

REPÚBLICA DE COLOMBIA

DEPARTAMENTO DE ARAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada ponente

Aprobado mediante Acta de Sala No. 0437

Proceso:	ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
Radicación:	81736318900120220038001 Enlace link
Accionante:	Rosa Mirian Rangel Ruiz
Agente oficioso:	Ediard Orestes González Rangel
Accionados:	Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio “FOMAG”, FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal Red Integrada FOSCAL-CUB
Derechos invocados:	Seguridad social, mínimo vital, derecho de petición, debido proceso.
Asunto:	Sentencia

Sent. No.0112

Arauca (A), cuatro (4) de octubre dos mil veintidós (2022)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decidir la impugnación presentada por la UNIÓN TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL CUB, contra la sentencia proferida el 26 de agosto del 2022 por el JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SARAVERENA¹.

2. ANTECEDENTES

¹ Rafael Enrique Fontecha Barrera – Juez

2.1. Del escrito de tutela.²

La señora ROSA MIRIAN RANGEL RUIZ presenta acción de tutela contra el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FOMAG, FIDUPREVISORA S.A y la UT- RED INTEGRADA FOSCAL en defensa de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, derecho de petición y debido proceso de su hijo EDIARD ORESTES GONZÁLEZ RANGEL, persona con discapacidad “*intelectual*”, diagnosticado con “*problemas relacionados con la limitación de las actividades debido a discapacidad, retraso mental leve: deterioro del comportamiento nulo o mínimo, trastorno afectivo bipolar- no especificado*”.

Sostiene que, como consecuencia del fallecimiento del señor RODOLFO OVIDIO GONZÁLEZ GONZÁLEZ³, padre de EDIARD ORESTES, fue desvinculado del sistema de salud del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FOMAG, pero por sentencia del 10 de junio de 2022 un Juez Constitucional ordenó la vinculación nuevamente como beneficiario y de forma temporal, mientras adelantan las gestiones pertinentes para el reconocimiento de las prestaciones pensionales.

Que el 16 de junio y 07 de julio del presente año, solicitó ante las entidades demandadas realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral, requisito indispensable para que el agenciado pueda acceder a la pensión sustitutiva. No obstante, la UT- RED INTEGRADA FOSCAL-CUB respondió que los beneficiarios del sistema no gozan del derecho a dicho dictamen; mientras que, la FIDUPREVISORA S.A. como vocera y administradora de los recursos del FOMAG, guardó silencio.

Afirma que dependían económicamente de los ingresos que percibía el causante, y, ahora, subsisten de la ayuda económica brindada por NADIA TAMAR GONZÁLEZ RANGEL- hermana de EDIARD ORESTES, pero ella tiene su propio hogar y necesidades personales.

Pretensiones:

“PRIMERA: Tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, derecho de petición y debido proceso de los accionante.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, de manera muy respetuosa solicito que se ordene a las accionadas, que dentro del ámbito de sus

² Presentado el 11 de agosto de 2022.

³ Docente Pensionado adscrito al Magisterio. Falleció el 04 de mayo de 2022.

competencias autoricen y realicen el examen de calificación y pérdida de capacidad laboral que requiere el señor Ediard Orestes González Rangel.

Así mismo, que no obstruyan con cualquier trámite innecesario dicha valoración así como cualquier otro requerimiento necesario para tramitar la solicitud de prestaciones pensionales respecto al Ediard Orestes González Rangel”.

Adjunta:

- *Copia cédula de ciudadanía de la sra. Rosa Mirian Rangel Ruiz.*
- *Copia cédula de ciudadanía agenciado.*
- *Copia registro civil de nacimiento.*
- *Copia registro de defunción del señor Rodolfo Ovidio González González.*
- *Copia acta de declaración existencia de unión marital de hecho entre el causante Rodolfo Ovidio González Rangel y Rosa Mirian Rangel Ruiz.*
- *Certificado de discapacidad del sr. Ediard Orestes González Rangel. 09/09/2019 expedido por SALUDVIDA.*
- *Copia historia clínica del sr. Ediard Orestes González Rangel.*
- *Copia sentencia de tutela del 10 de junio de 2022 proferida por el JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SARAVERA.*
- *Oficio vinculación al sistema de salud por la UT RED INTEGRADORA FOSCAL en cumplimiento de la sentencia. 14/06/2022.*
- *Derecho de petición del 16 de junio de 2022 dirigido al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG cuya vocera y administradora es la FIDUPREVISORA S.A. y, la UNIÓN TEMPORAL RED INTEGRADORA FOSCAL- CUB.*
- *Respuesta de la UT RED INTEGRADORA FOSCAL- CUB de fecha 30 de junio de 2022.*
- *Reiteración de la solicitud- 07 de julio de 2022.*
- *Respuesta de la UT RED INTEGRADORA FOSCAL- CUB de fecha 21 de julio de 2022.*
- *Copia de los requisitos que se deben adjuntar para acceder a las prestaciones sociales en el FOMAG y FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DE NIVEL NACIONAL “FOPEP”.*

2.2. Trámite procesal.

Admitido el escrito tutelar⁴, el JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SARAVERA, concede dos (2) días a las entidades accionadas para que rindan informe de conformidad con lo establecido en el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

⁴ Auto de 11 de agosto de 2022.

Vincula a la UT Oriente Región 5, a la Fundación Oftalmológica de Santander – Clínica Carlos Ardila Lule, a la Fundación Médico Preventiva para el Bienestar Social SA y a Colombiana de Salud S.A.

2.3. Respuestas.

Fiduciaria La Previsora- FIDUPREVISORA S.A.

Preliminarmente, da a conocer su naturaleza jurídica y, relación con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así:

“1. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio fue creado por la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica cuyos recursos son administrados por FIDUPREVISORA S.A., en virtud de un contrato de Fiducia Mercantil contenido en la Escritura Pública No. 0083 del 21 de junio de 1990.

2. Teniendo en cuenta lo anterior es necesario señalar que FIDUPREVISORA S.A. es una sociedad Anónima de Economía Mixta de carácter indirecto del orden nacional, sometida al régimen de empresas industriales y comerciales del Estado y en consecuencia no tiene competencia para expedir Actos Administrativos, pues esa facultad se la otorga la Ley a las entidades públicas que ejercen función pública. (Art 93 Ley 489 de 1998).

3. Su objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias, por normas generales y por normas especiales esto es, la realización de los negocios fiduciarios descritos en el Código de Comercio y previstos tanto en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero como en el Estatuto de la Contratación de la Administración Pública.

4. En ese orden de ideas, FIDUPREVISORA S.A. dentro del giro ordinario de sus negocios, y como Administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no tiene la competencia respecto de la prestación de servicios de salud, o administrar planes de beneficios, es más, no tiene la estructura financiera, organizacional, técnica y administrativa para realizar actividades propias de la prestación de servicios de salud y/o como entidad promotora de servicios de salud, debido a que no cuenta con la habilitación expedida por la Secretaría de Salud de los correspondientes Departamentos, para la prestación de dicho servicio o simplemente no tiene el aval para ejercer actividades como Entidad Promotora de Salud, pues su objetivo se itera, no es otro que atender negocios propios de las sociedades fiduciarias que se encuentran regidos por las normas del Estatuto Orgánico Financiero.

FIDUPREVISORA S.A, en desarrollo de sus obligaciones contractuales y en virtud de la existencia del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y por instrucciones del Consejo Directivo del Fondo, como ha quedado anotado, suscribe la contratación de la prestación de los servicios médico-asistenciales en las diferentes regiones del país, conformadas por varias entidades territoriales, para que le sean prestados dichos servicios a los educadores afiliados”. (Sic).

Respecto al estado de afiliación con el agenciado, sostiene que el señor EDIARD ORESTES GONZÁLEZ RANGEL, se encuentra activo como beneficiario en el régimen de excepción del sistema de salud de la entidad.

Aduce que, “el FOMAG en su esencia se comporta como el ADRES, es un ente sin personería jurídica, responsable de recolectar los aportes para salud, pensión, cesantías y demás prestaciones económicas a que tiene derecho el afiliado al FOMAG, como lo es el docente nombrado por el MEN. Así mismo, el FOMAG contrata con las entidades, en este caso, las Uniones Temporales, trasladando todo lo relacionado con el usuario y sus beneficiarios, como son:

1. Gestión del riesgo.
2. Gestión de las actividades de promoción y prevención.
3. Gestión de las actividades de atención en salud, en lo que respecta a la atención de las enfermedades de tipo general, laboral.

El FOMAG, al igual que el ADRES, realiza un aporte por cada usuario, a través de una UPCM teniendo en cuenta su condición de edad, genero, área geográfica y condiciones especiales del territorio donde se encuentra, para que así mismo, dicha entidad, en este caso, UT, se responsabilice de la atención de todos los usuarios, asuma el riesgo y la atención en todo lo que respecta a la salud de los usuarios.

Siendo así, las UT son las que se comportan como EAPB, dado que administran el riesgo de la población, atienden la población en lo que respecta a los servicios de salud con sus IPS propias y a través de la contratación con IPS externas. El FOMAG no establece el tipo de contratación que deba tenerse con dichas entidades, no establece las relaciones contractuales sobre las cuales se establecen la prestación de los servicios de salud”. (Sic).

Aboga por su desvinculación, por cuanto la competente en la prestación de los servicios de salud es la UT RED INTEGRADORA FOSCAL- CUB, a quien solicitará que, **“realice las gestiones correspondientes, conforme a su obligación contractual, la cual puede ser verificada, en el contrato de prestación de servicios que se anexa a este escrito”.**

Solicita “REQUERIR a la UT RED INTEGRADA FOSCAL – CUB es la legitimada para garantizar el servicio de salud y todo lo que de este servicio se derive”.

Fundación Médico Preventiva.

Solicita su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva; toda vez que, el único garante de la prestación de servicios a los docentes del Magisterio afiliados al FONDO DE PRESTACIONES

SOCIALES DEL MAGISTERIO, (Régimen de Excepción) es la IPS UT RED INTEGRADA FOSCAL CUB, en razón que a partir del día 01 de marzo del año 2018, le fue adjudicado el contrato mediante licitación pública.

Ministerio de Educación Nacional.

Señala que la entidad tiene por norma y competencia, objetivo y función principal, la formulación, adopción de políticas, planes y proyectos relacionados con la educación superior en Colombia, con el fin de mejorar el acceso de los jóvenes a este nivel educativo, lo que permite, que el País cuente con ciudadanos productivos, capacitados y con oportunidad de desarrollar plenamente sus competencias, en el marco de una sociedad con igualdad de oportunidades.

Asegura que, es la FIDUPREVISORA S.A. a través de las entidades prestadoras de salud contratadas, la encargada de asegurar la prestación del servicio de salud para los docentes afiliados, pensionados y su núcleo familiar. Por lo tanto, solicita su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.4. Decisión de Primera Instancia⁵.

El JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SARAVERA-ARAUCA, concedió el amparo solicitado y resolvió:

“PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental a la seguridad social reclamado por la señora Rosa Mirian Rangel Ruiz a favor de su hijo Ediard Orestes González Rangel, dentro de la presente acción de tutela ejercida en contra de la Unión Temporal Red Integrada FOSCAL-CUB y otros.

SEGUNDO: ORDENAR a la Unión Temporal Red Integrada FOSCAL-CUB que, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la presente providencia, practique y emita el dictamen de invalidez, así como el certificado de invalidez de hijos mayores, para el señor Ediard Orestes González Rangel, identificado con C.C. N° 17.595.114”.

Consideró que:

“...la accionada UT Red Integrada Foscal – CUB, como entidad encargada de prestar los servicios en salud que requiere el señor Ediard Orestes González, vulnera los derechos fundamentales reclamados, en la medida en que transgrede de forma directa su derecho a la seguridad social y, con ello lesiona el derecho de

⁵ Sentencia del 26 de agosto de 2022

petición y su mínimo vital, pues al negarse a practicar un examen que requiere para adquirir los beneficios pensionales de su fallecido padre, pone en riesgo sus condiciones de vida, las cuales ya se ven afectadas con ocasión de sus diagnósticos y discapacidad.

En este sentido, le asiste razón a la accionante, pues al indicarle que no se encuentra autorizada para emitir el dictamen que determine la pérdida de su capacidad laboral, desatiende el precedente jurisprudencial trazado por la Corte Constitucional; además, olvida que conforme el inciso segundo del artículo 41 de la Ley 100, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, así como el Decreto 1655 de 2015 en su artículo 2.4.4.3.7.1., son las entidades prestadoras de servicios de salud, como en efecto lo es dicha entidad accionada, las que deben determinar el origen de la enfermedad o accidente laboral, así como la calificación de la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez o la incapacidad permanente, en primera instancia”.

2.5. La impugnación⁶.

El Coordinador Regional de la UNIÓN TEMPORAL RED INTEGRADA FOSCAL- CUB, solicita revocar la sentencia del 26 de agosto de 2022. Como fundamento de su solicitud, literalmente señala:

*“El decreto 1655 / 2015 / Artículo 2.4.4.3.7.1. Indica que al prestador de servicios de salud le corresponde realizar la determinación de origen y la calificación de la pérdida de la capacidad laboral de **los docentes vinculados al Magisterio, es decir que se procede con estas actividades mientras el docente se encuentra activo en la nómina.***

*El usuario **EDIARD ORESTES GONZALEZ RANGEL** no ostenta la calidad de Docente Afiliado, pues se encuentra vinculado a esta entidad como **Beneficiario**, motivo por el cual no es procedente la realización de la valoración solicitada por el accionante a cargo de esta entidad”.*

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación es competente para resolver la impugnación propuesta al ser el superior funcional del Juez que profirió la decisión rebatida.

3.2. Procedencia.

Los requisitos generales de procedibilidad son: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) inmediatez; y, (iv) subsidiariedad.⁷

⁶ Presentada el 30 de agosto de 2022

⁷ Corte constitucional, Sentencia T-062 de 2020, Sentencia T-054 de 2018, entre otras.

3.2.1. Legitimación en la causa por activa y por pasiva.

De conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, la tutela puede ser promovida por cualquier persona que considere amenazados o vulnerados sus derechos fundamentales.

Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha considerado que son tres los requisitos que deben cumplirse para hacer uso de la agencia oficiosa, a saber: (i) *que el agente manifieste expresamente que actúa en nombre de otro*; (ii) *que se indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir de él que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa (sin que esto implique una relación formal entre el agente y el titular) y (iii) que el sujeto o los sujetos agenciados se encuentren plenamente identificados.*⁸

En este caso, la señora ROSA MIRIAN RANGEL RUIZ promueve el amparo a favor de su hijo EDIARD ORESTES GONZÁLEZ RANGEL, persona con discapacidad de tipo “*intelectual*” como consta en el certificado de 09 de septiembre de 2019⁹: “*problemas relacionados con la limitación de las actividades debido a discapacidad, retraso mental leve: deterioro del comportamiento nulo o mínimo, trastorno afectivo bipolar- no especificado*”; por lo tanto, se encuentra legitimada por activa.

Tanto la FIDUPREVISORA S.A. y la UT- RED INTEGRADORA FOSCAL señaladas de transgredir los derechos fundamentales, se encuentran legitimadas por pasiva.

3.2.2. Inmediatez.

Se cumple este requisito, si se tiene en cuenta que, el 16 de junio del presente año, la señora ROSA MIRIAN RANGEL RUIZ solicitó a las accionadas realizar la calificación de pérdida de calificación laboral a su hijo, la cual fue reiterada el 07 de julio; la UT RED INTEGRADORA FOSCAL-CUB respondió el 30 de junio y el 21 de julio de 2022, mientras que, la FIDUPREVISORA S.A. guardó silencio. Como la acción de tutela fue presentada el pasado 11 de agosto de 2022, existe un plazo razonable.

⁸ Ver sentencias T-294 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-330 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-667 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-444 de 2012 (M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo), T-004 de 2013 (M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo) y T-545 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-526 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa), entre muchas otras.

⁹ Folio 17 del escrito de tutela y anexos. 01TutelaAnexos .pdf

3.2.3. Subsidiariedad.

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 protección¹⁰.

La Corte Constitucional ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad¹¹. 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”*¹². En estos eventos, el amparo procede como *mecanismo definitivo*¹³. Por otra parte, *“cuando, a pesar de existir un medio de defensa idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable”*¹⁴. En estos casos, la acción de tutela procede como *mecanismo transitorio*.

El Alto 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 manifiesta¹⁵.

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*

¹⁰ Sentencia T-046 de 2019.

¹¹ Sentencia T-662 de 2016 y T-046 de 2019.

¹² Sentencia T-046 de 2019.

¹³ *“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.

¹⁴ Sentencia T-046 de 2019.

¹⁵ Sentencias T- 213 de 2019 y T-100 de 2021.

se advierta, sin mayor discusión, que cumple los requisitos para el reconocimiento de las prestaciones que solicita a través de tutela".¹⁶

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 laboral¹⁷. Asimismo, el legislador les atribuyó a los jueces de la misma especialidad la resolución de conflictos entre otros actores del sistema (los beneficiarios, los usuarios y los empleadores). Esto con excepción de aquellos conflictos que se deriven de la responsabilidad médica y las relacionadas con contratos¹⁸.

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 laboral¹⁹. Lo anterior según la regla de competencia establecida en el Código Procesal del Trabajo²⁰.

Sin embargo, como la calificación de invalidez pretendida por la parte actora no está a cargo de alguna entidad prestadora del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones sino de una del régimen exceptuado (Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio), el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 no resulta aplicable en el presente asunto.

¹⁶ Sentencias T-222 de 2018, T-426 de 2019, T- 080 de 2021 y T-453 de 2021.

¹⁷ Sentencia T-427 de 2018.

¹⁸ Ley 1564 de 2012 (artículo 622). Este modificó el artículo 2 de la Ley 712 de 2001.

¹⁹ 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.

²⁰ "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).

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”*²¹. En consecuencia, en el presente asunto se acreditan los requisitos para que esta controversia sea asumida por la jurisdicción contencioso-administrativa.

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 laboral²². 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, 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 fundamentales²³.

En el presente caso, el agenciado es una persona con discapacidad *“intelectual”*, bajo el diagnóstico de *“problemas relacionados con la limitación de las actividades debido a discapacidad, retraso mental leve: deterioro del comportamiento nulo o mínimo, trastorno afectivo bipolar- no especificado”*; circunstancia que le impide trabajar y generar ingresos para su subsistencia; precisamente, dependía económicamente y era beneficiario de su padre, el señor RODOLFO OVIDIO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, quien era docente pensionado por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio *“FOMAG”*²⁴; actualmente convive con su madre, la señora ROSA MIRIAN RANGEL RUIZ, de 60 años de edad, ambos se encuentran en trámites para obtener la pensión sustitutiva; no obstante, el agenciado necesita de la calificación del estado de invalidez para poder acceder a dicha prestación.

En tratándose de una persona discapacitada, de acuerdo con la Corte Constitucional²⁵, se le debe facilitar el acceso a la protección de sus derechos constitucionales, removiendo progresivamente los

²¹ Ley 1437 de 2011 (artículo 104.4).

²² Sentencias T-646 de 2013 y T-257 de 2019.

²³ T- 250 de 2022.

²⁴ Según la situación fáctica de los derechos de petición.

²⁵ T- 478 de 2020.

obstáculos que impidan la satisfacción de sus intereses²⁶. Es decir, la intervención del juez constitucional es urgente para evitar cualquier acto discriminatorio.

Téngase en cuenta que la parte actora, ya agotó la actividad administrativa a su alcance para lograr la calificación de la pérdida de la capacidad laboral. Pues acudió a la FIDUPREVISORA S.A. y a la UT RED INTEGRADORA FOSCAL CUB, la primera no respondió y la segunda manifestó que únicamente presta dicho servicio a los docentes vinculados al magisterio.

En concordancia con lo dispuesto por la Corte Constitucional²⁷, a partir de la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el agenciado, 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 invalidez²⁸. 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.

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*

²⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia del julio 4 de 2006, expresó que: *“toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. La Corte reitera que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad”*.

²⁷ T- 250 de 2022.

²⁸ 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 calendarios 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.

*laboral puede configurar una latente contradicción de los artículos 13, 47 y 48 de la Constitución*²⁹.

Siendo así, se encuentra superado el requisito de la subsidiariedad.

3.3. Problema jurídico.

Determinar si el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG, administrado por la FIDUPREVISORA S.A. y la UT- RED INTEGRADORA FOSCAL CUB vulneran los derechos fundamentales al señor EDIARD ORESTES GONZÁLEZ RANGEL y, si tiene derecho a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral.

3.4. Supuestos jurídicos.

3.4.1. De la acción de tutela

Conforme lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, toda persona puede acudir a la acción de tutela para propender por la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular encargado 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.

De igual modo, el artículo 6 del Decreto 306 de 1992³⁰, compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015³¹ señala que en el fallo de tutela el Juez deberá señalar el derecho constitucional fundamental tutelado, citar el precepto constitucional que lo consagra, y precisar en qué consiste, la violación o amenaza del derecho frente a los hechos del caso concreto.

3.4.2. El derecho a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral.³²

²⁹ Sentencia T-223 de 2021.

³⁰ Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

³¹ Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

³² T- 250 de 2022.

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 conforme lo indica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 *“Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales³³ - 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”*.

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.

En efecto, 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.

De acuerdo con la Corte Constitucional, en sentencia T-250 de 2022 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 prestación³³. En consecuencia, se considera inválida la persona que haya sido calificada con el 50% o más de pérdida de la capacidad laboral³⁴.

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 y T-672 de 2016.

³⁴ Artículo 38 de la Ley 100 de 1993. *“Para los efectos del presente capítulo 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”*.

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 clarifica 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 (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.

La jurisprudencia constitucional ha destacado la importancia de esta valoración para el reconocimiento de las pensiones de invalidez. La Corte 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”³⁵.

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.***

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 continuación³⁶.

³⁵ Sentencias T-038 de 2011 y T-165 de 2017.

³⁶ Tomado de la Sentencia T-876 de 2013.

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.

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.

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.

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.

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).

Finalmente, no es un requisito necesario partir de un punto específico de referencia (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.

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.

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.

En resumen, las Juntas Médico Laborales 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.

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.

3.5. Análisis del caso concreto.

La señora ROSA MIRIAN RANGEL RUIZ acude a este mecanismo excepcional en procura de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, derecho de petición y debido proceso de su hijo discapacitado EDIARD ORESTES GONZÁLEZ RANGEL ante la negativa de la UT- RED INTEGRADA FOSCAL en realizar la calificación de la pérdida de capacidad laboral, requisito para acceder a la sustitución pensional ante el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-FOMAG- administrado por la FIDUPREVISORA S.A.- (quien no respondió las solicitudes) y el FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS- FOPEP, en virtud del fallecimiento de su padre, el señor RODOLFO OVIDIO GONZÁLEZ GONZÁLEZ quien gozaba de dicha prestación en virtud de su jubilación como docente adscrito a dicho régimen exceptuado y, con el cual, sostenía a su núcleo familiar. La primera instancia concedió el amparo solicitado.

Por su parte, la UT- RED INTEGRADA FOSCAL pide revocar la sentencia por cuanto, los beneficiarios de los docentes no tienen derecho a la calificación de la pérdida de capacidad laboral. Fundamentó su solicitud en el artículo 2.4.4.3.7.1. del Decreto 1655 de 2015.

Al constatar el material probatorio, se evidencia que efectivamente EDIARD ORESTES GONZÁLEZ RANGEL **(i)**. padece discapacidad “*intelectual*”, bajo el diagnóstico de “*problemas relacionados con la limitación de las actividades debido a discapacidad, retraso mental leve: deterioro del comportamiento nulo o mínimo, trastorno afectivo bipolar- no especificado*” como consta en el certificado de discapacidad del 09 de septiembre de 2019 expedido por SALUD VIDA³⁷. **(ii)**. Su padre falleció el 04 de mayo de 2022 según Registro Civil de Defunción No. 11473614³⁸ **(iii)**. EDIARD ORESTES Se encuentra en estado activo al Sistema de Salud del FOMAG de acuerdo a la respuesta dada por la FIDUPREVISORA S.A. en la acción de tutela, y con ocasión de la sentencia del 10 de junio de 2022³⁹ proferida por el JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SARAVERENA, quien ordenó: “**PRIMERO:** AMPARAR transitoriamente los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y al debido proceso, del señor Ediard Orestes González Rangel, representado por su señora madre Rosa Mirian Rangel Ruiz, los cuales están siendo vulnerados por la accionada Fiduprevisora SA. **SEGUNDO: ORDENAR al Fondo de Prestaciones del**

³⁷ Folio 17 escrito de tutela y anexos. 01TutelaAnexos .pdf

³⁸ Folio 15 escrito de tutela y anexos. 01TutelaAnexos .pdf

³⁹ Folios 32 al 40 escrito de tutela y anexos. 01TutelaAnexos .pdf

Magisterio y a la Fiduciaria La Previsora SA, que, de acuerdo a sus competencias y funciones, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, restablezcan la afiliación del señor Ediard Orestes González Rangel en calidad de beneficiario, por el término de 30 días o hasta tanto se emita la certificación de discapacidad requerida por el mismo, para los efectos señalados".

Es por ello que, la parte demandante pretende la sustitución pensional como consta en el derecho de petición del 16 de junio de 2022⁴⁰, donde solicita al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -administrado por la FIDUPREVISORA S.A.- y a la UT RED INTEGRADORA FOSCAL- CUB lo siguiente: **"1. Realizar a mi hijo Ediard Orestes González Rangel y expedir en 2 copias auténticas el respectivo dictamen de pérdida de capacidad laboral, en el que se indique: la causa invalidante, el porcentaje de la pérdida de la capacidad y la fecha de la calificación de la invalidez. 2. En caso negativo de no acceder a la anterior solicitud, se me indiquen las razones fácticas y jurídicas por las cuales no se puede acceder a la solicitud.**

El 30 de junio de 2022, la UT RED INTEGRADORA FOSCAL- CUB respondió⁴¹: *"La U.T RED INTEGRADA FOSCAL – CUB Y LA FUNDACION AVANZAR FOS, como institución Prestadora de Servicios de Salud, el área de Inscripción y Registro, se permite informar que los beneficiarios deben acreditar el derecho al servicio teniendo en cuenta el pliego de condiciones en el contrato actual con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, siendo La FIDUPREVISORA S. A (Entidad Contratante). // **PRIMERO.** – De tal manera, siguiendo las directrices y los términos de condiciones del contrato los beneficiarios reciben el servicio hasta el día que cumple 26 años y con total dependencia económica con el cotizante, quien trabaja y si presentan alguna discapacidad se mantiene el servicio; con estos parámetros para los beneficiarios no se da valoración por Medicina Laboral; para el respectivo dictamen que solicita de la calificación. // **SEGUNDO.** –El beneficiario EDIARD ORESTES GONZALEZ RANGEL, se encuentra en Estado Activo y con Plan de Servicio Integral, con la calidad de Sustituto Pensional y cuenta con Diagnostico de Discapacidad Física -Moderada reportada por Fiduprevisora; se encuentra registrado en nuestra base de datos, si requiere alguna certificación de Discapacidad debe solicitarlo directamente la Fiduprevisora en la ciudad de Bogotá, Calle 72 # 10-03, local 1-14 Oficina principal, o al tel (+1) 756 6633, para elevar su solicitud".*

El 07 de julio, la señora RANGEL RUIZ reiteró la petición⁴², en esta oportunidad solicitó: **"1. Realizar a mi hijo Ediard Orestes González Rangel y expedir en 2 copias auténticas el respectivo dictamen de pérdida de capacidad laboral, en el que se indique: la causa invalidante, el porcentaje de la pérdida de la capacidad y la fecha de la calificación de la invalidez. // 2. En caso de seguir indicando que el competente de dar respuesta a la anterior solicitud es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio "FOMAG", deberá remitirse copia**

⁴⁰ Folios 42 al 45 escrito de tutela y anexos. 01TutelaAnexos .pdf

⁴¹ Folio 87 escrito de tutela y anexos. 01TutelaAnexos .pdf

⁴² Folios 89 al 92 escrito de tutela y anexos. 01TutelaAnexos .pdf

de esta reiteración de la petición del 16 de junio de 2022. Así mismo, en los términos del artículo 41 de la Ley 1 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, deberá en todo caso garantizar la práctica de dicha valoración de pérdida de capacidad laboral que trata la anterior norma, por ser la administradora de los servicios de salud del beneficiario referido en el numeral anterior. // **3.** En caso negativo de no acceder a esta reiteración de la petición del 16 de junio de 2022, se deben indicar las razones fácticas y jurídicas por las cuales no se puede acceder a la solicitud”.

En esta oportunidad, únicamente respondió⁴³ la UT RED INTEGRADORA FOSCAL-CUB, el 21 julio de 2022 en los siguientes términos: **“PRIMERO.** – El señor EDIARD ORESTES GONZALEZ RANGEL, se encuentra vinculado a esta entidad como usuario de los servicios de salud en calidad de BENEFICIARIO; de hecho, para los beneficiarios no se expide dictamen de pérdida de capacidad Laboral, (porcentaje, pérdida de capacidad, ni calificación de invalidez). Es necesario tener en cuenta que **El decreto 1655 / 2015 / Artículo 2.4.4.3.7.1. Indica que al prestador de servicios de salud le corresponde realizar la determinación de origen y la calificación de la pérdida de la capacidad laboral de los docentes vinculados al Magisterio, es decir que se procede con estas actividades mientras el docente se encuentra activo en la nómina. SEGUNDO.** – En lo que corresponde a la expedición de certificado de discapacidad para los beneficiarios de este régimen de excepción es un trámite que le compete ser adelantado con la Fiduprevisora – Fomag en la ciudad de Bogotá, Calle 72 # 10-03, local 1-14 Oficina principal, o al tel (+1) 756 6633, para elevar su solicitud. **TERCERO.** - Por lo anterior el señor EDIARD ORESTES GONZALEZ RANGEL, no ostenta la calidad de Docente Afiliado, pues se encuentra vinculado a esta entidad como Beneficiario, motivo por el cual no es procedente la realización de la valoración de pérdida de capacidad laboral que solicita en su petición”.

Bajo este contexto, si nos remitimos al artículo 2.4.4.3.7.1. del Decreto 1655 de 2015 “Por el cual se adiciona el Decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación para reglamentar el artículo 21 de la Ley 1562 de 2012 sobre la Seguridad y Salud en el Trabajo para los educadores afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones”, señala que, **“La determinación del origen de la enfermedad o accidente laboral, así como la calificación de la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez o la incapacidad permanente, su fecha de estructuración y la revisión de la pensión de invalidez, le corresponden en primera instancia a los prestadores de servicios de salud en cada entidad territorial certificada en educación, según las especificaciones del Manual de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.1.26 del Decreto 1072 de 2015”.** El párrafo de este artículo indica que, “Las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez actuarán como segunda instancia para los dictámenes que lo requieran, según lo previsto en el numeral 2.1 del artículo 2.2.5.1.1 del Decreto 1072 de 2015”.

Este Decreto tiene por objeto “Establecer los sistemas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo, la vigilancia epidemiológica, los comités paritarios

⁴³ Folio 138 escrito de tutela y anexos. 01TutelaAnexos .pdf

de seguridad y salud en el trabajo, las actividades de promoción y prevención, la Tabla de Enfermedades Laborales y el Manual de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral, **para los educadores afiliados** al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”. (Negrita y subrayado fuera de texto). Razón por la cual, la UT RED INTEGRADORA FOSCAL como prestadora de los servicios de salud de los docentes y beneficiarios adscritos al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO- FOMAG, niega realizar la calificación de pérdida de calificación laboral que requiere el agenciado.

No obstante, de acuerdo con la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, en sentencia T-250 de 2022, “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”.

La Corporación en dicha providencia, resolvió un caso similar de una ciudadana en estado de vulnerabilidad que requería de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral para acceder a la pensión sustitutiva de su padre quien se encontraba adscrito a un régimen exceptuado; advirtió que “**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**”.

Así mismo, reiteró 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. Pues a su juicio “**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**”.

En tal sentido, en el caso bajo se concluye que la UT- RED INTEGRADORA FOSCAL- CUB vulneró los derechos fundamentales de EDIARD ORESTES GONZÁLEZ RANGEL, quien padece un diagnóstico de discapacidad, por tal circunstancia dependía económicamente de su padre, tanto así, que gozaba de la vinculación al sistema de salud

como beneficiario a pesar de su edad (40 años); ahora requiere del dictamen de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral para lograr acceder la sustitución pensional, pero las barreras impuestas obstaculiza iniciar dicho trámite. Por lo tanto, la UT- RED INTEGRADORA FOSCAL- CUB deberá realizar la calificación de la pérdida de capacidad laboral, por ser la prestadora de los servicios de salud competente, contratada por la FIDUPREVISORA S.A. como vocera y administradora de los recursos del FOMAG, donde se encuentra afiliado el agenciado; precisamente, esta última, a pesar que no respondió las peticiones, en el trámite tutela informó que *“el FOMAG contrata con las entidades, en este caso, las Uniones Temporales, trasladando todo lo relacionado con el usuario **y sus beneficiarios**”, seguidamente, afirmó que, “**las UT son las que se comportan como EAPB, dado que administran el riesgo de la población, atienden la población en lo que respecta a los servicios de salud con sus IPS propias y a través de la contratación con IPS externas. El FOMAG no establece el tipo de contratación que deba tenerse con dichas entidades, no establece las relaciones contractuales sobre las cuales se establecen la prestación de los servicios de salud**”.*

Siendo así, se confirmará la sentencia primera instancia y, como adición, se ordenará a la UT- RED INTEGRADORA FOSCAL- CUB, que en caso de que el dictamen sea impugnado, deberá asumir el pago de los honorarios ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez con el fin de evitar barreras administrativas en adelante.

4. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA SALA ÚNICA, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada.

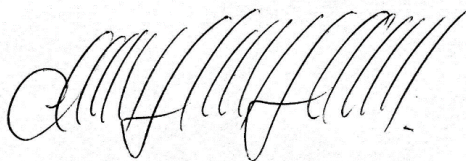
SEGUNDO: Se adiciona a la sentencia de primera instancia: **ORDENAR** a la **UT- RED INTEGRADORA FOSCAL**, que en caso de que el dictamen sea impugnado, deberá asumir el pago de los honorarios ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, esto con el fin de evitar barreras administrativas en adelante.

TERCERO: Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada