



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO TERCERO (3º) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá, D.C., nueve (9) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

TUTELA <2ª Instancia.>

Rad. No.11001400303620210057301

I. ASUNTO

Procede el Despacho a decidir la impugnación a que fue sometida la sentencia del 4 de junio de 2021, proferida por el **JUZGADO TREINTA Y SEIS (36º) CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.** dentro de la acción de tutela promovida por **RAÚL GILBERTO MARTÍNEZ LÓPEZ** contra **COMPENSAR E.P.S., PROTECCIÓN A.F.P.**, y **FLOTA LA MACARENA S.A.** Trámite al cual se vinculó de manera oficiosa¹ a la **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y A.R.L. AXA COLPATRIA.**

II. ANTECEDENTES y CONSIDERACIONES

2.1 En la sentencia opugnada, resolvió el *a quo*, denegar la salvaguarda superior exonerada por el accionante a sus derechos fundamentales invocados de vida digna, igualdad, seguridad social y mínimo vital.

La decisión se forjó, tras memorar los supuestos fácticos de la acción y abreviar las respuestas otorgadas por los convocados, así como luego de establecer el problema jurídico a resolver y realizar una breve introducción a la finalidad de la acción de tutela como de aspectos jurisprudenciales relativos a los derechos a la salud, seguridad social y el mínimo vital.

Al adentrarse al análisis del caso dejado a su estudio, en suma, precisó que: (i) el actor obtuvo el 5 de marzo de 2019 un concepto de rehabilitación favorable por dolencias de su hombro derecho, siendo valorado el 7 de junio del mismo año por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, entidad que determinó origen de la patología laboral haciendo referencia a las dolencias de ambos hombros y el 5 de octubre de 2020 se le emiten recomendaciones laborales. El 22 de abril de 2021 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez resolvió recurso interpuesto por calificación de dolencias de ambos hombros es de origen común y el 2 de marzo de 2021 obtiene calificación de primera oportunidad de la A.F.P. en la que determina una PCL del 30.55%, decisión que fue impugnada por el afiliado, pagando la AFP los honorarios para surtirla ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez remitiendo el expediente a esa entidad el 25 de mayo de la misma anualidad.

Bajo su análisis estable que (ii) las entidades del SGSSS han garantizados los derechos de los que el accionante invoca amparo, al haberle prestado los servicios de salud que ha requerido como el tratamiento necesario para su recuperación, le emitieron concepto de rehabilitación y calificación de pérdida de capacidad laboral, además han realizado el pago de incapacidades otorgadas y porque sobre tal aspecto no se efectuó ningún reclamo en el escrito de tutela.

Indica el fallador de primer grado (iii) la inconformidad del accionante radica en que se le dejaron de emitir incapacidades y alega no encontrarse en capacidad de regresar a ejercer labores como conductor, deduciendo con probanzas allegadas por su AFP que el actor ha permanecido incapacitado desde el año 2018 y aquel aun cuando dijo que los médicos no le han otorgado más incapacidades, lo cierto es que ha estado incapacitado hasta el 22 de mayo de 2021 y volvió a ser incapacitado el 24

¹ En el auto admisorio del 26 de mayo de 2021 – ver pdf 008 del Cdno.01PrimeraInstancia exp. digital.

de mayo y de ahí se le han otorgado incapacidades por 1 o 2 días, de manera que para el momento de formular la tutela, no advirtió que las accionadas estuvieran trasgrediendo los derechos de los que el activante invocó amparo.

Acorde a las circunstancias del caso, el a *quo* concluyó (iv) que han cuando hubieren cesado las incapacidades, el actor cuenta con concepto médico de restricciones laborales del 5 de octubre de 2020 que le impiden realizar la labor de conducción, lo que le permite al actor al ser reincorporado laboralmente con una reubicación en un cargo o con funciones que se ajusten a sus condiciones de salud, develando en lo que corresponde a la entidad empleadora que ningún reproche se le atribuyó en cuanto al pago de los aportes a la seguridad social y allegó documento donde dio instrucciones al accionante informando que en el evento que no se le otorguen más incapacidades iniciaría tramites de seguridad y salud en el trabajo como valoración médica ocupacional del caso, razones bajo las cuales se adopta la decisión de fondo.

2.2 Inconforme con la determinación proferida en primer grado, el accionante en oportunidad legal la impugna, expresando como fundamentos de su reparo en compendio los siguientes, solicitando con base en ello sea revocada la sentencia recurrida y en su lugar se otorgue el amparo constitucional invocado, arguyendo que el médico se ha negado a otorgarle más incapacidades y no se le ha realizado nueva valoración para todas las patologías que registra ni un concepto donde se establezca que es favorable su rehabilitación.

(i) El concepto de rehabilitación favorable es del año 2019 y se emitió con anterioridad a procedimientos quirúrgicos realizados en ambos hombros, el concepto de valoración de origen de patologías de la Junta Regional es del 7 de junio de 2019 y si bien se impugnó, la Junta Nacional decidió devolverlo al curso de origen común, las recomendaciones emitidas son del 5 de octubre de 2020 y no se han orientado a un cargo que pueda ejercer ni tienen en cuenta su derecho fundamental de la libertad de profesión u oficio, criterios bajo los que no pueden excusarse los accionados para poner límites a su atención asistencial.

(ii) Si bien la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 22 de abril de 2021 resolvió sobre origen de patologías, insiste en que no se le ha calificado su PCL sobre aquellas y así el porcentaje que tiene corresponde a patologías diferentes y cuando su condición de salud ha empeorado pese a cirugías practicadas y da cuenta que su estado de invalidez es mayor, por lo cual el médico tratante no puede asertivamente enviarlo a trabajar sin tener condiciones adecuadas y que no le afecten.

2.3 Corresponde a esta Juez Constitucional, determinar si en este caso particular la decisión emitida por el juzgador de primer grado se encuentra ajustada a preceptos legales y constitucionales o si contrario sensu, debe acogerse lo alegado por el accionante-impugnante y atender las pretensiones de la tutela, para lo cual se ha de establecer si la EPS, AFP o ARL, el empleador o alguno de los entes vinculados al trámite han conculcado o amenazan vulneración a derecho fundamental alguno al activante o tienen a su cargo pendiente actividad que deban desplegar en la forma como es reclamada con esta acción de amparo.

2.4 Para el estudio de la impugnación presentada, lo primero a señalar es que, conforme al artículo 86 de la C.P., *la acción de tutela* es el mecanismo idóneo para la protección de los derechos constitucionales fundamentales frente a la vulneración o amenaza por la acción u omisión de las autoridades públicas, y en algunos casos de los particulares, siempre que no se disponga de otra vía judicial expedita para ello, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable al tenor de lo preceptuado en los artículos 1º, 5º y 8º del Decreto 2591 de 1991. En este sentido, como se desprende del referido canon constitucional, para que la acción de tutela sea procedente, se requiere que exista una actuación o una omisión por parte de quien se demanda, pues, tal y como lo ha dicho la H. Corte Constitucional “...la mera conjetura o suposición de afectación de los derechos fundamentales no es suficiente...”².

² Al respecto, puede consultarse la sentencia T-013 de 2007.

Por sabido se tiene también, que la acción de tutela no fue concebida en la Constitución, como medio para reemplazar o sustituir los procedimientos existentes en nuestro ordenamiento jurídico, ni tampoco ser una segunda instancia o un instrumento al cual es posible acudir como mecanismo alternativo de esos procesos, pues como enseña la H. Corte Constitucional, la tutela no fue traída a nuestro ordenamiento “*para suplir las deficiencias en que las partes, al defender sus derechos puedan incurrir, porque se convertiría en una instancia de definición de derechos ordinarios (...) y no como lo prevé la Carta Política, para definir la violación de los derechos constitucionales fundamentales*”³

Acorde con lo anterior, se encuentra ampliamente decantado el precedente jurisprudencial, de la improcedencia general de la acción de tutela para resolver controversias frente *actos administrativos, de connotación laboral, económica u otros* que cuentan con su propio espacio, debido al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela y porque para ellos el legislador tiene previsto que han de ser solucionados por medio de los recursos ordinarios y utilizando los mecanismos establecidos para el efecto, dependiendo el caso y ante la Jurisdicción competente.

2.5 Acorde con lo esgrimido en el reparo que se realiza a fallo de primer grado, basta señalar en cuanto a los derechos fundamentales de los que se invoca amparo constitucional, que se torna innecesario ahondar en el tema, ante el cuantioso precedente jurisprudencial que se tiene acerca de los mismos, así basta decir que tanto su núcleo esencial como las demás peculiaridades de los que se hallan revestidos, se encuentran ampliamente decantadas por nuestra H. Corte Constitucional y es la razón por la cual se aprecia como redundante hacer una transcripción de lo por ella pregonado en su jurisprudencia⁴.

De otra parte, es importante recordar que en el SGSSS regido por la Ley 100 de 1993 junto con las normativas que la han reformado o modificado, establece que son diversos los entes que lo integran y que dependiendo del evento o el diagnóstico emitido (de origen laboral ora común) y que produzca incapacidades para el afiliado, se establecerá a cargo de cuál de ellas corresponde su reconocimiento y pago, siendo del resorte del empleador el trámite tendiente a su reconocimiento cuando se trata de empleado dependiente, y que en el estadio de la evolución de la incapacidad del afiliado cuando corresponda a evento de origen común, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral o de la posibilidad de recuperación.

Sobre el papel del concepto favorable de rehabilitación, conviene destacar que conforme el Decreto-Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal y remitirlo a la AFP que corresponda antes del día 150 y, en caso de que la EPS emita concepto favorable de rehabilitación, la AFP tendrá que postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral “*hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS*”⁵. En este evento se generará el derecho al reconocimiento de un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador⁶, el cual estará a cargo de la AFP a la que se encuentre afiliado⁷.

Así las cosas, por ser prestaciones de tipo legal, cualquier controversia no es dable en principio, de reclamarse por vía de tutela, al establecerse como *regla general* que al tratarse de derechos surgidos de una relación laboral, se encuentran protegido por el legislador mediante el ordenamiento jurídico y es a través de los procesos laborales ordinarios y administrativos (según el caso) y para el efecto, nótese que el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó en la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral y

³ Sentencia T-008 de 1.992 M.P. Dr. Fabio Moron Díaz

⁴ La cual dada las facilidades de medios electrónicos con que se cuenta en la actualidad, su consulta podrá efectuarse en la página web -oficial de la Relatoría de la H. Corte Constitucional que la mencionada Corporación tiene a disposición de la ciudadanía.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-419 de 2015.

⁶ Decreto-Ley 019 de 2012. Art. 142.

⁷ Sentencias T-097 de 2015, T-698 de 2014, T-333 de 2013 y T-485 de 2010

de la seguridad social, el conocimiento de “(...) *Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos.*”.

Lo anterior, sin desconocerse el precedente del máximo tribunal en la jurisdicción constitucional, que el mismo artículo 86 de la C.P. establece *excepciones a la regla general* de improcedencia al señalar que el amparo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable o cuando el mecanismo del que se dispone no resulta idóneo y/o eficaz.

2.6 Descendiendo al *sub examine*, claro se torna que el principal motivador de la formulación de la acción de tutela, es la posición que ha adoptado el señor *Martínez López*, dadas las condiciones de salud que registra por diversas patologías que se le han diagnosticado y que por demás no fueron materia de discusión en el trámite, por cuanto estima según se colige de su exposición argumentativa, no se encuentra en condiciones aptas para retornar al trabajo y disiente lo que indica fue lo expresado por su médico tratante adscrito a su EPS, acerca del no otorgamiento de incapacidades, estimando con ello una vulneración o amenaza los derechos fundamentales de los que implora amparo constitucional.

Cabe señalar para el caso sub judice que, como lo evidenció la Juez de primera instancia, en la acción de tutela no hay queja alguna relacionada con el no pago de incapacidades menos aún falta de dispensación de algún servicio de salud que se le haya ordenado al paciente-accionante, quien ante diversas patologías le han emitido sendas incapacidades que vienen siendo expedidas interrumpidamente o no, desde el mes de agosto del año 2018 hasta el 25 de mayo de 2021, además a voces del mismo actor, existe dictamen de calificación no solo de su origen sino el porcentaje de su calificación, cosa distinta es su apreciación que al no observar mejoramiento en sus condiciones de salud, requiera que aquellas valoraciones que se le han realizado por las entidades a las que se encuentra afiliado en el SGSSS y que incluso acepta han sido debatidas por medios ordinarios hasta llegar a la instancia de la Junta Nacional de Invalidez, conforme dictamen emitido el 22 de abril de 2021, haya de ser actualizada, asunto para el cual no está establecido este medio expedito y excepcional de la acción de tutela.

Conforme a lo examinado, no puede abrirse paso la inconformidad del impugnante al tratar de reclamar que, sea el Juez Constitucional quien deba abordar sus inconformidades en cuanto a la atención de los galenos, menos aún del trámite que se le ha dado para establecer concepto de rehabilitación o valoración de su pérdida de capacidad laboral, que es lo que se deduce disiente con su EPS, ARL y AFP, con la primera al pretender que sea por medio de este mecanismo y dado su historial clínico, que se obligue a que se le sigan expidiendo incapacidades acorde a sus pretensiones, con las otras entidades, porque insiste el accionante en que algunas de sus patologías son debido a labores que desempeñaba como conductor y que no se han evaluado en un todo las patologías que registra.

Ahora bien, conocido se tiene, conforme al precedente del máximo tribunal en la jurisdicción constitucional, en lo que toca con la *integralidad*, en la prestación del servicio de salud, que existen parámetros donde no solo incluye el otorgamiento del servicio que se requiere sea POS o no, sino que éste sea oportuno, eficiente y de calidad. *Oportuno* cuando se recibe necesitándolo, sin mayores sufrimientos; *eficiente*, cuando no hay dilación en los trámites administrativos y, de *calidad* cuando los servicios médicos prestados son efectivos para el tratamiento de la enfermedad.⁸

Sin embargo, sabido es también, para casos como el examinado, la necesidad de tener en cuenta la PREVALENCIA del CONCEPTO DEL MÉDICO TRATANTE, habida consideración que: “*En el Sistema de Salud, la persona competente para*

⁸ Sentencia T: 022 de 2011.

decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente. La jurisprudencia constitucional ha considerado que el criterio relevante es el del médico que se encuentra adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio; por lo que, en principio, el amparo suele ser negado cuando se invoca la tutela sin contar con tal concepto. No obstante, el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó, modificó o confirmó, con base en las consideraciones que realice sobre el caso un médico especialista adscrito a la EPS, o en la valoración del Comité Técnico Científico, según lo decida la entidad.”⁹

Por otra parte, valga memorar, la incapacidad temporal es un documento emitido por un profesional de la salud en el que consta un concepto que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir que surge de **“un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica”**¹⁰ (negrilla del juzgado) y una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, dependiendo de la prolongación de la situación de salud del trabajador.

Es dable igualmente destacar que, en efecto es la EPS, para el *sub examine* COMPENSAR EPS, la primera llamada a atender todos los servicios de salud que demande su afiliado y aquí accionante, como respetarle la libre escogencia de IPS e incluso de médicos tratantes, más sin embargo, tampoco cuenta con vocación de triunfo la impugnación del accionante, en cuanto a que ha de proferirse orden tutelar para que su EPS le emita órdenes de tal forma que pueda seguir incapacitado, pues precisamente ha sido un especialista adscrito a esta entidad, quien le ha denegado tal prolongación o extensión, siendo aquel el facultado no solo legal sino científicamente, debiendo hacerse apego por esta sede de tutela a precedente jurisprudencial que define que es aquel profesional de la salud quien cuenta con el principal criterio para establecer si se requiere o no de un servicio de salud.

En este orden de ideas, no es factible acoger el sentir que sobre tal aspecto reclama el tutelante, menos aún, porque ni siquiera de forma excepcional existen razones ni aquel allega prueba fehaciente con la cual de manera extraordinaria fuera probable que por esta vía, se realice intromisión de parte del Juez de Tutela para ordenar el reconocimiento de los servicios del SGSSS, toda vez que no está pendiente que al accionante se le emita un diagnóstico, procedimiento, examen o servicio similar, su reclamo sin dubitaciones, gira en torno a que se actualice concepto de rehabilitación, recomendaciones para reincorporarse laboralmente, se culmine gestión de apelación del segundo dictamen de pérdida de capacidad laboral o se realice una actualización al que inicialmente le fue emitido.

Nótese que, COMPENSAR EPS en su contestación, no corrobora ni desmiente las patologías del activante, más sin embargo, en su defensa señala haber brindado todos los servicios médicos y asistenciales que ha requerido el promotor de la tutela conforme a la cobertura del SGSSS e indica que respeta la autonomía médica¹¹, al ser los profesionales de la salud quienes se hallan dotados de independencia para adoptar decisiones relativas al diagnóstico de sus pacientes, lo que incluye la expedición de incapacidades, siendo aquello un acto médico y no un procedimiento administrativo y allegó copia del dictamen No.3055023-6010 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez emitido con fecha 04/09/2020 que calificó varias enfermedades como de origen laboral y en virtud de lo solicitado por la EPS y por controversia suscitada con el paciente ante el emitido por aquella el 24/07/2019, indicando que las prestaciones están a cargo de la ARL.

AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A (ARL del activante), se limitó a señalar que las incapacidades son de cargo de la EPS y que en su sistema existe un reporte

⁹ T-410 de 2010 y puede verse entre otras, las Sentencias T-570 de 2014, T-061 de 2019.

¹⁰ Ministerio de la Protección Social, concepto 295689 de 2010

¹¹ Conforme lo prevén los arts. 104 y 105 de la Ley 1438 de 2011 y art. 17 de la Ley 1751 de 2015.

de presunta enfermedad laboral de 24 de julio de 2019 que fue objetado por ser considerado allí de origen común y siendo así definido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Por su parte, el empleador del accionante – FLOTA LA MACARENA S.A., indicó estar cumpliendo sus deberes y brindándole acompañamiento, al punto que hizo constar la última incapacidad que le reportó el tutelante, a quien le instruye que en caso de que en cita informada para el 28 de mayo de 2021, no se le otorgue otra incapacidad, dentro de su proceso de seguridad y salud en el trabajo, procedería a solicitar cita de evaluación médica post-incapacidad con su proveedor de exámenes médicos ocupacionales y le informaría lo correspondiente.

La AFP PROTECCIÓN S.A., informó que el día 181 de incapacidad del accionante fue el 5 de febrero de 2019 y que la EPS le emitió concepto de rehabilitación el 11 de marzo de 2019, además allí su Comisión Médico Laboral emitió concepto sobre el cual le hizo el pago de incapacidades desde el día 181 al 540 (para el caso al 14 de febrero de 2020) y frente al trámite de la calificación de pérdida de capacidad laboral, informó el dictamen que fue allí proferido y que legalmente es obligatorio luego de transcurridos 540 días de incapacidad, del cual arrimó copia (el No. 199530 en primera oportunidad y con fecha de emisión 2021/03/05), el que arrojó que el accionante tiene una PCL del 30.55% de origen común y fecha de estructuración 02 de marzo de 2021, siendo apelado por el accionante y por ello gestionó el trámite ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá a quien cancelo honorarios y remitió correo electrónico el expediente el 25 de mayo de 2021.

Con las probanzas allegadas por los convocados e incluso las que arrimó el mismo accionante, es certero lo que analizó el sentenciador de primer grado, en que para el caso concreto se hizo conocer la emisión de un concepto de rehabilitación integral al accionante con pronóstico favorable, además con lo expuesto en párrafos precedentes la EPS indica que las prestaciones son de cargo de la ARL, esta última refiere que no lo son por el origen de las patologías que en el primer dictamen en última instancia se definió lo eran de origen común, de su parte la AFP da cuenta de un segundo dictamen realizado al accionante que no se encuentra en firme y se está pendiente que se desate la apelación que aquel formuló contra el mismo cuyo expediente remitió en el mes de mayo hogaño a la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

En efecto dependiendo de la contingencia, es importante establecer cual entidad del SGSSS es la encargada de la atención en salud como en tema de auxilios o prestaciones, no obstante, para el caso sub examine, la accionadas como los vinculados que se pronunciaron, hicieron la réplica en ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción, sustentando cada uno sus intereses y posiciones de salvaguarda sin que ninguna de aquellas adoptara enfoque de encargo frente a lo pretendido por el accionante y en cambio se opusieron rotundamente a sus pretensiones, por lo que la problemática suscitada debe sin dubitaciones ser abordada por el Juez Natural, donde cada uno de los entes que conforman el SGSSS y donde se encuentra afiliado el accionante, agoten las etapas propias de un juicio y aporten de manera completa todas las probanzas que se requieren para definir la situación de salud y laboral del accionante.

Lo anterior además, con fundamento y apoyo del acervo probatorio acopiado en el trámite primer grado, que da cuenta la existencia de dos eventos diferentes que motivaron a que se emitieran igual número de dictámenes al accionante, el primero que inició en COMPENSAR EPS en el año 2019 y ante los recursos que contra el mismo se formularon pasa a desatarse ante la Junta Regional de Calificación de Bogotá y culmina en el abril de 2021 donde se estableció el origen de las patologías allí descritas como común (segunda instancia – dictamen No 3055023 -6232 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez).

El otro dictamen, se surtió y es proferido en primera oportunidad por la AFP PROTECCIÓN al cumplir el afiliado 540 días incapacitado y por diversas patologías, es emitido en el mes de marzo de 2021 con determinación de origen y porcentaje de

PCL, el cual se encuentra en trámite del recurso de apelación que el accionante formuló, no pudiéndose patrocinar que se exija a la entidades que conforman el SGSSS que realicen una valoración adicional hasta tanto no se agote el procedimiento establecido legalmente para definir este segundo dictamen y menos aún pretender que se le dé celeridad que reclama el impugnante, máxime cuando las Juntas de Calificación aquí convocadas fueron cortas de ilustrar aspectos en sus exposiciones y el impugnante no acreditó haber elevado solicitud alguna ante las mismas que se encuentre pendiente de resolución o para que se le de prelación alguna a su apelación.

Así las cosas, no es posible revocar el fallo de tutela, toda vez que bajo el principio de subsidiariedad, se torna improcedente la acción formulada para acoger la pretensión del impugnante quien entre las variadas que eleva, pide que su EPS “*continúe otorgando las incapacidades, entre tanto se emite un concepto...*”, tampoco es el medio apto para exigir se acceda a la pretensión “CUARTO” de la demanda de tutela, esto es, que se dé celeridad la proceso de calificación de PCL por parte de la AFP PROTECCION que le fue notificado al accionante en el mes de marzo de 2021, como quiera que la citada AFP, acreditó que lo remitió y sufrago honorarios para que se dirima por parte de la correspondiente Junta de Calificación y menos aún, es plausible acceder a una pretensión provisional que si bien debe decirse el sentenciador a *quo* pasó por alto, no es permisible por esta vía, habida cuenta que la misma busca es una suspensión de reactivación a la actividad laboral.

Corolario de lo expuesto, si bien es cierto, la tutela es el mecanismo por excelencia para la protección del derecho a la salud ante las diversas dificultades en las que se ven inmersos los usuarios por diferentes problemáticas que se suscitan en la atención por parte de las EPS y que no se pueden pasar como inadvertidas, no menos lo es y para el caso de marras que fue aspecto que incluso hizo notar el fallador de primera instancia, para resolver el juzgador debe tener en cuenta la prevalencia del concepto del médico tratante, cuando se trate de conflictos entre el afiliado y la EPS, entonces si al accionante su galeno no le emite incapacidades, no se torna laudable obligar a la accionada EPS a proceder en determinada forma por no conseguir el impugnante la atención en la manera como lo sugiere.

Lo anterior, no significa incomprensión frente al diagnóstico que informa el actor le pueda estar generando diversos padecimientos y por cuanto ciertamente registra una pérdida de capacidad laboral, no obstante, también presenta un concepto favorable de rehabilitación y su estado no es de invalidez propiamente dicha sino de cierto porcentaje de pérdida de capacidad laboral - parcial, por lo que se observa se adelanta a precaver eventos futuros e inciertos sobre labores que deberá desarrollar ante el reintegro o reincorporación que por vía de tutela pretende posponer, máxime cuando su empleador hizo notar que le ha indicado que si no cuenta con incapacidades al retorno a su trabajo activara protocolos debidos para que se le realice valoración médica post-incapacidad a efectos precisamente del estudio que habrá de realizar con acompañamiento si así lo requiere de la EPS, AFP y ARL que determinen su reintegro o reubicación laboral, según el caso y con las correspondientes recomendaciones de galenos para su desarrollo.

En conclusión, cuenta el impugnante con diversas opciones para retornar a sus labores en evento que no se halle incapacitado y si mantiene su apreciación que debe seguir estándolo por no compartir el concepto de su médico adscrito a COMPENSAR EPS, ni estar satisfecho con el desempeño o gestión a su caso por parte de su empleador, AFP o ARL, tiene a su alcance medios legales e idóneos, para que se le realice cambio o incluso defina su situación, bien ante la Superintendencia Nacional de Salud (en funciones jurisdiccionales) ora ante el Juez Laboral.

Recuérdese que, la utilización de la tutela no es el primer medio que deba usarse como vía preferente para el restablecimiento de los derechos que considera le asisten, ante lo cual se exige a los asociados a incoar los recursos ordinarios con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de aquellos, porque de lo contrario, se convertiría esta acción en el medio que todos utilizarían para la definición de los mismos, habida cuenta que el mecanismo jurisdiccional es *principal y*

prevalente y la tutela solo *excepcionalmente* es dable como mecanismo *subsidiario* y *residual* además de carácter transitorio y en eventos determinados para evitar que ocurra un perjuicio irremediable, perjuicio que aquí no se vislumbra ni aspecto distinto de magnitud de urgencia o gravedad.

Por lo esbozado en precedencia, no se encuentra eco en lo reprochado por el impugnante, de que haya de tenerse por sentado que lo que exige es lo que requiere indefectiblemente, toda vez que, no solo se comparte lo estudiado en primera instancia acerca de la no acreditación de vulneración de derechos de rango iusfundamental por parte de los convocados al momento de incoarse la tutela y que al cesar las incapacidades, el actor cuenta con concepto de rehabilitación favorable o médico de restricciones laborales sin impedimentos para que sea reincorporado o reubicado laboralmente; sino que adicionalmente, conforme el abordaje realizado en esta sede de tutela, el mismo se complementa en el sentido de señalar la prevalencia del concepto médico y que para obtener las atenciones asistenciales y de salud o hasta que cobre firmeza el dictamen de calificación último en debate, cuentan con mecanismos judiciales para dirimir por completo la controversia acerca de si debe continuar incapacitado y demás aspectos acerca la calificación sobre el origen por los padecimientos en salud que le aquejan y el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que presenta, debiendo entonces someterse a lo contemplado en las normas que regulan el SGSSS y cuyo debate debe darse, se reitera ante el Juez natural debido al *principio de subsidiariedad* del que se halla revestida esta clase de acciones y la regla general de su improcedencia.

En virtud de lo analizado, este Juzgado en sede de tutela sin necesidad de mayores elucubraciones y por las motivaciones plasmadas líneas atrás, confirmará la sentencia de tutela proferida en primer grado.

III. DECISIÓN DE SEGUNDO GRADO

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

3.1. CONFIRMAR el fallo de tutela impugnado de fecha y procedencia anotadas, por las razones plasmadas en la parte considerativa de esta providencia.

3.2. NOTIFICAR esta decisión al *a quo* como a las partes y demás interesados o vinculados, por el medio más expedito.

3.3. REMITIR las diligencias a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión de los fallos proferidos en este asunto, en la oportunidad correspondiente y por medio digital o aplicativo que hoy día se encuentra establecido para el efecto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LILIANA CORREDOR MARTÍNEZ
JUEZ

Re