

**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., cuatro (4) de noviembre de dos mil veintiuno
(2021)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA No. 2021-0705-01

Accionante: FANNY HUERTAS SALGADO

Accionadas: COMPENSAR EPS, AFP PROTECCIÓN S.A., JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE LA INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA.

Vinculadas: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL (SGSSS ADRES), IMEVI S.A.S. y SERVICIOS DE SALUD IPS SURAMERICANA

Procede el despacho a resolver la impugnación presentada por el Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., contra el fallo de tutela proferido el 22 de septiembre de 2021, por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Bogotá, donde se ampararon los derechos a la salud, vida, igualdad, dignidad humana, mínimo vital y a la seguridad social de la señora Fanny Huertas Salgado, previo el estudio de los siguientes,

I. ANTECEDENTES

La señora Fanny Huertas Salgado incoó acción de tutela al encontrar vulnerados los derechos a la salud, vida, igualdad, dignidad humana, mínimo vital y a la seguridad social por parte de Compensar EPS, el Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Junta Regional de Calificación de la Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, dado que informa se niegan a prescribir más incapacidades, cancelarle las ya otorgadas y adelantar el trámite de apelación contra

el dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional proferido por Suramericana S. A. el 10 de mayo de 2021, respectivamente.

Exteriorizó que desde febrero de 2020 viene tratándose una miopía degenerativa y a cuenta de ello, el 1 de marzo de 2021 Compensar EPS le otorgó nuevo concepto de no rehabilitación, el cual fue radicado ante Protección S. A.

Que el 04 marzo de la presente anualidad el Director de Entrega de Servicios del citado fondo dirigido a Compensar EPS una misiva donde indicó que se habían pagado por su parte más de 300 días de incapacidad y advierte que una vez cumplido el día 360, se deberá aplicar el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, afirmación que a juicio de la gestora no corresponde con la realidad, pues para dicha fecha la AFP solo pagó 206 días posteriores a los primeros 180 iniciales, los cuales indica corrieron a cargo de su EPS.

Aclaró que Protección S.A. empezó a pagar incapacidades desde el 10 de agosto de 2020 hasta el 5 de marzo del presente año.

De otra parte, informa que los exámenes realizados para calificar su falta de capacidad laboral no son idóneos, dado que para el 21 de abril 2021 se realizó evaluación funcional por video llamada, sin exámenes técnicos o científicos presenciales, determinándose por parte del Servicios de Salud IPS SURAMERICANA S.A., de manera incorrecta la merma de su fuerza laboral en un 34.54%.

Que impugnó dicho dictamen ante su AFP, encontrándose a la espera de la fijación de fecha por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez Bogotá y Cundinamarca para la nueva práctica del examen.

Precisó que el 2 de agosto 2021 acudió a IMEVI ya que su incapacidad tenía vigencia hasta el 1 de agosto, pero la respuesta del profesional Orlando Ustariz González fue que no ordenaba más incapacidad a menos que el Fondo de Pensiones emitiera autorización por escrito a su EPS, remitiendo la gestora solicitud escrita a la AFP 5 del mismo mes y año.

A razón de ello, la AFP corrige la información contenida en la comunicación del 4 de marzo de 2021 y confirma que hasta el 5 del mencionado mes había realizado el reconocimiento del subsidio por incapacidad temporal por un total de 206 días, sin embargo, revela malinterpretó el artículo 2.2.3.3.2 del Decreto 1333 del 27 de julio de 2018, toda vez que manifiesta que a Protección S. A., una vez la EPS emita concepto desfavorable de rehabilitación, no puede cancelar incapacidad laborales, estando pendientes los meses de marzo a julio de 2021.

Concretamente pidió se emitan por parte de Compensar EPS las incapacidades a que haya lugar desde el 2 de agosto de 2021; se ordene a Protección S. A. el pago de las incapacidades No. 55547285 del 06/03/2021 al 04/04/2021, 55547633 del 05/04/2021 al 04/05/2021, 55548305 del 05/05/2021 al 02/06/2021, 55548847 del 03/06/2021 al 02/07/2021, 55549506 del 03/07/2021 al 01/08/2021 y a la Junta Regional de la Calificación de la Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, procediera a señalar fecha para la adelantar el trámite de apelación frente a al dictamen de pérdida de capacidad laboral en el término de 10 días, practicando exámenes idóneos y contundentes.

II. DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de primer grado tuteló los derechos *iusfundamentales* exorados, destacando frente a la primera pretensión su

improcedencia, ya que el tratamiento o manejo que requiera un paciente dependía del criterio del médico tratante, “pues legal y clínicamente es el profesional de la salud en ejercicio de su autonomía, la cual se encuentra descrita en el artículo 105 de la Ley 1438 del 2011 y el artículo 17 de la Ley 1751 del 2015, quien podrá adoptar las decisiones relativas al diagnóstico de sus pacientes, lo que incluye la posibilidad de expedir incapacidades”.

En torno al pago de incapacidades, destacó que conforme a las reglas legales y jurisprudenciales, las generadas desde el día siguiente al 180 hasta el 540 estaban a cargo de los Fondos de Pensiones. Ello, pues el artículo 142 del Decreto 0192 de 2012 así lo prescribía, asociado a que tal punto no había sido rebatido por la parte de la AFP enjuiciada.

En lo relativo a la práctica idónea de valoración médica por parte de la Junta de Calificación de la Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, destacó que la atención virtual tenía sustento jurídico a razón de la emergencia decretada hasta el 30 de noviembre de 2021 por parte de Ministerio de Salud en resolución 1315 de 2021. No obstante, asentó que el trámite de apelación no había iniciado y se habían superado los términos del artículo 2.2.5.1.33. y subsiguientes del Decreto número 1072 de 2015, sin que se hubieran puesto a consideración medidas para superar las consecuencias de la pandemia y consultar a la gestora agendar su cita por medios telemáticos, de ahí que ordenara en el término de 48 horas siguientes al fallo a consultar telefónicamente con la señora Huertas la posibilidad de efectuar la valoración requerida para resolver el recurso interpuesto contra dictamen de pérdida de capacidad laboral.

III. DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con lo resuelto, Protección S. A. impugnó la decisión argumentada en lo fundamental la orden emitida en el numeral 2º de la resolutive, pues señala que al existir un concepto desfavorable de rehabilitación, las incapacidades deben ser sufragadas por la EPS y no por dicho fondo de pensiones, atendiendo lo reglado en el artículo 142 del decreto 019 de 2012.

Destaca que a la luz de la norma en cita es presupuesto indispensable para dicho pago por parte de la AFP que la afiliada cuente con concepto favorable de rehabilitación y se postergue el trámite de calificación, lo que en el caso bajo estudio no se cumple.

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.

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. Expuesto lo anterior, siendo el centro de la discusión en el caso que contrae la atención del despacho el reconocimiento y pago de auxilios por incapacidad, sea lo primero indicar que de acuerdo con el canon 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un derecho irrenunciable de los ciudadanos bajo la dirección, coordinación y control del Estado, atendiendo a los principios de eficiencia, universalidad y **solidaridad**, pues se trata de una prerrogativa que respalda contingencias como la invalidez, la vejez o la muerte.

2.1. Por ello a través de la Ley 100 de 1993, el legislador creó el Sistema Integral de Seguridad Social, que está compuesto por cuatro subsistemas a saber: el régimen de pensiones; salud; riesgos profesionales y de servicios sociales complementarios, los cuales, a pesar de ser componentes esenciales de un sistema general, cada uno tiene ámbitos de aplicación diferentes y está conformado por entidades y procedimientos completamente disímiles.

2.2. En lo relativo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social, debe tenerse en mente que estos están destinados a garantizar el pago de las prestaciones económicas y asistenciales a los afiliados (Art. 6 Ley 100 de 93), entre las que se encuentran aquellas derivadas de las incapacidades que pueda presentar un trabajador para el desempeño de sus funciones; recalándose que la incapacidad, conforme a la Resolución 2266 de 1998, es “el estado de inhabilidad física o mental de una persona que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio” (art. 1 Ib.).

2.3. Ahora bien, atendiendo al origen de la incapacidad (común o laboral), el Sistema de Seguridad Social prevé un régimen especial para garantizarle al trabajador incapacitado que está en imposibilidad de ejercer sus labores un ingreso mínimo para su digna subsistencia.

2.4. En este orden de ideas, si la incapacidad tiene su origen en una enfermedad profesional o un accidente de trabajo, deben aplicarse las normas que rigen el Sistema General de Riesgos Profesionales, donde será la Administradora de Riesgos Profesionales a la que esté afiliado el trabajador la responsable de “garantizar íntegramente todas las prestaciones asistenciales y económicas que se deriven de dicho evento, incluyendo el pago de las incapacidades mayores a 180 días. Lo anterior de conformidad con lo establecido en los artículos 1, 5 y 7, de la Ley 776 de 2002” (C. Const. Sent. T 920/09).

En cambio, sí la incapacidad se originó en una enfermedad común o no profesional, la encargada de garantizar las prestaciones a que tenga derecho la persona incapacitada será la Empresa Promotora de Salud a la que se encuentre afiliado el trabajador (art. 206 de la Ley 100 de 93). Ello, *prima facie*.

2.5. Y es que el reconocimiento de prestaciones económicas de origen común y temporales, el sistema de seguridad social en salud prevé diversas responsabilidades con cargo a las entidades que lo administran, como desde luego se aclarará:

(i) cuando se trate de incapacidades que no superen los 2 días su costo deberá ser asumido por el empleador (Dcto. 1406/99, art. 40, par. 1º, modificado por el Dcto. 2943/13 art. 1º)

(ii) Si el término oscila entre los 3 y los 180 días de incapacidad su reconocimiento corresponde a la EPS (Ley 1562/12, art. 5º, par. 3º; Dcto. 19/12, art. 142; ib.) y,

(iii) serán a cargo de la AFP, aquellas que se den, con independencia de si existe concepto de rehabilitación o no rehabilitación.

2.6. En tal sentido, está a cargo de las AFP y en este caso bien hizo en ordenar el pago a Protección S. A., ya que es la avocada a soportar los pagos de las incapacidades desde el día 181 hasta por 360 días adicionales a los 180 días iniciales, mientras se declara la recuperación de la gestora, que no es el caso o se califica la pérdida de la capacidad laboral (Dcto. 2463 de 2001, art. 23).

2.7. En principio, por la solidaridad que emerge el mismo sistema, sumado a que del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 en ninguno de sus apartes contempla que el pago del subsidio se vea supeditado al concepto de rehabilitación o no rehabilitación, itérese. Bajo ninguna circunstancia el usuario debe soportar la carga que surge ante el vacío legal, como el planteado.

2.8. La jurisprudencia de la Corte Constitucional¹ a esa sazón sostuvo: “Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009”.

En otros términos, el punto de censura no tiene vocación de prosperidad y se mantendrá indemne la decisión proferida por el juez de primer grado.

¹ Corte Constitucional de Colombia, T- 401 de 2017.

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: CONFIRMAR el fallo de tutela proferido el 22 de septiembre de 2021, por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Bogotá

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

TERCERO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Déjense las constancias pertinentes.

NOTIFÍQUESE


GLORIA CECILIA RAMOS MURCIA
Jueza

Mo.