

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.0206

Proceso:	Acción de Tutela 2° Instancia
Radicado:	81001318700120220028202
Accionante:	DALLYS MERCEDES ALVAREZ APONTE
Accionados:	Ministerio de Salud y Protección Social, Departamento de Arauca, Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca – UAESA, Municipio de Arauca, Secretaria de Salud Municipal y EPS Sanitas.
Derechos invocados:	Seguridad Social, salud, vida digna y mínimo vital.
Asunto:	Sentencia

Sen. No. 054

Arauca, diecisiete (17) de abril de dos mil veintitrés (2023)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decidir la impugnación que promovió la señora DALLYS MERCEDES ALVAREZ APONTE, contra el fallo de tutela proferido el 28 de febrero de 2023 por el JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ARAUCA.

2. ANTECEDENTES

2.1. Del escrito de tutela¹

La señora DALLYS MERCEDES ÁLVAREZ APONTE² promueve acción de tutela contra el Ministerio de Salud y Protección Social, el Departamento de Arauca, la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca –UAESA, el Municipio de Arauca, Secretaria Municipal de

¹ Presentada el 13 de diciembre de 2022, registrada en línea con número 1197947.

² 71 años de edad.

Salud de Arauca y la EPS SANITAS, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna, al mínimo vital y debido proceso. Lo anterior, con ocasión de la negativa de SANITAS E.P.S.³ en calificar su pérdida de capacidad laboral derivada de las enfermedades que padece⁴, y porque tanto la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA⁵ como la SECRETARÍA DE SALUD MUNICIPAL⁶, no cuenta con la respectiva contratación para la expedición de certificados de discapacidad; documentación necesaria para tramitar la sustitución pensional de su difunta hermana LIGIA ARCELINA ÁLVAREZ APONTE⁷, quien en vida ostentaba derecho pensional por parte el magisterio.

Asegura que, carece de los recursos económicos para sufragar el dictamen ante la Junta de Calificación de Invalidez, porque no percibe ingreso alguno, nunca estuvo vinculada laboralmente, ni cotizó en fondo de pensiones ni de cesantías, pues siempre dependió de su hermana, quien la auxiliaba con el aporte ante el Sistema General de Seguridad Social en Salud, afiliada a SANITAS E.P.S., el cual dejó de solventar luego del deceso; además que, convivían juntas, ninguna contrajo matrimonio ni tuvieron hijos.

Invoca como medida provisional, ordenar a las entidades demandadas expidan el certificado de discapacidad con recursos propios u otros medios financiación.

Pretensiones:

- “1. Que se me amparen los derechos la seguridad social, vida, vida digna, salud, mínimo vital, debido proceso, que se me ha vulnerado por parte de las ACCIONADAS.*
- 3. Que se ordene a la EPS SANITAS que dentro las 48 horas siguientes al fallo de tutela, me sea asignada la cita para la valoración de la pérdida de la capacidad laboral, con la advertencia que la misma, no sea superior a 10 días, atendiendo las razones expuestas en el trámite tutelar.*

³ Mediante oficio MLRB-1807-2022 del 5 de diciembre de 2022.

⁴ “Glaucoma, degeneración de la macula y del polo posterior del ojo, presbicia, trastorno de la refracción no especificado, insuficiencia venosa crónica, desnutrición proteico calórica, problemas psicológicos (trastorno de pánico [ansiedad paroxística episódica], trastornos de inicio y del mantenimiento del sueño [insomnios], y como diagnóstico asociado Esquizofrenia, no especificada, impresión diagnóstica”.

⁵ “Mediante oficio No. 345 el 23 de noviembre de esta anualidad, la UAESA emite respuesta indicando que, desde el mes de junio de los corrientes, se liquidaron los contratos ejecutados con las IPS, cuyo objeto fue la implementación de la certificación de discapacidad. Agregó además que se encuentran en proceso contractual para tal fin”.

⁶ Mediante oficio TRD701.22.386, el 8 de noviembre de 2022, respondió que no tienen convenio y que la facultad para la contratación es de la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE SALUD DE ARAUCA – UAESA.

⁷ Falleció el 07 de octubre de 2022.

4. Se ordene al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, A LA ALCALDÍA MUNICIPAL - SECRETARIA DE SALUD DE ARAUCA Y UNIDAD ADMINISTRATIVA DE SALUD DE ARAUCA que dentro las 48 horas siguientes al fallo de tutela, determine el presupuesto y asigne cita para la valoración en un término no mayor a 3 días y certificación de discapacidad de conformidad a lo indicado por los galenos.
5. Que se requiera a las entidades para que en futuras ocasiones eviten imponer trabas administrativas para la valoración por medicina laboral y expedición del certificado de discapacidad, máxime cuando la jurisprudencia, ha reiterado que somos personas de especial protección constitucional". (Sic).

Adjunta:

- Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante.
- Copia orden valoración por medicina Laboral. Fecha: 01-10-2022. Centro Oftalmológico Oculaser. Firmado por el Médico Especialista en Oftalmología 1810 - Jairo de Jesús Carballo Herrera.
- Copia derecho de petición radicado ante la Secretaria de Salud del Municipio de Arauca del 3 de noviembre de 2022. Petición: **"Primero:** Solicito al señor **CESAR DE LA HOZ Secretario de Salud del Municipio de Arauca**, se me inicie iniciar el procedimiento de certificación de discapacidad conforme lo establece el Artículo 6 de la Resolución No. **000113 del 31 de enero de 2020. Segundo:** Solicito al señor **CESAR DE LA HOZ Secretario de Salud del Municipio de Arauca**, se me informe desde hace cuánto tiempo no existe convenio entre la Secretaria de Salud Municipal y la **IPS REHINTEGRAR LTDA**, por cuanto desde hace más de dos meses he intentado iniciar el procedimiento de certificación de discapacidad y a la fecha no ha sido posible. **Tercero:** Solicito al señor **CESAR DE LA HOZ Secretario de Salud del Municipio de Arauca**, se me informe la fecha en la cual la Secretaria de Salud va a suscribir convenio con la IPS Reintegrar".
- Copia respuesta derecho de petición del 8 de octubre de 2022, por parte de la Alcaldía de Arauca. "(...) le estaremos informando una vez la UAESA, realice la contratación y se cuenten con los recursos en la plataforma SISPRO, para dar continuidad al proceso de Certificación se le llamará a los teléfonos que nos asignó para hacer el respectivo proceso". Fdo. CESAR DE LA HOZ RUA Secretario de Salud Municipal Arauca.
- Copia derecho de petición radicado ante la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca del 9 de noviembre de 2022. Petición: "1. Se de inicio a las gestiones necesarias para la asignación de la cita correspondiente y, en consecuencia, tener acceso al proceso de certificación. 2. Se me INFORME PUNTUALMENTE la fecha exacta desde que la UAESA NO TIENE CONTRATACIÓN con alguna IPS para dichos trámites. 3. Se sirva indicar cuando hará la respectiva contratación para la habilitación del servicio.
- Copia respuesta derecho de petición del 23 de noviembre de 2022, por parte de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca "(...) En 15 días aproximadamente se puede dirigir a la secretaria de salud Municipal, quien es la responsable de autorizar e informar a que IPS deben ir a realizar el proceso de certificación de discapacidad. (...) La UAESA realizó acta de liquidación en el mes de junio de los contratos ejecutados con las IPS cuyo objeto fue la implementación de la certificación de discapacidad y el registro de localización y caracterización de personas con discapacidad. (...) La Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca a la fecha se encuentra en proceso contractual, con las diferentes IPS del departamento de Arauca. Fdo. INGRID JOHANA OQUENDO VARGAS. Profesional Especializado de Salud Pública.
- Copia oficio radicado ante EPS SANTAS del 09 de noviembre de 2022. "(...) me permito hacer entrega de copia íntegra de mi historia clínica contentiva en 131 folios, a fin de que sean objeto de valoración con medicina laboral y se determine la pérdida de capacidad o en su defecto se emita concepto de discapacidad para solicitar el respectivo carnet ante la entidad territorial correspondiente".

- *Copia respuesta EPS SANTAS del 5 de diciembre de 2022. (...) debe saber que el certificado de discapacidad es un documento personal e intransferible que se entrega después una valoración clínica multidisciplinaria, en donde un equipo médico identifica la existencia de algún tipo de discapacidad. Dicha certificación únicamente podrá ser expedida por las Instituciones prestadoras de Servicios de Salud-IPS autorizadas por la Secretaria Distrital de Salud del Municipio donde reside". Fdo. Medicina Laboral EPS SANTAS Regional Bucaramanga.*
- *Copia Historia Clínica Centro Oftalmológico Oculaser del 17 de noviembre de 2022. Diagnóstico: H216 OTROS TRASTORNOS ESPECIFICADOS DEL IRIS Y DEL CUERPO CILIAR. H402 GLAUCOMA PRIMARIO DE ANGULO CERRADO, H251 CATARATA SENIL NUCLEAR.*
- *Copia Historia Clínica Centro Oftalmológico Oculaser del 6 diciembre de 2022. Diagnóstico: GLAUCOMA TERMINAL OJO IZQUIERDO, GLAUCOMA AVANZADO OJO DERECHO, ANGULO CAMERULAR ESTRECHO AMBOS OJOS, CATARATA SENIL AMBOS OJOS, H218 OTROS TRASTORNOS ESPECIFICADOS DEL IRIS Y DEL CUERPO CILIAR H251 CATARATA SENIL NUCLEAR, H408 OTROS GLAUCOMAS.*
- *Copia Registro Civil de Defunción No. 11412434 de la señora ALVAREZ APONTE LIGIA ARGELINA.*
- *Copia certificado consulta RUAF.*
- *Copia formato "Documentos para la solicitud de pensión de docente fallecido". – 13. Certificado de Invalidez de hijos mayores o hermanos.*
- *Copia Declaración Extraproceso del 7 de noviembre de 2018. (...) **SEGUNDO:** Declaro bajo la gravedad del juramento que mi hermana DALLYS MERCEDES ALVAREZ APONTE identificada con cédula de ciudadanía No. 24.241.069 expedida en Arauca, Adulto Mayor, de (66) años de edad, soltera, sin hijos, ama de casa, quien depende económicamente de mis ingresos en cuanto a alimentación, salud y demás beneficios. EL DECLARANTE LIGIA ARCELINA ALVAREZ APONTE".*
- *Copia consulta ante la Superintendencia de Notariado y Registro. "La consulta fue procesada correctamente en la entidad y no se ha encontrado ningún inmueble que coincida con los parámetros de búsqueda Documento: [Cedula de Ciudadanía - 24241069]"*

2.2. Trámite procesal

El JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ARAUCA, admite la acción⁸, vincula a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER, a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, al MINISTERIO DE EDUCACIÓN, a la IPS MYT SALUD e IPS REHINTEGRAR LTDA, concede dos (2) días a las demandadas y vinculadas para ejerzan sus derechos de contradicción y defensa. De otro lado, niega la medida provisional.

Profiere fallo⁹, el cual fue impugnado por la parte accionante. No obstante, en esta instancia, el Despacho Ponente al constatar irregularidades procesales, declara la nulidad¹⁰ de lo actuado dejando a salvo las notificaciones y respuestas de las accionadas y vinculadas,

⁸ Auto del 13 de diciembre de 2022.

⁹ El 27 de diciembre de 2022.

¹⁰ Auto del 10 de febrero de 2023.

así como los demás informes y pruebas aportadas al plenario. Lo anterior, con ocasión de la omisión por parte del *a quo* en el deber de integrar debidamente el contradictorio al FONDO DE PENSIONES DEL MAGISTERIO FOMAG para que se pronuncie en relación a la respuesta allegada por SANITAS E.P.S., donde destaca que es el fondo de pensiones a quien le corresponde realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral. Estas fueron debidamente subsanadas.

2.3. Respuestas

2.3.1. Medicina y Tecnología en Salud S.A.S. -MYT SALUD.

Niega que haya vulnerado derecho fundamental alguno por cuanto la entidad *“no está habilitada porque no cuenta con equipo interdisciplinario y comité de pérdida de capacidad laboral, para expedir certificados de pérdida de capacidad laboral”* y *“no se tiene proceso de contratación con la EPS por este servicio”*.

2.3.2. Ministerio de Salud y Protección Social. Solicita su desvinculación porque no está dentro de sus funciones la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de Seguridad Social en Salud, sólo formula, adopta, dirige, coordina, ejecuta y evalúa la política Pública en materia de Salud, Salud Pública, promoción social en salud, así como, participa en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos laborales, lo cual se desarrolla a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo; por ende, no ha violado los derechos invocados por la accionante.

Informa que, consultada la Base de datos Única de Afiliados BDUA, la señora DALLYS MERCEDESS ALVAREZ APONTE se encuentra en estado de SUSPENSION POR MORA en la EPS SANITAS S.A.S. en el régimen contributivo en calidad de COTIZANTE, desde el 01 de julio de 2010 y no registra afiliación en el SISBEN, por lo que, conforme lo dispuesto en el Decreto 780 de 2016 se aplican los efectos de la suspensión por mora - *“Artículo 2.1.3.16 Efectos de la suspensión de la afiliación. Durante los periodos de suspensión de la afiliación por mora, no habrá lugar a la prestación de los servicios del plan de beneficios a cargo de la EPS en la cual se encuentre inscrito con excepción de la atención en salud de las gestantes y los menores de edad en los términos establecidos en el artículo 2.1.9.5 del presente decreto. En el caso de los beneficiarios respecto de los cuales no se alleguen los documentos que acreditan tal condición, cuando sean requeridos según lo dispuesto en el artículo 2.1.2.3 del presente decreto, éstos tendrán derecho a la atención inicial de urgencias y la UPC correspondiente se reconocerá una vez se aporten dichos documentos”*.

Advierte que, debido a la afectación que presenta la accionante de no continuar realizando los pagos de cotización, el artículo 2.1.6.1 del

Decreto 780 *ibidem*, establece la responsabilidad de los afiliados de reportar las novedades, como aquellas que afecten el estado de afiliación en el Sistema General de Seguridad Social en Salud; por ende, al momento de perder las condiciones para seguir cotizando al SGSSS, se deberá registrar a través del formulario físico de novedades o mediante la página www.miseguridadsocial.gov.co, esto, con el fin de no quedar en mora ante el Sistema de Salud.

2.3.3. EPS SANITAS. Sostiene que, el 14 de diciembre de 2022 asignó cita con medicina laboral para el día 20 de ese mes a las 08:30 a.m., la cual, fue notificada al correo electrónico de la señora ÁLVAREZ APONTE, donde también le informó que la calificación de pérdida de capacidad laboral le corresponde a la entidad a cargo del derecho; es decir, al fondo de pensiones donde se encontraba afiliada su hermana.

Aporta imagen de la respuesta, mediante oficio MLRB 1879 del 14 de diciembre de 2022, que señala:

*“Con el objeto de ampliar la información y con base en ello definir lo que sea de nuestra competencia, se le ha programado cita en modalidad de **tele-consulta por Medicina Laboral (Md: Paola Andrea Romero) para el día martes 20 a las 08:30 a.m.**, puede ingresar al siguiente link <https://meet.google.com/azq-ovnn-eho?hs=122&authuser=0>.*

Es necesario que al momento de ser contactado tenga disponible la remisión a Medicina Laboral, la historia clínica completa de la patología por la que solicita valoración, y los estudios de ayuda diagnóstica correspondientes. En el evento requerir modificación en la fecha u hora de la cita antes programada, por favor comunicarse al correo electrónico cclis@epssanitas.com paoaromero@epssanitas.com

En cuanto a la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional el Decreto 019 de 2012 en su Artículo 142 menciona que las administradoras de fondo de pensiones AFP Administradoras de Riesgos Laborales ARL y Entidades Promotoras de Salud EPS, determinan en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral, califiquen el grado de invalidez y el origen de estas contingencias, las cuales deben relacionarse con el ejercicio de sus competencias.

Esto significa que cada régimen debe calificar en primera oportunidad las contingencias que hacen parte de las coberturas propias del ramo que administra, así:

- Las EPS califican en primera oportunidad la Pérdida de Capacidad Laboral exclusivamente cuando debe determinar si un beneficiario inscrito por un afiliado cotizante, debe ser eximido dentro del plan familiar de salud del cobro de la unidad de pago por capitación UPC dada su calidad de inválido. En el evento previsto en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, es decir, para efectos de cobertura en el Plan Obligatorio de Salud de los hijos mayores de 18 años con discapacidad permanente.
- Las ARL califican en primera oportunidad los pacientes que cursan con enfermedades de origen laboral o hayan tenido accidentes de trabajo.

– Las AFP califican en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral para sus afiliados que presenten patologías de origen común.

Por lo tanto, en su caso la calificación debe solicitarla al Fondo de Pensiones donde se encontraba afiliada su hermana”. (sic).

Pide su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva y declarar improcedente la acción de tutela porque no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados.

2.3.4. Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Señala que, por disposición legal, la entidad cumple con una función pública como calificador de segunda instancia y a la fecha no tiene a su cargo ningún asunto relacionado con la señora ÁLVAREZ APONTE, razón por la cual, solicita su desvinculación.

2.3.5. Municipio de Arauca. Respecto al certificado de discapacidad, aduce que, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARUCA, tiene a su cargo realizar el proceso de contratación con las diferentes Instituciones Prestadoras de Servicio de Salud (IPS) del Departamento, autorizadas y avaladas por el Ministerio de Salud y la Protección Social para realizar el proceso de certificación. Por ende, solicita su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.3.6. Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca – UAESA. Informa que, cuenta con el contrato número 03-059-2022 con MEDYTEC SALUD IPS y contrato número 02-071-2022 con REHINTEGRAR LTDA., las cuales, son las IPS autorizadas para emitir el certificado de discapacidad; por lo que, *“la Señora DALLYS MERCEDES ALVARES APONTE, debe acercarse a la Secretaria de Salud del municipio de Arauca y solicitar la autorización del procedimiento para llevarlo a la IPS, junto con la orden del diagnóstico de discapacidad con código CIE10, la cual es emitida por el médico tratante de la EPS a la cual está afiliada, en este caso la EPS SANTAS” (Sic).* En consecuencia, solicita declarar improcedente la acción de tutela.

2.3.7. IPS Rehintegrar Ltda. Constata la vigencia del contrato suscrito con la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca UAESA, cuyo objeto es la: *“Prestación de servicios de salud para la implementación de la certificación de discapacidad y el registro de localización y caracterización de personas con discapacidad en el Municipio de Arauca, Departamento de Arauca, a partir del 19 de diciembre de 2022 por una vigencia de cuatro (4) meses”.*

Respecto de la metodología de la actividad contratada señala que: *“La SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL debe generar la autorización para la valoración de certificación de discapacidad y direccionarla a nuestra IPS REHINTEGRAR, una*

vez la secretaria de salud verifique que la historia clínica incluyan el (los) diagnóstico(s) de la clasificación internacional de enfermedades –CIE vigente relacionado(s) con la discapacidad y sus soportes de apoyo diagnóstico, emitidos por el (los) médicos tratante(s) el prestador de servicios de salud de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada”.

Concluye que, en el momento que la Secretaria de Salud Municipal autorice la valoración como lo establece la resolución 1239 del 21 de julio del 2022 del Ministerio de Salud y Protección, “programará en el menor tiempo posible la respectiva valoración para la certificación de discapacidad”. Por lo tanto, solicita su desvinculación toda vez que no ha trasgredido los derechos reclamados por la accionante.

– Adjunta copia del contrato.

2.3.8. Consorcio FOPEP 2022. Solicita su desvinculación, si se tiene en cuenta que, como actual administrador del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, cumple una función exclusiva de pagador y no tiene competencia en los trámites de calificación por pérdida de capacidad laboral.

2.3.9. Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander. Asegura que, no cuenta con información de la accionante; además, su objeto se limita simplemente a la tramitación de solicitudes de calificación de la pérdida de capacidad laboral o de orígenes, remitidas por las diferentes entidades de la seguridad social, con la única obligación legal de cumplir con los requisitos y procedimientos descritos para el fin mencionado, de conformidad con el artículo 14 del decreto 2463 de 2001; motivo por el cual, pide su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.3.10. Superintendencia Nacional de Salud. Solicita su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que, la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud.

En relación con el tema de la calificación de pérdida de capacidad laboral, trae a colación el concepto No. 6804 de 2014, donde concluye que la entidad responsable de realizar en primera instancia la calificación del origen del accidente o de la enfermedad y así determinar las causantes o no de pérdida de la capacidad laboral, será la Institución Prestadora de Servicios de Salud, a través de un equipo interdisciplinario regulados por las normas vigentes.

2.3.11. FIDUPREVISORA S.A. Quien actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; en cuanto a su naturaleza precisa que:

“- FIDUPREVISORA S.A. es una sociedad Anónima de Economía Mixta de carácter interdirectivo del sector descentralizado del orden nacional, el cual está sometida bajo el régimen de empresas industriales y comerciales del Estado.

- 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.

- El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, fue creado por la Ley 91 de 1989, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica y sus recursos deben ser administrados por una entidad Fiduciaria, papel éste que en la actualidad cumple FIDUPREVISORA S.A., en virtud de un contrato de fiducia mercantil suscrito entre ésta y la Nación-Ministerio de Educación Nacional.

*- 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 Secretaria 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 afiliados¹¹”.

Ahora, en cuanto a la solicitud de calificación de la pérdida de capacidad laboral, asevera que, está imposibilitada jurídica y materialmente para realizarla, teniendo en cuenta que, la promotora del amparo no se encuentra activa en el régimen del magisterio; y, quien deberá atender tal solicitud es SANITAS EPS donde se encuentra actualmente afiliada. Razón por la cual, pide declarar improcedente la acción de tutela en relación con la FIDUPREVISORA S.A.

2.3.12. Ministerio de Educación Nacional. Solicita su desvinculación toda vez que, sus funciones están encaminadas a la formulación, adopción de políticas, planes y proyectos relacionados

¹¹ Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

con la educación superior en Colombia, con el fin de mejorar el acceso de los jóvenes a este nivel educativo; circunstancia que es ajena a lo pretendido en el presente trámite.

2.4. Memoriales presentados por la accionante

23 de diciembre de 2022.¹² Afirma que, el día 20 de diciembre de 2022, asistió a la **cita con medicina laboral** programada por la EPS SANITAS, *“en la que se surtió el proceso y se indicaron los diagnósticos, empero, la entidad reitera que no es la llamada a realizar dicha valoración, pero que, sin embargo, quedan a la espera y se atienen a lo que se decida en la presente acción constitucional para proceder a certificar o no”. (sic).*

24 de febrero de 2023.¹³ En relación con el **certificado de discapacidad**, informa que, el día 21 de febrero del año en curso, el Municipio de Arauca expidió la orden de valoración por equipo multidisciplinario para ser atendida en la IPS MYT SALUD, donde radicó la respectiva autorización encontrándose a la espera de asignación de la cita para la correspondiente valoración y expedición del documento.

Por otra parte, aporta respuestas emitidas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG- FIDUPREVISORA S.A. (Rad N.º 20230320407262 del 23 de febrero de 2023), y del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional FOPEP (Rad. 2023004710 del 21 de febrero de 2023).

De la FIDUPREVISORA S.A.:

“Desde la Gerencia de Servicios de Salud de la Vicepresidencia de Fondo de Prestaciones – FOMAG de Fiduprevisora S.A., de manera atenta nos dirigimos a Usted con el fin de informarle que no es posible atender a su solicitud en relación a la valoración por medicina laboral, ya que la señora DALLYS MERCEDES ALVAREZ APONTE identificado con cedula de ciudadanía 24.241.069 no se encuentra afiliado al fondo de prestaciones sociales del magisterio (FOMAG) y estas prestaciones asistenciales se reconocen para los afiliados activos del FOMAG.

Así entonces, la cita por valoración de medicina laboral debe ser solicitada en la entidad en la que la señora DALLYS MERCEDES ALVAREZ APONTE se encuentre afiliada.

Del FOPEP 2022:

¹² 31MemorialAccionate.

¹³ 71MemorialAccionante.

“De acuerdo con su comunicación radicada en nuestras dependencias el día 16 de febrero del año en curso, en la que solicita le sea autorizada y/o practicada la valoración por medicina laboral a fin de que se determine el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, con el objeto de ser beneficiaria de la sustitución pensional por ocasión al fallecimiento de la pensionada LIGIA ARCELINA ALVAREZ APONTE (Q.E.P.D) quien se identificaba con cédula No. 24239547; comunicamos, que el Consorcio FOPEP 2022 conforme en el contrato 723 de 2022, suscrito con el Ministerio de Trabajo no se encuentra entre sus obligaciones con la facultad de autorizar o practicar las valoraciones de pérdidas de capacidad laboral, razón por la cual le sugerimos dirigirse directamente a las entidades competentes para esa funcionalidad.

Finalmente se aclara, que el Consorcio FOPEP es la entidad netamente pagadora de las pensiones del Nivel Nacional, así mismo, referente al reconocimiento y pago de sustitución pensional, auxilio funerario, mesadas causadas y no cobradas u otros pagos, si hubiese lugar ello, deberá ser solicitada ante la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal – UGPP ubicada en el Centro Comercial MULTIPLAZA en la calle 19 A # 72-57 (avenida Boyacá con calle 13, sentido norte sur) Locales B-127 y B-128 en la ciudad de Bogotá, teléfono (1) 4926090 o al correo electrónico: www.ugpp.gov.co / Sede Electrónica”.

Finalmente, la accionante pide que, en la sentencia se establezca la entidad competente para realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral; y, en relación con la certificación de discapacidad se ordene a MYT SALUD I.P.S, asignar oportunamente la cita con el comité interdisciplinario.

2.5. De la decisión impugnada¹⁴

El JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE ARAUCA resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la CARENCA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO dentro de la acción de tutela instaurada por la señora **DALLYS MERCEDES ÁLVAREZ APONTE**, quien actúa en causa propia, en contra del **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, GOBERNACIÓN DE ARAUCA, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA – UAESA, ALCALDÍA DE ARAUCA, SECRETARIA MUNICIPAL DE SALUD DE ARAUCA y la EPS SANITAS**, respecto al servicio de valoración por medicina laboral, por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR en lo demás las pretensiones de la señora **DALLYS MERCEDES ÁLVAREZ APONTE**, al tenor de lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: INVITAR a la **SECRETARIA MUNICIPAL DE SALUD DE ARAUCA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA – UAESA y la MYT SALUD -IPS** autorizada, para que brinden acompañamiento y asistencia técnica en el procedimiento adelantado por la señora **ÁLVAREZ APONTE** para la obtención del certificado de discapacidad, registro de localización y caracterización como persona con discapacidad en el municipio de Arauca.

CUARTO: EXHORTAR a la señora **DALLYS MERCEDES ÁLVAREZ APONTE**, para que inicie el proceso de afiliación y posterior traslado para que logre afiliarse al régimen subsidiado, valga decir, en la misma Entidad Promotora de Salud, y así tenga acceso a la continuidad de la prestación del servicio médico que en esta oportunidad alega, aun estando suspendida por mora”.

¹⁴ Del 28 de febrero de 2023.

Como fundamento de su decisión, sostuvo que, “(...) el 1 de octubre de 2022 el médico tratante de Dallys Mercedes Álvarez Aponte ordenó “VALORACIÓN POR MEDICINA LABORAL”, y para la fecha de la presentación de la acción de tutela, dicho servicio no había sido asumido por la EPS Sanitas, tal y como fue alegado. No obstante, y sin necesidad de mayores consideraciones, ha de señalar esta Judicatura que Álvarez Aponte ya accedió a referido servicio, pues, así lo dio a conocer a esta autoridad el pasado 23 de diciembre de 2022, cuando textualmente indicó “me permito informar que el día 20 de diciembre de 2022 asistí virtualmente a la cita de medicina laboral programada por la EPS SANITAS en la que se surtió el proceso y se indicaron los diagnósticos”.

En cuanto al certificado de discapacidad, tuvo en cuenta la comunicación presentada por la accionante donde informó que el 21 de febrero de 2023, la Secretaría de Salud Municipal expidió la orden de valoración por equipo multidisciplinario – certificado de discapacidad – para ser atendida en la IPS MYT SALUD, la cual fue radicada y se encuentra a la espera de asignación de cita.

Como cuestión final, indicó que, “Respecto de la solicitud, presentada con posterioridad al escrito de tutela, referida a que se le indique el nombre de la entidad encargada de realizar la calificación de la pérdida de capacidad laboral, se le pone de presente que esta nueva pretensión, al ser interpuesta con posterioridad al escrito inicial y a las contestaciones de la demanda de amparo, no puede ser resuelta como quiera que no pudo ser objeto de contradicción por parte de las entidades accionadas y vinculadas, lo cual vulneraría flagrantemente el derecho a la defensa de las mencionadas”.

2.6. La Impugnación¹⁵

La señora DALLYS MERCEDES ÁLVAREZ APONTE cuestiona que se haya declarado la carencia actual del objeto por hecho superado en relación con la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral, toda vez que, si bien, SANITAS E.P.S. adelantó la consulta por medicina laboral e indicó los diagnósticos, no efectuó la correspondiente calificación bajo la justificación de que no es la competente para realizarlo.

Alega que, la primera instancia no determinó la entidad a quien le corresponde practicar la calificación de la pérdida de capacidad laboral; puesto que, no se trata de un nuevo hecho y fue precisamente SANITAS E.P.S. quien indicó que, el competente es el fondo de pensiones donde se encontraba afiliada su hermana, el cual fue debidamente vinculado.

¹⁵ Presentada el 06 de marzo de 2023.

Bajo estas circunstancias, pide revocar la sentencia y conceder el amparo, teniendo en cuenta que, que sin tal requisito no puede iniciar el trámite de reconocimiento de la sustitución pensional, situación que vulnera sus derechos fundamentales.

De otro lado, aporta el certificado de discapacidad expedido el 03 de marzo del presente año. (Presenta discapacidad visual).

2.7. Pruebas practicadas en esta instancia

Constatada la base de datos del ADRES, se verifica que la señora DALLYS MERCEDES ÁLVAREZ APONTE se encuentra en estado activo en el régimen **subsidiado** afiliada en SANITAS E.P.S.

Por otro lado, en la página web del SISBEN IV registra que la accionante se encuentra en la categoría B1 que corresponde a pobreza moderada.

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*.¹⁶

3.2.1. Legitimación en la causa por activa y por pasiva. En este caso, la señora DALLYS MERCEDES ÁLVAREZ APONTE promueve el amparo en defensa de sus propios derechos fundamentales; por lo que, ostenta legitimación en la causa por activa; por su parte, las entidades demandadas y vinculadas, de carácter público y debidamente representadas, están legitimadas por pasiva.

¹⁶ Corte constitucional, Sentencia T-062 de 2020, Sentencia T-054 de 2018, entre otras.

3.2.2. Inmediatez. Como la discusión en la impugnación se dirige en lo relacionado a la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral, en los anexos se evidencia que, ésta fue solicitada el 09 de noviembre de 2022 ante SANITAS E.P.S. quien emitió respuesta el 05 de diciembre del mismo año, luego, la acción de tutela fue presentada el día 13 del mismo mes y año, lo cual se considera un término razonable; por lo tanto, se cumple este requisito.

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 protección¹⁷.

La Corte Constitucional ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad¹⁸. 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”*¹⁹. En estos eventos, el amparo procede como *mecanismo definitivo*²⁰. Por otra parte, *“cuando, a pesar de existir un medio de defensa idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable”*²¹. En estos casos, la acción de tutela procede como *mecanismo transitorio*.

Para la solución de controversias relativas a la prestación de los servicios de seguridad social, en principio, existen mecanismos judiciales previstos por el legislador ante la jurisdicción laboral ordinaria, como se desprende del numeral 4 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social²². Por ello, la Corte ha insistido en que la acción de tutela no es un mecanismo principal para la solución de disputas relacionadas con la seguridad social²⁹. La calificación por la pérdida de capacidad laboral constituye una

¹⁷ Sentencia T-046 de 2019.

¹⁸ Sentencia T-662 de 2016 y T-046 de 2019.

¹⁹ Sentencia T-046 de 2019.

²⁰ “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.

²¹ Sentencia T-046 de 2019.

²² El numeral indica: “4. 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”.

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 laboral²³. Lo anterior según la regla de competencia establecida en el Código Procesal del Trabajo²⁴.

Sin embargo, esta regla general tiene excepciones relacionadas con la idoneidad y eficacia de estos mecanismos, en especial, cuando la falta de reconocimiento de una prestación afecta o amenaza de manera directa los derechos fundamentales de las personas. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el juez de tutela puede valorar el cumplimiento del requisito de subsidiariedad de manera más flexible cuando se trate de derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional como lo son las personas que se encuentran en extrema pobreza o personas en situación de discapacidad²⁵.

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 manifiesta²⁶.

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*

²³ 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.

²⁴ “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 el 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).

²⁵ Corte Constitucional, sentencias T-427 de 2018 y T-301 de 2021.

²⁶ Sentencias T- 213 de 2019 y T-100 de 2021.

*especial protección constitucional; ii) su estado de salud y las condiciones de vulnerabilidad en las que se pueda encontrar la persona; iii) la composición de su núcleo familiar; iv) las circunstancias económicas que le rodean; v) el hecho de haber agotado cierta actividad administrativa y judicial tendiente a obtener el derecho; vi) el tiempo transcurrido entre la primera solicitud y el momento de radicación del amparo constitucional; vii) el grado de formación escolar del accionante y el posible conocimiento que tenga sobre la defensa de sus derechos y viii) la posibilidad de que se advierta, sin mayor discusión, que cumple los requisitos para el reconocimiento de las prestaciones que solicita a través de tutela”.*²⁷

En el caso que nos ocupa, si bien existe un mecanismo ordinario, se advierte que, la accionante es una persona de 71 años de edad, sufre un diagnóstico de: “H216 OTROS TRANSTORNOS ESPECIFICADOS DEL IRIS Y DEL CUERPO CILIAR. H402 GLAUCOMA PRIMARIO DE ANGULO CERRADO, H251 CATARATA SENIL NUCLEAR”²⁸- “GLAUCOMA TERMINAL OJO IZQUIERDO, GLAUCOMA AVANZADO OJO DERECHO, ANGULO CAMERULAR ESTRECHO AMBOS OJOS, CATARATA SENIL AMBOS OJOS, H218 OTROS TRASTORNOS ESPECIFICADOS DEL IRIS Y DEL CUERPO CILIAR H251 CATARATA SENIL NUCLEAR, H408 OTROS GLAUCOMAS”²⁹; tanto así que, padece discapacidad visual como consta en el certificado expedido el 03 de marzo del presente año. Estas circunstancias, le impiden trabajar y generar ingresos para su subsistencia; precisamente, afirmó y no fue desvirtuado que, dependía económicamente de su difunta hermana quien era pensionada del magisterio, que convivían juntas, no tuvieron hijos, ninguna contrajo matrimonio; es decir, no cuenta con el apoyo de otros familiares, y como consta en el Registro Único de Afiliados RUAF nunca estuvo afiliada a fondos de pensiones, administradoras de riesgos laborales ni fondos de cesantías; además, en el Sisbén IV se encuentra en la categoría B1 la cual corresponde a pobreza moderada.

De las anteriores condiciones, se infiere que la señora ALVAREZ APONTE se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, por lo que, de acuerdo con la Corte Constitucional³⁰, debe facilitársele el acceso a la protección de sus derechos constitucionales, removiendo progresivamente los obstáculos que impidan la satisfacción de sus intereses³¹. Es decir, la intervención del juez constitucional es urgente para evitar cualquier acto discriminatorio.

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

²⁷ Sentencias T-222 de 2018, T-426 de 2019, T- 080 de 2021 y T-453 de 2021.

²⁸ Copia Historia Clínica Centro Oftalmológico Oculaser del 17 de noviembre de 2022.

²⁹ Copia Historia Clínica Centro Oftalmológico Oculaser del 6 diciembre de 2022.

³⁰ T- 478 de 2020.

³¹ 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”.

3.3. Problema jurídico.

Determinar si la señora DALLYS MERCEDES ÁLVAREZ APONTE tiene derecho a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral. En caso positivo, corresponde establecer la entidad encargada de satisfacer dicha obligación. Lo anterior, sobre el supuesto jurídico de que la calificación constituye un medio para llevar a cabo el trámite del reconocimiento de la sustitución pensional ante el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, con ocasión del deceso de su hermana.

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 1992³², compilado en el artículo 2.2.3.1.1.5 del Decreto Único Reglamentario 1069 de 2015³³ 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.³⁴

El ordenamiento jurídico impone que el estado de invalidez se determine a través de una valoración médica que conlleve a una calificación de la pérdida de la capacidad laboral, cualquiera que sea su origen (común o laboral). Esta calificación debe ser realizada por

³² Por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991 (Acción de Tutela).

³³ Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

³⁴ T- 250 de 2022.

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 Profesionales³⁵ - 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 prestación³⁵. En consecuencia, se considera inválida la persona que haya sido calificada con el 50% o más de pérdida de la capacidad laboral³⁶.

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

³⁵ 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.

³⁶ 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”.

perturbación que concretamente dio origen a perder en mayor o menor porcentaje la capacidad referida. Esto a través de la valoración que realizan los expertos en las diferentes áreas de la medicina. Asimismo, permite esclarecer desde este ámbito de experticia si tuvo un origen común o causa laboral. Por otro lado, un *sentido económico* porque clarificar el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral permite acceder, en algunos de casos, a una serie de prestaciones del régimen de la seguridad social (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”³⁷.

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 continuación³⁸.

En primer lugar, la calificación de la pérdida de capacidad laboral debe considerar las condiciones específicas de cada persona, valoradas

³⁷ Sentencias T-038 de 2011 y T-165 de 2017.

³⁸ Tomado de la Sentencia T-876 de 2013.

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.

3.4.3. La calificación de la pérdida de capacidad laboral de personas que se encuentran en el régimen subsidiado de salud

Recientemente, en sentencia T-402 del 16 noviembre de 2022, la Corte Constitucional advirtió que la Ley 100 de 1993 no excluye a las EPS del régimen subsidiado ni a las administradoras de fondos de pensiones (AFP) del deber de calificación de la pérdida de capacidad laboral (PCL) de una persona. Explicó que 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.

Indicó que, de una lectura armónica del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, en especial del inciso segundo, permite concluir que, si bien existe un procedimiento vigente y plenamente aplicable para las personas del régimen contributivo que quieran acceder a un dictamen de PCL, lo cierto es que cuando las personas del régimen subsidiado soliciten esta calificación, no se les puede imponer el mismo procedimiento. Esto, en tanto es evidente que no están en posibilidad de aportar las incapacidades laborales requeridas ni el concepto de rehabilitación desfavorable, ya que tales documentos solo se expiden si el usuario está afiliado al régimen contributivo.

En esa medida, trajo a colación la línea jurisprudencial -sentencia T-399 de 2015 y T-427 de 2018 -, que señala la obligación de calificar la PCL que tienen las EPS, derivada de la lectura del inciso segundo del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, no puede entenderse exclusiva de las entidades del régimen contributivo, sino también de las entidades del régimen subsidiado, ya que, *“La pertenencia a determinado régimen no es justificación para negar la valoración laboral a una persona (...) que requiere dicho examen para acceder a una pensión. Como se evidencia en las normas citadas, existe una disposición general en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 que modifica la Ley 100 de 1993, la cual establece que corresponde a las EPS llevar a cabo la calificación de pérdida de capacidad laboral, sin hacer distinción alguna al régimen al cual pertenecen (...) en relación con las obligaciones en materia de salud, las EPS del régimen subsidiado también tienen el deber de efectuar dicha valoración, en virtud de la importancia del derecho involucrado y porque, precisamente por la relevancia de esta garantía no es un servicio que se pueda negar a la población más vulnerable, ni mucho menos se puede ofrecer de forma diferenciada según la contribución económica que el usuario aporta al sistema³⁹”*.

La Corte sintetiza las reglas de la siguiente manera: i) *El derecho a la seguridad social cubre diferentes contingencias derivadas de la enfermedad común que puede generar un estado de invalidez. Uno de estos mecanismos cubiertos por la seguridad social es el acceso de todos los usuarios del sistema, a la calificación de su PCL;* ii) *La calificación de la PCL está directamente relacionada con los derechos a la seguridad social, la vida y el mínimo vital, pues de ella depende el eventual reconocimiento de otras prestaciones sociales como la pensión de invalidez*

³⁹ Corte Constitucional, sentencia T-399 de 2015

o los servicios especiales para las personas que acreditan condición de discapacidad y; iii) Ni las AFP ni las ESP pueden negarse a calificar la PCL laboral de una persona por el hecho de estar afiliada al régimen subsidiado de salud.

En el caso que examinó, consideró que *“la falta de calificación de la PCL repercute en la garantía de los derechos constitucionales del accionante, comoquiera que sin la calificación no puede iniciar otros trámites derivados de la eventual condición de invalidez o discapacidad que se le dictamine. Existe una afectación al debido proceso, toda vez que se le está imponiendo al actor una barrera injustificada y una carga imposible de cumplir para obtener el dictamen. Así mismo, se plantea una afectación del derecho al mínimo vital, ya que, en razón de su enfermedad, el accionante no puede trabajar y aún no puede iniciar trámites para obtener las coberturas que el sistema integral de seguridad social contempla para las personas con un porcentaje alto de PCL”.*

El Alto Tribunal, advirtió que, tanto a la EPS como a la AFP que ambas entidades tienen un deber de apoyar a sus afiliados en los trámites que estos soliciten.

3.5. Análisis del caso concreto

La señora DALLYS MERCEDES ÁLVAREZ APONTE pretende a través de este mecanismo excepcional, que SANITAS E.P.S. realice la calificación de la pérdida de capacidad laboral, la cual fue negada; esto, con el propósito de solicitar posteriormente la sustitución pensional de su difunta hermana LIGIA ARCELINA ÁLVAREZ APONTE, quien estaba pensionada por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio. La primera instancia, declaró la carencia actual del objeto por hecho superado, teniendo en cuenta la valoración por medicina laboral efectuada por SANITAS E.P.S. el pasado 20 de diciembre de 2022; no obstante, la accionante indicó que la Entidad Promotora de Salud sí adelantó la consulta e indicó los diagnósticos, pero no efectuó la correspondiente calificación bajo la justificación de que no es la competente para realizarlo.

Al constatar el material probatorio, se evidencia que efectivamente, el 09 de noviembre del año pasado, la accionante radicó petición ante SANITAS E.P.S., entidad donde se encuentra afiliada, en los siguientes términos: *“(…) me permito hacer entrega de copia íntegra de mi historia clínica contentiva en 131 folios, a fin de que sean objeto de valoración con medicina laboral y se determine la pérdida de capacidad o en su defecto se emita concepto de discapacidad para solicitar el respectivo carnet ante la entidad territorial correspondiente”;* adicionalmente expuso sus condiciones particulares; solicitud que fue respondida por la demandada mediante oficio MLRB-1807-2022 del 05 de diciembre de 2022, que señala: *(…) debe saber que el certificado de discapacidad es un documento personal e intransferible que se entrega después una*

valoración clínica multidisciplinaria, en donde un equipo médico identifica la existencia de algún tipo de discapacidad. Dicha certificación únicamente podrá ser expedida por las Instituciones prestadoras de Servicios de Salud-IPS autorizadas por la secretaria Distrital de Salud del Municipio donde reside. //A partir de la Resolución 113 de 2020 desde el 30 de junio de 2020, la certificación de discapacidad se encuentra a cargo de los entes territoriales y las IPS que estos designen de acuerdo con la zona de residencia de las personas que lo requieran (...). Fdo. Medicina Laboral EPS SANITAS Regional Bucaramanga.” De la calificación de la pérdida de capacidad laboral respondió el 14 de diciembre mediante oficio MLRB 1879 del 14 de diciembre de 2022, así:

*“Con el objeto de ampliar la información y con base en ello definir lo que sea de nuestra competencia, se le ha programado cita en modalidad de **tele-consulta por Medicina Laboral (Md: Paola Andrea Romero) para el día martes 20 a las 08:30 a.m., puede ingresar al siguiente link <https://meet.google.com/azq-ovnn-eho?hs=122&authuser=0>***

Es necesario que al momento de ser contactado tenga disponible la remisión a Medicina Laboral, la historia clínica completa de la patología por la que solicita valoración, y los estudios de ayuda diagnóstica correspondientes. En el evento requerir modificación en la fecha u hora de la cita antes programada, por favor comunicarse al correo electrónico cclis@epssanitas.com paoaromero@epssanitas.com

En cuanto a la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional el Decreto 019 de 2012 en su Artículo 142 menciona que las administradoras de fondo de pensiones AFP Administradoras de Riesgos Laborales ARL y Entidades Promotoras de Salud EPS, determinan en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral, califiquen el grado de invalidez y el origen de estas contingencias, las cuales deben relacionarse con el ejercicio de sus competencias.

Esto significa que cada régimen debe calificar en primera oportunidad las contingencias que hacen parte de las coberturas propias del ramo que administra, así:

- Las EPS califican en primera oportunidad la Pérdida de Capacidad Laboral exclusivamente cuando debe determinar si un beneficiario inscrito por un afiliado cotizante, debe ser eximido dentro del plan familiar de salud del cobro de la unidad de pago por capitación UPC dada su calidad de inválido. En el evento previsto en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, es decir, para efectos de cobertura en el Plan Obligatorio de Salud de los hijos mayores de 18 años con discapacidad permanente.

- Las ARL califican en primera oportunidad los pacientes que cursan con enfermedades de origen laboral o hayan tenido accidentes de trabajo.

*- Las AFP califican en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral **para sus afiliados que presenten patologías de origen común.***

Por lo tanto, en su caso la calificación debe solicitarla al Fondo de Pensiones donde se encontraba afiliada su hermana”. (sic).

En efecto, SANITAS E.P.S. programó cita la valoración por medicina laboral, que se materializó el 20 de diciembre de 2022, sin embargo, no realizó la respectiva calificación de PCL a la señora ÁLVAREZ APONTE, justificándose en que corresponde realizarla al fondo de pensiones donde se encontraba afiliada la hermana de la accionante. Sin embargo, lo cierto es que esa respuesta no se conecta con la

situación particular de la promotora del amparo, pues olvida que el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, no excluye a las EPS del deber de calificación. Ello, no solo en virtud de una lectura armónica de este precepto y la normativa técnica que lo acompaña con la Constitución, sino en virtud de las reglas jurisprudenciales fijadas en las sentencias T-399 de 2015, T-427 de 2018 y T-402 de 2022. También resulta importante resaltar que, si bien, la señora ÁLVAREZ APONTE estuvo afiliada en el régimen contributivo, actualmente ya se encuentra afiliada en el régimen subsidiado y como consta en el Registro Único de Afiliados RUAF, nunca estuvo afiliada a fondos de pensiones; por lo tanto, no podría emitirse una orden de tal naturaleza a una Administradora del Fondo de Pensiones, además porque SANITAS E.P.S. fue la primera entidad a la cual ella elevó la solicitud y fue negada.

Bajo este contexto, la no realización de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral de la ciudadana repercute en la garantía de sus derechos constitucionales; pues de acuerdo con la jurisprudencia citada, este 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. En primer lugar, porque se le está imponiendo a la actora una barrera injustificada y una carga imposible de cumplir para obtener el dictamen, el cual, es un requisito para iniciar el trámite dirigido a obtener como pretensión final la sustitución de la pensión derivada del fallecimiento de su hermana. Así mismo, este examen está motivado en las enfermedades diagnósticas, su avanzada edad y su discapacidad visual. Adicionalmente, por la dependencia económica que se derivaba a través de su hermana y, a causa del fallecimiento, la actora quedó en un estado de vulnerabilidad, por lo que, la sustitución pensional podría convertirse en el único medio para garantizar su subsistencia y, por ende, lograr una vida digna.

Todas estas circunstancias, ahondan la vulneración de derechos que perpetuó SANITAS EPS, por lo cual, se revocará la sentencia impugnada que declaró la carencia actual del objeto por hecho superado y al mismo tiempo negó el amparo en cuanto a la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral, para en su lugar, conceder de manera definitiva los derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna y mínimo vital de la señora DALLYS MERCEDES ÁLVAREZ APONTE.

En consecuencia, se ordenará SANITAS E.P.S. que dentro del término máximo de (01) mes proceda a adelantar todos los trámites pertinentes –médicos y administrativos– para que la señora DALLYS MERCEDES ÁLVAREZ APONTE sea calificada según los lineamientos legales del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, los criterios técnicos–científicos dispuestos en el Manual Único de Calificación de la Invalidez y las demás normas concordantes y complementarias.

De otro lado, se confirmará la declaratoria de la carencia actual del objeto por hecho superado en relación con la pretensión de la expedición del certificado de discapacidad.

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: REVOCAR la sentencia impugnada que declaró la carencia actual del objeto por hecho superado y negó el amparo en cuanto a la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral, para en su lugar, **CONCEDER** de manera definitiva los derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna y mínimo vital de la señora DALLYS MERCEDES ÁLVAREZ APONTE.

SEGUNDO: ORDENAR a SANITAS E.P.S. que dentro del término máximo de un (01) mes proceda a adelantar todos los trámites pertinentes –médicos y administrativos– para que la señora DALLYS MERCEDES ÁLVAREZ APONTE sea calificada según los lineamientos legales del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, los criterios técnicos–científicos dispuestos en el Manual Único de Calificación de la Invalidez y las demás normas concordantes y complementarias.

TERCERO: CONFIRMAR la carencia actual del objeto por hecho superado en relación con la pretensión de la expedición del certificado de discapacidad.

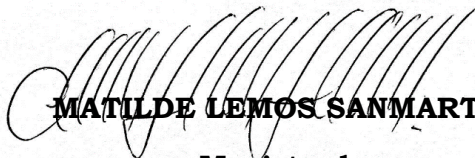
CUARTO: Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. De ser excluida archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ

Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO

Magistrada