente ante las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez. El trabajador o su empleador, el pensionado por invalidez o aspirante a beneficiario podrán presentar la solicitud de calificación o recurrir directamente a la Junta de Calificación de Invalidez en los siguientes casos:

a) Si transcurridos treinta (30) 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 (540) 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.

b) Cuando dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación de la inconformidad, conforme al artículo 142 del Decreto número 19 de 2012, las entidades de seguridad social no remitan el caso ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez. (...)”

Explicado lo anterior, se concluye que, por regla general, las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez intervienen para decidir las controversias que surjan respecto de los dictámenes emitidos en primera oportunidad por las entidades enlistadas en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y que, solo excepcionalmente, en los dos casos expuestos ut supra, se puede acudir de forma directa ante ella, con miras a obtener la calificación de la pérdida de capacidad laboral.

4.6.4. En este orden de ideas, una vez expuesto el marco normativo del proceso de calificación, la Sala hará una breve exposición del alcance que se le ha dado a este proceso jurisprudencialmente y a su connotación como derecho.

Sobre este punto, se tiene que la Corte de forma sistemática ha sostenido que la calificación de pérdida de capacidad laboral es un derecho que tienen todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social, sin distinción alguna, pues es el medio para acceder a la garantía de otros derechos como la salud, el mínimo vital y la seguridad social, en tanto permite establecer si una persona tiene derecho a las prestaciones asistenciales o económicas que se consagran en el ordenamiento jurídico, por haber sufrido una enfermedad o accidente[38]. En concreto, en la Sentencia T-038 de 2011[39], se advirtió que:

“tal evaluación [la calificación de pérdida de capacidad laboral] 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 la originan la disminución de la capacidad laboral.”

Atendiendo a 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 ésta para lograr la obtención de prestaciones económicas y asistenciales, de las cuales dependan los derechos fundamentales a la seguridad social o al mínimo vital, se considera que todo acto dirigido a dilatar o negar injustificadamente su realización, es contrario a la Constitución y al deber de protección de las garantías iusfundamentales en que ella se funda.

4.6.5. En conclusión, se tiene que el Sistema de Seguridad en Pensiones protege la contingencia de la invalidez originada por un riesgo común, a través del reconocimiento y pago de una prestación pensional en favor de aquellos trabajadores que, como consecuencia de un accidente o enfermedad no provocada, y de origen no laboral, ven afectada su capacidad laboral, y con ello la posibilidad de continuar procurando su auto sostenimiento. Para tal efecto, el legislador ha estructurado un trámite destinado a establecer el estado de invalidez que, en plena garantía del derecho constitucional al debido proceso, permite resolver, de manera definitiva, el porcentaje global de pérdida de capacidad laboral, el origen de dicha contingencia y la fecha de su estructuración, dictamen que se convierte en el soporte de los derechos al mínimo vital, a la vida digna y a la

seguridad social en los términos ya expuestos.

4.7. Caso Concreto

4.7.1. En el presente caso, se busca establecer si Porvenir S.A. vulneró los derechos constitucionales del accionante a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna y al debido proceso con la decisión de negar la calificación de pérdida de capacidad laboral, la cual requiere para iniciar el trámite de reconocimiento de una pensión de invalidez de origen común[40], como consecuencia de una enfermedad degenerativa y autoinmune que padece. Frente a lo anterior, el citado fondo de pensiones alega que el actor debe aportar un concepto médico de rehabilitación integral y copia de las incapacidades médicas que le fueren decretadas, omitiendo que el señor Vélez Cardona pertenece al régimen subsidiado de salud y que en él no se expiden dichos documentos.

4.7.2. De las pruebas que obran en el expediente se tiene que (i) el actor se encuentra diagnosticado desde el 22 de junio de 2017 con el síndrome de Guillain-Barré y (ii) que para marzo de 2018, los síntomas de su enfermedad empeoraron, al punto de tener que usar silla de ruedas. De hecho, en la última visita al servicio de salud se anotó en su historia clínica que es una persona “incapacitada para laborar [,] [que] requiere calificación para pensión o ayudas económicas”. Por último, (iii) se advierte que no ha podido iniciar los trámites para el reconocimiento de una pensión de invalidez, pese a contar con algunas semanas de cotización al sistema, pues no ha sido posible que le sea practicada la calificación de pérdida de capacidad laboral.

En este caso, la Sala debe reconocer que para el momento en que Porvenir S.A. se negó a realizar dicha calificación, sólo habían pasado tres meses desde que el actor había sido diagnosticado con el síndrome de Guillain-Barré, por lo que resultaba prematuro determinar, si había o no una enfermedad que le impidiera al señor Vélez Cardona trabajar. Sin embargo, lo cierto es que, a la fecha, el accionante continúa con el mismo diagnóstico, y a existir cotizaciones al sistema, es imposible determinar si le asiste o no derecho a la calificación por él pretendida.

4.7.3. Como se señaló en las consideraciones de esta sentencia, la calificación de pérdida de capacidad laboral es un derecho que le asiste a las personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social, sin distinción alguna, y que cobra gran importancia en tanto 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.

Dentro de este contexto, cabe destacar que, a pesar de que el accionante estuvo afiliado a Porvenir S.A. y que realizó aportes a pensión por un período de tiempo, por su situación de salud y la consecuente incapacidad para seguir trabajando, debió dejar de cotizar y también trasladarse al régimen subsidiado de salud, en el cual no se expiden incapacidades, comoquiera que no existe el derecho a recibir una prestación económica derivada de una incapacidad temporal por enfermedad de origen común. Como consecuencia de ello, el accionante alega que su EPS no ha podido emitir un concepto desfavorable de rehabilitación, pues para tal efecto dicha entidad le exige contar con un determinado número de días de incapacidad, las cuales, por la razón ya esbozada, no han podido generarse[41].

Como se deriva de los hechos expuestos, en este caso, la no realización de la calificación por pérdida de la capacidad laboral al accionante, está repercutiendo en la garantía de sus derechos constitucionales. En primer lugar, se afecta su derecho a la seguridad social, comoquiera que se le está impidiendo iniciar el trámite dirigido a obtener como pretensión final una pensión de invalidez, por haber cotizado al Sistema de Seguridad Social, para cubrir una contingencia derivada de la enfermedad que le fue diagnosticada y que le impide trabajar. En este punto ha de recordarse, como fue dicho en las consideraciones generales de esta providencia, que la pensión es una prestación pecuniaria que pretende proteger el derecho a la vida digna y a mínimo vital del afiliado, que al ver disminuida su capacidad laboral no puede continuar generando ingresos, al mismo tiempo que ampara a su núcleo familiar, el cual puede ver comprometida su calidad de vida, sin el otorgamiento de dicha prestación.

En segundo lugar, existe una afectación al debido proceso, toda vez que se le está imponiendo al actor una barrera injustificada para obtener un dictamen que determine su pérdida de capacidad laboral y que, en caso que corresponda, le permita iniciar el trámite para obtener el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez. Esta última circunstancia plantea también una eventual afectación del derecho al mínimo vital, ya que, en razón de su enfermedad, el accionante no pudo continuar trabajando y aún no puede iniciar el trámite para obtener la cobertura de protección jurídica que brinda el

ordenamiento jurídico por el riesgo derivado de la enfermedad que padece, de manera que se encuentra en un escenario en el que no percibe ingreso alguno[42].

Así las cosas, a pesar de la ausencia del concepto de rehabilitación y a que efectivamente –como lo alega Porvenir S.A.– dicha exigencia se consagra en la ley (artículo 41 de la Ley 100 de 1993), es forzoso concluir que hay lugar a realizar la calificación al accionante, con miras a proteger los derechos constitucionales, previamente mencionados, en especial, si se tiene en cuenta la situación específica de salud que padece, la cual se ha mantenido por más de un año y que, según su médico, pareciera no tener pronóstico de recuperación[43].

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que ordenar la realización de un concepto de rehabilitación dilataría aún más en el tiempo el eventual reconocimiento de una pensión de invalidez, máxime cuando dicho concepto cumple con funciones que en este caso resultan innecesarias, pues es claro que en el sub-judice no se han decretado incapacidades que supongan determinar a quién corresponde su pago y tampoco hay lugar a establecer si debe llevarse a cabo una reincorporación, readaptación o reubicación ocupacional, pues, se reitera, el accionante actualmente pertenece al régimen subsidiado de salud y no puede ejercer ninguna actividad laboral[44].

4.7.4. Una vez establecido por la Corte que el señor Vélez Cardona tiene derecho a ser calificado, corresponde determinar en cabeza de quién está dicha obligación. Al respecto, según lo dispone el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, le corresponde, en una primera oportunidad, a Colpensiones, a las Administradoras de Riesgos Laborales, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las EPS, proferir el dictamen que determina la pérdida de capacidad laboral.

En este caso, el accionante acude al fondo de pensiones Porvenir S.A.[45], pues realizó aportes a dicha administradora, de suerte que, en caso de cumplirse los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993, será ésta a quien le corresponda asumir el pago de la pensión de invalidez del accionante. Así las cosas, dado que no se busca obtener prestaciones del sistema de salud, es al fondo a quien le compete, a través de Alfa Seguros S.A. –compañía de seguros con quien Porvenir S.A. contrató el seguro previsional para asumir el riesgo de invalidez de sus afiliados–, efectuar el dictamen de calificación de

pérdida de la capacidad laboral.

4.7.5. Así las cosas, se ordenará al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que en el término máximo de un (1) mes siguiente a la notificación de esta sentencia, proceda a adelantar todos los trámites pertinentes –médicos y administrativos– para que el señor Pedro Luis Vélez Cardona sea calificado según los lineamientos legales del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, los criterios técnico-científicos dispuestos en el Manual Único de Calificación de la Invalidez y demás normas concordantes y complementarias.

Para efectos del cumplimiento de la citada orden, Porvenir S.A. podrá solicitar las historias clínicas del accionante, en especial, al Hospital Universitario San Vicente Fundación y al E.S.E. Hospital Santamaría – Santa Bárbara Antioquia, instituciones en las que el actor ha sido atendido por su enfermedad. Adicionalmente, deberá informar al señor Vélez Cardona cuáles recursos caben contra el dictamen que se profiera y, en caso de que el asunto llegue a conocimiento de la Junta Regional o Nacional de Invalidez, deberá adjuntar al expediente copia de la presente acción de tutela y un escrito en el que consten las razones por las cuales en este caso no existe un concepto desfavorable de rehabilitación.

4.7.6. Conforme a lo expuesto, la Sala deberá revocar la decisión adoptada el 2 de octubre de 2017 por el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín que negó la acción de tutela y, en su lugar, conceder el amparo de los derechos a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna y al debido proceso del accionante, a través de la orden de protección descrita en el párrafo anterior.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la decisión adoptada el 2 de octubre de 2017 por el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, que denegó la tutela solicitada por el accionante contra Porvenir S.A. En su lugar, **CONCEDER** el amparo a los

derechos del señor Pedro Luis Vélez Cardona a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna y al debido proceso.

SEGUNDO.- ORDENAR al representante legal de Porvenir S.A., que dentro en el término máximo de un (1) mes siguiente a la notificación de esta sentencia, proceda a adelantar todos los trámites pertinentes –médicos y administrativos– para que el señor Pedro Luis Vélez Cardona sea calificado según los lineamientos legales del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, los criterios técnico-científicos dispuestos en el Manual Único de Calificación de la Invalidez y demás normas concordantes y complementarias.

Para efectos del cumplimiento de la citada orden, Porvenir S.A. podrá solicitar las historias clínicas del accionante, en especial, al Hospital Universitario San Vicente Fundación y al E.S.E. Hospital Santamaría – Santa Bárbara Antioquia, instituciones en las que el actor ha sido atendido por su enfermedad. Adicionalmente, deberá informar al señor Vélez Cardona cuáles recursos caben contra el dictamen que se profiera y, en caso de que el asunto llegue a conocimiento de la Junta Regional o Nacional de Invalidez, deberá adjuntar al expediente copia de la presente acción de tutela y un escrito en el que consten las razones por las cuales en este caso no existe un concepto desfavorable de rehabilitación.

TERCERO.- Por Secretaría General, líbrese la comunicación prevista en el Artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

MARTHA VÍCTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] La tutela se dirige también contra Seguros Alfa S.A. por ser la compañía contratada por Porvenir S.A. para cubrir las contingencias de invalidez y muerte de sus afiliados.

[2] “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”.

[3] La Nueva EPS fue vinculada al proceso mediante el Auto del 21 de septiembre de 2017 (folio 21 del cuaderno principal).

[5] Folios 6 a 13 del cuaderno principal.

[6] Folios 15 a 17 del cuaderno principal.

[7] Folio 19 del cuaderno principal.

[8] Folio 42 del cuaderno principal.

[9] Folio 45 del cuaderno principal.

[10] Folios 82 a 84 del cuaderno de revisión.

[11] Folio 84 del cuaderno de revisión.

[12] Folios 34 a 36 del cuaderno de revisión.

[13] Debe aclararse que si bien en la tutela se invocan como vulnerados los derechos a la integridad física, a la familia y a la salud, los hechos y circunstancias descritas, llevan a concluir que los derechos posiblemente afectados son la seguridad social, el mínimo vital, la vida digna y el debido proceso, en virtud de la atribución del juez constitucional de identificar el alcance de las actuaciones y de precisar los bienes constitucionales protegidos.

[14] El artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 consagra las hipótesis de procedencia de la acción de tutela contra particulares.

[15] Al respecto, en la Sentencia T-1001 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería, se expuso que: “la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna improcedente (...)”.

[16] Constitución Política. “Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. (...)”.

[17] Las normas en cita establecen que: “Artículo 86. (...) La ley establecerá los casos en los 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.” “Artículo 42. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: (...) 3. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos”. (Negrillas fuera del texto original).

[18] Ley 100 de 1993. “Artículo 59. Concepto. El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, de acuerdo con lo previsto en este Título.” y “Artículo 90. Entidades administradoras. Los fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad serán administrados por las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, cuya creación se autoriza.”

[19] Ley 100 de 1991. “Artículo 70. Financiación de la pensión de invalidez. Las pensiones de invalidez se financiarán con la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, el bono pensional si a éste hubiere lugar, y la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. La suma adicional estará a cargo

de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes.” (Negrilla fuera del texto original).

[20] Decreto 2591 de 1991. “Artículo 42. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: (...) 2. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud.”. (Negrilla fuera del texto original).

[21] Precisamente, el artículo 86 dispone que: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)”. (Negrilla fuera del texto original).

[22] Véanse, entre otras, las Sentencias T-1140 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-279 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-832 de 2012, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-719 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-201 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-153 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa, T-106 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-138 de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[23] Ley 1564 de 2012, art. 622, el cual modificó el artículo 2 de la Ley 712 de 2001.

[24] El artículo 41 de 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.

[25] La norma en cita dispone lo siguiente: “Artículo 2o. Competencia general. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> 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 el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> 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. El nuevo texto es el siguiente:> La calificación de la suspensión o paro colectivo del trabajo”. (Negrilla fuera del texto original).

[26] Ley 100 de 1993, art. 41.

[27] Tales contingencias son, entre otras, la enfermedad, la invalidez y la muerte.

[28] Sentencia SU-130 de 2013, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[29] Sentencia T-262 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[30] Sentencias T-710 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez y T-561 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[31] Sentencia T-337 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[32] Sentencia SU-442 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa.

[33] 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, M.P. Alejandro Linares Cantillo y T-672 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[34] “Artículo 41. Calificación del estado de invalidez. <Artículo modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral. // Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales. // El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional. // Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad. // Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones

otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. // Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto. // <Texto adicionado por el artículo 18 de la Ley 1562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio de lo establecido en este artículo, respecto de la calificación en primera oportunidad, corresponde a las Juntas Regionales calificar en primera instancia la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y determinar su origen. // A la Junta de Calificación Nacional compete la resolución de las controversias que en segunda instancia sean sometidas para su decisión por las Juntas Regionales. // <*Texto corregido en los términos de la Sentencia C-458-15> La calificación se realizará con base en el manual único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, vigente a la fecha de calificación, que deberá contener los criterios técnicos-científicos de evaluación y calificación de pérdida de capacidad laboral porcentual por sistemas ante una deficiencia, discapacidad y minusvalía <e invalidez*> que hayan generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente.”

[35] Antes de la promulgación de la Ley 1562 de 2012 las Administradoras de Riesgos Laborales (ARL) se denominaban Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP).

[36] El artículo 70 de la Ley 100 de 1993 establece que la pensión de invalidez se financiará con “la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, el bono pensional si a éste hubiere lugar, y la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. La suma adicional estará a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes”. (Negrilla fuera del texto original). Así las cosas, los fondos privados de pensiones deben contratar seguros previsionales para garantizar la financiación de las pensiones de invalidez o de sobrevivencia de sus afiliados.

[37] El Decreto 1352 de 2013 “[p]or el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones” y que fue compilado en el Decreto 1072 de 2015, establece el trámite que se debe dar a las controversias que se presenten respecto de los dictámenes de pérdida de capacidad laboral emitidos en primera oportunidad por las entidades señaladas en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

[39] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[40] Sobre el eventual reconocimiento de una pensión de invalidez, se conoció en sede de revisión que el accionante realizó los aportes correspondientes a pensión en Porvenir S.A. hasta el mes de febrero de 2016. Folio 36 del cuaderno de revisión.

[41] Esta afirmación del accionante está soportada en la respuesta de la EPS, quien informó que no es posible emitir un concepto de rehabilitación al accionante, toda vez que, por pertenecer al régimen subsidiado de salud no cuenta con la prestación económica derivada de una incapacidad temporal por enfermedad de origen común, de manera que al no tener incapacidades médicas radicadas, no cumple con los criterios de remisión. Adicionalmente, la EPS agrega que el accionante no registra historial de afiliación a una entidad administradora de fondo de pensiones.

[42] Al respecto, el accionante sostiene que no cuenta con ingresos y que debe atender las necesidades económicas de sus padres.

[43] Sobre este punto se insiste en que el médico que lo atendió en el E.S.E. Hospital Santamaría – Santa Bárbara Antioquia, consignó en la historia clínica que el señor Vélez Cardona está incapacitado para trabajar y que requiere iniciar trámites para pensión o ayudas económicas. (Folio 84 del cuaderno de revisión).

[44] Según el Manual Único de Calificación de Invalidez (Decreto 1507 de 2014), la rehabilitación integral, consiste en el: “Conjunto de acciones realizadas en el que se involucra el usuario como sujeto activo de su propio proceso, con el objetivo de lograr su reincorporación, reubicación, readaptación o reinserción laboral y ocupacional, mantener la máxima autonomía e independencia en su capacidad física, mental y vocacional, así como la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida.”

[45] En este punto cabe recordar que a pesar de la ausencia de cotizaciones para pensión del accionante, la afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente y no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, sin perjuicio de que se pase a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones (artículo 13 del Decreto 692 de 1994, compilado en el Decreto 1072 de 2015).