

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá, D.C., quince (15) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: (35) 2020 – 00356 03
Proceso: Acción de Tutela (SEGUNDA INSTANCIA)
Accionante: James Valencia Castaño
Accionados: Coomeva EPS y Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir
Vinculados: ARL Axa Colpatría
Asunto: SENTENCIA

Agotado el trámite que le es propio a esta instancia, se resuelve lo pertinente a la impugnación presentada por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, contra el fallo de fecha 15 de octubre de 2020, proferido por el Juzgado Treinta y Cinco de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1.- Supuestos Fácticos

El señor James Valencia Castañeda, propuso acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud, a la vida digna y al debido proceso, la cual sustenta en los siguientes hechos:

1.- Que el 12 de abril de 2.010, en un hecho accidental, estando en horas no laborales, sufrió una herida por arma de fuego a la altura del pómulo izquierdo, que en ese momento se diagnosticó como una lesión en la rama inferior nervio facial izquierdo y además hipoacusia neurosensorial bilateral.

2.- Que estuvo hospitalizado e incapacitado más de 30 días y por tratarse de una enfermedad de origen común, el 17 de diciembre de 2.010, fue calificado en primera oportunidad por la EPS COOMEVA, determinando un porcentaje del 20.7 % de pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración del 14 de abril de 2.010.

3.- Que para sostener a su familia, a pesar de su limitación, ha trabajado de manera interrumpida en diferentes periodos como guarda de seguridad, no obstante, en el momento en que se detecta su limitación auditiva y visual, no le renuevan el contrato de trabajo.

4.- Que el deterioro de su capacidad auditiva y la visión de su ojo izquierdo han aumentado progresivamente, afectando su estado de salud.

5.- Que el 29 de septiembre de 2.017 le practicaron un estudio audiológico y el diagnóstico fue: OIDO IZQUIERDO: HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL DE GRADO MODERADO. OIDO DERECHO: HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL PROFUNDA.

6.- Que para complementar el anterior diagnóstico, el 21 de octubre de 2017, le practicaron una logo- audiometría que dio como resultado "oído izquierdo: reconoce palabras en 30 decibeles, discrimina 50% en 35 decibeles, discrimina 100% en 55 db; oído derecho: discrimina sonido en 75 decibeles, discrimina 20% en 90 decibeles, y no discrimina en 100% en 55 db. relación con pérdida neurosensorial.

7.- Que en consulta especializada de otorrinolaringología del 6 de diciembre de 2.017, se determinó que era un paciente con hipoacusia bilateral con difícil desempeño laboral por lo que se consideraba candidato para uso de sistema bicros, para mejorar su calidad de vida.

8.- Que en el año 2.018 se le suministró dentro del plan de rehabilitación seguido por la EPS COOMEVA, una prótesis auditiva que amplifica el sonido, y que en el primer año le permitió una relativa mejoría, pero que en este momento ya no presta mayor utilidad que le permita transcurrir una vida normal, sobre todo en el oído derecho que presenta una hipoacusia profunda.

9.- Que como consecuencia de la lesión con arma de fuego ocurrida en el año 2010, la visión de su ojo izquierdo se ha perdido gradualmente y no le permite desempeñar las actividades laborales en forma eficiente.

10.- Que ante el evidente aumento de sus patologías, tanto en sus oídos como en el ojo izquierdo, sin índice de recuperación y, por el contrario cada vez más deteriorado, el 29 de agosto de 2.019 solicitó a la EPS COOMEVA, que se rindiera un dictamen sobre la pérdida de capacidad laboral y su fecha de estructuración respecto de su ojo izquierdo y sus 2 oídos que habían perdido su funcionalidad con el transcurso del tiempo y que se atribuye como secuelas del accidente del año 2010.

11.- Que la EPS Coomeva, el 9 de septiembre de 2.019, se negó a rendir el dictamen solicitado, aduciendo que se trataba de un accidente de trabajo (no obstante haberlo calificado el 17 de diciembre de 2.010 como de origen común), y que en consecuencia debía solicitarlo ante la ARL o ante el Fondo de Pensiones, ya que de acuerdo a la ley la EPS no realiza las calificaciones de pérdida de capacidad laboral.

12.- Que realizó la misma solicitud ante la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., cuya respuesta fue que no habían recibido el concepto favorable o desfavorable de rehabilitación por parte de la EPS, ni las incapacidades por 180 días continuos, ni el origen de las patologías.

13.- Que nuevamente radicó solicitud ante Coomeva EPS, el 25 de octubre de 2.019, solicitando la nueva valoración del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, en razón a que las patologías habían aumentado considerablemente.

14.- Que el 13 de enero de 2.020, formuló una nueva solicitud ante Porvenir AFP, para llevar a cabo la calificación de pérdida de capacidad laboral derivada de las patologías presentadas en sus oídos y ojo izquierdo, informándole además que no tenía 180 días continuos de incapacidad, ni concepto de rehabilitación, pero que se trata de secuelas de la lesión ocurrida hace 10 años y adjuntó la historia clínica y los resultados de los exámenes que acreditaban la pérdida del sentido del oído.

15.- Que el 29 de enero recibió respuesta por parte de Porvenir AFP, a través de la cual le informan que debe allegar las incapacidades por más de 180 días y el concepto de rehabilitación expedido por la EPS Coomeva, documento que no tiene, ni puedo obtener, porque a pesar de tener disminución de su capacidad laboral desde el año 2017 hasta el año 2020 ha laborado por cortos periodos, pero no se atreve a pedir incapacidades por temor a que le terminen el contrato de trabajo.

16.- Que se encuentra desempleado y no tiene posibilidad de rehabilitación, aunado a que está desafiliado del sistema de seguridad social sin recibir un mínimo vital para atender los gastos de su familia y ante la imposibilidad física y jurídica de obtener el concepto de rehabilitación y los 180 días de incapacidad por parte de COOMEVA, sin lugar a duda se vulneran sus derechos fundamentales.

2.- Lo Pretendido.

Como pretensiones de la presente acción constitucional se exponen:

“Que se me protejan los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud, a la vida digna y al debido proceso, y se le ordene a la EPS COOMEVA o a la AFP PORVENIR S.A., que adelante todos los tramites médicos y administrativos para que se me realice una valoración médica tendiente a establecer si la enfermedad de origen común ocurrida en el mes de abril de 2.010, calificada en primera oportunidad como una lesión en la rama inferior nervio facial izquierdo y además hipoacusia neurosensorial bilateral, ha tenido secuelas perceptibles a la fecha del nuevo dictamen, o se ha aumentado la hipoacusia neurosensorial en el oído izquierdo y derecho, así como la pérdida de la visión en mi ojo izquierdo, y en caso afirmativo que se califique el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que inicialmente fue del 20.7 % y se determine la fecha de estructuración de estas nuevas patologías.

Que se advierta a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., su deber de acatar la jurisprudencia constitucional para que, en lo sucesivo, se abstenga de negar la calificación solicitada aduciendo como requisito previo los 180 días continuos de incapacidad y el concepto de rehabilitación, que evidentemente no se tienen y constituye un obstáculo para la protección de mis derechos fundamentales.

3.- La Actuación.

La demanda de tutela correspondió por reparto al Juzgado Treinta y Cinco

de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple esta ciudad, quien la admitió por auto de fecha 06 de agosto de 2020.

Posteriormente, a través de fallo de fecha 24 de agosto de 2020, el *a quo* concedió el amparo deprecado por las razones allí expuestas, decisión que fue impugnada por AFP Porvenir.

En sede de segunda instancia, por auto adiado 30 de septiembre de 2020, esta juzgadora declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del fallo de fecha 24 de agosto de 2020, inclusive y ordenó la vinculación de la ARL AXA Colpatria.

Conforme con lo anterior, el juzgado de conocimiento por auto del 05 de octubre pasado ordenó obedecer y cumplir lo resuelto por el superior, efectuando la aludida vinculación.

Renovada la actuación anulada, mediante providencia de fecha 15 de octubre pasado se concedió el amparo solicitado por el actor.

4.- Intervenciones

Advierte el Despacho que se recibieron informes junto con sus anexos de Coomeva EPS y AFP Porvenir.

5.- La Providencia de Primer Grado

El Juez *a-quo* concedió el amparo solicitado bajo los siguientes argumentos:

“en cuanto tiene que ver con la evaluación médica sobre el estado de salud del usuario del sistema, y sus posibilidades de continuar laborando habida cuenta de una lesión, accidente o enfermedad, la misma corporación señaló que “la calificación de pérdida de capacidad laboral es un derecho que tienen todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social, sin distinción alguna, pues es el medio para acceder a la garantía de otros derechos como la salud, el mínimo vital y la seguridad social, en tanto permite establecer si una persona tiene derecho a las prestaciones asistenciales o económicas que se consagran en el ordenamiento jurídico, por haber sufrido una enfermedad o accidente.

(...)

al no haber mayor duda en cuanto a la relevancia constitucional que en esta especie de sucesos tiene la prenotada calificación, ya que de ella depende, a su turno, el ejercicio efectivo de otros derechos de raigambre fundamental, es clara la inadmisibilidad de las exigencias impuestas por el fondo de pensiones accionado. En otros términos, la tensión que se advierte en este caso debe resolverse en favor del demandante, con mayor razón, si se tiene en cuenta, según se acreditó en el expediente, que aquel sufre una lesión en la “rama inferior [del] nervio facial izquierdo”, así como una “hipoacusia neurosensorial bilateral”, que para 4 ADC 2020 00356 00 el año 2010 fue calificada por la EPS Coomeva como limitante de la capacidad laboral en un 20.7%, en grado moderada.

Esta situación médica, como se describe en el libelo, y se ratifica, entre otros, con los documentos que integran el historial clínico del paciente, ha empeorado con el paso del tiempo, de suerte que los sentidos de la vista y la audición del señor Valencia Castañeda están seriamente comprometidos, al punto que, para el momento actual, le impiden desempeñarse con normalidad en su empleo, y por supuesto, percibir un ingreso que garantice su subsistencia en condiciones dignas.

Dadas estas particulares condiciones, el despacho considera esencial, para salvaguardar las prerrogativas constitucionales invocadas, llevar a cabo el dictamen que le permita al accionante conocer su verdadero estado de salud, así como el grado en que se halla comprometida su capacidad para trabajar; de allí podría acceder a la prestación social prevista en la ley, según el caso. Persistir en la negativa, equivaldría a desconocer, de una parte, “su derecho a la seguridad social, comoquiera que se le está impidiendo iniciar el trámite dirigido a obtener como pretensión final una pensión de invalidez, por haber cotizado al Sistema de Seguridad Social, para cubrir una contingencia derivada de la enfermedad que le fue diagnosticada y que le impide trabajar”; y de la otra, al debido proceso, “toda vez que se le está imponiendo al actor una barrera injustificada para obtener un dictamen que determine su pérdida de capacidad laboral y que, en caso que corresponda, le permita iniciar el trámite para obtener el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez”, prestación esta que, según la Corte, se encuentra destinada a “proteger el derecho a la vida digna y al mínimo vital del afiliado, que al ver disminuida su capacidad laboral no puede continuar generando ingresos”

6.- La Impugnación

Inconforme con la decisión de primer grado la AFP Porvenir, procedió a su impugnación argumentando, “Dicha orden, a pesar de haberse emitido después de haberse declarado la nulidad de lo actuado por parte del juez de segunda instancia al avizorarse que existen otras entidades del sistema que tienen responsabilidad en la definición de la situación del accionante, vuelve a endilgar únicamente a Porvenir S.A. toda la responsabilidad de adelantar todos los trámites médicos y administrativos para calificar la pérdida de capacidad laboral del accionante.

Omite nuevamente el fallador de primera instancia, el vincular a la EPS del afiliado en la orden judicial, toda vez que Porvenir S.A. como Administradora de Pensiones solo puede efectuar la calificación de pérdida de capacidad laboral con base en la documentación médica emitida por la EPS, que es la entidad facultada legalmente para emitir los diagnósticos que aquejan al accionante y para realizar los exámenes médicos para valorar su actual estado de salud.

Igualmente omite el fallador que la EPS no ha emitido ni concepto de rehabilitación integral, ni tampoco incapacidades al accionante; ¿entonces con base en qué documentación médica se puede realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral del accionante? Reiteramos que esta Administradora no niega el proceso de valoración a nuestro afiliado; sin embargo es preciso que se nos provea de la documentación médica indispensable para valorar en debida forma el estado actual de pérdida de capacidad laboral del mismo.

En consecuencia, nuevamente impugnamos el fallo proferido, respetuosamente solicitando la vinculación de la EPS al fallo judicial, en el sentido de ordenarle expedir y remitir a esta Administradora todos los documentos tales como concepto de rehabilitación integral, historia clínica, exámenes médicos, etc., que sean pertinentes para valorar en debida forma el estado actual del accionante.”

CONSIDERACIONES

1.- La Competencia.

Este juzgado es competente para conocer de la presente impugnación del fallo de primera instancia, conforme lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

2.- Problema Jurídico Por Resolver.

Corresponde a esta sede judicial establecer si hay lugar a revocar el fallo recurrido por las razones expuestas por la impugnante o, si por el contrario, se impone su confirmación.

3.- Procedencia de la Acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona cuenta con la acción para reclamar ante los jueces, la protección inmediata de sus

derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad.

4.- Del derecho a la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Frente al particular, la Corte Constitucional mediante sentencia T-427 de 2018, precisó:

“(…)Como se señaló en las consideraciones de esta sentencia, la calificación de pérdida de capacidad laboral es un derecho que le asiste a las personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social, sin distinción alguna, y que cobra gran importancia en tanto medio para acceder a la garantía de los derechos a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital, cuando sobreviene una invalidez, bien sea de origen común o laboral.

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

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

En segundo lugar, existe una afectación al debido proceso, toda vez que se le está imponiendo al actor una barrera injustificada para obtener un dictamen que determine su pérdida de capacidad laboral y que, en caso que corresponda, le permita iniciar el trámite para obtener el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez. Esta última circunstancia plantea también una eventual afectación del derecho al mínimo vital, ya que, en razón de su enfermedad, el accionante no pudo continuar trabajando y aún no puede iniciar el trámite para obtener la cobertura de protección jurídica que brinda el ordenamiento jurídico por el riesgo derivado de la enfermedad que padece, de manera que se encuentra en un escenario en el que no percibe ingreso alguno^[42].

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

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que ordenar la realización de un concepto de rehabilitación dilataría aún más en el tiempo el eventual reconocimiento de una pensión de invalidez, máxime cuando dicho concepto cumple con funciones que en este caso resultan innecesarias, pues es claro que en el sub-judice no se han decretado incapacidades que supongan determinar a quién corresponde su pago y tampoco hay lugar a establecer si

debe llevarse a cabo una reincorporación, readaptación o reubicación ocupacional, pues, se reitera, el accionante actualmente pertenece al régimen subsidiado de salud y no puede ejercer ninguna actividad laboral^[44].

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

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

5.- El Caso en Concreto.

Teniendo en cuenta que el accionante ejerce la acción constitucional para que la convocada proceda, conforme las pretensiones formuladas en el escrito de tutela, se establece la legitimación en la causa, tanto por activa, como por pasiva, así como, en principio, la procedencia del mecanismo excepcional en la medida que se expone la vulneración de las garantías fundamentales reclamadas.

Descendiendo al caso objeto de estudio, advierte el Despacho que no le asiste razón a entidad impugnante, en el sentido de indicar que debe impartirse orden alguna por parte del *a quo* a la EPS a la cual se encuentre afiliado el actor, a efectos de llevar a cabo el dictamen de pérdida de capacidad laboral ordenado en la providencia impugnada, como quiera que, tal actuación corresponde a un trámite meramente administrativo, que debe llevarse a cabo por parte de la AFP accionada, sin que para tal fin deba mediar orden del juez constitucional, aunado a que no se observa por parte de esta sede judicial prueba alguna que dicho trámite ya se hubiese realizado y, que la entidad correspondiente se abstuviera de manera injustificada de cumplir con lo de su cargo.

De otra parte, cabe recordar que según lo expuesto por el actor en los hechos que sustentan la presente acción constitucional, en la actualidad se encuentra sin empleo, de la consulta de la base de datos RUAF, obrante en el expediente, se evidencia que en la actualidad se encuentra afiliado al

Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través del régimen subsidiado, es decir, que por la naturaleza de las prestaciones del mismo, no se prescriben incapacidades a los afiliados y, por ende, tampoco se profiere el concepto de rehabilitación exigido por la accionada.

Frente al particular, destaca el Despacho que de acuerdo con el aparte jurisprudencial aquí reseñado, exigir al actor los prenotados requisitos para acceder a la calificación de pérdida de capacidad laboral resulta lesivo de su derecho fundamental a la seguridad social, dado que con ocasión de su estado de salud, no le ha sido posible seguir laborando, por lo que tuvo que afiliarse al Régimen Subsidiado en salud, en consecuencia, las referidas condiciones constituyen una barrera de tipo administrativo, que le impiden obtener la calificación a la que tiene derecho.

Por último, se precisa que, si bien, el actor no se encuentra afiliado al régimen contributivo, de lo actuado en el expediente se desprende que el actor ha efectuado al Fondo de Pensiones Porvenir S.A., las cotizaciones correspondientes, aunado a que del prenotado precedente jurisprudencial se desprende 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”*, del cual forma parte el régimen subsidiado en salud, de acuerdo con lo reglado en la Ley 100 de 1993, por tanto, no se evidencia el acaecimiento de ninguna circunstancia capaz de desvirtuar el derecho que tiene el señor James Valencia Castaño a acceder a la calificación de pérdida de capacidad laboral objeto de la presente solicitud de amparo.

Conforme con lo anterior, habrá de confirmarse el fallo de fecha 15 de octubre de 2020, proferido dentro del presente asunto por el Juzgado Treinta y Cinco de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad.

DECISIÓN

En virtud a lo expuesto, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y mandato constitucional,

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR el fallo de fecha 15 de octubre de 2020, proferido dentro del presente asunto por el Juzgado Treinta y Cinco de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad, por lo expuesto en la parte motiva.

Segundo: NOTIFICAR la presente decisión personalmente, por telegrama, o cualquier otro medio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero: COMUNICAR telegráficamente la presente decisión al Juzgado de origen.

Cuarto: REMITIR el expediente a la honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, cumplido lo anterior.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA

JUEZA

Firmado Por:

NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA
JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 005 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6c6c2d99f3dbd16eb6a70309e9e4139d58b28d5de9253139042e9f89ea948f8c**

Documento generado en 15/03/2021 11:18:42 AM