



**JUZGADO 33 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE
LOCALIDAD DE CHAPINERO**

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-41-89-033-2020-00197-00

Accionante: SEPTÍMIO HERNANDO LEMOS GARCÍA.
Accionado: JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ D.C. Y CUNDINAMARCA – VINCULADO – UT SERVISALUD SAN JOSÉ Y FIDUPREVISORA.
Asunto: Sentencia de Primera Instancia.

ASUNTO A RESOLVER

Procede el Despacho a resolver la ACCIÓN DE TUTELA de la referencia presentada por SEPTÍMIO HERNANDO LEMOS GARCÍA en nombre propio, en la que se acusa la vulneración del derecho fundamental a la salud.

1. ANTECEDENTES

1.1. Hechos

Manifiesta el accionante que el 22 de noviembre de 2017 fue evaluado por Medicina Laboral UT MEDICOL SALUD hoy UT SERVISALUD SAN JOSÉ en primera oportunidad, entidad que atiende a los docentes en el Distrito Capital, la cual dictamino un porcentaje de invalidez del 50.1% de pérdida de la capacidad laboral. Frente a lo anterior, radicó recurso de apelación respecto a la calificación en razón de sus quebrantos de salud, producto de 2 hernias discales exacerbadas, hipertensión arterial y graves afectaciones en la visión.

El 20 de diciembre de 2017 fue notificado de la decisión adoptada por Medicina Laboral “UT SERVISALUD SAN JOSÉ”, donde ratifican la calificación. Así las cosas y en aras de obtener un mayor porcentaje total en

dicha calificación, presentó recurso de apelación ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, la cual procedió a realizar valoración el 3 de diciembre de 2018.

El 5 de julio de 2019 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca emitió dictamen donde le fue asignado una calificación del 48.2% de la pérdida de capacidad laboral, y notificada el 11 de julio del mismo año. Por ello y en vista que la Junta tomando los mismos valores, profirió un dictamen con un menor porcentaje, el 13 de julio de la presente anualidad presentó solicitud de revisión y/o corrección del porcentaje asignado, por incertidumbre sobre la fórmula aritmética utilizada y el porcentaje base.

El 26 de diciembre de 2019 se acercó a la Junta Regional para conocer el estado de la solicitud, donde le informaron que la respuesta se había generado el 25 de octubre del mismo año, la cual no le llegó. Ahora y revisando el contenido de la misma, ratifican el puntaje de 48.2%, generándole una incertidumbre, pues resalta que para su caso la fórmula con que se debe evaluar la pérdida de la capacidad laboral, según lo establecido en el Decreto 1655 de 2015, con relación al procedimiento B, es $A+(50-A)B/50$ la misma que utilizó la Junta de Calificación de origen y no $A+(50-A)B/100$, como lo hace la Junta Regional.

Finalmente solicita a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, proceda a realizar la corrección correspondiente, ajustada a la normatividad contemplada en el Decreto 1655 de 2015, y por ende apliquen la fórmula de valores combinados referidos al procedimiento B, y evitar se configure una injusticia.

Junto con su demanda aporto:

- Formulario de dictamen Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- Formulario de dictamen para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la Invalidez Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C.
- Copia Decreto 1655 de 2015.
- Incapacidad médica.

- Recurso de apelación ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca.
- Respuesta recurso de apelación.
- Solicitud de revisión y corrección de la calificación ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca.
- Respuesta solicitud de revisión y corrección.
- Copia cédula de ciudadanía.

1.2. Argumentos del accionado.

JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ D.C. Y CUNDINAMARCA

Durante el tiempo de traslado la entidad accionada contestó, manifestando que el caso del señor Lemos fue radicado en las instalaciones de la Junta Regional por solicitud de la UT Servisalud San José, con el fin de dirimir la controversia presentada por este y calificar en segunda instancia al educador Septimio Hernando Lemos García, quien fue calificado por esa entidad con los diagnósticos discopatía lumbar múltiple, hipertensión arterial. Pérdida de la Capacidad Laboral: 50,1%, Origen: Enfermedad Común, Fecha de Estructuración: 22 de noviembre de 2017.

Por lo anterior, la Junta Regional emitió el dictamen No. 4813911 del 5 de julio de 2019, en el que calificó los diagnósticos discopatía lumbar múltiple, hipertensión arterial. Pérdida de la Capacidad Laboral: 48,2%, Origen: Enfermedad Común, Fecha de Estructuración: 22 de noviembre de 2017. Por lo anterior, el señor Lemos García radicó solicitud de aclaración, la cual fue resuelta a través del ACTA ACLARATORIA No. 230-3 de octubre 25 de 2019, confirmando la calificación inicial.

No obstante, el día 18 de junio de 2020 se consultó nuevamente al médico ponente quien revisó el dictamen proferido y encontró que le asiste razón al accionante, en lo tocante con la fórmula combinada a aplicar (Procedimiento B), esto es: $(50-A) \times B/50$. En consecuencia, la Junta Regional procedió a expedir un nuevo dictamen bajo el No. 4813911 del 18 de junio de 2020, en el que calificó los diagnósticos discopatía lumbar múltiple, hipertensión arterial. Pérdida de la Capacidad Laboral: 50,4%, Origen: Enfermedad Común, Fecha de Estructuración: 22 de noviembre de 2017; decisión comunicada al

accionante por correo electrónico enviado para tal efecto el ACTA ACLARATORIA No 236-3 de junio 18 de 2020, junto con el dictamen y ponencia.

Finalmente solicitan desvincular de la presente acción de tutela a la Junta Regional de Bogotá D.C. y Cundinamarca por cuanto en ningún momento ha vulnerado derecho fundamental al señor Lemos García, contrario a lo anterior ha respetado el debido proceso.

Junto con su contestación apporto:

- Dictamen perdida de capacidad laboral Septimio Hernando Lemos García.
- Ponencia Septimio Hernando Lemos García.
- Acta aclaratoria No. 236-3 del 18 de junio de 2020.
- Notificación decisión de aclaración y/o corrección.

UT SERVISALUD SAN JOSÉ - Vinculado

En el término de traslado allegaron respuesta, informando que, de conformidad a la situación referida por parte de la actora, el caso fue escalado con PROSERVANDA, entidad que tiene a su cargo el contrato de Medicina Laboral de los usuarios del Magisterio, desde donde se manifestó que una vez los dictámenes son apelados ante la Junta Regional de Calificación, por Ley pierden competencia sobre ellos.

Según lo descrito en el Decreto 1655 de 2015, efectivamente hay un error de procedimiento de parte de la Junta Regional en la aplicación de la formula de Balthasar, dado que la suma de las deficiencias en el Título I procedimiento "B" debe aplicarse sobre base 50 y no sobre base 100. Ahora y teniendo en cuenta que el dictamen en cuestión presenta un error procedimental, el cual va en detrimento del docente, procederán a realizar prorroga de la incapacidad por un mes adicional, en espera de que la Junta Regional se pronuncie en definitiva y poder notificar el dictamen en firme a la Secretaria de Educación, dado que los dictámenes de la Junta Regional son la segunda y ultima instancia.

Así las cosas, reiteran que las pretensiones de la tutela no van encaminadas en contra de UT SERVISALUD SAN JOSÉ, dado que no existe vulneración alguna de los derechos fundamentales del accionante por su cuenta.

FIDUPREVISORA – Vinculado

Señalan que la Fiduprevisora como administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no tiene competencia de practicar, ni modificar los dictámenes de pérdida de capacidad laboral que le sean practicado a los docentes, y en esta medida dicha facultad se encuentra en cabeza de las Juntas de Calificación con la cual se haya realizado dicha valoración, y a quien es dirigida la tutela.

Por lo que la Fiduprevisora S.A., no es la entidad competente para satisfacer las pretensiones del ciudadano Septimio Hernando Lemos García, toda vez que las mismas giran exclusivamente en torno a que la Junta de Calificación, realice la corrección al sumar los valores con una formula equivocada contrario a la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes.

Por lo anterior, no se puede establecer que Fiduprevisora S.A. en calidad de vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG) se encuentre vulnerando los derechos fundamentales del ciudadano Septimio Hernando Lemos García, toda vez que no existe ninguna conducta concreta, activa u omisiva que derive la supuesta afectación de los derechos fundamentales del accionante por parte de Fiduprevisora S.A.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Solicitan desvincular a la entidad de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela 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, lo que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a la entidad.

En efecto, las EPS como aseguradoras en salud son responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud, pues el aseguramiento en salud, exige que el asegurador (EPS), asuma el riesgo transferido por el usuario, esto es, la salud y vida del asegurado, y

cumpla con cabalmente con las obligaciones frente a “...la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.”

1.3. Trámite Procesal

En providencia que data del 17 de junio de 2020 este Despacho admitió la presente acción constitucional, ordenando notificar a la entidad accionada y vincular a UT SERVISALUD SAN JOSÉ Y FIDUPREVISORA.

2. CONSIDERACIONES

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

Corresponde al despacho determinar si la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ D.C. Y CUNDINAMARCA vulneró el derecho fundamental a la salud de SEPTÍMIO HERNANDO LEMOS GARCÍA, al no proceder a realizar la corrección correspondiente del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, ajustada a la normatividad contemplada en el Decreto 1655 de 2015, y por ende apliquen la fórmula de valores combinados referidos al procedimiento B, y evitar se configure una injusticia.

No obstante, de acuerdo con los medios probatorios que obran en el expediente se estima pertinente evaluar previamente la existencia de una carencia actual de objeto en el caso concreto. Para ello, se efectuará un análisis relativo a dicho fenómeno y sobre los deberes del juez como rector del proceso de acción de tutela, para en ese marco, analizar el caso concreto.

PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

Previo al análisis del objeto de la acción de tutela interpuesta, es necesario estudiar los requisitos de procedencia de la demanda relativos a (i) la alegación de una presunta afectación de un derecho fundamental, (ii) la legitimación por

activa y por pasiva, (iii) la subsidiariedad y (iv) la observancia del requisito de inmediatez.

Legitimación por activa. Acorde con el artículo 86 de la Carta Política, toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre. SEPTÍMIO HERNANDO LEMOS GARCÍA interpuso acción de tutela contra de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ D.C. Y CUNDINAMARCA, al considerar que la accionada vulnero sus derechos fundamentales, al no proceder a realizar la corrección correspondiente del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, ajustada a la normatividad contemplada en el Decreto 1655 de 2015, y por ende apliquen la fórmula de valores combinados referidos al procedimiento B.

Legitimación por pasiva: La acción de tutela fue interpuesta contra la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ D.C. Y CUNDINAMARCA, entidad de carácter privado, y de acuerdo a la reglamentación de la tutela, esta procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que amenacen o vulneren derechos fundamentales, y excepcionalmente es posible ejercerla frente a particulares si: (i) están encargados de la prestación de un servicio público; (ii) su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo; o, (iii) el accionante se encuentra en una situación de indefensión o de subordinación.

Inmediatez. El 26/12/19, el accionante fue enterado de la ratificación del porcentaje de calificación por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, y la presente demanda de tutela se presentó en reparto el día 17/06/20, esto es, 6 meses y 20 días han transcurrido, por lo que se configura este requisito.

Subsidiariedad. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Teniendo en cuenta esta norma, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 estableció como causal de improcedencia de la tutela la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, sin perjuicio de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un

perjuicio irremediable. A continuación, el Despacho se ocupa de analizar el cumplimiento de este requisito.

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

La Corte Constitucional ha considerado que *“un elemento definidor del estado de invalidez, es el hecho de que la persona por sí misma no puede procurarse los medios para una vida digna y decorosa, que se adquiere normalmente de una actividad remunerada; presumiéndose, en principio, que la estructuración de la invalidez está íntimamente ligada a las circunstancias del trabajo desempeñado y las condiciones de salud física o mental de la persona, que le impidieron seguir laborando”*. En consecuencia, la acción de tutela es procedente en esta oportunidad, para juzgar si la accionada vulneró los derechos fundamentales del accionante, al negarse a corregir el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, según la fórmula que contempla el Decreto 1655 de 2015.

HECHO SUPERADO.

En la sentencia T-038 de 2019, la corte señaló respecto a la carencia actual de objeto que *“La carencia actual de objeto se configura cuando frente a las pretensiones esbozadas en la acción de tutela, cualquier orden emitida por el juez no tendría algún efecto o simplemente “caería en el vacío”. Específicamente, esta figura se materializa a través en las siguientes circunstancias:*

Daño consumado. *Es aquel que se presenta cuando se ejecuta el daño o la afectación que se pretendía evitar con la acción de tutela, de tal manera que, el juez no puede dar una orden al respecto con el fin de hacer que cese la vulneración o impedir que se materialice el peligro. Así, al existir la imposibilidad de evitar la vulneración o peligro, lo único procedente es el*

resarcimiento del daño causado por la violación de derecho. No obstante, la Corte ha indicado que, por regla general, la acción constitucional es improcedente cuando se ha consumado la vulneración pues, esta acción fue concebida como preventiva mas no indemnizatoria.

Hecho superado. Este escenario se presenta cuando entre el momento de interposición de la acción de tutela y el fallo, se evidencia que como consecuencia del obrar de la accionada, se superó o cesó la vulneración de derechos fundamentales alegada por el accionante. Dicha superación se configura cuando se realizó la conducta pedida (acción u abstención) y, por tanto, terminó la afectación, resultando inocua cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues ya la accionada los ha garantizado.

Acaecimiento de una situación sobreviniente. Se presenta en aquellos casos en que tiene lugar una situación sobreviviente, que, a diferencia del escenario anterior, no debe tener origen en una actuación de la accionada, y que hace que ya la protección solicitada no sea necesaria, ya sea porque el accionante asumió la carga que no le correspondía, o porque la nueva situación hizo innecesario conceder el derecho.

No obstante, lo anterior, la Corte Constitucional también ha señalado que:

“(i) si bien no resulta viable emitir la orden de protección que se solicitaba en la acción de tutela, es perentorio un pronunciamiento de fondo sobre el asunto, precisando si se presentó o no la vulneración que dio origen a la presentación de la acción de tutela, en los casos en que la consumación del daño ocurre durante el trámite de la acción (en primera instancia, segunda instancia o en el trámite de revisión ante la Corte Constitucional), o cuando -bajo ciertas circunstancias- se impone la necesidad del pronunciamiento por la proyección que pueda tener el asunto (art. 25 del Decreto 2591 de 1991), o por la necesidad de disponer correctivos frente a personas que puedan estar en la misma situación o que requieran de especial protección constitucional; y (ii) no es perentorio en los casos de hecho superado o acaecimiento de una situación sobreviniente, salvo cuando sea evidente que la providencia objeto de revisión debió haber sido decidida de una forma diferente (pese a no tomar una decisión en concreto, ni impartir orden alguna), “para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su

ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera”, tal como lo prescribe el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991”.

CASO CONCRETO.

De acuerdo a lo que muestra el proceso, se puede evidenciar que el accionante solicitó ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca revisión y/o corrección del porcentaje de pérdida de capacidad laboral emitido el 5 de julio de 2019, teniendo en cuenta la incertidumbre sobre la fórmula aritmética utilizada y el porcentaje base; la misma que ratificó dicha calificación mediante oficio de fecha 25 de octubre de 2019.

En el *sub-lite*, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca con su contestación señaló que el día 18 de junio de 2020 se consultó nuevamente al médico ponente quien revisó el dictamen proferido y encontró que le asiste razón al accionante, en lo tocante con la fórmula combinada a aplicar (Procedimiento B), esto es: $(50-A) \times B/50$. En consecuencia, la Junta Regional procedió a expedir un nuevo dictamen bajo el No. 4813911 del 18 de junio de 2020, en el que calificó los diagnósticos discopatía lumbar múltiple, hipertensión arterial. Pérdida de la Capacidad Laboral: 50,4%, Origen: Enfermedad Común, Fecha de Estructuración: 22 de noviembre de 2017; decisión comunicada al accionante por correo electrónico enviado para tal efecto el ACTA ACLARATORIA No 236-3 de junio 18 de 2020, junto con el dictamen y ponencia; solicitando desvincular a la Junta Regional de la presente acción de tutela por cuanto no ha vulnerado derecho fundamental al señor Lemos García, contrario ha respetado el debido proceso.

Así las cosas y ante tal panorama, se constata que la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ D.C. Y CUNDINAMARCA, una vez enterado de la presente acción cesó la vulneración a los derechos fundamentales, procediendo a corregir la fórmula combinada a aplicar respecto al porcentaje de pérdida de capacidad laboral emitido respecto del aquí accionante; por tanto sin mayores disquisiciones, se tiene por hecho superado, recordando que según la jurisprudencia constitucional: ***“Este escenario se presenta cuando entre el momento de interposición de la acción de tutela y el fallo, se evidencia que como consecuencia del***

obrar de la accionada, se superó o cesó la vulneración de derechos fundamentales alegada por el accionante. Dicha superación se configura cuando se realizó la conducta pedida (acción u abstención) y, por tanto, terminó la afectación, resultando inocua cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues ya la accionada los ha garantizado (Sentencia T-038/19).

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y TRES DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BOGOTÁ D.C.- LOCALIDAD DE CHAPINERO**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Denegar el amparo por carencia actual de objeto por **HECHO SUPERADO**.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta determinación a los intervinientes en la forma más rápida y eficaz, conforme lo ordena el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



FERNANDO MORENO OJEDA

Juez

AC