

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2022-00188-00

ACCIONANTE: ANDERSON STEVEN MURILLO PEÑA

ACCIONADAS: A.F.P. PORVENIR

E.P.S. FAMISANAR

SENTENCIA

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de marzo del año dos mil veintidós (2022), procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por el señor **ANDERSON STEVEN MURILLO PEÑA**, actuando en nombre propio, quien pretende el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna, presuntamente vulnerados por la **A.F.P. PORVENIR** y por la **E.P.S. FAMISANAR**.

RESEÑA FÁCTICA

Afirma el accionante que tiene 31 años de edad y padece de *Trombocitopenia congénita grado III*, la cual le genera escasez de plaquetas en la sangre y lo pone en riesgo de presentar sangrados.

Que igualmente sufre de *Hidronefrosis izquierda grado III* y a consecuencia de ello ha sido diagnosticado con *Litiasis renal bilateral*, lo que ha implicado que se le practiquen diversas y dolorosas cirugías.

Que le han sido concedidas incapacidades sucesivas que superan 180 días.

Que la **EPS FAMISANAR** cumplió con el pago de las incapacidades hasta el día 180, pero posterior a ello se abstuvo de continuar con dicho reconocimiento y remitió el caso a la **AFP PORVENIR** para que ésta asumiera el trámite de la calificación de la invalidez.

Que la **EPS FAMISANAR** emitió concepto de rehabilitación desfavorable el 27 de enero de 2020.

Que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez emitió dictamen el 03 de junio de 2021, donde se le otorgó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 45.23% con fecha de estructuración del 11 de diciembre de 2020.

Que ese dictamen no se corresponde con su estado de salud y, además, no le permite adquirir la pensión de invalidez y tener una vida estable.

Que su empleador ha realizado los pagos al Sistema de Seguridad Social de manera permanente y sin ninguna inconsistencia.

Que, a la fecha, no le han sido pagadas las incapacidades Nos. 0008100832, 0008202430, 0008210756, 0008436338, 0008436325, 0008580664, 0008580604, 0008580657, 0008598146, 0008650851, 0007655485.

Que su médico tratante le emite órdenes para controles mes a mes y para la toma de medicamentos a diario y para ello debe pagar copagos y cuotas moderadoras, sumado al pago de transporte y los gastos de su hogar, obligaciones que no puede cumplir al no contar con ingresos económicos por la negativa de las accionadas en reconocerle las incapacidades.

Que la **EPS FAMISANAR** emitió recomendaciones laborales el día 16 de diciembre de 2021, dirigidas a su reintegro laboral, decisión contra la cual presentó recurso de apelación, sin recibir ninguna respuesta.

Que su médico tratante señaló que, debido a su estado de salud y al alto riesgo de recaída y sangrados espontáneos, debía continuar incapacitado y no podía reintegrarse a su trabajo.

Por lo anterior, solicita el amparo de sus derechos fundamentales y se ordene a la **A.F.P. PORVENIR** (i) realizar el pago de las incapacidades relacionadas y las que a partir de la fecha ordene su médico tratante y (ii) realizarle una nueva valoración que le permita obtener un porcentaje de PCL acorde con su estado de salud y adquirir la pensión de invalidez. Y a la **E.P.S. FAMISANAR**, justificar las recomendaciones médico laborales emitidas el 16 de diciembre de 2021 para reintegro laboral, por no haberle realizado una valoración por medicina laboral, ni haberle solicitado su historia clínica para tomar esa decisión.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

E.P.S. FAMISANAR:

La accionada allegó contestación el 24 de marzo de 2022, en la que manifiesta que, el actor solicita el pago de las incapacidades a la **A.F.P. PORVENIR**, de manera que se presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva, pues no está facultada para pronunciarse al respecto, ni para asumir la responsabilidad en el reconocimiento de esa pretensión.

Que únicamente puede referirse a situaciones que guarden relación directa con el servicio de salud para patologías de origen común, el cual es prestado al actor de manera continua al encontrarse en estado activo en el Régimen Contributivo.

Que de acuerdo con el área de Salud Empresarial de la EPS, el accionante cuenta con concepto de rehabilitación desfavorable, emitido el 27 de enero de 2020 por el diagnóstico D693 *"Púrpura Trombocitopénica Idiopática"*.

Que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez emitió dictamen el 03 de junio de 2021, con una PCL del 45.23% de origen común y fecha de estructuración del 11 de diciembre de 2020, por los diagnósticos *N200 Cálculo del riñón* y *D696 Trombocitopenia no especificada*.

Que se emitieron recomendaciones laborales para el reintegro del accionante, pues de acuerdo con su historia clínica se evidencia que sus patologías no le impiden realizar actividad con adaptaciones necesarias al puesto de trabajo.

Que el accionante puede reintegrarse y al mismo tiempo continuar con su proceso de rehabilitación, teniendo en cuenta que su empleador debe otorgar los permisos necesarios.

Que el proceso de reintegro laboral no está sujeto a controversia toda vez que no corresponde a la emisión de un dictamen, sino que tal decisión es producto del análisis de los soportes clínicos por parte de Medicina Laboral.

Que no existe vulneración o amenaza de derechos fundamentales del accionante, atribuibles a la EPS, debido a que su conducta ha estado ajustada a la normatividad vigente, y no existe negación alguna de los servicios.

Conforme a lo anterior, solicita declarar improcedente la acción de tutela por inexistencia de vulneración y que se ordene a la **A.F.P. PORVENIR** realizar el reconocimiento y pago de las incapacidades superiores al día 180 como lo dispone la normatividad vigente.

A.F.P. PORVENIR:

La accionada allegó contestación el 24 de marzo de 2020, en la que indica que conforme al artículo 142 del Decreto 019 de 2012, a la AFP le corresponde reconocer las incapacidades hasta el día 540 siempre que exista concepto de rehabilitación favorable.

Que la **EPS FAMISANAR** emitió concepto de rehabilitación desfavorable el 27 de enero de 2020, por lo que no se cumple el presupuesto necesario para que la AFP otorgue el pago del subsidio de incapacidad al actor.

Que fue notificada de una Sentencia de Tutela de fecha *“25 de marzo de 2021”*, proferida por el **JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MADRID CUNDINAMARCA**, en la que le fue ordenado el pago a favor del accionante *“de las incapacidades insolutas generadas con posterioridad a los 180 días iniciales (...) y las que se sigan generando hasta tanto se revise y recalifique su pérdida de capacidad laboral”*.

Que pagó las incapacidades radicadas por el accionante, y ordenadas por el Juez de tutela, comprendidas entre el 25 de julio de 2020 y el 03 de junio de 2021.

Que las incapacidades solicitadas en la presente acción de tutela, fueron otorgadas con posterioridad a las incapacidades ya pagadas.

Que la Compañía de Seguros de Vida Alfa S.A., con la cual tiene contratado el seguro de invalidez y sobrevivencia, calificó el origen y la pérdida de capacidad laboral del accionante, determinando un porcentaje del 36.65% de origen común y fecha de estructuración: 04 de marzo de 2020.

Que por inconformidad del actor, la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó un porcentaje de PCL del 44.73% de origen común y fecha de estructuración: 11 de diciembre de 2020.

Que el accionante presentó nuevamente inconformidad y el caso se remitió a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, quien determinó en última instancia un porcentaje de PCL del 45.23% de origen común y fecha de estructuración: 11 de diciembre de 2020.

Que conforme a ello, la pérdida de capacidad laboral del accionante ya fue calificada en un porcentaje inferior al 50%, por lo que no es procedente el reconocimiento de incapacidades, y cualquier controversia frente a ese dictamen debe dirimirse ante la justicia ordinaria.

Que lo procedente es el reintegro laboral, de acuerdo con las condiciones del accionante.

Por lo expuesto, solicita denegar o declarar improcedente la acción de tutela, pues es ajena a cualquier vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados por el actor.

TRÁMITE POSTERIOR

En atención a lo manifestado por la **A.F.P. PORVENIR**, mediante Auto del 28 de marzo de 2022, se ofició al **JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MADRID CUNDINAMARCA** para que allegara: (i) Una copia del acta de reparto de la acción de tutela de ANDERSON STEVEN MURILLO PEÑA en contra de A.F.P. PORVENIR y E.P.S. FAMISANAR; (ii) Una copia del Auto Admisorio; (iii) Una copia del escrito de tutela y (iv) Una copia de la sentencia de tutela de primera y de segunda instancia, si la hubiere.

En atención a dicho requerimiento, el Juzgado Civil, mediante correo electrónico del 29 de marzo de 2022, aportó el expediente digital de la Acción de Tutela 2021-787.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en los antecedentes expuestos, el Despacho se plantea los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿Se configura la cosa juzgada constitucional con la decisión adoptada por el **JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MADRID** dentro de la Acción de Tutela 2021-787, en relación con el reconocimiento y pago de las incapacidades del señor **ANDERSON STEVEN MURILLO PEÑA**?; y (ii) La **A.F.P. PORVENIR** y la **E.P.S. FAMISANAR** han vulnerado los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna del accionante; la primera por no realizarle una nueva valoración a efectos de modificar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral otorgado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en el dictamen del 03 de junio de 2021; y la segunda por no justificar las recomendaciones médico laborales emitidas el 16 de diciembre de 2021?

MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

TEMERIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA Y COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL:

El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 establece la figura de la *temeridad* con miras a impedir la afectación en la administración de justicia en lo que se refiere al ejercicio de la acción de tutela, cuyo funcionamiento se vería perjudicado cuando una persona, sin una justificación razonable, elevase la misma causa ante dos jueces, contra las mismas partes y buscando la satisfacción de idénticas pretensiones¹. Al respecto, la norma en cita expresamente señala que:

“Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazará o decidirá desfavorablemente todas las solicitudes. El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar.”

Como se infiere de la norma, para que exista una actuación temeraria es necesario que concurren tres elementos: identidad de causa, identidad de partes e identidad de objeto.

En la Sentencia T-727 de 2011, se explicó que existe (i) una *identidad de causa*, cuando las acciones se fundamentan en unos mismos hechos que le sirven de origen; (ii) una *identidad de objeto*, cuando las demandas buscan la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental²; y (iii) una *identidad de partes*, cuando las acciones se dirijan contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado³.

Con todo, la sola concurrencia de tales elementos no conlleva el surgimiento automático de la temeridad, pues el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 exige que el accionante carezca de un motivo justificado y razonable para incoar de nuevo la acción constitucional. De darse los elementos expuestos, dependiendo de la instancia en que se encuentre el trámite de la acción, se podrán rechazar o decidir desfavorablemente las demandas de amparo que hayan incurrido en temeridad.

1 Sentencia T-730 de 2015.

2 Sentencia T-1103 de 2005.

3 Sentencias T-1103 de 2005, T-1022 de 2006 y T-1233 de 2008.

Adicionalmente, en la Sentencia T-272 de 2019 se indicó que, la jurisprudencia incluyó un elemento adicional a los mencionados anteriormente, afirmando que la improcedencia de la acción de tutela por temeridad debe estar fundada en el *dolo y la mala fe de la parte actora*.

Así entonces, concluyó la Corte, la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar *doloso y de mala fe* por parte del libelista.

De otra parte, existen algunas reglas jurisprudenciales que el juez debe estudiar para identificar si una actuación es temeraria: “(i) resulta *amañada*, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones⁴; (ii) denote el propósito *desleal* de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable⁵; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción⁶; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia”⁷.

En contraste, la actuación no es temeraria cuando “... [a] pesar de existir dicha duplicidad, el ejercicio de las acciones de tutela se funda (i) en la ignorancia del accionante; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho⁸; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho.”⁹ Si se comprueba alguna de estas circunstancias, la acción de tutela no es temeraria pero sí **debe declararse improcedente**, a fin de evitar la duplicidad de pronunciamientos judiciales contradictorios o, en caso de existir un pronunciamiento de fondo sobre el mismo caso, la decisión hace tránsito a **cosa juzgada** y por ello no es posible reabrir el debate.

Es de aclarar que, la Corte Constitucional ha delimitado también supuestos en los que una persona puede interponer varias acciones de tutela sin que sean consideradas temerarias, lo cual tiene lugar cuando i) ocurre un hecho nuevo y, ii) si no existe un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones en la jurisdicción constitucional¹⁰.

4 Sentencia T-149 de 1995
5 Sentencia T-308 de 1995
6 Sentencia T-443 de 1995
7 Sentencia T-001 de 1997
8 Sentencia T-721 de 2003
9 Sentencia T-266 de 2011
10 Sentencia T-566 de 2001

Ahora, es de resaltar que la interposición de acciones de tutela temerarias atenta contra el principio de ***cosa juzgada constitucional***, que ha sido definido por la Corte en los siguientes términos:

“La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica.

De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio.

De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico.”¹¹

En este sentido, siguiendo lo preceptuado por el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil¹², la Corte Constitucional en la Sentencia C-774 de 2011, señaló que una providencia pasa a ser **cosa juzgada** frente a otra, cuando existe **identidad de objeto**¹³, **de causa petendi**¹⁴ y **de partes**¹⁵. Específicamente, las decisiones proferidas dentro de un proceso de amparo constituyen cosa juzgada cuando la Corte Constitucional “*adquiere conocimiento de los fallos de tutela adoptados por los jueces de instancia, y decide excluirlos de revisión o seleccionarlos para su posterior confirmatoria o revocatoria*”¹⁶.

Las consecuencias de la exclusión de revisión de un expediente de tutela, son: “(i) la ejecutoria formal y material de la sentencia de segunda instancia; (ii) la configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional de las sentencias de instancia (ya sea la única o segunda instancia), que hace la decisión inmutable e inmodificable¹⁷, salvo en la eventualidad de que la sentencia sea anulada por parte de la misma Corte Constitucional de conformidad con la ley; y (iii) la improcedencia de tutela contra tutela”¹⁸. Por el contrario, cuando la tutela

¹¹ Sentencia C-774 de 2001

¹² Hoy artículo 303 del Código General del Proceso.

¹³ “es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente”. Sentencia C-774 de 2001.

¹⁴ “es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.” Sentencia C-774 de 2001.

¹⁵ “es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada. Cuando la cosa juzgada exige que se presente la identidad de partes, no reclama la identidad física sino la identidad jurídica.” Sentencia C-774 de 2001.

¹⁶ Sentencia T-649 de 2011.

¹⁷ Sentencia T-813 de 2010.

¹⁸ Sentencia T-053 de 2012.

es seleccionada por la Corte, la cosa juzgada constitucional se produce con la ejecutoria del fallo que se profiere en sede de revisión¹⁹.

Pues bien, así como la temeridad puede desvirtuarse, la jurisprudencia constitucional²⁰ ha sostenido que no existe cosa juzgada entre dos acciones de tutela, (i) si la nueva solicitud de amparo se fundamenta en *hechos nuevos*, que no habían sido analizados previamente por el juez, o (ii) cuando al interponer la primera acción, el peticionario no conocía -y no podía conocer- nuevos elementos fácticos o jurídicos para sustentarla²¹.

En este punto vale precisar que la interposición de varias acciones de amparo sobre un mismo asunto puede dar lugar a las siguientes situaciones:

“(i) que exista cosa juzgada y temeridad, por ejemplo en las circunstancias en que se interpone una acción de tutela sobre una causa decidida previamente en otro proceso de la igual naturaleza, sin que existan razones que justifiquen la nueva solicitud; (ii) otras en las que haya cosa juzgada, pero no temeridad, acaece como caso típico, cuando de buena fe se interpone una segunda tutela debido a la convicción fundada que sobre la materia no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, acompañada de una expresa manifestación en la demanda de la existencia previa de un recurso de amparo; y (iii) los casos en los cuales se configure únicamente temeridad, una muestra de ello acontece en la presentación simultánea de mala fe de dos o más solicitudes de tutela que presentan la tripe identidad a la que se ha aludido, sin que ninguna haya hecho tránsito a cosa juzgada”²².

En suma, la Corte ha entendido las instituciones de la cosa juzgada y la temeridad, como una forma de prevenir la presentación sucesiva o múltiple de acciones de tutela frente a una misma causa. Cada una de estas tiene unas características propias, pero no se trata de conceptos excluyentes, pues como se vio, es posible que existan casos en los que confluyan tanto la cosa juzgada como la temeridad. En este contexto, le corresponde al juez constitucional establecer si en cada caso concreto se configura alguna de estas dos figuras.

CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL, DERECHO PROTEGIDO CONSTITUCIONALMENTE

La calificación de la pérdida de capacidad laboral ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional, como un derecho que tiene toda persona, el cual cobra gran importancia al constituir el medio para acceder a la garantía y protección de otros derechos fundamentales como la salud, la seguridad social y el mínimo vital, en la medida que permite establecer a qué tipo de prestaciones tiene derecho quien es afectado por una enfermedad o accidente,

¹⁹ Sentencia T-185 de 2013.

²⁰ Sentencia T-560 de 2009.

²¹ Sentencia T-185 de 2013.

²² Sentencia T-560 de 2009.

producido con ocasión o como consecuencia de la actividad laboral, o por causas de origen común.

La Corte Constitucional en la Sentencia **T-038 de 2011** indicó:

“Dentro del derecho a la pensión de invalidez cobra gran importancia el derecho a la valoración de la pérdida de la capacidad laboral, ya que ésta constituye un medio para garantizar los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital. Lo anterior por cuanto 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 la 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...”

Así, teniendo en cuenta la importancia de la valoración, la Corte ha determinado que la afectación de los derechos fundamentales de la persona se genera, de un lado, por la negación del derecho a la valoración, así como por la dilación de la misma, porque de no practicarse a tiempo puede llevar en algunas situaciones a la complicación del estado físico o mental del asegurado.

De esta forma, ambas circunstancias son lesivas a las garantías fundamentales de los trabajadores, pues someten a quien requiere la calificación a una condición de indefensión, en tanto necesita la valoración para conocer cuáles son las causas que determinan la disminución de la capacidad laboral y, con esto, precisar qué entidad -fondo de pensiones o administradora de riesgos laborales- asumirá la responsabilidad en el pago de las prestaciones económicas y asistenciales derivadas de su afección.

De otra parte ha sostenido la Corte, que la inobservancia de los preceptos legales que regulan la valoración de la pérdida de capacidad laboral, o la negativa por parte de las entidades obligadas a realizar dicha valoración de la persona cuando su situación de salud lo requiere, constituyen una flagrante vulneración del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 superior, e igualmente se erigen en barrera de acceso a las garantías fundamentales de salud, vida digna y mínimo vital, al no permitir determinar el origen de la afección, el nivel de alteración de la salud y la magnitud de la pérdida de capacidad laboral del trabajador.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que la protección de este derecho puede ser abordada en la tutela, por las siguientes razones:

Primero, porque la omisión en la práctica de la calificación de pérdida de capacidad laboral compromete el derecho a la seguridad social, del cual se desprende el derecho a recibir una pensión si se cumplen los parámetros de ley. Si no se brindan las condiciones adecuadas para hacer la calificación de la pérdida de capacidad laboral, no se podrá reunir un requisito principal para acceder a la pensión, pues como ha expuesto la Corte, el dictamen *“es decisivo para establecer a qué tipo de auxilios tiene derecho quien padece una discapacidad como consecuencia de una actividad laboral, o por causas de origen común”*. Por lo tanto, ha sido catalogado como un derecho que tienen los usuarios del sistema de salud a recibir una valoración interdisciplinaria sobre sus aptitudes, cualidades y habilidades para desempeñarse en el ámbito laboral a fin de determinar si requiere un auxilio o, después de determinada contingencia, puede acceder a un trabajo para proveerse su sustento (**T-646 de 2013**).

Por la importancia de la valoración y por ser determinante para la protección de otros derechos, la Corte ha mencionado que la calificación es *“un derecho autónomo de todos los afiliados al [sistema de seguridad social], y una garantía de enlace para acceder a otras prestaciones asistenciales y económicas contempladas por la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias”*.

Si se trunca la posibilidad de acceder a la pensión porque se niega la práctica de los procedimientos que se deben certificar para solicitarla, se amenazan otras garantías constitucionales que se buscan proteger a través del sistema de seguridad social, tales como la vida digna y el mínimo vital (**T-671 de 2012**).

En ese sentido, la jurisprudencia ha identificado que se vulnera el derecho a la valoración de la pérdida de capacidad laboral en diferentes circunstancias. Puede ocurrir cuando se niega la práctica de la valoración, o cuando se imponen barreras injustificadas para la misma, a pesar de que la entidad está obligada a llevarla a cabo. Las dos circunstancias pueden ser violatorias de los derechos fundamentales del accionante. Así también lo han mencionado otros pronunciamientos de la Corte que además resaltan, que la vulneración se efectúa contra una persona en estado de indefensión (**T-038 de 2011**).

Segundo, la población afectada con la negativa o dilación de las entidades obligadas para practicar la calificación de pérdida de capacidad laboral, suelen estar en situación de discapacidad. Como ha expresado en múltiples ocasiones la jurisprudencia constitucional, a estas personas el Estado les debe una especial protección constitucional, en virtud de los

mandatos de la Constitución y tratados de derechos humanos integrados al bloque de constitucionalidad. Por esta razón, según el caso concreto, es muy probable que la persona interesada requiera con urgencia la prestación económica de la pensión, pues ante las dificultades para acceder al mercado laboral por la discapacidad, en muchos casos es indispensable la pensión para tener un sustento que cubra las necesidades básicas.

En síntesis, por la importancia de la valoración de la pérdida de capacidad laboral en materia constitucional, la Corte ha aceptado que las controversias jurídicas sobre éstas, se desenvuelvan a través de la tutela, siempre que se reúnan los requisitos propios de la acción **(T-399 de 2015)**.

PROCEDIMIENTO PARA LA CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL

La Ley 100 de 1993, contemplaba en los artículos 41 y siguientes que la calificación de pérdida de capacidad laboral se debía efectuar de acuerdo con el Manual Único de Calificación, expedido por el Gobierno Nacional y correspondía a las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, la valoración en primera y segunda instancia.

Sin embargo, esta normativa fue modificada mediante el **artículo 142 del Decreto 019 de 2012**, en el cual se determinó quiénes son las autoridades o instituciones a las que corresponde hacer la valoración de la pérdida de capacidad laboral y cuándo debe acudir a las Juntas de Calificación de Invalidez. La norma dispone:

"Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales -ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud -EPS-, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen

a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.”

Sobre el procedimiento y las competencias anteriores se ha pronunciado la Corte Constitucional en la Sentencia **T-044 de 2018**, al igual que el Ministerio de Salud en el **Concepto 201711400114671, 27/01/17**.

Ahora bien, el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 fue adicionado por el **artículo 18 de la Ley 1562 de 2012**, de la siguiente manera:

“Sin perjuicio de lo establecido en este artículo respecto de la calificación en primera oportunidad, corresponde a las Juntas Regionales calificar en primera instancia la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y determinar su origen. A la Junta de Calificación Nacional compete la resolución de las controversias que en segunda instancia sean sometidas para su decisión por las Juntas Regionales. La calificación se realizará con base en el manual único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, vigente a la fecha de calificación, que deberá contener los criterios técnicos-científicos de evaluación y calificación de pérdida de capacidad laboral porcentual por sistemas ante una deficiencia, discapacidad e invalidez que hayan generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente.”

La Corte Constitucional en Sentencia **T-698 de 2014** ha resaltado que la imposición de barreras administrativas a los afiliados, afecta derechos fundamentales por cuanto en algunos eventos dichas barreras o trámites excesivos constituyen trabas injustificadas para la guarda de derechos como la salud, la vida, dignidad humana y el mínimo vital.

Si bien es cierto que para la adecuada prestación de servicios y reconocimiento de prestaciones económicas las entidades encargadas se encuentran legitimadas para establecer el correspondiente trámite administrativo a seguir por los interesados, en ningún momento éstos pueden tornarse excesivamente demorados ni imponer cargas a los usuarios que no se encuentren en condiciones de soportar o no les corresponda asumir, pues de lo contrario resultan violatorias de los derechos fundamentales de quienes inician los mencionados trámites.

CASO CONCRETO

El señor **ANDERSON STEVEN MURILLO PEÑA** interpone acción de tutela en contra de la **A.F.P. PORVENIR** y de la **E.P.S. FAMISANAR** por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna; y, como consecuencia, solicita se ordene a la primera de las accionadas (i) pagar las incapacidades médicas que le adeuda y (ii) realizar una nueva valoración que le permita obtener un

porcentaje de PCL y adquirir la pensión de invalidez; y a la segunda, justificar las recomendaciones médico laborales emitidas el 16 de diciembre de 2021.

Como cuestión previa al análisis de la presente acción de tutela, es menester pronunciarse frente a la situación descrita por **PORVENIR** en su contestación, relativa a que en el **JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MADRID** cursó una acción de tutela impetrada por el accionante, donde igualmente se solicitaba el pago de incapacidades médicas, trámite en virtud del cual se le ordenó pagar las generadas con posterioridad a los 180 días iniciales.

Ante esta situación, mediante Auto de Sustanciación No. 673 del 28 de marzo de 2022, se ofició al Juzgado Civil para que allegara: (i) Una copia del acta de reparto; (ii) Una copia del auto admisorio; (iii) Una copia del escrito de tutela y (iv) Una copia de la sentencia de primera y de segunda instancia, si la hubiere. Requerimiento que fue atendido el 29 de marzo de 2022, compartiéndose el expediente digital de la Acción de Tutela 2021-787.

Al revisar las piezas procesales allegadas, se observa que en el *sub examine* no se configura un actuar temerario por parte del accionante, pero sí en cambio la **cosa juzgada** frente a la solicitud de pago de las incapacidades médicas, pues como se expondrá, se encuentra que las dos acciones de tutela, frente a ese punto, guardan identidad.

En efecto, se avizora que la Acción de Tutela 2021-787, conocida por el **JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MADRID**, fue presentada por el señor **ANDERSON STEVEN MURILLO PEÑA** en contra de la **A.F.P. PORVENIR** y de la **E.P.S. FAMISANAR**, con lo que se corrobora una identidad de **partes**.

En segundo lugar, la acción de tutela conocida por el Juzgado Civil se interpuso para la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna, que son las mismas garantías cuyo amparo se invoca en la presente acción.

En tercer lugar, se evidencia que los **hechos** en que se fundamentaron las pretensiones invocadas en esa oportunidad fueron en esencia los mismos invocados en esta acción, esto es, la relación de las patologías que le han sido diagnosticadas al actor, las incapacidades por más de 180 días, que **FAMISANAR** cumplió con el pago hasta el día 180, pero que desde el día 181 **PORVENIR** no cumple. Que la EPS emitió concepto de rehabilitación desfavorable el 27 de enero de 2020 y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez profirió dictamen el 03 de junio de 2021, otorgándole un porcentaje de PCL del 45.23% con fecha de estructuración del 11 de diciembre de 2020. Que su empleador ha efectuado las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social de manera continua. Y que, ante la omisión de la AFP, no cuenta con los recursos económicos para suplir sus necesidades.

En cuarto lugar, frente a las **pretensiones** se tiene que, en la Acción de Tutela 2021-787, el accionante solicitó explícitamente el pago de 12 incapacidades, radicadas con Nos. 0008202430, 0008100832, 0008100819, 0008033095, 0007977862, 0007893793, 0007874160, 0007790229, 0007790224, 0007695859, 0007655485, 0007613934, las cuales están comprendidas entre el 13 de julio de 2020 y el 07 de julio de 2021, según los certificados de incapacidad expedidos por **FAMISANAR** el 02 de julio de 2021²³ y el 17 de marzo de 2022²⁴.

Mientras que, en el presente trámite, el accionante persigue el pago de 11 incapacidades, con radicados Nos. 0008100832, 0008202430, 0008210756, 0008436338, 0008436325, 0008580664, 0008580604, 0008580657, 0008598146, 0008650851, 0007655485, que corresponden a los periodos del 09 de mayo de 2021 al 04 de marzo de 2022, como se observa a continuación:

No. Incapacidad	Fecha Inicial	Fecha Final
0007613934	13/07/2020	24/07/2020
0007655485	12/08/2020	10/09/2020
0007695859	11/09/2020	10/10/2020
0007790224	11/10/2020	9/11/2020
0007790229	10/11/2020	9/12/2020
0007874160	10/12/2020	8/01/2021
0007893793	9/01/2021	7/02/2021
0007977862	8/02/2021	9/03/2021
0008033095	10/03/2021	8/04/2021
0008100819	9/04/2021	8/05/2021
0008100832	9/05/2021	7/06/2021
0008202430	8/06/2021	7/07/2021
0008210756	8/07/2021	6/08/2021
0008436338	7/08/2021	5/09/2021
0008436325	6/09/2021	5/10/2021
0008580664	6/10/2021	4/11/2021
0008580604	5/11/2021	4/12/2021
0008580657	5/12/2021	3/01/2022
0008598146	4/01/2022	2/02/2022
0008650851	3/02/2022	4/03/2022

Conforme a lo anterior, se observa que, en principio, atendiendo a la solicitud de pago de las incapacidades que de manera explícita hizo el actor en ambas acciones de tutela, se presentaría **cosa juzgada** en relación con las Nos. 0007655485 (del 152 de agosto de 2020 al 10 de septiembre de 2020), 0008100832 (del 09 de mayo de 2021 al 07 de junio de 2021) y 0008202430 (del 06 de junio de 2021 al 07 de julio de 2021), que fueron pedidas tanto en la 2021-787 como en la 2022-181 y frente a las cuales el Juzgado Civil ya se pronunció.

²³ Páginas 13 a 15 del archivo pdf "02EscritoTutela" ubicado en la carpeta "015. ExpedienteJuzgadoCivilMpalMadrid"

²⁴ Páginas 55 y 56 del archivo pdf "001. AcciónTutela"

Ahora bien, debe resaltarse que la Sentencia proferida el 16 de julio de 2021 por el **JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MADRID**²⁵ dentro de la Acción de Tutela 2021-787, en su parte motiva señaló lo siguiente:

*“Bajo tales condiciones reglamentarias, asumiré el citado fondo el pago de las incapacidades superiores a los 180 días que fueron autorizadas para obtener el reconocimiento, según lo expuesto considerando que la parte accionante padece trombocitopenia amegacariocítica familiar y litiasis renal, al margen de su pérdida de la capacidad laboral, bajo cuyas circunstancias, en procura de restablecer los efectos de la situación de debilidad manifiesta en que se encuentra y para repararle el mínimo vital y enervar la causa de las amenazas de sus derechos fundamentales, como la seguridad social, mínimo vital y la igualdad, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, asumiré el pago de las incapacidades que excedan los 180 días, si todavía no lo ha hecho, junto a las incapacidades que continúen prescribiéndose, siempre que la revisión de las condiciones laborales de la parte accionante no genere una recalificación que (sic) sobre su pérdida de la capacidad laboral o determine otra prestación.”* (Negrillas fuera del texto)

La anterior determinación fue ratificada en la parte resolutive de la misma providencia así:

*“**TUTELAR** los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y la igualdad cuyo amparo demandó la parte accionante ANDERSON STEVEN MURILLO PEÑA, dentro de la acción de tutela que promovió contra la accionada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme las (sic) se expuso en la parte motiva del presente proveído.*

***ORDENAR** a la accionada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que por intermedio de su representante legal y o su Directora de Acciones Constitucionales DIANA MARTINEZ CUBIDES, o quien asuma sus funciones, si aún no lo ha efectuado, le pague a ANDERSON STEVEN MURILLO PEÑA dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, las incapacidades insolutas generadas con posterioridad a los 180 días iniciales que documenta el presente proceso y las que se sigan generando hasta tanto se revise y recalifique su pérdida de la capacidad de laboral, conforme lo expuesto.”* (Subrayas fuera del texto)

Como se puede observar, en la acción de tutela conocida por el **JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MADRID** se estableció como responsable del pago de las incapacidades generadas al accionante con posterioridad al día 180 a la **A.F.P. PORVENIR**. Pero, además de ello, se determinó como *condición* para que cese dicha obligación, la revisión y recalificación de la pérdida de capacidad laboral del accionante, lo cual, a la fecha, no ha sucedido.

Nótese que, según lo manifestado al unísono por las partes y conforme a las pruebas, la última calificación que obtuvo el señor **ANDERSON STEVEN MURILLO PEÑA** data del **03 de junio de 2021**, fecha del dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de

²⁵ Archivo pdf “33Fallo” obrante en la carpeta “015. ExpedienteJuzgadoCivilMpalMadrid”

Invalidez. Por su parte, la Sentencia del Juez Civil data del **16 de julio de 2021**, es decir que fue posterior a la emisión del referido dictamen, y desde ese entonces el actor no ha sido objeto de una nueva valoración o calificación, o por lo menos no se desprende tal circunstancia ni del dicho de las partes, ni del material probatorio recaudado.

En atención a ello es dable concluir, que la orden de amparo del Juez Civil no solo continúa vigente, sino que además, abarca el ciclo de incapacidades solicitadas por el accionante en la presente acción de tutela, teniendo en cuenta que, hasta este momento, el señor **MURILLO PEÑA** no ha sido *revisado* ni *recalificado* y, en ese orden, la obligación de reconocimiento y pago de las incapacidades continúa en cabeza de la **A.F.P. PORVENIR**.

Lo dicho hasta aquí evidencia que ambas acciones de tutela persiguen un **mismo objetivo esencial**: el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna del señor **ANDERSON STEVEN MURILLO PEÑA**, con la consecuente orden a la **A.F.P. PORVENIR** de pagar las incapacidades médicas que le han sido otorgadas; determinación que ya fue adoptada en una Sentencia judicial en firme y cuya orden de amparo vigente.

En suma, entre esta tutela y la tutela decidida por el **JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MADRID**, se configura la **triple identidad** de partes, hechos y pretensiones, advirtiéndose sobre este último punto que, aun cuando el actor en ambas tutelas solicitó de manera explícita el reconocimiento de diferentes incapacidades, salvo por tres de ellas que son iguales, lo cierto es que, atendiendo a las consideraciones expuestas en la Sentencia del Juez Civil y al alcance de la orden por él dada, resulta claro que el pago de las incapacidades aquí requeridas se encuentra amparado por esa decisión judicial.

Así entonces, como esa Sentencia de Tutela hizo tránsito a cosa juzgada, las decisiones que ella incorpora adquieren el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas; efectos concebidos por el ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de las controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica, lo cual imposibilita que esta Sede Judicial emita algún pronunciamiento al respecto.

Ahora, es importante resaltar que, según la jurisprudencia constitucional esbozada en el marco normativo de esta providencia, una de las situaciones que se puede presentar al interponerse varias acciones de tutela sobre un mismo asunto, es la configuración de *cosa juzgada* pero no de *temeridad*, lo cual sucede “*cuando de buena fe se interpone una segunda tutela debido a la convicción fundada que sobre la materia no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, acompañada de una expresa manifestación en la demanda de la existencia*

*previa de un recurso de amparo*²⁶.

En ese orden, el Despacho concluye que la presente acción de tutela no es temeraria porque no se advierte un actuar doloso ni de mala fe del peticionario, sino que se encuentra justificado en la convicción de que, al habersele expedido nuevas incapacidades con posterioridad al fallo proferido por el Juzgado de Madrid, debía someter la controversia a un nuevo trámite constitucional; situación que, se itera, no es viable por la existencia de una orden judicial en firme y vigente.

En consecuencia, respecto de este punto, se declarará la **improcedencia** de la presente acción de tutela, como quiera que ya existe un pronunciamiento de fondo sobre el mismo asunto, el cual hizo tránsito a **cosa juzgada**.

Por último, vale la pena ponerle de presente al accionante que, de conformidad con lo previsto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991: *“La persona que incumpliere una orden de un juez, proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato... La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción.”*

Es decir, que el señor **ANDERSON STEVEN MURILLO PEÑA** puede acudir ante el **JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MADRID** para obtener el reconocimiento y pago de las incapacidades insolutas, pues es el competente para hacer cumplir el fallo del 16 de julio de 2021, a través del incidente de desacato.

Establecido lo anterior, procede el Despacho a analizar el segundo problema jurídico, relativo a determinar si la **A.F.P. PORVENIR** vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna del accionante, al no realizarle una nueva valoración a efectos de modificar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral otorgado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en el dictamen del 03 de junio de 2021.

Es menester aclarar que lo pretendido por el accionante es que el Juzgado le ordene a la A.F.P. realizarle una nueva valoración que le permita obtener un porcentaje de pérdida de capacidad laboral acorde a su estado de salud, y así lograr la pensión de invalidez.

Al respecto, el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 señala:

²⁶ Sentencia T-560 de 2009.

“El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales- ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.”

De conformidad con la normatividad en cita, el procedimiento es el siguiente: (i) las Administradoras de Fondos de Pensiones deben determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen, a través de las Compañías de Seguros con quienes haya contratado. (ii) En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los 10 días siguientes. (iii) La entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez dentro de los 5 días siguientes. (iv) La decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término 5 días.

En el presente asunto, según lo informan y documentan las partes, el señor **ANDERSON STEVEN MURILLO PEÑA** ya realizó el trámite descrito, el cual cursó entre los años 2020 y 2021, y culminó con la emisión del dictamen No. 1073159206-9293 del 03 de junio, proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez²⁷, donde se le otorgó un porcentaje de PCL del 45.23% por enfermedad de origen común, con fecha de estructuración: 11 de diciembre de 2020.

En ese orden, si el accionante está inconforme con la decisión adoptada por la Junta Nacional como instancia final del procedimiento de calificación, lo procedente es que acuda a la jurisdicción ordinaria laboral para ventilar la controversia que haya frente al mismo, tal como lo dispone el artículo 40 del Decreto 2463 de 2001:

“ARTICULO 40.-Controversias sobre los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez. Las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, serán dirimidas por la justicia laboral ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Laboral, mediante demanda

²⁷ Páginas 43 a 54 del archivo pdf “001. AcciónTutela”

promovida contra el dictamen de la junta correspondiente. Para efectos del proceso judicial, el secretario representará a la junta como entidad privada del régimen de seguridad social integral.” (Subrayas fuera del texto).

Frente a tal panorama, puede concluirse que la **A.F.P. PORVENIR** no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por el señor **ANDERSON STEVEN MURILLO PEÑA**, pues, de acuerdo con el material probatorio, el trámite de la calificación entre los años 2020 y 2021 se hizo conforme a la normatividad vigente, respetando el debido proceso; de manera que, es una carga exclusiva del accionante demandar el dictamen que dio fin al proceso de calificación, en el evento de no estar de acuerdo con el mismo.

Conforme a ello, no le es dable al Despacho ordenar a la A.F.P. realizar una recalificación al actor, como quiera que éste cuenta con la posibilidad de acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral para controvertir el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y buscar por esa vía obtener un porcentaje mayor de PCL.

En consecuencia, como no se evidencia la vulneración *iusfundamental* alegada por el actor respecto de la **A.F.P. PORVENIR**, se **negará** el amparo solicitado.

Finalmente, el señor **ANDERSON STEVEN MURILLO PEÑA** solicita que se ordene a la **E.P.S. FAMISANAR** justificar las recomendaciones médico laborales emitidas el 16 de diciembre de 2021 para reintegro laboral, debido a que no se le realizó la respectiva valoración por medicina laboral, ni se le solicitó la historia clínica. Además, porque, conforme a lo indicado por su médico tratante, sus patologías no le permiten reintegrarse a su trabajo, pues puede presentar sangrados espontáneos que pongan en riesgo su vida.

Sobre este particular, se avizora que el día **16 de diciembre de 2021**, la **E.P.S. FAMISANAR** emitió con destino a la empresa MOLINO EL LOBO S.A., en calidad de empleadora del accionante, recomendaciones médico laborales²⁸ en los siguientes términos:

“Estas recomendaciones se emiten con base en las actividades diarias que realiza el paciente según su cargo y el seguimiento de reportes consignados en la historia clínica. De conformidad con la legislación vigente: Decreto 1295 de 1994 y Ley 1562 de 2012. Decreto 1507 de 2014. Decreto 1072 de 2015. Decreto 1443 de 2014. Circular 049 de 2019. Resolución 2043 de 2007 del Ministerio de Protección Social, el área de Salud Ocupacional (o quien haga sus veces) del empleador, será la responsable de realizar adecuaciones administrativas y/o operativas necesarias, rehabilitación funcional y profesional, readaptación del puesto de trabajo, reubicación y cambios organizacionales y/o movimientos de personal necesarias, para que el trabajador pueda cumplir de forma adecuada su tratamiento y reintegrarse a la actividad laboral.”

²⁸ Página 70 del archivo pdf ibidem

No obstante, no se vislumbra que con dichas determinaciones emanadas de la E.P.S. se le esté causando al accionante un perjuicio irremediable que haga imperiosa la intervención del juez constitucional.

La jurisprudencia ha señalado que, en materia de tutela, el perjuicio para considerarse *irremediable* debe tener las siguientes características: ha de ser **inminente**, esto es, que la amenaza está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser **urgentes**; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea **grave**, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea **impostergable**, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad²⁹.

En el presente asunto no se observa que el perjuicio alegado por el actor cumpla con alguna de esas características, toda vez que, el daño en la salud e integridad que -según él- le puede causar el reintegro laboral, no corresponde a un menoscabo cierto, actual ni inminente.

En efecto, el accionante refiere que sus patologías le impiden retomar sus actividades laborales y que se encuentra sometido a un riesgo de verse abocado a ello. No obstante, en el escrito de tutela no se señala que, efectivamente, a la fecha, su empleador lo haya reintegrado, lo haya obligado a reintegrarse, o que eso vaya a suceder inmediatamente.

Por el contrario, el actor manifiesta en el libelo tutelar que: *“Dando cumplimiento a la decisión de reintegro laboral emitida por Famisanar EPS, el empleador emite exámenes reglamentarios, aquí la doctora de dicho laboratorio hace la siguiente observación “que por mi antecedente médico no me realiza la orden de reintegro y que la única persona autorizada para realizar el reintegro laboral es el **médico tratante**”.*

Y aportó dos historias clínicas, de valoraciones médicas que tuvo por la especialidad de hematología clínica, que datan del **20 de diciembre de 2021** y del **19 de febrero de 2022**, donde el médico tratante, Dr. Jorge Aníbal Daza Buitrago, dentro del plan de manejo determinó: *“Paciente con trombocitopenia severa refractaria a manejo, quien tiene alto riesgo de recaída y sangrados espontáneos, por lo que **debe continuar con incapacidad, no puede por ahora reintegrarse al trabajo**”.*

²⁹ Sentencias T-136, T-331 y T-660 de 2010; T-147, T-809 y T-860 de 2009; T-409 y T-629 de 2008; T-262 y T-889 de 2007; T-978 y T-1017 de 2006; T-954 y T-1146 de 2005; providencias en las que la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela por la no ocurrencia del perjuicio irremediable.

Conforme a lo anterior, se evidencia que, si bien la **E.P.S. FAMISANAR** emitió unas recomendaciones laborales para el reintegro del trabajador, ello por cuanto no cuenta con un porcentaje de PCL del 50% o mayor, lo cierto es que no hay ninguna prueba que permita establecer con grado de certeza que el empleador lo haya reintegrado en desconocimiento de su estado de salud, sino que, como él mismo lo refiere, el médico que lo valoró por orden de la empresa, justamente atendiendo a sus patologías, determinó que no era viable emitir una orden de reintegro, sino que ello debía establecerlo el médico tratante.

Es decir, la afectación que dice el actor se le generó con la emisión de las recomendaciones laborales es **hipotética**, no hay evidencia de que la misma se haya materializado; *contrario sensu*, lo que se observa es que precisamente su médico tratante ha continuado prescribiendo a su favor incapacidades con posterioridad a la fecha en que la **E.P.S. FAMISANAR** emitió las recomendaciones (16 de diciembre de 2021), y prueba de ello es que en la presente acción de tutela se reclamaba el pago de incapacidades hasta el 04 de marzo de 2022. Incluso, el médico ha dejado registrado de manera enfática en la historia clínica del accionante, la imposibilidad que éste presenta para retornar a su trabajo.

Bajo ese entendido, debe ponerse de presente que, pese a la existencia de las recomendaciones laborales, es en últimas el médico tratante quien tiene la capacidad, facultad e idoneidad para determinar si el actor se encuentra apto o no para laborar. Así pues, mientras aquel no determine un nivel de mejoría en el estado de salud del trabajador que le posibilite el desarrollo de sus funciones, y considere necesario y pertinente continuar expidiéndole incapacidades, el reintegro laboral no se podrá materializar.

En consecuencia, como la acción de tutela se instituyó para la protección **inmediata** de los derechos fundamentales que resulten vulnerados o amenazados con la acción u omisión de las autoridades públicas o los particulares, y no encontrando en este caso trasgresión alguna atribuible a la **E.P.S. FAMISANAR** que desconozca de manera actual, inminente y cierta las garantías invocadas por el actor y en virtud de la cual se deba dispensar el amparo solicitado, habrá de **negarse**.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela de **ANDERSON STEVEN MURILLO PEÑA** en contra de la **A.F.P. PORVENIR** por configurarse cosa juzgada respecto del pago de incapacidades médicas, conforme a las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR la acción de tutela de **ANDERSON STEVEN MURILLO PEÑA** en contra de la **A.F.P. PORVENIR** frente a la pretensión dirigida a que recalifique la pérdida de capacidad laboral.

TERCERO: NEGAR la acción de tutela de **ANDERSON STEVEN MURILLO PEÑA** en contra de la **E.P.S. FAMISANAR** frente a la pretensión dirigida a que justifique las recomendaciones médico laborales del 16 de diciembre de 2021.

CUARTO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día siguiente de su notificación.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus Covid-19, la impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

QUINTO: En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ