REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA
DESPACHO TERCERO

Sustanciador: Alfredo de Jesús Castilla Torres.

Para ver la Carpeta digital Haga clic en: T-2021-00167

Decisión discutida y aprobada en reunión no presencial según Acta No.31

Barranquilla, D.E.I.P., seis (06) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

Se decide la impugnación interpuesta por la parte accionada, contra la sentencia proferida el 24 de marzo de 2021, por el Juzgado Promiscuo de Familia de Sabanalarga, Atlántico, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Sebastián Mendoza Hernández, contra Nueva E.P.S., por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, trabajo, seguridad social y mínimo vital.

ANTECEDENTES

1. HECHOS

Los hechos que le sirven de fundamento a la presente acción, pueden ser expuestos así:

1.1. Afirma el accionante que, ingresó a trabajar en la empresa Jack Cybul Mizrachi & Cia S En C, en el departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina desde el 1° de junio de 2008, a través de contrato individual de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de servicios generales, con un salario actual de $877.803 mensuales.

1.2. Indica que, el día 09 de junio de 2017, fue atendido en la Clínica San Rafael ubicada en Sabanalarga, Atlántico, donde fue diagnosticado con *Trastorno de disco cervical con mielopatía,* enfermedad de origen común que le ha ocasionado múltiples incapacidades, por lo que, a la fecha de presentación de la acción de tutela, cuenta con mas de 540 días de incapacidad.

1.3. Explica que, Desde el 07 de noviembre de 2017, el Dr. Raúl Lara Visbal, médico de la Clínica San Rafael ordenó que se debía tramitar su enfermedad por medico laboral.

1.4. Arguye que, el día 23 de julio de 2019, radicó su documentación para ser atendido por el medico laboral en la Nueva EPS en Barranquilla, sin embargo, no obtuvo respuesta alguna a su solicitud.

1.5. Manifiesta que, por lo anterior, solicitó a los médicos tratantes fuera remitido a medicina laboral, para ser evaluado por el médico de esa especialidad y posteriormente por el equipo de la entidad demandada o por las Juntas de Calificación, para poder acceder a la pensión de invalidez, pero a la fecha han venido postergando sin razón alguna esa remisión.
1.6. Aduce que, después de mucha insistencia, el día 03 de octubre de 2019, el Dr. Alejandro Celemi Nieto, lo remite nuevamente a medicina laboral.
1.7. Señala que, el día 29 de febrero de 2020, radicó nuevamente ante la Nueva EPS, la documentación para ser atendido por médico laboral, sin que esta fuera respondida.
1.8. Que, por lo anterior, la Dra. Meberak Otero Lucila Isabel, el 26 de octubre de 2020, lo remite nuevamente a medicina laboral.
1.9. Aclara que, la empresa Jack Cybul Mizrachi & Cia S EN C, ha venido cancelando las distintas incapacidades, pero a partir de marzo de 2020, el medico tratante no ha vuelto a expedir incapacidades, afirmando que, lleva mas de 540 días de incapacidad y que debería estar pensionado por invalidez.
1.10. Argumenta que, no ha recibido concepto favorable o desfavorable para recuperación, por parte de Nueva EPS.
1.11. Adicionalmente argumenta que, su único sustento económico ha sido el pago de incapacidades que ha venido pagando su empleador, pero por la falta de expedición de incapacidades ha dejado de cancelar y la poca ayuda económica que recibía de amigos y familiares desapareció por causa de la crisis económica generada por la pandemia covid-19, e indica que su núcleo familiar está compuesto por su esposa y su nieto.
Conforme a lo anterior, solicita le sea concedida la tutela de los derechos fundamentales a la salud, dignidad humana, mínimo vital, vida digna, y seguridad social y en consecuencia se ordene a Nueva EPS o a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, le realice el examen de pérdida de capacidad laboral ante la Junta de Calificación, asimismo se ordene la expedición de las incapacidades a efectos de evitar un perjuicio irremediable, se realice el pago de las incapacidades que han sido redactadas y se realice el concepto de rehabilitación.

ACTUACIÓN PROCESAL

El conocimiento de la presente acción de tutela le correspondió en primera instancia al Juzgado Promiscuo de Familia de Sabanalarga, Atlántico, que, mediante auto del 10 de marzo de 2021, procedió a admitir la acción constitucional, vinculando a la empresa Jack Cybul Mizrachi & Cia S EN C y a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, concediéndoles el término de 48 horas, para que rindieran informe sobre los hechos que motivaron la acción constitucional.

Recibiéndose la respuesta de las partes, el Juzgado de Conocimiento mediante providencia del 24 de marzo de 2021, resolvió conceder la tutela invocada, la anterior decisión fue impugnada oportunamente por la accionada Administradora

Colombiana de Pensiones-Colpensiones, siendo concedido el recurso mediante auto de fecha 05 de abril de 2021.

CONSIDERACIONES DEL A QUO

El Juez *A quo,* considera que "*(…) Llevadas las consideraciones descritas al presente caso, se tiene que las condiciones de vulnerabilidad del señor Mendoza Hernández, esto es, se trata de una persona en situación de discapacidad por razón de su patología que, precisamente por dicha situación, se encuentra desempleada y sin los medios económicos para atender sus necesidades básicas y los de su núcleo familiar dignamente, por lo que el mecanismo de defensa ordinario no resulta eficaz. Nótese que las condiciones de salud física del accionante hacen imprescindible una definición concreta y oportuna de su capacidad laboral, con miras a determinar, con grado de certeza, si puede o no ser beneficiario de la pensión de invalidez".*

ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

La Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, a través de su Directora de Acciones Constitucionales, sustentó el recurso de impugnación replicando que:

1. Que, la NUEVA EPS el día 30 de noviembre del 2018, allegó concepto de rehabilitación favorable.
2. Que, bajo radicado 2020_260840, el señor SEBASTIAN MENDOZA HERNANDEZ, solicitó calificación de pérdida de capacidad laboral que en virtud de lo solicitado mediante comunicado de fecha 10de enero del 2021, se le informo: Que al revisar en el expediente que registra a nombre del accionante se evidencia que el concepto de rehabilitación emitido por su EPS a nombre del señor Sebastián Mendoza Hernández es Favorable y conforme a la normatividad vigente que regula el pago de incapacidades y Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral, artículo 142 del Decreto 019 de 2012.
3. Que, no es posible jurídica ni materialmente indilgar vulneración alguna por parte de esta Administradora, teniendo en cuenta, que no es posible iniciar el proceso de calificación, ya que a la fecha el accionante presenta concepto favorable de rehabilitación.
4. Que, la acción de tutela no puede considerarse el mecanismo adecuado para dirimir el conflicto suscitado por el accionante, como quiera que debe resolverse ante el juez ordinario, razón por la que existiendo otro mecanismo, se torna improcedente de conformidad con el artículo 6º del Decreto 2591.
5. Que, se ha previsto la protección tutelar transitoria frente a la existencia de un perjuicio irremediable, sin embargo, debe destacarse que no ocurre en el caso del señor Sebastian Mendoza Hernandez.
6. Que, el actor pretende desnaturalizar la acción de tutela pretendiendo que por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y subsidiaridad, sean reconocidos derechos que son de conocimiento del juez ordinario

competente a través de los mecanismos legales establecidos para ello, por lo que se debe declarar la improcedencia de la acción de tutela ante el carácter subsidiario de esta.

7. Que, decidir de fondo las pretensiones del accionante y acceder a las mismas, invade la órbita del juez ordinario y su autodominio, pero además excede las competencias del juez constitucional, en la medida que no se probó vulneración a derechos fundamentales, ni la existencia de un perjuicio irremediable que haga viable proteger derecho alguno.
8. Que, no se puede considerar que COLPENSIONES ha vulnerado derecho fundamental alguno, por cuanto no tiene responsabilidad alguna en la transgresión de los derechos fundamentales. Lo anterior, teniendo en cuenta que actualmente COLPENSIONES no tiene petición o trámite pendiente por resolver a favor del ciudadano.

CONSIDERACIONES:

De acuerdo a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política y su reglamentación en los decretos 2591 de noviembre 19 y 1991, 306 de febrero 19 de 1992 y 1382 de julio 12 de 2000, toda persona tiene derecho a instaurar la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales constitucionales, como un mecanismo subsidiario de defensa de los mismos, a falta de otro medio judicial de amparo.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que, ella sólo resulta procedente contra los actos arbitrarios o no justificados de la entidad contra la cual se dirige la acción; dado que no procede contra los actos legítimos o decisiones adoptadas de acuerdo a atribuciones o facultades de la autoridad accionada o bien ejecutadas en cumplimiento de una norma de carácter legal.

En ese orden de ideas, si el accionante en tutela, cuenta o contó con un medio de defensa ordinario y con la utilización de este no se le causa un perjuicio irremediable, forzosamente habrá de concluirse que la acción impetrada resultará a todas luces improcedente. Ahora bien, habrá de auscultarse en las circunstancias de hecho que rodean el caso en concreto, en la búsqueda de determinar la existencia de un mecanismo ordinario de defensa, o bien la existencia del mismo, pero la presencia de un perjuicio irremediable que permitan acceder al amparo deprecado.

Línea jurisprudencial acerca de la conexidad entre Derecho a la Seguridad Social y Mínimo Vital

En Sentencia T-037 de 2017, la honorable Corte Constitucional realizó un análisis de estos dos derechos fundamentales, concluyendo lo siguiente:

"En efecto, como se indicó en la sentencia T-250 de 2015, el amparo de los derechos sociales fue admitido por esta Corporación desde el año 1992, inicialmente bajo la tesis de la "conexidad", al demostrarse un nexo inescindible entre el derecho social

y un derecho fundamental. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional abandonó el análisis del carácter fundamental de los derechos sociales a partir de argumentaciones ajenas a la naturaleza propia del derecho como lo proponía la tesis de la conexidad, para afirmar que todos los derechos constitucionales son fundamentales, y aquellos que tienen una faceta esencialmente prestacional son susceptibles de protegerse por vía de tutela, una vez se han definido por el Legislador o la administración en los distintos niveles, las prestaciones debidas de forma clara y precisa, de manera que constituyan derechos subjetivos de aplicación directa.

En materia del derecho a la seguridad social, este Tribunal estableció que:

"(…) una vez ha sido provista la estructura básica sobre la cual ha de descansar el sistema de seguridad social, lo cual, además de los elementos ya anotados –prestaciones y autoridades responsables-; a su vez supone el establecimiento de una ecuación constante de asignación de recursos en la cual están llamados a participar los beneficiarios del sistema y el Estado como último responsable de su efectiva prestación; la seguridad social adquiere el carácter de derecho fundamental, lo cual hace procedente su exigibilidad por vía de tutela (…)"

10.- En conclusión, aunque es claro el carácter fundamental del derecho a la seguridad social (en particular el derecho a la pensión), es innegable la relación que existe entre éste y el derecho fundamental al mínimo vital, más aún, cuando se trata de personas que se encuentran en estado de indefensión, y son destinatarias de una especial protección constitucional". (Subrayado es para destacar).

CASO CONCRETO

En el presente caso, el accionante anunció desde el escrito petitorio que se encuentra vinculado en seguridad social en salud a la Nueva E.P.S., y al fondo de pensiones Colpensiones, y que se le han venido vulnerando sus derechos fundamentales dignidad humana, trabajo, seguridad social y mínimo vital, al no emitir concepto de pérdida de capacidad laboral y ante la falta de pago de incapacidades.

Los hechos anteriores relatados por el señor Sebastián Mendoza Hernández, fueron comprobados por el Juez de tutela de instancia y de ello da muestra la historia clínica allegada al plenario, en donde se registran el diagnostico de *Trastorno de disco cervical con mielopatía,* además se indica que el asegurado presenta debilidad en las manos, ardor disestesia en las extremidades, marcha apretica spatica, cuadriparesia.

Se tiene que, Nueva EPS, emitió concepto de rehabilitación favorable el pasado 30 de noviembre de 2018, siendo este puesto en conocimiento de Colpensiones el 05 de diciembre de 2018, de acuerdo a lo expuesto por el Fondo de Pensiones en el informe rendido al Juzgado de conocimiento.

Así pues, de lo solicitado por el actor en lo concerniente a la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral, se pasa a estudiar la viabilidad del requerimiento,

tema que además está íntimamente ligado con las condiciones de salud física que han impedido seguir laborando al señor Sebastián Mendoza Hernández:

En relación a la calificación de la pérdida de capacidad laboral, cuando hay concepto favorable de rehabilitación, aparece expresamente regulada, así:

De conformidad con los incisos 5 y 6 del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, a su vez modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, se dispone:

"ARTÍCULO 142. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así:

… *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.

De manera excepcional, es posible que los interesados acudan directamente a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, como lo dispone el artículo 29 del Decreto 1352 de 2013.

Teniendo en cuenta la trascendencia de la valoración de la pérdida de capacidad laboral, la Corte Constitucional en sentencia T-876 de 2013 señala que, la lesión de las garantías fundamentales de la persona, se genera *"i) por la negación del derecho a la valoración o ii) por la dilación de la misma, pues de no practicarse a tiempo, en algunas ocasiones puede ocasionar el empeoramiento de la condición física o mental del asegurado. Así, ambas circunstancias transgreden los derechos fundamentales de los trabajadores, toda vez que someten a una situación de indefensión a quien requiere la calificación para conocer cuáles son las causas que determinan la*

disminución de la capacidad laboral, y con esto precisar cuál entidad es la encargada de asumir el pago de las prestaciones económicas y asistenciales derivadas de su afección."

Frente a estos conceptos de rehabilitación favorable y desfavorable, en el marco de la valoración de la pérdida de capacidad laboral de la persona, en sentencia T-144/16, la Corte Constitucional indicó:

> *"(…) Es necesario hacer hincapié en que el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Asegura que el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador*[1]*.*
>
> *La forma condicionante en que el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto, lleva a pensar que se orienta al equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Da un margen de espera y rehúsa tener por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad, y que se fijaron a cargo de las AFP.*
>
> *Bajo esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.*

De acuerdo con el marco normativo expuesto, y como quiera que el accionante presenta un concepto favorable de rehabilitación, la AFP sólo podía postergar 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 reconocida por la EPS, esto es, hasta los 540 días de incapacidad.

Como en este caso ya se cumplieron esos 540 días de incapacidad, es procedente iniciar ese trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral por parte de la administradora Fondo de Pensiones COLPENSIONES, como *"elemento definidor del estado de invalidez".*

Lo anterior teniendo en cuenta que, la jurisprudencia constitucional ha considerado de manera pacífica, que la calificación de la pérdida de capacidad laboral es un derecho que tiene toda persona y que cobra importancia al ser el medio para la realización efectiva de otras garantías fundamentales como la salud, la seguridad social y el mínimo vital, en razón a que dicha calificación permite determinar la prestación a la que tiene derecho el afectado, por causas de una enfermedad ya sea de origen común o laboral.

[1] Decreto 2463 de 2001. Artículo 23 inciso 1º

Es así que, aunque el concepto emitido por la Nueva EPS, sea favorable, habiendo transcurrido 540 días de incapacidad, Colpensiones esta en la obligación de calificar el grado de invalidez del paciente.

En este orden de ideas, considera el Despacho, le asiste razón al *A quo,* teniendo en cuenta el deterioro del estado de salud del actor y las continuas incapacidades que ha presentado para seguir laborando, por lo que sin más consideraciones se procederá confirmará la providencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en Sala Segunda de Decisión Civil - Familia, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

Confirmar la sentencia emitida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Sabanalarga, Atlántico, calendado el 24 de marzo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese a las partes e intervinientes y al A quo, por correo electrónico, telegrama o por cualquier otro medio expedito y eficaz posible.

Espacio web de la Secretaría: en la Sala Civil Familia; y, para conocer el procedimiento de Consultar las actuaciones del proceso en el Tyba Justicia XXI, utilice este enlace

-

Firmado Por:

ALFREDO DE JESUS CASTILLA TORRES
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 003 SUPERIOR SALA CIVIL FAMILIA DE LA CIUDAD DE BARRANQUILLA-ATLANTICO

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

Código de verificación:
f1c6cf64b012579f6b7ca140337dcf4d7c435454efc7a1dcdeaae1eea471068a
Documento generado en 06/05/2021 02:21:08 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica