



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO
VALLEDUPAR - CESAR
i05ccvpar@cendoj.ramajudicial.gov.co

ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: ALONSO CAMPO CHAMORRO
ACCIONADO: COLPENSIONES Y OTROS.
RADICACIÓN: 20001 31 03 005 2020 00047 00.
DESICIÓN: PRIMERA INSTANCIA.

Veintitrés (23) de marzo de dos mil veinte (2020)

I. – ASUNTO.

Procede el despacho a dictar sentencia dentro del procedimiento de tutela instaurado por ALONSO CAMPO CHAMORRO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SALUD TOTAL E.P.S., y DAIRY PARTNERS AMERICAS COLOMBIA LTDA, a efectos de que se tutelen sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud, dignidad humana e igualdad, presuntamente vulnerados y/o amenazados por las entidades accionadas.

II. - HECHOS RELEVANTES.

Como sustento de la acción manifiesta el accionante que:

- 2.1. Labora para la empresa DAIRY PARTNERS AMERICAS COLOMBIA LTDA, mediante contrato a término indefinido en el cargo de auxiliar de fabricación, devengando un salario básico mensual de \$1.400.000, desde el 01 de julio de 2004 hasta la fecha.
- 2.2. Se encuentra afiliado a Salud Total E.P.S., luego de que Saludcoop E.P.S. fuera liquidada por el gobierno nacional, y su fondo de pensiones es Colpensiones.
- 2.3. En el año 2007 se le realizó una cirugía en la que le colocaron una prótesis de disco L4, L5 Y COLOCACIÓN DE ESPACIADORES INTERESPINOSOS L4 – L5 y L5 – S1, por lo que Saludcoop E.P.S., emitió concepto favorable de rehabilitación y ordenó su reintegro al trabajo con la recomendación que debía evitar levantar peso mayor a 10 kg, evitar flexión lumbar a repetición y debe alterar postura ergonómicamente en el puesto de trabajo, por lo que su empleador lo reubicó en su puesto de trabajo, pero posteriormente tuvo que acudir a urgencias porque el dolor lumbar aumentó y desde entonces ha permanecido incapacitado por presentar dolor intenso, que no le ha permitido regresar a sus labores.
- 2.4. Los médicos adscritos a Salud Total E.P.S., se han negado a entregarle la incapacidad médica, bajo el argumento que ellos no le realizaron la cirugía, y le recomiendan que acuda a las clínicas de la EPS, para que se la otorguen, la cual constituye el único sustento suyo y de su familia, ya que al no poder laborar no puede percibir su salario mensual.
- 2.5. El día 09 de septiembre de 2019 el médico laboral de Salud Total E.P.S., le envió una comunicación a la Administradora del Fondo de Pensiones COLPENSIONES en la que le informaban que contaba con más de 120 días, de incapacidad continua con un diagnóstico de origen común, con pronóstico desfavorable y le solicita proceder a la calificación del estado de invalidez de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la ley 100 de 1993.

- 2.6. El día 16 de septiembre de 2019, presentó ante Colpensiones toda la documentación requerida para la calificación del estado de invalidez y la determinación de la pensión por tener una discapacidad superior al 50%, sin embargo, hasta la fecha esa entidad no ha emitido ningún pronunciamiento sobre su situación.

II. – PRETENSIONES.

Persigue el accionante, mediante este instrumento constitucional, se le protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud, dignidad humana e igualdad, presuntamente vulnerados y/o amenazados por las entidades accionada, y en su lugar, se ordene a SALUD TOTAL E.P.S., que dentro del término de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela proceda a entregarle las incapacidades médicas que requiera y las que en un futuro se causen con ocasión de sus condiciones de salud. Asimismo, pide que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, se pronuncie sobre el proceso de calificación de su invalidez y la definición de su pensión.

IV. – ACTUACIÓN PROCESAL.

Admitida la acción de amparo, dentro del término del traslado Colpensiones brindó contestación a la acción de tutela afirmando que revisado el estado de trámite del ciudadano, así como los documentos aportados en el escrito de tutela no se evidencia solicitud pendiente de resolver en relación al estudio de la pensión de invalidez, por lo que se evidencia la mera intención de lograr la misma a través de la acción de tutela.

De igual forma señala que el accionante no ha demostrado la amenaza de un eventual perjuicio irremediable, por lo que no sería posible acceder vía tutela a una protección transitoria, porque se estaría desconociendo el carácter subsidiario de la acción de tutela, teniendo en cuenta que las pretensiones del accionante se deben reclamar ante la jurisdicción ordinaria.

Por su parte Salud Total E.P.S., aduce que el actor viene trasladado de Medimas E.P.S., con más de 400 días de incapacidad, es necesario que el señor Alonso Campo allegue a esa entidad certificado de incapacidades pagas por parte de su EPS anterior, y calificación de la pérdida de capacidad laboral, toda vez que debería estar calificado por fondo de pensiones, teniendo en cuenta que esa EPS, generó concepto de rehabilitación integral desfavorable en el mes de septiembre de 2019.

Finalmente DAIRY PARTNERS AMERICAS MANUFACTURING COLOMBIA LTDA, señaló que en el caso del accionante se han seguido todas las recomendaciones de su médico tratante, y en lo referente a la calificación de la pérdida de capacidad laboral, el legislador estableció en cabeza de los fondos de pensiones, EPS y ARL, su calificación, razón por la cual tales entidades deben cumplir con el mandato legal que les corresponde.

VI. – CONSIDERACIONES.

El problema jurídico a dilucidar en el presente asunto se circunscribe a determinar si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud, dignidad humana e igualdad del señor ALONSO CAMPO CHAMORRO al no cancelarle las incapacidades medicas ordenadas por sus especialistas tratantes, y no calificar su pérdida de capacidad laboral teniendo en cuenta que cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación.

Señala el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991 reglamentario del artículo 86 de la Constitución Política de Colombia que: *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares*

en los casos que señala este decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.”

Corolario de lo anterior se tiene que la acción de tutela ha sido consagrada como el instrumento de defensa por excelencia, encaminado a la protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por una autoridad pública o en casos especiales por particulares y el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial.

Con ocasión de su carácter residual y subsidiario, la acción de amparo solo resulta procedente ante la inexistencia de otros medios judiciales o la ineficacia de éstos, salvo que exista un perjuicio irremediable, entendido éste como aquel peligro de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave la existencia del derecho fundamental, requiriendo de medidas urgentes que lo contrarresten.

La calificación de la pérdida de capacidad laboral ha sido definida por la Jurisprudencia Constitucional como el 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, producido con ocasión o como consecuencia de la actividad laboral, o por causas de origen común.

Teniendo en cuenta que la pérdida de capacidad laboral de una persona puede devenir de eventos de origen común o profesional, la ley previó para cada una de aquellas eventualidades una normatividad específica. En lo concerniente a las prestaciones derivadas de un accidente laboral o de una enfermedad profesional se indicó que serán responsabilidad de los actores del Sistema de Riesgos Laborales y las que se desprenden de un evento común deben ser asumidas por la EPS a la que se encuentre afiliado el paciente. Al respecto se ha pronunciado Nuestro Máximo Órgano de Cierre Constitucional indicando:

“Ante el acaecimiento de un accidente laboral o enfermedad profesional, el afiliado tendrá derecho a recibir (i) el servicio asistencial de salud correspondiente, con cargo al sistema y (ii) las prestaciones económicas, que se determinarán de acuerdo a las secuelas de la enfermedad o el accidente, como incapacidades temporales, subsidios por incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial o pensión de invalidez según la gravedad de la pérdida de capacidad laboral. En caso de muerte los beneficiarios del afiliado tendrán derecho a pensión de sobrevivientes y al denominado auxilio funerario.

Ahora bien, con el fin de establecer si una persona tiene derecho al reconocimiento de alguna de las prestaciones asistenciales o económicas descritas, se necesita la calificación de la pérdida de capacidad laboral, que consiste en un mecanismo que fija el porcentaje de afectación del “conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten al individuo desempeñarse en un trabajo habitual”. [7]

Dicha calificación también se encargará de determinar el origen del padecimiento con el fin de establecer qué entidad es la competente, si la Administradora de Riesgos Laborales A.R.L. o la Empresa Promotora de Salud (E.P.S.), con el fin de que el paciente pueda hacer exigibles las prestaciones económicas y asistenciales.

(...)

En consecuencia, la calificación del origen de la contingencia debe realizarse de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 12 del Decreto 1295 de 1994, el artículo 6º del Decreto 2463 de 2001, los lineamientos descritos en la Ley 776 de 2002 [8] y el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Decreto 19 de 2012; con el objetivo de garantizar el debido proceso al paciente. Por tanto, les corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Laborales - ARL, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, calificar, en primera instancia, el estado de invalidez, y, en segunda, a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. La inconformidad sobre el dictamen proferido en primera instancia deberá plantearse dentro de los 10 días siguientes a la notificación del mismo”.

Nótese que la importancia de la calificación por pérdida de capacidad laboral radica en que éste constituye un derecho de todos los afiliados al Sistema Integral de Seguridad Social, y a su vez en una garantía para acceder a otras prestaciones asistenciales y económicas contempladas por la Ley 100 de 1993 y sus disposiciones complementarias.

CASO CONCRETO

El señor ALONSO CAMPO CHAMORRO tiene 52 años, fue diagnosticado con TRASTORNOS DE DISCO LUMBAR Y OTROS CON RADIOCULOPATIA Y LUMBAGO NO ESPECIFICADO, por lo que le ha permanecido incapacitado por más de 120 días, razón por la cual Salud Total E.P.S. emitió concepto de rehabilitación desfavorable y solicitó a Colpensiones que calificara su estado de invalidez.

De las pruebas arrojadas al plenario quedó probado que el accionante ha recibido tratamiento médico por parte de los especialistas en medicina del dolor, neurocirugía, ortopedia, fisioterapia, le fueron expedidas las siguientes incapacidades médicas: 1) incapacidad por 30 días desde el 20 de febrero de 2020 hasta el 21 de marzo de 2020, 2) incapacidad por 02 días desde el 12 de febrero de 2020 hasta el 13 de febrero de 2010, 3) incapacidad por 30 días desde el 20 de febrero de 2020 hasta el 20 de marzo de 2020, 4) incapacidad por 02 días desde el 16 de febrero de 2020 hasta el 17 de febrero de 2020, 5) incapacidad por 07 días desde el 22 de enero de 2010 hasta el 28 de enero de 2020, las cuales según el dicho del actor no le han sido canceladas por las entidades accionadas, afirmación que goza de veracidad, teniendo en cuenta que no fue controvertida por ninguno de los extremos pasivos, a pesar que se encuentran en mejores condiciones para probar si al accionante le han cancelado o no las referidas incapacidades médicas.

También está demostrado que el día 09 de septiembre de 2019 Salud Total E.P.S., emitió concepto de rehabilitación desfavorable e informó a Colpensiones que el señor ALONSO CAMPO cuenta con más de 120 días de incapacidad continua con un diagnóstico de origen común, por lo que solicitó se proceda con la calificación del estado de invalidez, de conformidad con lo previsto en el artículo 52 de la ley 962 de 2005, y que el actor radicó el 16 de septiembre de 2019 el formulario de determinación de pérdida de capacidad laboral ante Colpensiones como consta a folio 17 del expediente, lo que demuestra que contrario a lo afirmado por Colpensiones, el accionante ha adelantado los trámites correspondientes ante esa entidad para que le sea calificada su pérdida de capacidad laboral.

Teniendo en cuenta que Salud Total E.P.S., emitió concepto de rehabilitación desfavorable y que el accionante cuenta con incapacidades superiores a 120 días, corresponde verificar a cuál de las entidades accionadas le corresponde en este caso, el deber de sufragar las incapacidades médicas, para lo cual, la Jurisprudencia Constitucional ha establecido unas reglas jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540, las cuales fueron establecidas así:

(i) Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.

(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS.

(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser

enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente.¹

Entonces, como las incapacidades médicas que reclama el accionante son superiores a 180 días, y Salud Total E.P.S., emitió concepto de rehabilitación desfavorable, el pago de las incapacidades medicas 1) incapacidad por 30 días desde el 20 de febrero de 2020 hasta el 21 de marzo de 2020, 2) incapacidad por 02 días desde el 12 de febrero de 2020 hasta el 13 de febrero de 2010, 3) incapacidad por 30 días desde el 20 de febrero de 2020 hasta el 20 de marzo de 2020, 4) incapacidad por 02 días desde el 16 de febrero de 2020 hasta el 17 de febrero de 2020, 5) incapacidad por 07 días desde el 22 de enero de 2010 hasta el 28 de enero de 2020, le corresponde a Colpensiones. A su vez, advertirá que de llegar a presentarse incapacidades posteriores, estas deberán ser asumidas por esa entidad hasta llegar a los 540 días de incapacidad.

En lo que atañe a la calificación de la pérdida de capacidad laboral, es sabido que dicha prestación le corresponde en este caso a Colpensiones, atendiendo a que como se dijo anteriormente, el accionante tiene más de 180 días de incapacidad con un concepto de rehabilitación desfavorable, por lo que, la no realización de la calificación por pérdida de la capacidad laboral constituye una vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital por parte de Colpensiones porque le está impidiendo iniciar el trámite dirigido a acceder a las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad permanente parcial o de invalidez, según correspondan.

Asimismo, ha dicho la jurisprudencia constitucional que “(...) las solicitudes de los afiliados deben atenderse con prontitud por estas entidades. De lo contrario, la mora en la expedición del dictamen puede ocasionar la violación de otras garantías constitucionales, puesto que aquel se constituye en una condición indispensable para el ejercicio de otros derechos como los pensionales, más aún si se tiene en cuenta el estado de debilidad en el que se encuentra un ciudadano que sufre de cierto grado de discapacidad o posiblemente invalidez.

En ese orden, como han transcurrido más de 03 meses desde que el señor ALONSO CAMPO CHAMORRO cumplió con los 180 días de incapacidad, y seis (06) meses desde que radicó ante Colpensiones el formulario de determinación de pérdida de capacidad laboral, sin que ésta entidad haya procedido a realizar la calificación de su pérdida de capacidad laboral, el despacho ordenará a COLPENSIONES que sin más dilación alguna, dentro en el término máximo de un (01) mes siguiente a la notificación de esta sentencia, proceda a adelantar todos los trámites médicos y administrativos para que el señor ALONSO CAMPO CHAMORRO sea calificado según los lineamientos legales del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, los criterios técnico-científicos dispuestos en el Manual Único de Calificación de la Invalidez y demás normas concordantes y complementarias.

En consecuencia, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Valledupar, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud, dignidad humana e igualdad del señor ALONSO CAMPO CHAMORRO.

¹ Sentencia T- 401 de 2017.

SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir del día siguiente a la notificación de esta providencia proceda a reconocerle y cancelarle al accionante las incapacidades medicas 1) incapacidad por 30 días desde el 20 de febrero de 2020 hasta el 21 de marzo de 2020, 2) incapacidad por 02 días desde el 12 de febrero de 2020 hasta el 13 de febrero de 2010, 3) incapacidad por 30 días desde el 20 de febrero de 2020 hasta el 20 de marzo de 2020, 4) incapacidad por 02 días desde el 16 de febrero de 2020 hasta el 17 de febrero de 2020, 5) incapacidad por 07 días desde el 22 de enero de 2010 hasta el 28 de enero de 2020. A su vez, se advertirá que de llegar a presentarse incapacidades posteriores, estas deberán ser asumidas por esa entidad hasta llegar a los 540 días de incapacidad.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que sin más dilación alguna, dentro en el término máximo de un (01) mes siguiente a la notificación de esta sentencia, proceda a adelantar todos los trámites médicos y administrativos para que el señor ALONSO CAMPO CHAMORRO sea calificado según los lineamientos legales del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, los criterios técnico–científicos dispuestos en el Manual Único de Calificación de la Invalidez y demás normas concordantes y complementarias.

CUARTO NOTIFÍQUESE el presente proveído de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: Si no fuere impugnada, remítase a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DANITH CECILIA BOLÍVAR OCHOA
JUEZ.