



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE ORALIDAD DE SOLEDAD
SOLEDAD – VEINTISEIS (26) DE ENERO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021)**

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
RAD: 2019-0237 (2020-0374-01 S.I.)
ACCIONANTE: ANGEL ANIBAL PEREZ TORRES
ACCIONADO: PROTECCION S.A. Y OTROS

ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a resolver la impugnación presentada por el accionante, en contra del fallo de primera instancia proferido el 09 de noviembre de 2020 por el JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE SOLEDAD, dentro de la acción de tutela impetrada a través de apoderado judicial por el señor ANGEL ANIBAL PEREZ TORRES, en contra del FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., NUEVA EPS y de la empresa FLOTA ANGULO, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, vida digna y protección de los discapacitados con fundamento en los siguientes:

HECHOS

La parte accionante señala como hechos de su solicitud de amparo, los que se exponen a continuación:

“PRIMERO: Mi poderdante, señor ANGEL ANIBAL PEREZ TORRES, mayor de edad y de esta vecindad, identificado con la C.C. No. 72.138.128, ingresó a laboral al servicio de la empresa FLOTA ANGULO, en el cargo de Conductor Cobrador, labor que ha desarrollado desde el año 1994.

SEGUNDO: Desde Junio de 2014, mi mandante presentó obstrucción intestinal, por el cual le fue determinado HEMICOLECTOMIA IZQUIERDA SECUNDARIA A TUMOR DE COLON, SIGMOIDE, CARCINOMA DE COLON IZQUIERDO, estando en los controles con el Oncólogo, fue valorado por presentar problemas vasculares por insuficiencia venosa.

TERCERO: Mi poderdante fue valorado inicialmente por SURAMERICANA DE SEGUROS DE VIDA S.A., por TUMOR MALIGNO DEL COLON y INSUFICIENCIA VENOSA CRONICA - PERIFERICA, calificando la Pérdida de la Capacidad Laboral (PCL) el 31.52%, determinado las Deficiencias 16.82%, Rol laboral/ocupacional y otras áreas ocupacionales 14.70%. Las deficiencias calificadas fueron: hemicolectomía izquierda secundaria a tumor de colon sigmoide (16%), carcinoma de colon izquierdo resultado en remisión (21%).

CUARTO: Por no estar acorde con el porcentaje se presentó inconformidad, la cual correspondió desatar a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, mediante el Dictamen No. 22647 de fecha 22/12/2016, sumando los diagnósticos: TUMOR MALIGNO DEL COLON, INSUFICIENCIA VENOSA CRONICA – PERIFERICA, en donde determinaron las Deficiencia: 26.59%, Rol Laboral y Otras 26.80%, para un total de 53.39%, por enfermedad común, presentando oposición la AFP PROTECCION, indicando que el paciente tiene como secuela de su enfermedad únicamente la presencia de colostomía, la cual es temporal, por lo tanto y de acuerdo con su patología, presenta posibilidad de reintegro laboral con modificaciones en el puesto de trabajo, teniendo lo anterior, su porcentaje sería del 10%, por ello se debe evaluar el porcentaje asignado a otras áreas ocupacionales como movilidad, cuidado persona y vida doméstica, ya que consideramos que de acuerdo con la patologías el paciente se encuentra sobrevalorado- La



AFP determino como fecha de estructuración 01/10/2015, la fecha de evaluación por oncología clínica, por ser la fecha donde se evidenció el estado actual de la patología de la paciente.

QUINTO: La Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mediante el Dictamen No. 72138128-5093 del 23 de marzo de 2018 procede a valorar a mi poderdante, calificando la Perdida de la Capacidad Laboral (PCL) el 42.44%, al determinar las deficiencias sobre el 20.74%; el Rol Laboral y Otros 21.70% con fecha de estructuración 01/10/2015.

SEXTO: Dentro de la valoración realizada por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, si bien se indicó realizar un dictamen con los diagnósticos: TUMOR MALIGNO DEL COLON y INSUFICIENCIA VENOSA CRONICA – PERIFERICA, no se tuvo en cuenta los padecimientos reales sobre el tumor maligno de colon, toda vez que mi poderdante tuvo que ser intervenido nuevamente el 26 de Noviembre de 2019, por una Granula por cuerpo extraño en tejido blanco no clasificado en otra área.

SÉPTIMO: Así mismo, su problemática por la INSUFICIENCIA VENOSA CRONICA – PERIFERICA se ha agravado, atendiendo al hecho que a la fecha según los médicos tratante presenta una TROMBOFLEBITIS EN PIERNA IZQUIERDA por Insuficiencia Venosa Profunda de miembro inferior izquierdo visualizada a nivel de la femoral superficial; colateral interna y varices subcutáneas descritas en miembro inferior izquierdo e Insuficiencia venosa significativa de la safena mayor derecha, patologías descritas en ambos miembros, situación que le impiden ejercer su labor diaria como conductor, ya que no puede permanecer de pie o sentado por largo tiempo; no puede hacer viajes largos en coche, avión o autobús, fuertes dolores, hinchazón, hormigueo, calambres en ambas piernas, situación que le impide ejercer su labor.

OCTAVO: De igual manera a la fecha, viene recibiendo tratamientos psiquiátricos, por padecer de TRANSTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESION, padecimientos estos que deben ser sumados para una valoración integral, por todas las patologías que presenta por parte de la AFP PROTECCION.

NOVENO: La suscrita como apoderada judicial del señor ANGEL ANIBAL PEREZ TORRES, me dirigí Ante PROTECCION – FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS, solicitándole para el mes de mayo de 2019, nueva valoración, aportando para ello la documentación, pero no fue recibida dado que estos señores solicitaron concepto por médico tratante.

DECIMO: Nuevamente la suscrita para inicios del año en curso, solicité ante PROTECCION – FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS nueva valoración para que se determinara la perdida de la capacidad laboral teniendo en cuenta todas las patologías y nuevamente se niegan a recibir la documentación indicando que el médico tratante debe emitir un nuevo concepto y al momento de solicitarle la valoración al médico tratante de la NUEVA EPS, éste manifiesta que se encuentra incapacitado hasta la fecha por la cirugía que le fue realizada dado su problemática de colon y viene siendo incapacitado por esta misma problemática desde el año 2014.

DECIMO PRIMERO: A la fecha la empresa donde labora mi poderdante FLOTA ANGULO, no tiene donde reubicarlo, por la patología que presenta del TUMOR MALIGNO DEL COLON (cáncer), teniendo que ser nuevamente valorado y la INSUFICIENCIA VENOSA CRONICA – PERIFERICA se ha agravado, atendiendo al hecho que a la fecha según



los médicos tratante presenta una TROMBOFLEBITIS EN PIERNA IZQUIERDA por Insuficiencia Venosa Profunda de miembro inferior izquierdo visualizada a nivel de la femoral superficial; colateral interna y varices subcutáneas descritas en miembro inferior izquierdo e Insuficiencia venosa significativa de la safena mayor derecha, patologías descritas en ambos miembros, situación que le impiden ejercer su labor diaria como conductor, ya que no puede permanecer de pie o sentado por largo tiempo; no puede hacer viajes largos en coche, avión o autobús, fuertes dolores, hinchazón, hormigueo, calambres en ambas piernas, situación que le impide ejercer cualquier labor aunado al cuadro de los trastornos depresivos que viene presentando, por ello deben ser valorado de manera integral y sumando todas estas patologías para determinar un porcentaje real y superior al determinado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, dado que se encuentra impedido para ejercer cualquier labor, por ello se le vienen vulnerando sus derechos a una A LA SUBSISTENCIA EN CONDICIONES DIGNAS, AL MINIMO VITAL y a UNA VIDA DIGNA.

DECIMO SEGUNDO: En fecha 20 de enero del 2020 mi poderdante a través de la suscrita solicite estabilidad laboral reforzada ante el inspector de trabajo y seguridad social y el abogado solicita que el trabajador sea valorado nuevamente por la Nueva EPS por la patología presentada por mi mandante.

DECIMO TERCERO: Mi poderdante solicita a la NUEVA EPS, en fecha 13 de julio del 2020, valoración medico laboral y al no ser así solicita concepto del médico tratante para ser remitido al fondo de pensiones.

DECIMO CUARTO: El día 31 de julio del 2020 me informa que la solicitud se fue sin firma y el 12 de Agosto envió nuevamente la solicitud, le dan respuesta el día 26 de agosto del 2020, donde le informa que debe remitir la historia legible mi poderdante le dice que la historia fue la que envió y que ellos pueden solicitarla.

DECIMO QUINTO: El día 2 de septiembre mi poderdante manda la historia completa y el día 3 de septiembre le responde que lo envió sin el número de radicado y ese mismo día subsano y lo envió.

DECIMO SEXTO: La Nueva EPS le responde con la misma carta que le respondió el día 22 de Mayo del 2018

DECIMO SEPTIMO: Mi poderdante le viene negando el salario porque no ha sido reubicado porque la empresa esta a la espera de la nueva valoración, pero le están negando el mínimo vital desde hacen más de (6) seis meses, solo le paga la seguridad social.

DECIMO OCTAVO: En relación con el derecho fundamental a la seguridad social, al mínimo vital, y derecho de los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales la Corte Constitucional en Sentencia---- ha dicho: Se vulnera, el derecho a la pensión de invalidez por la actuación seguida por la accionada, toda vez que la jurisprudencia constitucional ha señalado que “la pensión de invalidez representa para quien ha perdido total o parcialmente la capacidad de trabajar y no puede por sí mismo proveerse de los medios indispensables para su subsistencia, un derecho esencial e irrenunciable”, debido a que ésta se convierte en la única fuente de ingresos y, por tanto, el medio por excelencia para obtener, ante la adversidad, lo necesario para mantener una familia y subsistir en condiciones dignas y justas. Por esto, es decir, frente a estas condiciones esta Corporación ha concluido que “El Estado entonces debe nivelar esa situación, mediante el otorgamiento de una prestación económica y de salud”.



En este orden, el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, como medio a través del cual se materializa el derecho fundamental e irrenunciable a la seguridad social en un caso específico, se constituye en una prestación económica mensual que se reconoce a favor de una persona que ha sufrido una limitación física o mental que ha mermado, en forma considerable, su capacidad laboral y le impide, tanto el normal ejercicio de sus derechos, como la consecución de los medios de subsistencia para sí y para su núcleo familiar. Entre sus fines se encuentra permitir que las personas que, por el acaecimiento de un determinado siniestro, no pueden procurarse un mínimo de sustento, adquieran una fuente de ingresos que les permita sobrellevar con dignidad su actual condición, de forma que puedan suplir los gastos de afiliación al Sistema de Seguridad Social y garantizarse de esta manera el acceso a la asistencia médica que requieren.

Al respecto, resulta necesario destacar que cuando se hace referencia a una merma considerable en la capacidad laboral de una persona, la jurisprudencia ha reconocido que debe materializarse una discapacidad que se manifieste a tal punto, que pueda ser subsumida dentro del concepto de “invalidez”, esto es, que la afectación a la salud física, mental, intelectual o sensorial de la persona sea lo suficientemente grave como para impedir que ésta, no solo desarrolle una actividad laboral remunerada y, así, pueda valerse por sí sola para subsistir dignamente, sino que además le cree barreras infranqueables que cercenen su posibilidad de injerir en forma plena y efectiva dentro de un conglomerado social.

Ahora bien, la pérdida de la capacidad laboral de una persona se establece a través de una evaluación de carácter técnico-científico, que realizan las entidades autorizadas para el efecto por la ley, con respecto a: (i) el nivel de afectación que ha causado en la capacidad laboral de un sujeto la ocurrencia de un determinado suceso; (ii) el origen de esta situación; y (iii) la fecha en que se estructuró la invalidez (de haberse materializado).

Por otra parte, respecto al mínimo vital, la jurisprudencia constitucional reiteradamente ha señalado que es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, ya que “constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”.

En este orden de ideas, también se ha señalado que el concepto de mínimo vital no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que, por el contrario, es cualitativo, ya que su contenido depende de las condiciones particulares de cada persona. Así, este derecho no es necesariamente equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente y depende del entorno personal y familiar de cada quién.

Al ser de característica cuantitativa, el mínimo vital “supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho. Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna”.



Con respecto al derecho al mínimo vital esta Corporación ha señalado que este presenta dos dimensiones de desarrollo. Una dimensión positiva, que se relaciona con la obligación a cargo del Estado y excepcionalmente de los particulares, de suministrar a la persona que se encuentra en un estado de discapacidad o de debilidad manifiesta las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano, con lo cual se puedan mantener unas condiciones mínimas de vida digna. Por otra parte, la dimensión negativa establece un límite mínimo de las condiciones dignas y humanas que merece todo ser humano, en los términos de la Constitución y de la ley. Entonces, cuando una persona en condición de discapacidad ve afectado su derecho al mínimo vital y a su vez le resulta imposible protegerlo o garantizarlo, la acción de tutela surge como el mecanismo definitivo y adecuado para ello, a pesar de la existencia de otros medios judiciales ordinarios, toda vez que este derecho se encuentra en estrecha relación con otros derechos constitucionales como la dignidad y la vida en condiciones dignas.

En todo caso, la afectación al derecho al mínimo vital debe ser valorada por el juez de tutela, quien deberá determinar las condiciones particulares de cada individuo, teniendo en cuenta que se trata de un concepto indeterminado que requiere de un análisis cualitativo, dada las condiciones de salud en que encuentre la persona.”

PRETENSIONES

Solicita el actor como pretensiones de su solicitud de amparo los derechos fundamentales invocados a fin de obtener una nueva valoración médica que determine la pérdida de capacidad laboral.

DE LA ACTUACIÓN

La acción de tutela fue admitida por el JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE SOLEDAD a través de auto calendario el 26 de octubre de 2020, ordenándose oficiar a la accionada para que rindiera un informe sobre los hechos de la acción de tutela.

En dicha providencia, se resolvió la vinculación y debida notificación de SURA ARL y de la Junta Regional de Calificación de Invalidez tanto nacional como regional.

INFORME DE NUEVA EPS.

El señor ANDRES FELIPE MEDINA ARIZA, en calidad de Apoderado Judicial de NUEVA EPS rindió informe en los siguientes términos:

“Como primera medida es pertinente informar al Despacho que NUEVA EPS S.A., asume todos y cada uno de los servicios médicos que ha requerido el usuario desde el momento mismo de su afiliación y en especial los servicios que ha requerido, siempre que la prestación de dichos servicios médicos se encuentre dentro de la órbita prestacional enmarcada en la normatividad que para efectos de viabilidad del Sistema General de Seguridad social en Salud, ha impartido el Estado colombiano.

Previo a hacer una manifestación respecto de las pretensiones del accionante es preciso indicar que NUEVA EPS PRESTA LOS SERVICIOS DE SALUD DENTRO DE SU RED DE PRESTADORES Y DE ACUERDO CON LO ORDENADO EN LA RESOLUCION 5269 DE 2017 Y DEMÁS NORMAS CONCORDANTES, POR TAL MOTIVO LA AUTORIZACIÓN DE MEDICAMENTOS Y/O TECNOLOGIAS DE LA SALUD NO CONTEMPLADOS EN EL POS (HOY PLAN DE BENEFICIOS DE SALUD), LAS CITAS MÉDICAS Y DEMAS



SERVICIOS SE AUTORIZAN SIEMPRE Y CUANDO SEAN ORDENADAS POR MÉDICOS PERTENECIENTES A LA RED DE NUEVA EPS.

SITUACIÓN ACTUAL DEL CASO.

Señor juez, El área de medicina laboral de NUEVA EPS manifiesta siguiente concepto:

El área de medicina laboral es una especialidad medico administrativa, no se llevan a cabo a través de ella consultas médicas asistenciales, diagnósticos o tratamientos, sin embargo informamos que dentro de los procesos internos de Nueva EPS se encuentra el de detectar afiliados con incapacidades prolongadas y continuas, con el fin de realizar el diligenciamiento y remisión del Concepto de Rehabilitación, de tal forma que para dar cumplimiento al artículo 142 del decreto 019 de 2012, que dice: “Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto (Concepto de Rehabilitación) 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” por lo que todo afiliado con más de 120 días de incapacidades continuas son remitidos a su respectivo fondo de pensiones para que le sea definido el pago de incapacidades a partir del día 181 (si llegare a superarlo) y le sea establecido el porcentaje de la Pérdida de Capacidad Laboral (PCL) y la fecha de estructuración de la misma.

En este caso en particular el señor registra en nuestra base de datos radicación de incapacidades prolongadas, recientes y continuas mayores de 120 días, por lo cual NUEVA EPS gestionó y notifico concepto de rehabilitación en fecha 14 de abril de 2015 por el cual fue calificado por el fondo de pensiones PROTECCION, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ y por ultimo por JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ con un porcentaje de 42.4% lo que corresponde a una incapacidad permanente parcial por lo cual se inició un proceso de reintegro laboral.

Sin embargo, dando curso a la solicitud y acompañamiento a su proceso, el área de Medicina Laboral procedió a emitirle el Concepto de Rehabilitación con la historia clínica aportada por usted, incluyendo todas las patologías que padece secuelas de la patología tumoral de colon incluyendo trastorno depresivo y se remitido a la Administradora de Fondos de Pensiones PROTECCION al cual se encuentra afiliado de lo cual estamos adjuntando soporte.

De acuerdo a lo anterior, debe conminarse a la administradora de fondo de pensiones PROTECCION a determinar la pérdida de capacidad laboral.” (...)

INFORME JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ.

El señor HAROLDO DE JESUS RAMIREZ GUERRERO, en calidad de Director Administrativo y Financiero de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico rindió informe en los siguientes términos:

“Manifiesta la accionada que revisado el expediente del señor ANGEL PEREZ TORRES, encontró que la AFP PROTECCIÓN radicó solicitud de calificación de la pérdida de la capacidad laboral.



Que se pronunció a través del dictamen No. 22647 de fecha 22 de diciembre de 2.016, otorgándole una pérdida de la capacidad para laborar del 53,39%, de origen de enfermedad común y con fecha de estructuración de fecha 10 de enero de 2.015.

Que la AFP PROTECCIÓN, presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra dicha decisión dentro de los términos que establece la ley.

Que el 12 de Mayo de 2.017, en audiencia privada resolvió el recurso de reposición confirmando el dictamen 22647 de fecha 22 de diciembre de 2.016, en razón a ello, envió a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION, el expediente el día 31 de Octubre de 2.017, mediante oficio No. 2681-17 a fin de que desatara el recurso de Apelación.

Que la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN resolvió mediante dictamen No. 72138128-5093 de fecha 23 de Marzo de 2018, en el que modificó el dictamen otorgándole una pérdida de la capacidad para laborar del 42.44% de Origen Enfermedad Común y fecha de estructuración 1º. De Octubre de 2.015.

Afirma no tener expediente alguno del señor ANGEL PEREZ TORRES, pendiente por resolver.

Que por todo lo anterior solicita que se declare la improcedencia del presente asunto toda vez que ha cumplido a cabalidad lo establecido en el Decreto 1072 de 2.015 y a la fecha no tiene pendiente calificación alguna a nombre del actor.”

INFORME FLOTA ANGULO LTDA.

El señor RAMIRO SOLANO PRIETO, en calidad de Apoderado Judicial de FLOTA ANGULO LTDA., rindió informe en los siguientes términos:

“Manifiesta la accionada que el accionante inició su relación laboral con la empresa de transporte público “FLOTANGULO LIMITADA”, el día 11 de febrero de 2.014 mediante un contrato de trabajo a término inferior a un año y fue contratado para cumplir la función de conductor cobrador. Señala que el accionante ha venido siendo incapacitado ininterrumpidamente por enfermedad general.

Que es cierto, que el accionante fue valorado inicialmente por SURAMERICANA SEGUROS DE VIDA SA y su pérdida de capacidad laboral fue del 31.52%; como el accionante no estuvo de acuerdo y consideraba que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral no era el que realmente debía graduarse, interpuso los recursos de reposición y apelación ante la J.R.I de invalidez de la seccional Atlántico.

Que mediante dictamen número 22647 del 22 de diciembre de 2.016, la Junta Regional de Invalidez del Atlántico, revocó el porcentaje de calificación inicial y calificó su pérdida de capacidad laboral con un porcentaje del 53.39%.

Que la NUEVA EPS, interpuso el recurso de apelación, en contra del dictamen número 22647 del 22 de diciembre de 2016, mediante el cual la Junta Regional de Invalidez del Atlántico, calificó al accionante con una pérdida de la capacidad laboral de 53.39% , y después de más de tres años ininterrumpidos de estar incapacitado el accionante por cáncer de colon la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, consideró de forma injusta, inhumana, que debía revocar la valoración anterior y lo calificó con una pérdida de capacidad laboral del 42.44%.



Que la J.N.C.I al momento de calificar al accionante con una PCL del 42.44%, ya estaba padeciendo dos nuevas patologías, que no fueron tenidas en cuenta, a saber, Tumor Maligno del Colon, tromboflebitis en pierna izquierda y su depresión.

Adicionalmente a lo anterior, el 26 de Noviembre de 2.019, fue nuevamente intervenido quirúrgicamente por una granula por cuerpo extraño en tejido blando no clasificado en otra área, lo que demuestra que el accionante desde el año 2.014 hasta la fecha sigue siendo tratado e incapacitado por cáncer de colon, por la tromboflebitis en miembros inferiores y por depresión, y hoy el empleado incapacitado se encuentra a la deriva y sin recursos económicos para la subsistencia de él y el de su familia.

Considera que su reubicación en cargo dentro de la empresa sería atentar contra un derecho fundamental como es el derecho a la vida y también el derecho fundamental a la Salud, situación que además de las dos patologías que presenta lo ha llevado a un estado de depresión por no contar con la prestación económica que debería estar recibiendo por su pensión de invalidez por causa o como consecuencia de LA NUEVA EPS y del FONDO DE PENSIONES PROTECCION Y CESANTIAS, que en una forma inhumana, ilegal e inconstitucional han hecho caso omiso a la calificación integral de su pérdida de capacidad laboral. Tema que fue debatido en audiencia llevada a cabo el 29 de Enero del presente año ante el Ministerio de Trabajo.

Sostiene que es la NUEVA EPS y el FONDO DE PENSIONES quienes deben asumir el pago de las prestaciones económicas derivadas de las incapacidades continuas y actuales del actor.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL DE SOLEDAD, a través de providencia del 09 de noviembre de 2020 resolvió la solicitud de amparo, de la cual se transcribe su parte resolutive:

“PRIMERO: ACCEDER al amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor ANGEL MARIA PÉREZ TORRES, por las razones anotadas.

SEGUNDO: ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que en el término máximo de quince (15) días siguiente a la acreditación de los documentos necesarios para ello, proceda a adelantar todos los trámites pertinentes médicos y administrativos para que el señor ANGEL PÉREZ TORRES, sea calificado según los lineamientos legales del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, y demás normas concordantes y complementarias. Para efectos del cumplimiento de la citada orden, el accionante deberá en un término de ocho (8) días, contadas a partir del día siguiente a la notificación del presente fallo, solicitar formalmente la calificación de pérdida de capacidad laboral ante la AFP PROTECCIÓN S.A, con ello deberá aportar, las historias clínicas de las instituciones en las que ha sido atendido por su enfermedad, resultado de exámenes e historial de las incapacidades expedidas por sus médicos tratantes.

TERCERO: ADVERTIR a la NUEVA EPS y a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN, que deberán reconocer las incapacidades de origen común, de conformidad con las disposiciones legales vigentes, teniendo en cuenta que el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas otorgadas desde el día tercero (3) hasta al ciento ochenta (180), estará a cargo de la EPS



y del día ciento ochenta y uno (181) al día quinientos cuarenta (540), estará a cargo de la AFP y para el caso de la empresa FLOTA ANGULO deberá garantizarle al actor su derecho fundamental al Mínimo Vital, en caso que este no se encuentre incapacitado según orden expedida por su médico tratante.” (...)

DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte accionada presentó impugnación sustentándolo con base en lo señalado en el informe rendido.

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con lo preceptuado por el actor corresponde analizar si:

¿Es procedente la acción de tutela para conceder las pretensiones de la parte actora, en virtud de la solicitud de nueva valoración médica para determinar pérdida de capacidad laboral?

¿Se dan los presupuestos jurídicos- fácticos para revocar el fallo impugnado?

FUNDAMENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por el artículo 13, 29, 48, 49 y 86 de la Constitución Política, sus decretos reglamentarios 2591 de 1991, sentencias T-1090/07, T-786-10 T-643/14 , T-138/14, T-723/14, T-643/14, T- 245-15, T- 144- 2016, SU- 047- 2017 y sentencia T- 151-2017 entre muchas otras.

CONSIDERACIONES

El Constituyente de 1991, se preocupó por constitucionalizar no sólo una completa declaración de derechos, sino por crear los mecanismos idóneos para su eficaz protección. La acción de tutela se estableció en la Constitución Política Colombiana, como un mecanismo residual, para aquellos casos de violación de Derechos Fundamentales en los cuales la persona afectada no tuviere ningún otro mecanismo para protegerlos.

A continuación, se exponen brevemente los derechos fundamentales cuya protección invoca el accionante.

EL DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: Señalado en el Art. 49 de la Constitución Política. La salud es un derecho constitucional fundamental, no solamente, por guardar estrecha relación con los derechos a la vida, la integridad personal y la Dignidad humana, a partir de la sentencia T – 960 de 2008 la Corte Constitucional le dio ese carácter como derecho autónomo.

El reconocimiento de la salud como derecho fundamental se halla en consonancia con la evolución de su protección en el ámbito internacional.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA: Al respecto, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-320/16, señaló.

“El artículo 53 de la Constitución Política consagra el derecho a la estabilidad laboral como principio que rige todas las relaciones laborales y que se manifiesta en “la conservación del cargo por parte del empleado, sin perjuicio de que el empleador pueda dar por terminada la relación laboral al verificar que se ha configurado alguna de las causales contempladas en la ley como “justa” para proceder de tal manera o, que descrito cumplimiento a un procedimiento previo”

Teniendo en cuenta el estado de debilidad manifiesta en que se pueden encontrar aquellos trabajadores discapacitados o con afecciones en su salud,



y con el objeto de brindarles una protección especial que les garantice la permanencia en su trabajo, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado a partir del principio de estabilidad en el empleo, el derecho a la estabilidad laboral reforzada; conforme al cual, el empleador sólo podrá desvincular al trabajador que presente disminución física o psíquica, cuando medie autorización del inspector del trabajado y por causa distinta a la de su padecimiento.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el derecho a la estabilidad laboral reforzada consiste en: “ (i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismos y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz”

Así mismo, el artículo 47 constitucional dispone que el Estado adoptará políticas de previsión, rehabilitación e integración social de todas las personas con discapacidades físicas, sensoriales y psíquicas. Estas personas recibirán la atención especializada que requieran para vivir en condiciones de vida digna. De igual forma, el artículo 54 Superior le impone el deber a los empleadores y al Estado de garantizarles a las personas con discapacidad el derecho a trabajar en condiciones que se ajusten a sus condiciones de salud.

En concordancia con la anterior, el legislador a través del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”, dispuso que:

“En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”

De esa manera se creó una protección especial para las personas que por cuestiones de salud se ven incapacitadas para cumplir con su trabajo en las condiciones que podrían hacerlo de no padecer los quebrantos a su integridad. Con ello se garantiza la protección de actos discriminatorios en su contra.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-531 de 2000 declaró la exequibilidad del Artículo 26 de la Ley 361 de 1997 bajo el entendido que, en virtud de los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad, así como de especial protección constitucional en favor de personas con habilidades diversas, carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona en razón a su discapacidad, sin que exista autorización previa de la oficina del trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.



De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha aplicado la “presunción de desvinculación laboral discriminatoria” cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo. Ello en razón a que se hace necesario presumir que la terminación del contrato se fundó en la enfermedad del empleado, en la medida que es una carga desproporcionada para quien se encuentra en situación de vulnerabilidad.

De conformidad con lo anterior, y en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato, tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador.

En efecto, la Corte Constitucional ha entendido que esa protección especial debe ser considerada como una estabilidad laboral reforzada que conlleva a la reubicación del trabajador afectado en una posición laboral en la que puede potencializar su capacidad productiva, sin que su enfermedad o discapacidad sirvan de obstáculo para realizarse profesionalmente. Con ello se logra balancear los intereses del empleador al maximizar la productividad de sus empleados, mientras que el trabajador logra conservar su trabajo, garantizándole su vida en condiciones dignas y su mínimo vital.

Con todo, esta Corporación ha indicado que cuando se trata de personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta y que son discriminadas por su condición médica, la estabilidad laboral reforzada se convierte en el mecanismo idóneo para garantizar el derecho fundamental a la igualdad.

De acuerdo con lo anterior, la Corte ha indicado que la estabilidad laboral reforzada es un derecho que tienen todas las personas que por el deterioro de su salud se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. Es decir que esta figura opera para cualquier trabajador que por su condición de salud, se vea afectada su productividad, sin que sea necesario que cuente con una discapacidad declarada, certificada y cuantificada por una junta de calificación médica, ni que su origen sea determinado.

Así lo sostuvo la Sala Octava de Revisión de Tutelas, cuando en la Sentencia T-394 de 2014 precisó que las consecuencias de despedir a una persona en situación de discapacidad y sin autorización del Ministerio del Trabajo son:

- “(i) que el despido sea absolutamente ineficaz;*
- (ii) que en el evento de haberse presentado éste, corresponde al juez ordenar el reintegro del afectado y,*
- (iii) que sin perjuicio de lo dispuesto, el empleador desconocedor del deber de solidaridad que le asiste con la población laboral discapacitada, pagará la suma correspondiente a 180 días de salario, a título de indemnización, sin que ello signifique la validación del despido”.*

Cuando un trabajador sufra de una afectación grave a su salud y por causa de ello se encuentre en una situación de debilidad manifiesta, no podrá ser despedido ni su contrato terminado hasta que no se constituya una justa causa, mientras persistan las condiciones que originaron la relación laboral y mientras que no se solicite la autorización de la autoridad laboral competente.

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha establecido que existe una presunción de violación a los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad, cuando el empleador termina el contrato de un trabajador que ha sufrido una afectación a su estado de salud, sin que mediara la autorización del Ministerio del Trabajo.



Para esta Sala, el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene lugar cuando, el trabajador es sometido a una variación intempestiva de su salud, o su situación económica y social. En atención a ello, si el empleador tiene la intención de despedir a una persona en estado de discapacidad, debe solicitar permiso al Ministerio del Trabajo.

Este procedimiento tiene fundamento en la aplicación de los principios del Estado Social de Derecho, la igualdad material y la solidaridad social, presupuestos supralegales que establecen la obligación constitucional de adoptar medidas en favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta por parte del Estado.

La Corte Constitucional ha fijado las reglas jurisprudenciales aplicables a los casos en que se discute la estabilidad laboral reforzada de personas discapacitadas, bajo tratamiento médico, o en situación de debilidad manifiesta y fueron compendiadas en la sentencia T-899 de 2014. En la mencionada providencia se indicó que:

“una persona en situación de debilidad manifiesta por deterioro en su estado de salud, será titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada cuando (i) se encuentre demostrado que padece de serios problemas de salud; (ii) cuando no haya una causal objetiva de desvinculación; (iii) subsistan las causas que dieron origen a la relación laboral; y (iv) el despido se haya hecho sin la autorización previa del inspector de trabajo.”

Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el derecho a la estabilidad laboral reforzada también es aplicable a las relaciones laborales surgidas a partir de la suscripción de un contrato a término definido, motivo por el cual, el vencimiento de su término de duración no es razón suficiente para darlo por terminado cuando el empleado se encuentra en estado de debilidad manifiesta.

En este sentido, si el trabajador es un sujeto de especial protección constitucional, en los contratos a término fijo también es imperativo que el empleador acuda ante la oficina del Trabajo con el fin de obtener la autorización correspondiente para dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo pactado.”

La sentencia T-427/18, referente a la calificación de pérdida de capacidad laboral, señaló:

“RÉGIMEN LEGAL DEL PROCESO DE CALIFICACIÓN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL Y CONTENIDO JURISPRUDENCIAL DE ESTE DERECHO

En el contexto del reconocimiento de una pensión de invalidez, cualquiera que sea su origen (común o laboral), el ordenamiento jurídico impone que el estado de invalidez se determina a través de una valoración médica que conlleva a una calificación de pérdida de capacidad laboral, la cual es realizada por las entidades autorizadas por la ley. Con dicha calificación se dictamina el porcentaje de afectación, el origen de la pérdida de y la fecha en la que se estructuró. Como ya fue señalado, se considera inválida la persona que haya sido calificada con el 50% o más de pérdida capacidad laboral.

Para definir el estado de invalidez y, por lo tanto, el derecho al reconocimiento de la respectiva pensión, el legislador ha establecido el procedimiento que se debe cumplir, el cual impone la participación activa del afiliado, de las entidades que intervienen en el proceso de calificación y de los sujetos responsables del reconocimiento y pago de dicha prestación.



Con la expedición del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, las entidades encargadas de determinar, en una primera oportunidad, la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias son Colpensiones, las Administradoras de Riesgos Laborales, las Compañías Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y las Entidades Promotoras de Salud.

Tratándose de enfermedades de origen común, se tiene que una vez ocurrido el hecho generador del posible estado de invalidez, la EPS deberá emitir el concepto de rehabilitación, favorable o no, antes del día 120 y enviarlo antes del día 150 de incapacidad temporal al fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el solicitante. Este último deberá iniciar el trámite, bien sea directamente –en el caso de Colpensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida– o a través de las entidades aseguradoras que asumen el riesgo de invalidez –en el caso de las administradoras de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad–.

Agotada la primera valoración, el inciso 2 del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, establece que si el interesado no está de acuerdo con la calificación realizada, dentro de los cinco días siguientes a la manifestación que hiciere sobre su inconformidad, podrá acudir a las Juntas de Calificación de Invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional.

En todo caso, 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, en donde se señala lo siguiente:

“Artículo 29. Casos en los cuales se puede recurrir directamente ante las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez. El trabajador o su empleador, el pensionado por invalidez o aspirante a beneficiario podrán presentar la solicitud de calificación o recurrir directamente a la Junta de Calificación de Invalidez en los siguientes casos:

a) Si transcurridos treinta (30) días calendario después de terminado el proceso de rehabilitación integral aún no ha sido calificado en primera oportunidad, en todos los casos, la calificación no podría pasar de los quinientos cuarenta (540) días de ocurrido el accidente o diagnosticada la enfermedad, caso en el cual tendrá derecho a recurrir directamente a la Junta.

Lo anterior sin perjuicio que dicho proceso de rehabilitación pueda continuar después de la calificación, bajo pertinencia y criterio médico dado por las instituciones de seguridad social.

b) Cuando dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación de la inconformidad, conforme al artículo 142 del Decreto número 19 de 2012, las entidades de seguridad social no remitan el caso ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez. (...).”

Explicado lo anterior, se concluye que, por regla general, las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez intervienen para decidir las controversias que surjan respecto de los dictámenes emitidos en primera oportunidad por las entidades enlistadas en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y que, solo excepcionalmente, en los dos casos expuestos ut supra, se puede acudir de forma directa ante ella, con miras a obtener la calificación de la pérdida de capacidad laboral.



En este orden de ideas, una vez expuesto el marco normativo del proceso de calificación, la Sala hará una breve exposición del alcance que se le ha dado a este proceso jurisprudencialmente y a su connotación como derecho.

Sobre este punto, se tiene que la Corte de forma sistemática ha sostenido que la calificación de pérdida de capacidad laboral es un derecho que tienen todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social, sin distinción alguna, pues es el medio para acceder a la garantía de otros derechos como la salud, el mínimo vital y la seguridad social, en tanto permite establecer si una persona tiene derecho a las prestaciones asistenciales o económicas que se consagran en el ordenamiento jurídico, por haber sufrido una enfermedad o accidente[38]. En concreto, en la Sentencia T-038 de 2011, se advirtió que:

“tal evaluación [la calificación de pérdida de capacidad laboral] permite determinar si la persona tiene derecho al reconocimiento pensional que asegure su sustento económico, dado el deterioro de su estado de su salud y, por tanto, de su capacidad para realizar una actividad laboral que le permita acceder a un sustento. Adicional a ello, la evaluación permite, desde el punto de vista médico[,] especificar las causas que la originan la disminución de la capacidad laboral.”

Atendiendo a la importancia del derecho que tienen las personas dentro del Sistema de Seguridad Social de recibir una calificación de su pérdida de capacidad laboral y la incidencia de ésta para lograr la obtención de prestaciones económicas y asistenciales, de las cuales dependan los derechos fundamentales a la seguridad social o al mínimo vital, se considera que todo acto dirigido a dilatar o negar injustificadamente su realización, es contrario a la Constitución y al deber de protección de las garantías iusfundamentales en que ella se funda.

En conclusión, se tiene que el Sistema de Seguridad en Pensiones protege la contingencia de la invalidez originada por un riesgo común, a través del reconocimiento y pago de una prestación pensional en favor de aquellos trabajadores que, como consecuencia de un accidente o enfermedad no provocada, y de origen no laboral, ven afectada su capacidad laboral, y con ello la posibilidad de continuar procurando su auto sostenimiento. Para tal efecto, el legislador ha estructurado un trámite destinado a establecer el estado de invalidez que, en plena garantía del derecho constitucional al debido proceso, permite resolver, de manera definitiva, el porcentaje global de pérdida de capacidad laboral, el origen de dicha contingencia y la fecha de su estructuración, dictamen que se convierte en el soporte de los derechos al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social en los términos ya expuestos.”

CASO CONCRETO

El caso *sub-examine*, se contrae a verificar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales invocados por el señor ANGEL MARIA PÉREZ TORRES, quien considera que NUEVA EPS y la Aseguradora de Fondos de Pensiones PROTECCIÓN S.A no han llevado a cabo una nueva valoración de su pérdida de capacidad laboral que considere las nuevas patologías que presenta y que no fueron tenidas en cuenta en la ya dictaminada a través de dictamen N° 72138128-5093 del 23 de Marzo de 2018 por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que determinó un 42.44% de pérdida de la capacidad laboral con fecha de estructuración 01 de octubre de 2015 por enfermedad de origen común.

El A quo a través de fallo proferido en primera instancia, consideró la vulneración alegada ordenando a las accionadas a emitir un nuevo dictamen teniendo en cuenta las nuevas patologías padecidas por el actor, la cual resulta necesaria a fin de obtener una pensión de invalidez, vulnerando así los derechos fundamentales del actor y en especial el



derecho fundamental al debido proceso, toda vez que se le impone al actor una carga injustificada que no está obligado a asumir.

De las pruebas allegadas al plenario y de los informes rendidos, se tiene que resultas evidente la necesidad del actor de contar con un nuevo dictamen con base en el actual estado de salud y el cuadro clínico que lo aqueja, entre otros un tumor maligno de colon.

Se observa que en este caso particular se cumple el principio de subsidiariedad, pues para el momento de interposición de la acción, el actor sostiene su núcleo familiar, aunado a los evidentes quebrantos de salud que padece y la necesidad de un nuevo dictamen para así, poder aspirar a una pensión por invalidez toda vez que las patologías han mermado de forma significativa su capacidad laboral, encontrándose más que demostrada el estado de debilidad manifiesta del actor con ocasión de su condición de salud y que la negativa pro partes de las accionadas de llevar a cabo una nueva calificación de pérdida de capacidad laboral resulta vulnerable de los derechos fundamentales del actor, ello de conformidad con las pruebas allegadas al plenario.

Por lo anterior, considera esta agencia judicial acertada la decisión adoptada por el A quo, toda vez que resulta evidente la vulneración de los derechos fundamentales en cabeza del actor por parte de las encartadas.

Con este panorama de fondo, se CONFIRMARÁ en todas sus partes el fallo de primera instancia proferido el 09 de noviembre de 2020 por el JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE SOLEDAD dentro de la ACCIÓN DE TUTELA incoada por el señor ANGEL ANIBAL PEREZ TORRES, en contra del FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., NUEVA EPS y de la empresa FLOTA ANGULO, al resultar evidente la vulneración de sus derechos fundamentales.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE SOLEDAD, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes el fallo de primera instancia proferido el 09 de noviembre de 2020 por el JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE SOLEDAD dentro de la ACCIÓN DE TUTELA incoada por el señor ANGEL ANIBAL PEREZ TORRES, en contra del FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., NUEVA EPS y de la empresa FLOTA ANGULO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: NOTIFICAR ésta providencia a las partes, así como al señor Defensor del Pueblo de la Ciudad, al a quo, por el medio más expedito y eficaz.

TERCERO: En su oportunidad, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispuesto en el decreto 2591 de 1.991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JULIAN GUERRERO CORREA
JUEZ

Firmado Por:

JULIAN ENRIQUE GUERRERO CORREA
JUEZ



**JUEZ - JUZGADO 002 DE CIRCUITO CIVIL DE LA CIUDAD DE SOLEDAD-
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:

1851caf83e01535ce956c20d8e8b2fabaf08f3479d3e2fce5a2dc32c0a5939b7

Documento generado en 26/01/2021 01:55:08 PM

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