

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y CINCO CIVIL DEL CIRCUITO DE
BOGOTÁ D.C.**

j45cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA No. 2020-0611-01
Accionante: LUIS ALBERTO AGATÓN.
Accionada: COMPENSAR EPS.
Vinculadas: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, FLAMINGO OIL S.A., COMPAÑÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., JUNTA NACIONAL Y REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, COLFONDOS AFP Y SEGUROS BOLÍVAR.

Procede el despacho a resolver la impugnación presentada por Luis Alberto Agatón contra del fallo de tutela proferido el 29 de octubre de 2020, por el Juzgado Once Civil Municipal de Bogotá, donde se negó el amparo deprecado, previo el estudio de los siguientes,

I. ANTECEDENTES

1. Luis Alberto Agatón, entabló acción de tutela contra Compensar EPS, al encontrar vulnerados sus derechos al mínimo vital, salud, seguridad social, dignidad humana e igualdad.

1.1. Como hechos relevantes refiere que desde el año 2014 viene siendo objeto de incapacidades médicas expedidas por la entidad

accionada, dadas las patologías que fueron diagnosticadas, esto es, asma bronquial, discopatía lumbar, trastorno depresivo y afección nervio mediano en el puño.

1.2. Que Compensar EPS luego de exámenes y trámites administrativos, el 31 de enero de 2017 le expidió dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 19341894, donde se evidencia el reconocimiento del 50,94% de pérdida de su fuerza profesional, con fecha de estructuración 2 de mayo de 2012.

1.3. Informa que según sus médicos, para el presente año, le han manifestado su falta de evolución médica y, por el contrario, refieren que no tiene ninguna probabilidad de mejoría parcial o definitiva; de ahí que mes a mes y año tras año le expidan incapacidades médicas.

1.4. Dice que la acción de la referencia cumple con los requisitos para su procedencia, especialmente si se evidencia la vulneración prolongada de los derechos exorados, pues, de forma continuada y persistente, Compensar EPS no ha cancelado las incapacidades médicas superiores a los 540 días que le han sido otorgadas, dejándolo “sin percibir”.

1.5. Exterioriza que ha sido diligente en reclamar la prestación monetaria, sin embargo, encuentra negativas de la aludida entidad, lo que lo condujo a presentar quejas ante la Superintendencia Nacional de Salud y diferentes tutelas para el pago del auxilio monetario.

1.6. Así, argumenta que el proceder de la accionada vulnera su mínimo vital, siendo esta una amenaza inminente (perjuicio irremediable), dado que no posee otros medios económicos con los cuales procurar su subsistencia y la de su familia, ya que la única fuente de ingresos era producto de su trabajo, lo cual por sus enfermedades no ha podido ejercer.

1.7. Destacó que ha sido óbice para negar el reconocimiento y pago de las incapacidades el dictamen de pérdida de la capacidad laboral

emitido por Compensar EPS, que si bien fue proferido en 2017, solo le fue notificado en febrero de 2020.

1.8. Puntualizó que dicho dictamen no está en firme, pues, en primera instancia fue impugnado por el gestor ante la Junta Regional de Calificación de la Invalidez de Bogotá, donde se aumentó el porcentaje de P. C. L. a 54,90% y, actualmente, Seguros Bolívar refutó tal experticia, estando pendiente de resolver dicho recurso la Junta Nacional de Calificación de la Invalidez.

2. En conclusión, solicita la protección de sus derechos de primer orden y se ordene a Compensar EPS el pago de las incapacidades médicas superiores a los 540 días hasta tanto cese la emisión de incapacidades porque se le otorgó el reconocimiento de pensión de invalidez, pago que debe contener los intereses de mora; además, que se advierta a tal entidad abstenerse de negar el pago de incapacidades superiores a los 541 días con fundamento en requisitos administrativos.

II. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

A la vuelta de referir los aspectos procesales para abrirse paso el estudio del mecanismo sumario, en específico lo atinente a la subsidiariedad, el juez de primer grado refirió que el medio de amparo no superaba dicho tópico toda vez que le era proscrito “entrometerse en esferas que le son ajenas a su competencia, para así arrogarse pronunciamientos que, en este particular caso son propios e insubstituibles del Juez Natural”.

Puntualizó que el accionante contaba con otras vías procesales idóneas, de cara a conocer y resolver sobre las pretensiones aquí elevadas, que por cierto las calificó como apropiadas, teniendo en cuenta que se pretendía discutir o ventilar “el escenario que edificó el actuar de la convocada y, aunque se plantea la presunta vulneración de derechos fundamentales”, no era dable “pretermir tales procedimientos.

Aunado a ello, apuntó que no se evidenciaba vulneración al mínimo vital, al derecho a la salud y a la seguridad social del tutelante y su familia, toda vez que de una revisión del sitio web <https://www.adres.gov.co/BDUA/Consulta-Afiliados-BDUA>, se advertía su afiliación al régimen contributivo en Compensar EPS; “por ende, los servicios de salud están disponibles para serle(s) suministrado(s) cuando lo estime(n) pertinente”.

Ultimó su decisión diciendo que las solicitudes formuladas “no son del resorte de amparo constitucional, como se dijo, por existir otros medios de defensa a través de los cuales se estaría garantizando los derechos invocados que excluyen la posibilidad de aplicar el amparo constitucional pretendido, incluso, como mecanismo transitorio y, en segundo lugar, porque la acción impetrada no está instituida para dirimir esta clase de conflictos porque ello implicaría una injerencia indebida en las atribuciones de otras autoridades, las cuales están especialmente y en detalle reguladas por la ley”.

III. DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con lo resuelto, el señor Luis Ernesto Agatón impugnó la decisión argumentado:

i) Un error de hecho y de derecho en el examen y consideración de la petición formulada;

ii) Falta de valoración probatoria;

iii) Y, un error esencial de derecho en la apreciación de la verdad, dada la situación calamitosa de salud del accionante y la interpretación de los hechos sustentados.

En aras de solventar los medios de impugnación, indicó el actor que la reclamación intimada busca la protección de sus derechos al mínimo

vital, salud, seguridad social, dignidad humana e igualdad, los cuales están siendo vulnerados por todas las entidades vinculadas, toda vez que lo mantienen en trámites administrativos y técnico - jurídicos, que en su condición de salud y minusvalía laboral no está en condiciones de soportar.

Afirma, en ese mismo sentido que la acción de tutela es el medio principal de defensa judicial de sus derechos, ya que “no existe en el ordenamiento jurídico otro mecanismo judicial que, por las condiciones especiales del asunto, responda adecuadamente a la protección solicitada”.

Refiere que si bien la jurisdicción laboral ordinaria es el escenario jurídicamente idóneo para resolver las controversias enmarcadas alrededor del reconocimiento de prestaciones pensionales, “ésta no es una alternativa viable en el caso del suscrito”, al ser un medio ineficaz, toda vez que no responde de manera integral y oportuna a la salvaguarda invocada.

Especialmente si el tutelante es una persona de especialísima protección constitucional.

IV. CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Carta Fundamental, es el mecanismo constitucional efectivo que le permite a todo ciudadano reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos expresos que señala el Decreto 2591 de 1991.

1.1. Se caracteriza por ser un mecanismo subsidiario o residual que procede, por regla general, cuando no se dispone de otro medio de defensa judicial, además de ser inmediato, porque su propósito es otorgar sin dilaciones la protección solicitada; sencillo o informal, porque no ofrece dificultades para su ejercicio; sumario, porque es breve en sus formas y procedimientos; específico, porque se contrae a la protección exclusiva de los derechos fundamentales; eficaz, porque en todo caso exige del juez un pronunciamiento de fondo para conceder o negar el amparo del derecho y preferente, porque el juez lo tramitará con prelación a otros asuntos con plazos perentorios e improrrogables.

2. Dicho lo anterior, una vez confrontados los argumentos de la alzada, los planteamientos del fallo de primer grado y el contenido de las prerrogativas *iusfundamentales* cuyo amparo se exoró, se advierte desde ya que esta sede judicial se apartará de lo discurrido en primera instancia por las razones que pasan a explicarse:

2.1. Si bien la acción de tutela tiene carácter residual, toda vez que procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice para evitar un perjuicio irremediable, también lo es que el cumplimiento y examen de tal mandato no puede hacerse sin miramiento de los contornos que enmarca el activante en su libelo inicial, del cual se desprende que, (i) es sujeto de especial protección dada su minusvalía física y psíquica y, (ii) persiguiéndose el pago de incapacidades médicas como único medio de subsistencia, contrario a lo afirmado en fallo opugnado, la acción de tutela es en mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al mínimo vital.

2.1.1. En cuanto al primer punto, huelga recordar que nuestra *Norma Supra* prevé como obligación del Estado Colombiano la de resguardar y brindar pleno abrigo a todas las personas que se encuentren en debilidad o indefensión, habida cuenta sus condiciones físicas, mentales o económicas.

Ello, en la medida que de no ser así se dejaría al margen del ordenamiento la aplicación plena de las garantías de primer orden, como también el derecho a la igualdad, privilegio que desde luego se ve diseminado cuando, como en el presente evento, la persona tiene serios padecimientos que lo imposibilitan para procurar los medios mínimos para atender su subsistencia y la de su núcleo familiar.

2.1.2. La protección y calificación de ser sujeto de especial protección desde luego no es caprichosa. Tiene raigambre constitucional (artículos 13, 47, 54 y 68, solo por citar algunos) y a sido reconocida por el legislador patrio, entre otras normas, con la expedición de la Ley 361 de 1997, cuerpo legal encaminado a crear mecanismos para lograr una integración social de personas que se encuentran en una situación de discapacidad; ponderación que debe ser razonada en los elementos suasorios aportados.

2.1.3. Ahora, si se mira al detalle el material probatorio adosado, en específico las comunicaciones proferidas por Compensar EPS y el dictamen de la Junta Regional de la Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, aflora que el señor Luis Ernesto Agatón no solo padece de “bula enfisematosa”, “discopatía lumbar múltiple”, “síndrome de manguito rotador de predominio derecho”, “síndrome del túnel del carpo derecho”, sino, “gastritis no especificada”, patologías por las cuales al margen de la firmeza de la pérdida de la capacidad laboral allí diagnosticada, implica que el actor requería del abrigo e intervención del estado, cuestión que se dejó por completo de lado por el *a quo* pese a ser avisado.

2.1.4. En otros términos, no solo el examen del requisito de procedibilidad de la tutela debió ser menos riguroso, sino, al deducirse y comprobarse una debilidad manifiesta del actor por cuestiones médicas, lo procedente era resolver de fondo la actuación.

2.1.5. Con todo, no basta la existencia de medios de defensa judiciales para establecer la improcedencia de la acción de tutela, sino que

debe determinarse si los mismos son idóneos y eficaces, estudio que desde luego tampoco se abordó.

Frente a ello, desde antaño ha sostenido la jurisprudencia constitucional que “el requisito de subsidiariedad –agotamiento de los mecanismos judiciales– comprende tres dimensiones:

(a) la idoneidad: que exista un procedimiento previsto por el sistema jurídico, para resolver la controversia jurídica.

(b) la eficacia: es la capacidad que tiene un procedimiento de producir una consecuencia jurídica desprovista de arbitrariedad y en un tiempo razonable.

(c) la urgencia: es la necesidad de intervención inmediata del juez constitucional para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.”¹

Aun cuando el accionante cuenta con otros medios de defensa idóneos ante su “juez natural” para reclamar el pago de las incapacidades causadas y aquellas que se estén generando, esta juzgadora considera que dicho medio de protección resulta ineficaz debido al grado de afectación del derecho al mínimo vital.

2.1.7. Y es que, como fue señalado por el señor Agatón, el mismo depende exclusivamente del ingreso económico derivado de su empleo, afirmación que no ha sido puesta en duda por las entidades convocadas, razón por la cual la decisión adoptada por Compensar EPS de suspender el pago de las incapacidades generadas por sus padecimientos requiere de una decisión judicial inmediata, toda vez que puede llegar a ocasionar un perjuicio irremediable teniendo en cuenta que es una persona con la imposibilidad plena para trabajar y encaminar acciones para la generación de ingresos dadas sus patologías, requiriendo una suma constante de

¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-263 de 2017.

recursos económicos, los cuales so pretexto de la calificación de la invalidez y su estructuración la accionada reiteradamente ha estado negando.

3. Tratándose de incapacidades médicas, el artículo 206 de la ley 100 de 1993 establece: “Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto”.

3.1. La condición de incapacidad es certificada por el médico tratante, quien emite un concepto en el que da cuenta de la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, siendo tal profesional el que define el número de días de incapacidad necesarios para salvaguardar los derechos del paciente, particularmente a la salud y demás conexos al mismo.

3.2. En cuanto al responsable en el pago de tales incapacidades los incisos 5º y 6º del artículo 142 del Decreto Ley 0019 de 2012, establece:

“(…) Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo

hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”.

3.3. Sobre este particular la Corte Constitucional puntualizó que las incapacidades de origen común que superan los 180 días y hasta el día 540, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador.

3.4. Debe referirse que para aquellos afiliados que se encontraban con un dictamen de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, a los cuales se les seguían generando certificados de incapacidad médica más allá de los 540 días, existía un vacío legal sobre el organismo encargado de su cubrimiento, el cual fue suplido con la expedición de la Ley 1753 de 9 de junio de 2015, creando en su artículo 66 la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la cual hace parte del SGSSS y está adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, cuyo objeto es:

“...administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de

beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP); los cuales confluirán en la Entidad. ...”

3.5. Ahora, en el artículo 67 de la ley precitada se determinó que tales recursos estarán destinados:

“(...) a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades”.

Desde esta perspectiva, viable es señalar que el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del SGSSS, conforme lo prescribe la norma precitada.

3.6. En torno a los alcances de la nueva disposición transcrita, la Corte Constitucional precisó:

“Teniendo presente esta nueva normativa, es claro que en todos los casos futuros; esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la Ley –9 de junio de 2015 –, el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar lo normado. Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las

sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015” (Sentencia T-144 de 2016).

De manera que, como en este caso se encuentra acreditada no solo la decidía de cancelar las incapacidades por parte de Compensar EPS, sino que además permaneció silente frente a la acción de la referencia, dando presunción de veracidad a los motivos objeto de averiguación (art. 20 del Decreto 2591 de 1991), ha de térnese por cierto la falta de pago de las incapacidades a partir del día 541.

3.7. Ahora, dado que el tutelante manifiesta que no cuenta con otros ingresos para cubrir sus gastos de manutención sin que exista en el expediente prueba alguna que desvirtúe tal afirmación, se considera que Compensar EPS, con su conducta, está vulnerando el derecho al mínimo vital de la accionante, al ser la prestación económica derivada de la incapacidad la única fuente de ingreso para la atención de sus necesidades, por tanto, el fallo prenotado será revocado y concederá el amparo constitucional deprecado, máxime cuando el pago de incapacidades no puede suspenderse cuando se realiza el examen de pérdida de capacidad laboral, pues para cesar el pago de tal prestación debe verificarse o bien que la persona pueda reintegrarse a su puesto de trabajo o en su defecto le sea reconocida la pensión de invalidez, lo cual se dejó desprovisto de prueba alguna por parte de la entidad enrostrada.

En virtud de los argumentos expuestos, el **JUZGADO CUARENTA Y CINCO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

IV. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el fallo de tutela proferido 29 de octubre de 2020, por el Juzgado Once Civil Municipal de Bogotá.

SEGUNDO: TUTELAR los derechos a la igualdad y mínimo vital del señor Luis Ernesto Agatón, por las razones expuesta en precedencia.

TERCERO: ORDENAR a la Compensar EPS, a través de su representante legal o quien haga sus veces que, en el término de tres (3) días hábiles, contados desde el día siguiente a la notificación de esta providencia, realice el pago de las incapacidades ininterrumpidas emitidas a favor del señor Luis Ernesto Agatón, desde el día 541 en adelante, hasta cuando se levanten las incapacidades o se reconozca y pague la pensión de invalidez, de ser el caso.

Para efecto de la prórroga debe tenerse en cuenta que comprenden las incapacidades que se expiden con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya interrupción mayor a treinta (30) días calendario, conforme lo ha determinado la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

CUARTO: NOTIFICAR esta decisión por el medio más expedito a las partes y al Juez Constitucional de primera instancia. Déjese la constancia de rigor.

QUINTO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez se restablezca la normalidad institucional para estos trámites. Déjense las constancias pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


GLORIA CECILIA RAMOS MURCIA
Jueza

Mo.