



Sentencia Tutela
RADICADO TUTELA: 110014088038 2021 065
ACCIONANTE: SIERVO BEJARANO CHITIVA
ACCIONADO: EPS SALUD TOTAL
Derechos Fundamentales: vida y salud.

Bogotá DC., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintiuno (2021).-

1. OBJETO DE LA DECISIÓN.-

Procede el Despacho a proferir fallo acorde a derecho dentro de la acción de tutela instaurada por el señor **SIERVO BEJARANO CHITIVA**, contra **EPS SALUD TOTAL** y la vinculada **COLFONDOS**, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales a la vida y la salud y dignidad humana.

2. HECHOS QUE MOTIVAN LA ACCIÓN.-

El señor SIERVO BEJARANO CHITIVA, interpuso acción de tutela contra **EPS SALUD TOTAL**, manifestando que, es un adulto mayor de sesenta y un años de edad, se encuentra afiliado al régimen contributivo de salud en la EPS SALUD TOTAL E.P.S., toda vez que su ocupación desempeñada es de Guarda de Seguridad y que pertenece a población vulnerable.

Que, desde hace más de tres años, viene presentando problemas de salud, por lo que el día 6 de septiembre de 2019, fue diagnosticado con **CANCER DE PROSTATA MÁS ADENOCARCINOMA INFILTRANTE Y METASTÁSICO DE PRÓSTATA** por lo que el mismo día, la medico general Carolina Ortiz Bautista, le emite incapacidad medica por un día, el cual se contó desde el día de su emisión, el día 12 de septiembre de 2019 y hasta el día 11 de octubre de 2019 le fue otorgada nuevamente incapacidad, que el día 15 de octubre de 2019 le fueron otorgadas varias incapacidades sucesivas hasta el 22 de marzo de 2020.

Que en el intervalo de tiempo anterior su situación de salud empeoró debido a que el 16 de noviembre del año 2019, mediante reporte de RX de columna lumbar, se evidencian **“LESIONES FOCALES OSTEOLÁSTICAS LUMBARES Y DE PELVIS QUE INDICAN PROCESO INFILTRATIVO METASTÁSICO MÁS ESPONDILOSIS”**

Que el día 24 de marzo de 2020 y hasta el día 02 de abril de 2020 le fue otorgada incapacidad, que fue otorgada en varias ocasiones mas, de manera continua hasta el 2 de mayo de 2020.

Que el día 04 de mayo de 2020 y hasta el día 13 de mayo de 2020 le fue otorgada incapacidad, que fue otorgada en varias ocasiones mas de manera continua hasta el 20 de junio de 2020.

Que el día 23 de junio de 2020 y hasta el día 02 de julio de 2020 le fue otorgada incapacidad, fecha en la que el profesional en medicina adicional a conceder diez días de incapacidad, confirma el diagnostico **“(C61) TUMOR MALIGNO DE LA PROSTATA (...)** (C79.5) TUMOR MALIGNO SECUNDARIO DE LOS HUESOS Y DE LA MEDULA OSEA”. La anterior incapacidad fue concedida de manera sucesiva e ininterrumpida hasta el 29 de octubre de 2020.



Sentencia Tutela
RADICADO TUTELA: 110014088038 2021 065
ACCIONANTE: SIERVO BEJARANO CHITIVA
ACCIONADO: EPS SALUD TOTAL
Derechos Fundamentales: vida y salud.

Que el día 31 de octubre de 2020 y hasta el día 27 de noviembre de 2020 le fue otorgada incapacidad, que fue concedida de manera sucesiva e ininterrumpida hasta el 23 de enero de 2021.

Que dentro de ese intervalo de tiempo el día 28 de noviembre de 2020, mediante la autorización de consulta externa Número 01361-20376036, el médico especialista en urología Sandra Milena Corredor Cifuentes autoriza “CONSULTA EXTERNA – CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN MEDICINA DE TRABAJO O SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO PRIORITARIA DEFINICIÓN CONTINUADA INCAPACIDAD-”.

Tras varias comunicaciones telefónicas, el día 17 de diciembre de 2020 mediante derecho de petición solicitó “UNA CITA DE CONSULTA EXTERNA POR PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN MEDICINA DEL TRABAJO O SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, CON DEFINICIÓN A INCAPACIDAD”, sobre el cual manifiesta no ha obtenido respuesta alguna.

Que el día 25 de enero de 2021 y hasta el día 03 de febrero de 2021 le fue otorgada incapacidad, que luego fuera ampliada hasta el día 13 de febrero 2021, y el día 15 de febrero de 2021 hasta el día 24 de febrero de 2021, que así mismo, fuera concedida nuevamente hasta el 6 de marzo de 2021.

Que el día 16 de febrero de 2021 el Medico General Jonathan J, emite autorización de “CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN DOLOR Y CUIDADOS PALIATIVOS (PACIENTE CON CA DE PRÓSTATA Y MAL CONTROL DEL DOLOR, EFECTOS SECUNDARIOS TRAMADOL).

Que hasta la fecha lleva 18 meses, alrededor de 540 días de incapacidad continua y que la EPS no ha siquiera iniciado el proceso de calificación, otorgando la cita por primera vez con el especialista en medicina del trabajo o seguridad y salud en el trabajo, que la enfermedad que padece es tan grave en este momento, que no esta recibiendo tratamiento, dado que ya no tiene cura, solo tiene cuidados paliativos, lo que convierte su vida en una desesperanza y la EPS continua con su falla de no realizar la calificación de invalidez según comenta.

Que de conformidad con el artículo 41 del decreto 019 de 2012, la EPS debió emitir el concepto de rehabilitación en los primeros (120) días de incapacidad y remitirlo al fondo de pensión antes del día (150) y que transcurridos mas de (540) días y con un pronóstico de no recuperación no ha sido emitido o enviado al fondo de pensiones.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto solicita que se le tutelen los derechos fundamentales como adulto mayor invocados a La vida, la salud y la dignidad humana y ordene a la E.P.S SALUD TOTAL que, dentro de las 48 horas siguientes al fallo, le sea calificado su estado de invalidez y sea remitido para el proceso de pensión de invalidez al fondo de pensión donde se encuentre afiliado, que se le sigan pagando las incapacidades mientras dure el proceso de calificación y reconocimiento de la pensión de invalidez y que le sea reconocida y pagado el subsidio a que se refiere el artículo 41 del decreto 019 de 2012.

Como pruebas aportó:

- Copia de la Cedula de Ciudadanía de Siervo Bejarano Chitiva.
- Copia de la historia clínica Siervo Bejarano Chitiva.
- Copia de los certificados de las incapacidades médicas de Siervo Bejarano_Chitiva.



Sentencia Tutela
RADICADO TUTELA: 110014088038 2021 065
ACCIONANTE: SIERVO BEJARANO CHITIVA
ACCIONADO: EPS SALUD TOTAL
Derechos Fundamentales: vida y salud.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.-

A fin de verificar si existe amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados por el señor SIERVO BEJARANO CHITIVA, éste despacho encontró procedente ordenar el traslado de la demanda a las entidades accionadas, a fin de notificarles de la misma y para que dentro del término de dos (2) días rindiera las explicaciones pertinentes, anexando la prueba documental correspondiente, permitiéndoles así ejercer su legítimo derecho de defensa y contradicción. Así mismo con la vinculada COLFONDOS.

3.1. La EPS SALUD TOTAL, a través de IRMA CAROLINA PINZÓN RIBERO, en calidad de Gerente y Administrador Principal de SALUD TOTAL EPS-S S.A., Sucursal Bogotá, manifestó que, su representada no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante, en razón a que siempre ha autorizado todo lo que ha requerido el protegido conforme a lo que reglamenta el Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo que están frente a una acción de tutela IMPROCEDENTE que debe ser denegada en contra de SALUD TOTAL EPS-S S.A., ante la inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales reclamados.

Es de aclarar que Salud Total EPS S no realiza calificación de pérdida de capacidad laboral pues no es la entidad encargada en caso de ser una enfermedad general o accidente general quien realiza el trámite es la AFP y/o juntas de calificación el protegido realiza la solicitud para obtener un beneficio por lo tanto debe realizar la solicitud directamente en la junta regional.

A continuación la accionada hace referencia al artículo 29 del decreto 1352 de 2013 y del artículo 142 de la ley 019 de 2012 que modifica el artículo 41 de la ley 100 de 1994, a lo cual hace referencia en repetidas oportunidades.

Continua afirmando que, se debe declarar improcedente por cuanto al actor, no se le están violando o amenazando sus derechos fundamentales por parte de SALUD TOTAL EPS-S S.A.; pues en su criterio la parte actora no cumple con los presupuestos establecidos en la normatividad vigente, más exactamente en el Decreto 019 de 2011. Debido a que según lo solicitado en el acápite petitorio de la tutela instaurada por el accionante debe ser asumido en su totalidad por junta regional de calificación. Por lo cual predican falta de legitimación en la causa por pasiva con relación a SALUD TOTAL EPS-S S.A.

Solicitan se exonere expresamente a SALUD TOTAL EPS-S S.A. debido a que no ha vulnerado ningún derecho fundamental del accionante, que así mismo se deniegue por improcedente la acción de tutela a favor del actor en contra de SALUD TOTAL EPS-S S.A. puesto que a su parecer no es la entidad llamada a realizar la pretensión del actor.

Anexos:

- Certificado de existencia y representación legal.

3.2. COLFONDOS, a través de WILSON JAVIER PEÑATES CASTAÑEDA, en calidad de Apoderado General, manifestó que, el accionante no ha presentado ninguna solicitud ante esa entidad, y dentro de acción de tutela sus pretensiones se enfocan en la EPS, que así mismo a la fecha el accionante no ha radicado documentación completa para calificación de pérdida de capacidad laboral, dado que los documentos radicados que accionante expone, correspondían a estudio de pago de incapacidades.



Sentencia Tutela
RADICADO TUTELA: 110014088038 2021 065
ACCIONANTE: SIERVO BEJARANO CHITIVA
ACCIONADO: EPS SALUD TOTAL
Derechos Fundamentales: vida y salud.

Señala que la calificación no la realiza COLFONDOS S.A., sino la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., quien para el trámite requiere documentación completa en los términos del manual único de Calificación de Invalidez.

Que en el marco artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, se puede adelantar en primera instancia calificación de pérdida de capacidad laboral, por:

- Empresas Promotoras de Salud.
- Administradoras de Fondos de Pensiones, en el caso de COLFONDOS S.A. **a través de póliza previsional garantizada por COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.**
- Administradora de Riesgos Laborales
- En el caso de Régimen de Prima Media, COLPENSIONES.

Que el artículo 1° del decreto 1352 de 2013, Compilado por el art. 2.2.5.1.1, Decreto Nacional 1072 de 2015, expone la importancia que la calificación de pérdida de capacidad laboral:

- I. Se realice a partir de solicitud de partes con documentación clínica requerida. No es posible realizar calificación de pérdida de capacidad laboral sin el concepto de rehabilitación.
- II. La calificación de acuerdo con el manual único de calificación, debe realizarla un equipo médico interdisciplinario, una vez se cuente con historia clínica, documentación y valoraciones ha lugar.
- III. En el sistema general de seguridad social, la calificación la realizan los seguros previsionales creados por la ley 100 de 1993. En el caso particular de COLFONDOS S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.

Manifiesta que una vez radicada la solicitud, en primera instancia, si se cuenta con documentación completa, puede tomar 30 días el trámite de calificación, pudiendo existir suspensión por documentos o exámenes, como el caso que nos ocupa

En segunda instancia, es decir, juntas regionales, 45 días, término igual en Junta Nacional de Calificación.

Que frente a la existencia de Póliza de Siniestro 6000-0000015-01 suscrita entre COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. con COLFONDOS S.A. en el año 2016, COLFONDOS S.A, una vez accionante radique solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral, se remitirá la misma a la aseguradora.

Así mismo, señala que el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo primero de la Ley 860 de 2003 establece los requisitos legales para acceder a la pensión de invalidez. La norma en cita es del siguiente tenor:

“artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. <artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:



Sentencia Tutela
RADICADO TUTELA: 110014088038 2021 065
ACCIONANTE: SIERVO BEJARANO CHITIVA
ACCIONADO: EPS SALUD TOTAL
Derechos Fundamentales: vida y salud.

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma,

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

Afirma que, frente a la solicitud de accionante de proceder con definición pensional, resulta material y jurídicamente imposible entrar a definirla, dado que no tienen calificación de pérdida de capacidad que predique invalidez del accionante.

Requirieren se vincule a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., en virtud de que, con cargo a póliza previsional, debe realizar calificaciones de COLFONDOS S.A. y en caso de inconformidades, pago de honorarios, de los demás gastos, deben encargarse Junta Regional de Calificación de invalidez, ARL y EPS, caso tal también sería la encargada de pago de suma adicional, para financiamiento de potencial invalidez, una vez se surta calificación que determine efectivamente que el afiliado es inválido.

Solicita se declare Improcedente la presente acción de tutela en atención a que no se puede predicar acción u omisión derogatoria de garantías fundamentales de accionante, por parte de COLFONDOS S.A., que no se puede endilgar responsabilidad alguna a esa administradora dado que en el marco de Póliza de Siniestro 6000-0000015-01 suscrita entre COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. con COLFONDOS S.A. en el año 2016, la calificación corresponde a la aseguradora, así mismo negar procedencia del trámite, dado que accionante no ha radicado solicitud formal de calificación de pérdida de capacidad laboral, por lo que no es una persona inválida, dado que a la fecha, requisitos para reconocimiento de pensión de invalidez.

Excepcionalmente solicita se ordene a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. a brindar trámite expedito a calificación de pérdida de capacidad laboral en curso, ordenar a COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. de contar con requisitos legales para ello realizar pago de suma adicional que asegure financiamiento de prestación en trámite de accionante, de existir derecho a ella y en caso de cumplir con requisitos legales. Vincular y ordenar a Junta Nacional de Calificación de Invalidez, informe si la accionante surtió trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, y resultado de la misma. Y finalmente que si el despacho considera el reconocimiento de alguna prestación, requieren que sea de forma transitoria, en atención a lo que ordena artículo 8 del Decreto 2591 de 1991.

Anexos:

- Certificado de existencia y representación legal de COLFONDOS S.A.
- Solicitud de documentos para pérdida de capacidad laboral.
- Póliza Previsional con COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.
- Manual único de calificación de invalidez.



Sentencia Tutela
RADICADO TUTELA: 110014088038 2021 065
ACCIONANTE: SIERVO BEJARANO CHITIVA
ACCIONADO: EPS SALUD TOTAL
Derechos Fundamentales: vida y salud.

4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.-

4.1. Procedencia de la Tutela.-

Dispone el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el numeral 2º del artículo 42 de la misma norma, que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades que hayan vulnerado, afecten, o amenacen vulnerar cualquiera de los derechos fundamentales, e igualmente, contra las acciones u omisiones de los particulares encargados de la prestación del servicio público.

El artículo 86 de la Constitución Política que establece la acción de tutela, prevé que toda persona podrá reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados y amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad.

4.2. De la Competencia.-

De conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el numeral 1º del artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, a los Jueces Municipales, les serán repartidas para su conocimiento, en primera instancia, las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares.

En consecuencia, éste despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela, por haber sido instaurada contra un particular.

4.3. Legitimación en la causa por activa y pasiva.-

En la tutela de la referencia los requisitos en mención se cumplen cabalmente, puesto que la acción de tutela fue interpuesta por el señor **SIERVO BEJARANO CHITIVA**, para solicitar la protección de los derechos fundamentales a la vida, salud y dignidad humana.

Por su parte, la acción de amparo se dirigió contra **EPS SALUD TOTAL**; por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida, salud y dignidad humana.

4.4. Problema Jurídico.-

Conforme a la petición de tutela, se trata de establecer si la presunta omisión de la **EPS SALUD TOTAL**, al no emitir concepto favorable o desfavorable de rehabilitación pasados mas de 150 días y allegarlo a la AFP, vulnera los derechos fundamentales del accionante.

4.5. De los derechos fundamentales.-

4.5.1 Derecho a la seguridad social.

El artículo 48 de la Carta Política, dispone que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público en cabeza del Estado, que debe garantizarse a todas las personas *“en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”*. Para la Corte Constitucional, la seguridad social es un derecho de raigambre fundamental, que



Sentencia Tutela
RADICADO TUTELA: 110014088038 2021 065
ACCIONANTE: SIERVO BEJARANO CHITIVA
ACCIONADO: EPS SALUD TOTAL
Derechos Fundamentales: vida y salud.

debe ser definido de la siguiente manera: *“conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”¹*

En Sentencia T-628 de 2007, la Corte Constitucional estableció que la finalidad de la seguridad social guarda:

“necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político, donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación”

Aunado a lo anterior, es necesario destacar que el concepto de *“seguridad social”* hace referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas; por ello, con respecto al contenido de este especial derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19 destacó que:

“El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.”

En reiteradas ocasiones, la Corte ha señalado que la el carácter fundamental de este especial derecho, se encuentra sustentado en su vínculo funcional con el principio de dignidad humana y en la satisfacción real de los derechos humanos, pues, a través de éste, resulta posible que las personas afronten con decoro las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos.

De igual modo, en Sentencia T-200 de 2010, se destacó que la importancia de este derecho radica en que *“su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional”* y, por tanto, se constituye en un elemento esencial para la materialización del modelo del Estado social de derecho, que nos define como una sociedad fundada en los principios de dignidad humana, solidaridad, trabajo y prevalencia del interés general.

4.5.2 El debido proceso en el trámite de la calificación de la pérdida de capacidad laboral.

¹ Sentencia T -036 de 2017.



Sentencia Tutela
RADICADO TUTELA: 110014088038 2021 065
ACCIONANTE: SIERVO BEJARANO CHITIVA
ACCIONADO: EPS SALUD TOTAL
Derechos Fundamentales: vida y salud.

El derecho fundamental al debido proceso se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y establece que éste debe ser aplicado a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

El debido proceso contiene las garantías necesarias para proteger los derechos fundamentales de las personas sometidas a actuaciones realizadas por órganos judiciales y administrativos. Para que esto suceda es necesario que exista una regulación previa en la cual se determine el desarrollo de los actos que se estén realizando, las oportunidades de intervención de las partes, mecanismos de defensa, entre otros. De ahí que se proceda a proteger la efectiva aplicación de la impartición de justicia.

Adicionalmente se pretende asegurar un buen desarrollo de la función pública administrativa que se encuentre acorde con los lineamientos Constitucionales y legales con el fin de evitar actuaciones abusivas y arbitrarias por parte de los órganos administrativos.

Frente a lo expuesto, la Corte Constitucional, en la sentencia C-089 de 2011 afirmó que *“el derecho al debido proceso administrativo se vulnera por parte de las autoridades públicas, cuando estas no respetan las normas sustanciales y procedimentales previamente establecidas por las leyes y los reglamentos y con ello se vulnera de contera el derecho al acceso a la administración de justicia.”*

De ahí que, cualquier actuación administrativa que se encuentre contraria a los lineamientos preestablecidos por los órganos judiciales conlleva a la vulneración del derecho fundamental al debido proceso. Expuesto de forma general el debido proceso administrativo, procede la Corte a realizar una exposición acerca de la calificación de pérdida de capacidad laboral para establecer las regulaciones que se deben respetar al momento de realizar este tipo de actuaciones administrativas.

La calificación de pérdida de capacidad laboral permite a las personas acceder a servicios médicos o prestaciones económicas que devienen de incapacidades o, incluso, pensión de invalidez. Frente a ello, la Corte, en la sentencia C-1002 de 2004, expresó que *“[l]as juntas de calificación de invalidez emiten decisiones que constituyen el fundamento jurídico autorizado, de carácter técnico científico, para proceder con el reconocimiento de las prestaciones sociales cuya base en derecho es la pérdida de la capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social. Como ya se dijo, el dictamen de las juntas es la pieza fundamental para proceder a la expedición del acto administrativo de reconocimiento o denegación de la pensión que se solicita. En este sentido, dichos dictámenes se convierten en documentos obligatorios para efectos del reconocimiento de las prestaciones a que se ha hecho alusión.”*

Ahora bien, la calificación del estado de invalidez se encuentra consagrada en el artículo 41 de la ley 100 de 1993 donde se establece, entre otras cosas, que el estado de invalidez debe ser determinado conforme a los lineamientos establecidos en el manual único para la calificación de invalidez vigente – actualmente regulado por el Decreto 917 de 1999-. Además, determina los entes encargados de emitir el concepto del dictamen de pérdida de capacidad laboral o invalidez como el Instituto de Seguros Sociales, las Entidades Promotoras de Salud, Administradoras de Riesgos Profesionales, Compañías de Seguros que asumen riesgos de invalidez o muerte y las respectivas juntas de calificación de invalidez. Todos estos entes deben expedir los actos de calificación expresando los fundamentos de hecho y de derecho que los llevó a tomar la decisión final y, además, deben informar los recursos que proceden en contra de la decisión tomada.



Sentencia Tutela
RADICADO TUTELA: 110014088038 2021 065
ACCIONANTE: SIERVO BEJARANO CHITIVA
ACCIONADO: EPS SALUD TOTAL
Derechos Fundamentales: vida y salud.

Por otro lado, el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral ante las juntas de calificación de invalidez se encuentra regulado en capítulo III del Decreto 2463 de 2001 "Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez". Esta norma determina todos los requisitos y procesos que debe llevar la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral; así como la forma en que las juntas de calificación de invalidez deben adoptar sus decisiones.

Dentro de dichas regulaciones, el decreto establece las oportunidades en las cuales, la persona que solicita la calificación, tiene la facultad de controvertir las decisiones emitidas dentro de su proceso de calificación. De igual forma, la Ley 100 de 1993 contiene que:

"En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones -

Colpensiones-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la COLPENSIONES por cuenta de la respectiva entidad.

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 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.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto 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. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto. (...) (negrilla e interlineado propio).



Sentencia Tutela
RADICADO TUTELA: 110014088038 2021 065
ACCIONANTE: SIERVO BEJARANO CHITIVA
ACCIONADO: EPS SALUD TOTAL
Derechos Fundamentales: vida y salud.

Como se puede observar en el texto transcrito, existe un procedimiento establecido en cuanto al reconocimiento de la pensión por invalidez, lo que implica el agotamiento de unas etapas en las que participan diferentes entidades, que deben trabajar de manera armonica en pos de garantizar el derecho a la seguridad social de los ciudadanos, en el texto anterior se ve claramente la función que tienen tanto las EPS, como los fondos de pensiones y las juntas de calificación de invalidez, y que cualquier obstrucción por alguna de ellas puede ocasionar la vulneración del debido proceso en relación con el acceso a la pensión..

Frente a lo expuesto, la Corte Constitucional, en la sentencia T-108 de 2007, ha expresado que *“Durante este trámite, tal como lo ha señalado la Corte, el interesado tiene los derechos propios de todo interviniente en una actuación administrativa, y, especialmente, el derecho a que se dé la oportunidad de controvertir la calificación o valoración médica relativa a la disminución de su capacidad laboral, tal y como se encuentra previsto en los artículos 11, 35 y 40 del Decreto 2463 de 20017 . Lo anterior, constituye la materialización del derecho al debido proceso, el cual, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, debe ser respetado durante el trámite que se sigue por estas entidades.”*

4.6. DEL CASO CONCRETO.

El señor SIERVO BEJARANO CHITIVA presentó el amparo constitucional contra EPS SALUD TOTAL, con el objetivo de emita concepto favorable o desfavorable de rehabilitación para para así acceder al procedimiento de solicitud de la pensión de invalidez.

El señor SIERVO BEJARANO CHITIVA manifestó padecer CANCER DE PROSTATA MÁS ADENOCARCINOMA INFILTRANTE Y METASTÁSICO DE PRÓSTATA, diagnosticado desde el día 6 de septiembre de 2019, que a la fecha se ha venido deteriorando su estado de salud como se puede observar en la incapacidad del 23 de junio de 2020“(C61) TUMOR MALIGNO DE LA PROSTATA (...) (C79.5) TUMOR MALIGNO SECUNDARIO DE LOS HUESOS Y DE LA MEDULA OSEA”.

A partir de ello desde el día 28 de noviembre de 2020, mediante la autorización de consulta externa Número 01361-20376036, el médico especialista en urología Sandra Milena Corredor Cifuentes autoriza “CONSULTA EXTERNA – CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN MEDICINA DE TRABAJO O SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO PRIORITARIA DEFINICIÓN CONTINUADA INCAPACIDAD-”, sin que a la fecha se haya llevado a cabo dicha valoración, en cuentas del accionante van mas de 540 días sin que al accionante se le haya realizado valoración por médico laboral y sin que la EPS SALUD TOTAL haya emitido concepto favorable o desfavorable de rehabilitación contrariando lo estipulado en el artículo 142 del decreto 019 de 2012:

“Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto 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. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.”(negrilla e interlineado propio)

En relación con la respuesta emitida por EPS SALUD TOTAL, se observa que dicha entidad se pronunció unicamente en el entendido de que no es la entidad responsable de



Sentencia Tutela
RADICADO TUTELA: 110014088038 2021 065
ACCIONANTE: SIERVO BEJARANO CHITIVA
ACCIONADO: EPS SALUD TOTAL
Derechos Fundamentales: vida y salud.

llevar a cabo la calificación de la pérdida de capacidad laboral, alegando en ese sentido la improcedencia por no vulnerar ningún derecho del accionante y falta de legitimación por pasiva, ignorando por completo su responsabilidad en la emisión del concepto favorable o desfavorable de rehabilitación antes mencionado.

Por su parte, en sentencia T-246 del 26 de junio de 2018 del 26 de junio de 2018 proferida por la Corte Constitucional, reafirma lo anteriormente dicho, al manifestar que:

“En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Al respecto, si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, esta Corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación (...) si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.”

Es importante señalar que tras revisar toda la historia clínica del accionante, se vislumbra que el tiempo transcurrido entre algunas incapacidades tuvo pequeñas interrupciones de intervalos que no superaron mas de dos días, sin embargo en el intervalo del día 12 de septiembre de 2019 y hasta el 22 de marzo de 2020 transcurrieron mas de 150 días, por lo tanto desde ese momento EPS SALUD TOTAL tenía la obligación legal de emitir el concepto favorable o desfavorable de rehabilitación para que el fondo de pensiones del accionante llevara a cabo las gestiones pertinentes para la calificación de la pérdida de capacidad laboral y por ende conceder la posibilidad de que el accionante pudiera iniciar los tramites para solicitar la pensión por invalidez de llegar a proceder, por lo tanto se observa que existe una flagrante vulneración a los derechos a la seguridad social, al debido proceso en relación con la seguridad social y a la dignidad humana, ya que el desconocimiento de los derechos del accionante han convergido con su situación de salud la cual es cada día mas delicada según se observa en su historia clínica.

Respecto de la solicitud del fondo de pensiones del accionante COLFONDOS S.A., de vincular a las presentes diligencias a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A en el marco de Póliza de Siniestro 6000-0000015-01 suscrita entre estas partes, cabe aclarar que su vinculación en el presente trámite de tutela era para constatar si habia recibido o no concepto favorable o desfavorable de rehabilitación por parte de la accionada, con el fin de seguir el curso del respectivo trámite, como es presupuesto legal la emisión previa de dicho concepto, no es dable a este despacho exigir al fondo de pensiones que realicen las gestiones ante la junta de calificación sin haber obtenido la documentación necesaria por parte de la EPS, sin embargo se exhorta a COLFONDOS S.A. en virtud de la vulneración injusta de la que ha sido sujeto el señor SIERVO BEJARANO CHITIVA, se sirva prestar toda la asesoría necesaria e iniciar los trámites de calificación haciendo las gestiones pertinentes con la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A, una vez la EPS SALUD TOTAL allegue el respectivo concepto.

En consecuencia, se ordenará a la EPS SALUD TOTAL emitir el concepto favorable o desfavorable de rehabilitación del señor SIERVO BEJARANO CHITIVA, en el término de 10



Sentencia Tutela
RADICADO TUTELA: 110014088038 2021 065
ACCIONANTE: SIERVO BEJARANO CHITIVA
ACCIONADO: EPS SALUD TOTAL
Derechos Fundamentales: vida y salud.

días contados a partir de la notificación de la presente providencia y ante lo cual debiera seguir pagando las incapacidades del accionante hasta tanto emita el respectivo concepto ante el fondo de pensiones del accionante.

Al no estar llamado a responder por vulneración a los derechos fundamentales del accionante se procede a desvincular a COLFONDOS S.A.

5. DECISIÓN:

Por lo expuesto, el Juzgado 38 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

- PRIMERO:** Conceder el amparo a los derechos fundamentales a la seguridad social, debido proceso y dignidad humana del señor **SIERVO BEJARANO CHITIVA** en contra de la **EPS SALUD TOTAL**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
- SEGUNDO:** Ordenar al representante legal de la **EPS SALUD TOTAL** o a quien haga sus veces, **que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta providencia**, emita el concepto favorable o desfavorable de rehabilitación del señor **SIERVO BEJARANO CHITIVA**, y ante lo cual deberá seguir pagando las incapacidades del accionante hasta tanto emita el respectivo concepto ante el fondo de pensiones del accionante.
- TERCERO:** **Desvincular** a COLFONDOS S.A. de acuerdo a la parte motiva del fallo.
- CUARTO:** De conformidad con los artículos 30, 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, notifíquese en legal forma la presente decisión y una vez cumplido este trámite, si dentro del término de los tres días siguientes, fuere impugnada, remítase al Superior funcional. En su defecto, se remitirá de manera inmediata a la **Corte Constitucional**, para su eventual revisión.
- QUINTO:** El presente fallo podrá ser impugnado dentro de los tres días siguientes a su notificación, como lo estipula el artículo 31 ídem.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LIGIA AYDEE LASSO BERNAL
JUEZ