

República de Colombia



*Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Purificación Tolima*

Purificación, primero (01) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Ref.: ACCION DE TUTELA
Accionante: JOSE ANTONIO BOCANEGRA COVALEDA
Accionada: PORVENIR S.A. –MEDIMAS E.P.S.
Rad: 2021-00011-00 RI. 6468

ASUNTO.

Al despacho para decidir la acción de tutela de la referencia.

ANTECEDENTES

El señor **JOSE ANTONIO BOCANEGRA COVALEDA**, a través de su apoderado judicial, solicita la protección de los derechos fundamentales de vida digna, debido proceso, seguridad social, petición y todo derecho fundamental que se vea amenazado, desconocido y/o vulnerado por las acciones u omisiones por las accionadas, conforme a la siguiente situación fáctica.

HECHOS

Manifiesta el accionante que su representado toda su vida ha trabajado como bulteador, costalero o coter. Empezó a aportar al sistema general de seguridad social en pensión en el año 2008 en el mes de septiembre y su ultimo aporte fue el 31 de enero del año 2019, según consta en su historia laboral, el accionante se encuentra afiliado al sistema general de pensiones, al fondo de pensiones y cesantías Porvenir, y al sistema de seguridad social en salud, Medimas E.P.S. S.A.S., el ultimo aporte fue el 31 de enero del año 2019, fecha en que se terminó su vínculo laboral por sus problemas de salud.

Indica el accionante que aproximadamente desde el año 2015 tiene un cuadro clínico de dos padecimientos físicos, por una parte, cada seis meses debe realizar control por pólipos gástricos, y por otro lado padece hernias discales. Por lo que no ha sido posible reinsertarse laboralmente y mucho menos poder desarrollar otro arte u oficio.

A comienzos del mes de noviembre del año 2020 aproximadamente, su apoderado, pretendió solicitar calificación de capacidad laboral ante la accionada (Porvenir), no admitiendo la radicación de la solicitud, argumentando que era necesario el concepto de rehabilitación emitido por el médico de la E.P.S.

El accionante acudió a la E.P.S. Medimas con la finalidad de que le fuera emitido el concepto de rehabilitación exigido por Porvenir S.A., no siendo emitido dicho concepto, atendiendo a que no tenía un cuadro médico de incapacidades y él no se encontraba laborando por lo que no procedía emitir dicho concepto, sumado a ello el accionante hace parte del régimen subsidiado.

Presento una nueva solicitud ante Porvenir, dando respuesta, donde la accionada persistió en el documento de rehabilitación para iniciar la calificación de PCI.

PRETENSIONES DEL ACCIONANTE

Principales:

Tutelar los derechos fundamentales a la vida digna, seguridad social, mínimo vital, debido proceso del señor **JOSE ANTONIO BOCANEGRA COVALEDA**.

Ordenar a la administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir a través de su representante legal de Porvenir S.A. , que dentro del término máximo de un (1) mes siguiente a la notificación de esta sentencia , proceda a adelantar todos los trámites pertinentes- médicos y administrativos – par que la el señor **JOSE ANTONIO BOCANEGRA COVALEDA** sea calificado según los lineamientos legales del artículo 41 de la ley 100 de 1993, los criterios técnicos – científicos dispuesto en el manual único de calificación de la invalidez y demás normas concordantes y complementarias.

Secundarias:

Ordenar a Medimas E.P.S. a través de su representante legal que, a través de su red hospitalaria y profesionales en salud, emita el concepto de rehabilitación para el accionante **JOSE ANTONIO BOCANEGRA COVALEDA**, ya sea favorable o desfavorable en un máximo de 48 horas.

TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto de fecha 16 de febrero del año 2021, se admitió esta acción constitucional, ordenándose la notificación a las accionadas, allegando la respuesta en el término establecido por el despacho.

RESPUESTA DE LA ACCIONADA MEDIMAS E.P.S.

A través de la dirección de medicina laboral Medimas E.P.S, manifiesto lo siguiente:

Que el señor **JOSE ANTONIO BOCANEGRA COVALEDA**, se encuentra vinculado a Medimas EPS en el régimen subsidiado.

Respecto de la solicitud de emisión de concepto de rehabilitación integral a cargo de Medimas EPS, menciona que de conformidad con el artículo 2.2.3.2.2. del decreto 1333 de 2018, el mismo será expedido por las EPS, de cumplirse el día ciento veinte (120) de la incapacidad derivada de enfermedad general de origen común en prorroga.

El señor **JOSE ANTONIO BOCANEGRA COVALEDA** no cuenta con incapacidades por diagnóstico de origen común en prorroga que supere el día 120 entre otras cosas porque su vinculación a la EPS es de régimen subsidiado.

De conformidad con el artículo 41 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del decreto ley 019 de 2012 y el decreto 1333 de 2018, el usuario no cuenta con incapacidad en prórroga que llegue o exceda los 120 días por diagnóstico de origen común, por lo cual no existe pertinencia para la emisión de concepto de rehabilitación integral al señor **JOSE ANTONIO BOCANEGRA COVALEDA**.

No siendo requisito legal el concepto de rehabilitación integral por parte de la AFP PORVENIR, para dar trámite a su calificación de pérdida de capacidad laboral.

RESPUESTA ACCIONADA PORVENIR S.A

DIANA MARTINEZ CUBIDES, obrando en calidad de Directora de Acciones Constitucionales de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, procedió a contestar la acción de tutela de la referencia en los siguientes términos:

FUNDAMENTOS DE DEFENSA

(EXTRACTOS DE LA DEFENSA) La EPS no ha notificado a ésta sociedad Administradora concepto de rehabilitación del accionante de origen COMÚN. Para iniciar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral es necesario que la EPS emita concepto de rehabilitación NO favorable de conformidad al artículo 142 del decreto 019 de 2012. No existe petición alguna de la cual Porvenir este pendiente por resolver.

CARENCIA DE CONCEPTO DE REHABILITACIÓN POR PARTE DE LA EPS.

Sea lo primero establecer que para que surja la obligación de iniciar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral o pago de incapacidades a cargo del Fondo de Pensiones se tienen que dar simultáneamente 3 situaciones puntuales: 1) que la EPS haya reconocido 180 días de incapacidad continua, 2) que la EPS haya notificado a la AFP antes del día 181 concepto de rehabilitación y, 3) que el concepto de rehabilitación notificado sea favorable o no favorable de origen común, de conformidad con lo establecido en el artículo 142 del decreto 019 de 2012. 4) Cuando existe concepto favorable de rehabilitación procede el pago del subsidio de incapacidades por 360 días adicionales a los primeros 180; por otra parte, cuando exista concepto NO FAVORABLE de rehabilitación no se podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral y se procederá a la valoración en primera oportunidad.

En el presente caso, se evidencia que NO se ha notificado por parte de la Entidad Promotora de Salud concepto de rehabilitación desfavorable, respecto de las patologías de origen común, que nos permita iniciar el proceso de calificación en primera oportunidad, por lo que lo pretendido en instancia de tutela no es jurídicamente procedente.

Ahora bien, si lo que desea la accionante es que se determine su pérdida de capacidad sin que se agoten los requisitos de que contempla el

artículo 142 del Decreto 019 de 2012, puede acceder de manera particular ante la Junta Regional de Calificación, siempre y cuando se haga parte y se notifique a ésta Administradora de dicha calificación. Por lo tanto, esta Sociedad Administradora carece de competencia para pronunciarse respecto a los hechos y pretensiones de la acción constitucional.

VALORACION DE PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL EN PRIMERA OPORTUNIDAD.

De conformidad con lo establecido en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 previo al reconocimiento de incapacidades y/o valoración de pérdida de capacidad laboral debe generarse concepto de rehabilitación favorable o desfavorable según sea el caso.

CONCEPTO FAVORABLE	CONCEPTO DESFAVORABLE
Se postergará el trámite de calificación de invalidez hasta por un término de 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad.	Se procederá de inmediato con el trámite de calificación de invalidez.
Se reconocerán incapacidades por el término de 360 (540) días y las incapacidades que superen dicho término se encontrarán a cargo de la EPS.	No habrá lugar al pago de incapacidades.
<u>En virtud de lo dispuesto en el artículo 67 de la ley 1753 corresponderá a las entidades promotoras de salud asumir incapacidades posteriores al día 540.</u>	N/A
Conforme lo ratificó el decreto 1333 de 2018, en su artículo 2.2.3.3.1., corresponderá a las EPS asumir el pago de incapacidades posteriores al día 540.	N/A

El artículo 142 del decreto 19 de 2012 manifiesta que cuando exista Concepto Favorable de Rehabilitación, las administradoras de pensiones podrán postergar el trámite de calificación por 360 días posteriores a los 180 días reconocidos por la EPS, evento en cual se otorgara el subsidio de incapacidad. Para mejor proveer transcribimos la norma:

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

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional (sic) de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Así las cosas, como se ha expuesto la EPS no ha emitido y tampoco ha notificado concepto de rehabilitación del señor BOCANEGRA COVALEDA respecto de las patologías de origen común, del cual se pueda inferir que su pronóstico es desfavorable y que como consecuencia se requiere iniciar inmediatamente el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral.”

Así mismo indica las excepciones a la solicitud de tutela, resulta improcedente entre otros eventos, cuando existen otros medios de defensa judicial. Sentencia T-001 del 03 de abril de 1992, sentencias T-549-02 Y SU -879-00, manifestando que es claro que PORVENIR S.A., sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías, no ha vulnerado derecho fundamental alguno al accionante.

Por las razones de hecho y derecho, solicita al despacho negar o declarar improcedente la pretendida acción de tutela en contra de Porvenir.

DE LA LEGITIMACIÓN

REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

1. **DE LA LEGITIMACIÓN**

a. Por activa

El art. 86 de la constitución nacional faculta a cualquier persona para promover acción de tutela contra una autoridad pública o un particular en los casos permitidos por la ley, cuando se amenacen o vulneren derechos fundamentales. Igualmente, de conformidad con el artículo 10 del decreto 2591 de 1991 en la acción de tutela se podrá actuar través de representante y los poderes se presumirán auténticos

En el presente caso, el accionante **JOSE ANTONIO BOCANEGRA COVALEDA**, está representado por apoderado judicial, encontrándose legitimado para incoar la presente acción de tutela, en aras de proteger sus derechos fundamentales

b. Por pasiva

La legitimación pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la entidad contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental.

En cuanto a la Legitimación por pasiva, ha dicho la Corte Constitucional que: “La identificación cabal del demandado es una exigencia que tanto la Constitución como del decreto 2591 de 1991 avalan. Según aquélla, la acción de tutela se promueve contra autoridad, y en ciertos casos, contra los particulares por la acción u omisión que provoque la violación de los derechos fundamentales de las personas”.

En este caso, la acción de tutela se dirige en contra Medimas EPS. y PORVENIR S.A. La primera es una empresa particular prestadora del servicio de salud (Numeral 2 del artículo 42 decreto 2591 de 1991.

De igual manera PORVENIR S.A es un particular que presta un

servicio público, como lo es el servicio de seguridad social, según lo dispone el artículo 86 de la Constitución y el numeral 3 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

En consecuencia, existe también legitimación por pasiva.

2. DE LA INMEDIATEZ Y LA SUBSIDIARIEDAD

Determinada la legitimación por activa y por pasiva, debe examinarse los presupuestos de inmediatez y subsidiaridad. En reiteradas oportunidades la jurisprudencia ha sido clara en señalar que la procedencia de la acción de tutela se encuentra sujeta al cumplimiento del requisito de inmediatez. Al respecto, ha precisado que la protección de los derechos fundamentales, vía acción constitucional, debe invocarse en un plazo razonable y oportuno, ello en procura del principio de seguridad jurídica y la preservación de la naturaleza propia de la acción de amparo.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que si bien es cierto la acción de tutela no tiene un término de caducidad, esto no debe entenderse como una facultad para presentar la misma en cualquier tiempo. Lo anterior, por cuanto a la luz del artículo 86 Superior el amparo constitucional tiene por objeto la protección inmediata de los derechos invocados. En este caso, entre los hechos relatados como violatorios de los derechos fundamentales de la accionante y la acción de tutela transcurrió un plazo razonable. En efecto el 02 de octubre de 2020 fue la última fecha dada por escrito por la accionada PORVENIR S.A. y la acción de tutela fue presentada el día 16 de febrero de 2021, habiendo transcurrido entre estos ello un plazo razonable menor a cinco (5) meses.

De otra parte, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria y, en consecuencia, su procedencia se encuentra condicionada a que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o existiéndolo, éste no resulte lo suficientemente idóneo y eficaz para la defensa del derecho invocado, circunstancia en la cual, se habilita el uso del amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En este caso, tal y como lo ha sostenido la Corte Constitucional se observa que, si bien existe la posibilidad de que el accionante acuda ante la jurisdicción ordinaria para reclamar la práctica de la calificación de pérdida de capacidad laboral, tal mecanismo de defensa no es idóneo ni eficaz para resolver la problemática planteada por el accionante. Ello es así, en primer lugar, porque Porvenir S.A. alega la existencia de un condicionamiento de naturaleza legal que le impide realizar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, referente a que dicho trámite exige la acreditación de incapacidades previas y del concepto desfavorable de recuperación proferido por la EPS a la cual se encuentra afiliado el actor, “ requisitos que si bien hacen parte del ordenamiento jurídico, no pueden ser satisfechos por este último, dado que en su actual condición se encuentra afiliado al régimen subsidiado en salud, en donde no es posible proferir tales documentos “ y porque el accionante padece una enfermedad que afecta su columna vertebral, produciéndole un

dolor crónico, que hace que con el paso del tiempo su estado de salud se deteriore y, en consecuencia, carezca de las condiciones físicas necesarias para esperar los resultados de un proceso ordinario, dado su clara condición de persona en situación de debilidad manifiesta.

COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero, del numeral primero, del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, compilado en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, este despacho resulta competente para conocer de la presente acción de tutela, por ser juez con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeran sus efectos. De otra parte, el decreto 1983 de 2017 “Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela”, en su artículo 1 determina que “Las acciones de tutela que se interpongan contra particulares serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces Municipales”.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Ha de establecer el juzgado si las accionadas han vulnerado los derechos fundamentales a la vida digna, seguridad social, mínimo vital y debido proceso del accionante, como consecuencia de la negativa a realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral que él presentó.

CONSIDERACIONES.

Sea lo Primero indicar que la Corte Constitucional en su larga jurisprudencia, ha tratado ampliamente la figura del precedente Constitucional. En efecto, en sentencia C-621 de 2015, al respecto dijo: *“la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y a Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial.”*

De igual manera, en esa misma providencia se refirió a las razones que puede tener un operador judicial para apartarse de la jurisprudencia aplicable al caso, expresando que: *“la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga.”*

Recientemente en sentencia de UNIFICACIÓN SU068/18 ... dijo:

(...) La Corte Constitucional ha precisado que su precedente posee fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos, entre ellos, los jueces. Se trata de materializar el respeto de los principios de la igualdad, la supremacía de la Carta Política, el debido proceso y la confianza legítima, mandatos que obligan a que los jueces tengan en cuenta las decisiones de esta Corte, al decidir los asuntos sometidos a su competencia.

(.....)

En ese contexto, esta Corporación ha entendido por precedente judicial “aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que, por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”.

*Sin embargo, no todo aspecto de la sentencia se considerada vinculante, pues esta contiene una norma que se construye con ayuda de la narración y de la argumentación. La regla judicial se edifica con una cadena de motivaciones y razones que se usan para resolver un caso, por lo que la norma debe ser extraída del texto. Una sentencia se compone de tres elementos, como son: i) la decisión del caso o *decisum*; ii) **las razones que se encuentran vinculadas de forma directa y necesaria con el fallo o ratio decidendi**; y iii) los argumentos accesorios utilizados para ayudar a construir la narrativa judicial, conocidos como *obiter dicta*. De esos aspectos, **sólo la ratio decidendi constituye precedente**. (resaltado fuera de texto)*

8.2. *En Sentencia C-539 de 2011, la Sala Plena precisó que la obligación que tienen los jueces de acatar el precedente se sustenta en los principios de legalidad, de igualdad, de seguridad jurídica, de cosa juzgada, de buena fe, de confianza legítima, además de racionalidad y razonabilidad.*

(.....)

En materia de acción de tutela, también se ha indicado que la obligatoriedad del precedente recae en la ratio decidendi, norma que sustenta la decisión en el caso concreto y se prefigura como una prescripción que regulará los casos análogos en el futuro. *En esos trámites, se realiza una interpretación y aplicación correcta de una norma superior, es decir, de los derechos fundamentales. No puede perderse de vista que en esa labor se fija el contenido y alcance de las disposiciones superiores, aspecto que hace parte del imperio de la ley reconocido en el artículo 230 de la Constitución. Aunado a lo anterior, la obligatoriedad de los fallos de tutela se desprende del principio de igualdad, pues es una forma de evitar que los jueces fallen de manera caprichosa. En efecto, “la ratio decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional”. (Resaltado fuera de texto)*

Pues bien, en relación con la calificación de pérdida de capacidad laboral de un afiliado al Sistema General de Seguridad Social, la Corte Constitucional se ha referido de forma sistemática. Para efectos de la comprensión de la ratio decidendi, nos referiremos en concreto a la Sentencia T-427/18, cuando la Corte Constitucional al tratar un caso con identidad fáctica, expresó:

“Régimen legal del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral y contenido jurisprudencial de este derecho

4.6.1. *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.

4.6.2. 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 Col pensiones, las Administradoras de Riesgos Laborales, las Compañías Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y las Entidades Promotoras de Salud.

4.6.3. Tratándose de enfermedades de origen común, como lo es la que se invoca por el actor, 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 Col pensiones 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 hiciera 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.

4.6.4. 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[39], 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**.

4.6.5. 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.”

Debe resaltar el despacho que , en el caso concreto tratado en la referida sentencia T-427/18, el accionante igualmente se encontraba afiliado al REGIMEN SUBSIDIADO DE SALUD , como en el caso que nos ocupa en esta acción de tutela , por lo cual se transcribe la parte pertinente en la cual la Corte Constitucional expresó: “En la cuestión que ocupa a la Sala, se observa que si bien existe la posibilidad de que el señor Vélez Cardona acuda ante la jurisdicción ordinaria para reclamar la práctica de la calificación de pérdida de capacidad laboral, tal mecanismo de defensa no es idóneo ni eficaz para resolver la problemática planteada por el accionante. Ello es así, en primer lugar, porque Porvenir S.A. alega la existencia de un condicionamiento de naturaleza legal que le impide realizar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, referente a que dicho trámite exige la acreditación de incapacidades previas y del concepto desfavorable de recuperación proferido por la EPS a la cual se encuentra afiliado el actor, **requisitos que si bien hacen parte del ordenamiento jurídico, no pueden ser satisfechos por este último, dado que en su actual condición se encuentra afiliado al régimen subsidiado en salud, en donde no es posible proferir tales documentos, circunstancia que obliga a abordar el estudio de este caso desde una perspectiva eminentemente constitucional**, con miras a determinar si dicha limitación supone, en el asunto *sub-judice*, una actuación arbitraria que sacrifica los derechos a la seguridad social y al debido proceso del actor. (Resaltado fuera de texto)

Esta Juez constitucional reconoce la existencia de un precedente Constitucional y no encuentra razones para apartarse de él en el caso que se juzga. Este precedente se resume así:

- a) 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.
- b) 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.
- a) La pensión es una prestación pecuniaria que pretende proteger el derecho a la vida digna y a mínimo vital del afiliado, que al ver disminuida su capacidad laboral no puede continuar generando ingresos, al mismo tiempo que ampara a su núcleo familiar, el cual puede ver comprometida su calidad de vida, sin el otorgamiento de dicha prestación.
- b) No es admisible a un fondo de pensiones alegar que el actor debe aportar un concepto médico de rehabilitación integral y copia de las incapacidades médicas que le fueren decretadas, cuando pertenece al régimen subsidiado de salud ya que en él no se expiden dichos documentos.

Dado que no se busca obtener prestaciones del sistema de salud, es al fondo de pensiones a quien le compete efectuar el dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral.

- c) La no realización de la calificación por pérdida de la capacidad laboral al accionante, repercute en la garantía de sus derechos constitucionales. Todo acto dirigido a dilatar o negar injustificadamente la realización, es contrario a la Constitución y al deber de protección de las garantías iusfundamentales en que ella se funda.

Del caso en concreto

Manifiesta el apoderado del accionante que a comienzos del mes de noviembre del año 2020 aproximadamente, su apoderado, pretendió solicitar calificación de capacidad laboral ante la accionada (Porvenir), no

admitiendo la radicación de la solicitud, argumentando que era necesario el concepto de rehabilitación emitido por el médico de la E.P.S. Igualmente, que acudió a la E.P.S. MEDIMAS con la finalidad de que le fuera emitido el concepto de rehabilitación exigido por Porvenir S.A., no siendo emitido dicho concepto, atendiendo a que no tenía un cuadro médico de incapacidades y que él no se encontraba laborando por lo que no procedía emitir dicho concepto.

Por su parte la accionada fondo de pensiones PORVENIR S.A ha contestado esta acción constitucional oponiéndose a que se tutele los derechos del accionante, por cuanto considera que la EPS no ha emitido y tampoco ha notificado concepto de rehabilitación del señor BOCANEGRA COVALEDA, respecto de las patologías de origen común, del cual se pueda inferir que su pronóstico es desfavorable y que como consecuencia se requiere iniciar inmediatamente el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral. De otra parte, afirma que, si lo que desea la accionante es que se determine su pérdida de capacidad sin que se agoten los requisitos de que contempla el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, puede acceder de manera particular ante la Junta Regional de Calificación, siempre y cuando se haga parte y se notifique a ésta Administradora de dicha calificación.

Pues bien, del precedente constitucional y del análisis de las pruebas obrantes en el proceso se puede concluir que efectivamente el accionante se encuentra diagnosticado desde el año 2018 con enfermedades como disco Patía lumbar múltiples en varios niveles con dolor lumbar crónico , por lo cual fue remitido a médico laboral (ver folio 55), además de padecer otras patologías que afectan su sistema digestivo.(ii) Desde el año 2020 el accionante ha pretendido solicitar calificación de capacidad laboral ante Porvenir S.A, quien ha exigido el concepto de rehabilitación emitido por la E.P.S, quien a su vez se ha negado a emitir algún concepto al respecto por cuanto el accionante no tiene cuadro médico de incapacidades, no se encuentra laborando y pertenece al régimen subsidiado en salud. De estas afirmaciones de las accionadas dan cuenta, no solo los antecedentes aportados por el accionante, sino también las respectivas respuestas a esta acción constitucional que obran a folios 130 a 136.

Como se puede concluir, en este caso, la no realización de la calificación por pérdida de la capacidad laboral al accionante, está repercutiendo en la garantía de sus derechos constitucionales. En primer lugar, se afecta su derecho a la seguridad social, como quiera que se le está impidiendo iniciar el trámite dirigido a obtener como pretensión final una pensión de Invalidez, por haber cotizado al Sistema de Seguridad Social, para cubrir una contingencia derivada de la enfermedad que le fue diagnosticada y que le impide trabajar.

De otra parte, existe una afectación al debido proceso, toda vez que se le está imponiendo al actor una barrera injustificada para obtener un dictamen que determine su pérdida de capacidad laboral y que, en caso que corresponda, le permita iniciar el trámite para obtener el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez. Esta última circunstancia, según el precedente constitucional plantea también una eventual afectación del derecho al mínimo vital, ya que, en razón de su enfermedad, el accionante no pudo continuar trabajando y aún no puede

iniciar el trámite para obtener la cobertura de protección jurídica que brinda el ordenamiento jurídico por el riesgo derivado de la enfermedad que padece, de manera que se encuentra en un escenario en el que no percibe ingreso alguno.

Igualmente, a pesar de la ausencia del concepto de rehabilitación y a que efectivamente –como lo alega Porvenir S.A.– dicha exigencia se consagra en la ley (artículo 41 de la Ley 100 de 1993), hay lugar a realizar la calificación al accionante, con miras a proteger los derechos constitucionales, previamente mencionados. Tal y como lo ha sostenido la Corte Constitucional, ordenar la realización de un concepto de rehabilitación dilataría aún más en el tiempo el eventual reconocimiento de una pensión de invalidez, máxime cuando dicho concepto cumple con funciones que en este caso resultan innecesarias, pues es claro que en este caso en concreto no se han decretado incapacidades que supongan determinar a quién corresponde su pago y tampoco hay lugar a establecer si debe llevarse a cabo una reincorporación, readaptación o reubicación ocupacional, por cuanto el accionante actualmente pertenece al régimen subsidiado de salud y no puede ejercer ninguna actividad laboral.

En este caso, el accionante este afiliado al fondo de pensiones Porvenir S.A., quien en caso de cumplirse los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993, será ésta a quien le corresponda asumir el pago de la pensión de invalidez del accionante. Tal y como ya se dijo al momento de resumir el precedente constitucional, dado que no se busca obtener prestaciones del sistema de salud, es al fondo de pensiones a quien le compete asumir el riesgo de invalidez de sus afiliadas y por lo tanto debe ser quien realice el dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral. Además, por esta misma razón, se deberá desvincular de Medimas EPS.

Por todo lo anterior, se ordenará al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que en el término máximo de un (1) mes siguiente a la notificación de esta sentencia, proceda a adelantar todos los trámites pertinentes –médicos y administrativos– para que el señor **JOSE ANTONIO BOCANEGRA COVALEDA** 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.

Para efectos del cumplimiento de la citada orden, PORVENIR S.A. podrá solicitar las historias clínicas del accionante. Igualmente, deberá informar al accionante cuáles recursos caben contra el dictamen que se profiera y, en caso de que el asunto llegue a conocimiento de la Junta Regional o Nacional de Invalidez, deberá adjuntar al expediente copia de la presente acción de tutela y un escrito en el que consten las razones por las cuales en este caso no existe un concepto desfavorable de rehabilitación.

Puestas, así las cosas, el despacho procederá a tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna y al debido proceso invocados por el accionante a través de su apoderado, como en efecto se hace.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Purificación, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. - TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida digna y al debido proceso del señor **JOSE ANTONIO BOCANEGRA COVALEDA** identificado con CC No 93.202.484, por las razones ya expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de Porvenir S.A., que dentro en el término máximo de un (1) mes siguiente a la notificación de esta sentencia, proceda a adelantar todos los trámites pertinentes – médicos y administrativos– para que el señor **JOSE ANTONIO BOCANEGRA COVALEDA** 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.

Para efectos del cumplimiento de la citada orden, Porvenir S.A. podrá solicitar las historias clínicas del accionante en las instituciones en las que el accionante ha sido atendido por las enfermedades que padece. Adicionalmente, deberá informarle al accionante, cuáles recursos caben contra el dictamen que se profiera y, en caso de que el asunto llegue a conocimiento de la Junta Regional o Nacional de Invalidez, deberá adjuntar al expediente copia de la presente acción de tutela y un escrito en el que consten las razones por las cuales en este caso no existe un concepto desfavorable de rehabilitación.

TERCERO – DESVINCULAR de la presente acción Constitucional a **MEDIMAS EPS.**

CUARTO: NOTIFICAR la presente providencia en la forma establecida en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

QUINTO. - De no ser impugnada la presente decisión, envíese el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La Juez,



GABRIELA ARAGON BARRETO