

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO
PALMIRA – VALLE

SENTENCIA TUTELA PRIMERA INSTANCIA N° 067
Palmira (V), treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

1. MOTIVO DE LA DECISIÓN

Proferir sentencia de primera instancia en este trámite de tutela iniciado por la señora **YAMILE GARCÍA GELVEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía 60.392.350 expedida en Cúcuta (N. Santander), contra la **NUEVA EPS**, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la SEGURIDAD SOCIAL Y MÍNIMO VITAL.

2. ANTECEDENTES

Informa la accionante que es trabajadora de la empresa DIMIAN MEDICAL S.A.S., afiliada en calidad de cotizante a la NUEVA EPS, a la AFP COLPENSIONES y la ARL POSITIVA. Agrega que a raíz de un accidente que tuvo en su casa el 08 de octubre de 2019, diagnóstico médico calificado como enfermedad general, lleva incapacitada más de 372 días, encontrándose en tratamiento con especialistas en ortopedia y traumatología, psicología, rehabilitación y fisioterapia. Explica que la NUEVA EPS emitió concepto de FAVORABILIDAD el 05 de mayo de 2020, sin que para el caso se le hubiera valorada o agendado cita con el medico laboral de la EPS, por lo que no entiende cuales fueron las bases que se tuvieron en cuenta para emitir dicho concepto de rehabilitación. En dicha calificación, dice que le han calificado varias contingencias como:

M 173 Otras Gonartrosis – Bilateral
S 922 Fractura de Otros Huesos de Tarso Izquierdo
Z 988 Otros Estos Posquirúrgicos – especificados Izquierdo
F 349 Trastorno Persistente del Humor- Afectivo no Especificado

Por otra parte, dice, existen órdenes con especialistas pendientes a los que no ha podido acceder en razón a la pandemia. Además, la EPS siempre demora las autorizaciones médicas, lo que hace que su tratamiento sea lento y perjudique su estado de salud.

Así las cosas, solicita se tutelen sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, vida digna y debido proceso, y se ordene a la NUEVA EPS fijar fecha para ser calificada y valorada por el médico laboral, y se autoricen las ordenes medicas a tiempo con los médicos tratantes.

Para sustentar lo expuesto allega copia de certificado de incapacidades médicas NUEVA EPS y concepto de rehabilitación.

3. DEL TRÁMITE

Mediante Auto Interlocutorio de Tutela de Primera Instancia N° 0156 del 19 de octubre de 2020, este Despacho asumió el conocimiento de la solicitud de tutela presentada por la señora YAMILE GARCIA GELVEZ. Se ordenó, entonces, la notificación del ente accionado NUEVA EPS, y vincular a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES-, corriendo el respectivo traslado, en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción.

3.1. RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS/VINCULADAS

Al llamado concurre la Directora de la Dirección de Acciones Constitucionales de la **Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones** aclarando que como quiera que las pretensiones del accionante van encaminadas a que la NUEVA EPS proceda calificar a la accionantes, con el fin de expedir concepto de rehabilitación, esa Entidad carece de competencia para resolver el asunto. Por otra parte, informa, a la fecha no hay solicitudes pendientes radicadas por la accionante con respecto al objeto de la presente tutela, por lo que no se han trasgredido derechos fundamentales a la actora. Acto seguido transcribe apartes del Decreto 2011 de 2013, que reglamenta la entrada en operación de Colpensiones, así como del Decreto 2592 de 1991, para finalmente solicitar se desvincule a la Entidad del trámite, por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Por su parte la **NUEVA EPS S.A.**, a través de su apoderado judicial, precisó que el presente caso ha sido trasladado al área responsable de medicina laboral, a fin de analizar y generar los trámites pertinentes referentes al caso en concreto, por lo que solicita se conceda un plazo prudencial a fin de dar una óptima respuesta a las pretensiones. Indica que una vez se obtenga respuesta del área encargada, se pondrá en conocimiento a este Juzgado. Seguidamente hizo referencia al concepto de calificación de estado de invalidez y la calificación de la pérdida de capacidad laboral para finalmente precisar que, conforme lo expuesto en el escrito, la presente acción de tutela carece de aporte fáctico vinculante mediante el cual se determine vulneración de derecho alguno por parte de esa entidad. En consecuencia, solicita se deniegue por improcedente la acción de tutela.

4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

4.1 PROBLEMA JURÍDICO:

En el presente asunto, le corresponde a esta instancia establecer si es procedente acudir al llamado de la señora YAMILE GARCÍA GELVEZ, para exigir a la NUEVA EPS S.A. se fije fecha para que sea calificada y valorada por el médico laboral, pese que el 05 de mayo de 2020 se procedió a emitir concepto de pronóstico de rehabilitación FAVORABLE; así como la autorización a tiempo de los servicios de salud que requiera a raíz de su diagnóstico médico.

4.2 DE LA PRESUNTA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, es pertinente señalar que, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial, a través del cual, toda persona puede reclamar ante el juez competente la *“protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”*.¹ (Negrilla fuera de texto) Así pues, de la prenombrada norma, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.²

En el mismo sentido, sentencias como la SU-975 de 2003³ o la T-883 de 2008⁴, han venido afirmando sobre el particular, que, *“partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del [Decreto 2591 de 1991], se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulnere los derechos fundamentales existan (...)”*⁵, ya que *“sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (...)”*⁶. De no ser así, las personas simplemente acudirían al mecanismo de amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones

¹ Constitución Política de Colombia, Artículo 86.

² El Artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 expresó aquello de la siguiente manera: *“La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2º de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este decreto (...)”*.

³ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ M.P. Jaime Araújo Rentarías.

⁵ T-883 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentarías.

⁶ SU-975 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

inexistentes, presuntas o hipotéticas, lo que resultaría violatorio al debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, y se “...atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermite los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos”⁷. En consecuencia, cuando el juez constitucional no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, debe declarar la improcedencia de la acción de tutela.

4.3 CASO EN CONCRETO

En el *sub-examine*, la actora impetra acción de tutela contra la NUEVA EPS S.A. al considerar que se están vulnera los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital, pues pese que el 05 de mayo de 2020 se emitió concepto de pronóstico de rehabilitación, no fue citada para la respectiva valoración, por lo que solicita se haga lo propio a efectos pueda ser calificada por el medico laboral.

Al respecto, lo primero que ha de precisar esta instancia es lo relativo a los conceptos de pronóstico de rehabilitación y calificación de pérdida de capacidad laboral, los cuales al parecer están presentando una confusión a la actora. Presentado el hecho generador de incapacidad médica clasificado como de origen común, la EPS procederá a expedir las incapacidades a las que haya lugar. No obstante, si aquellas subsiste por más de 180 días, es obligación de la EPS proceder a **emitir concepto de rehabilitación integral**, el cual deberá hacerse antes del día 120 de incapacidad temporal, para luego remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda. Las incapacidades generadas a partir del 181 día, estarán a cargo de la AFP.

Así, conforme lo ha expresado la Corte Constitucional⁸, el concepto de rehabilitación (favorable o desfavorable) es “...una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Este asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador”. Con ello se pretende generar un equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema, además, de evitar

⁷ T-013 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil. // En similares términos la sentencia T-066 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, refiriéndose a la acción de tutela dirigida contra autoridades públicas, afirmó que “No se puede llegar al absurdo de acudir a la acción de tutela sobre la base de actos que no se han proferido, esto no solo viola el debido proceso de las entidades públicas, que, valga repetirlo, también lo tienen, sino que, atentaría contra uno de los fines esenciales del Estado, cual es el de asegurar la vigencia de un orden justo.” En este orden de ideas, en aquella providencia la Sala de Revisión consideró que no podía entrar a decidir sobre la discriminación alegada por el accionante, toda vez que la vulneración del derecho a la igualdad invocado por el apoderado del actor “resulta ser incierta e hipotética, no se ha dado y, como se señaló, según lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico la vulneración al demandante de un derecho fundamental o, por lo menos, la amenaza seria y actual de su vulneración, circunstancia que en el caso concreto hasta ahora no se ha presentado.”

⁸ Sentencia T-401 de 2017

que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad.

Emitido el concepto de rehabilitación favorable y cumplidos los primeros 180 días de incapacidad, la AFP 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 la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador⁹. Desde 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.

La inconformidad de la accionante se centra básicamente en que para la emisión del concepto de rehabilitación del 05 de mayo de 2020, la NUEVA EPS no citó a la actora para ser valorada de forma física, sin embargo, ha de aclararle a la accionante que, conforme la normativa que regula el procedimiento, no existe regla que obligue a la EPS y al médico a citar de forma presencial a la paciente para emitir el respectivo concepto de rehabilitación, máxime cuando de antemano la Entidad conoce el estado de salud de su paciente y los diferentes tratamientos a los que ha sido sometida para la rehabilitación de su salud, tan es así que en el mismo reporte, se hace la siguiente anotación: *“Acorde con lo reglamentado en el Art. 142 del Decreto Ley 019 de 2012, NUEVA EPS S.A., debe remitir a la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) el concepto de rehabilitación que a la fecha presente el afiliado(a). Para efecto de cumplir con este proceso, **procedemos a consignar los datos de la enfermedad/accidente y el proceso de tratamiento y rehabilitación que ha cursado el afiliado(a) con base en la historia clínica obrante en nuestro sistema de información....**”*¹⁰ (Subraya fuera del texto original). Si ello es así, no existe violación al debido proceso, mucho menos a la seguridad social ni mínimo vital dentro del presente caso, pues el concepto de rehabilitación fue emitido conforme la normatividad vigente, notificándolo a la accionante y remitiendo el caso a la AFP para continuar el curso normal del proceso.

Ahora bien, si lo que busca la accionante es que se emita una calificación de pérdida de capacidad laboral, deberá estarse a lo dispuesto por el legislador para estos casos; al mediar concepto de **rehabilitación favorable**, la calificación de pérdida de capacidad laboral se puede retrasar hasta por 360 días, adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la EPS; aspectos regulados por el artículo 142 del decreto ley 0019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la ley 100 de 1993. Por lo que a la fecha no es exigible por parte de la accionante la calificación de pérdida de capacidad laboral, aunado que como ella bien lo expresó aún se encuentra en tratamiento para su rehabilitación.

⁹ Ref. Artículo 41 Ley 100 de 1993

¹⁰ Fl. 6. Concepto de pronóstico de rehabilitación

Finalmente, respecto aquella pretensión sobre el suministro oportuno de los servicios médicos en salud ordenados por el médico tratante, resalta la Judicatura que, pese que se requirió a la accionante para que aportara las ordenes médicas que determinaran cuales era, ésta guardó absoluto silencio. Por lo que, al no lograr probar siquiera sumariamente la presunta vulneración a sus derechos fundamental, en igual sentido se negará lo pretendido.

5. PARTE RESOLUTIVA:

En virtud de lo expuesto, En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARTO PENAL DEL CIRCUITO DE PALMIRA**, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

R E S U E L V E:

PRIMERO: NEGAR el amparo de tutela solicitado por la señora **YAMILE GARCÍA GELVEZ**, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE este proveído a las partes intervinientes en la forma indicada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, fallo que puede ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación (artículo 31 ibídem).

TERCERO: De no ser impugnada esta decisión dentro de los tres días siguientes a su notificación, REMÍTANSE estas diligencias oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual REVISIÓN conforme a lo previsto en el Art. 31 del Decreto 2591 de 1.991.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

CAROLINA GARCÍA FERNÁNDEZ
JUEZ.-