



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

SENTENCIA No. 73

Santiago de Cali, primero (1°) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Corresponde al despacho proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela incoada en nombre propio por el señor Martín García Cruz en contra de Coomeva E.P.S., y la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, trámite al que fue vinculada en calidad de accionada la empresa Seguridad Atlas Ltda.

I. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS

Señaló el actor que se encuentra afiliado a Coomeva EPS y a COLPENSIONES como A.F.P.

Relata que es paciente grave por infarto y padece de angina crónica y trastorno de ansiedad.

Explica que se encuentra incapacitado desde hace año y medio y que a la presente le adeudan las siguientes incapacidades radicadas ante Colpensiones:

No. 10835723 del 27 de septiembre de 2017 por 20 días

No. 10934681 del 27 de octubre de 2017 por 10 días y

No. 10905005 del 17 de octubre de 2017 por 10 días.

Refiere que ante su no pago radicó petición ante Colpensiones, informándosele por parte de ésta que no tenía derecho atendiendo concepto no favorable de rehabilitación.

Agrega que tiene pendiente una prueba neurológica por parte de Coomeva EPS ordenada desde el 20 de octubre de 2017 pero aún no ha sido autorizada.

Por último señala que el pago de las referidas incapacidades son su único medio de sustento.

1.2. PRETENSIONES

Se pretende por este medio la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social e igualdad y que en consecuencia se ordene el pago de las incapacidades no canceladas así como las reconocidas en lo sucesivo por su condición de salud, igualmente se ordene a Coomeva EPS autorizar la prueba neurológica, vital para podersele calificar la pérdida de su capacidad laboral.

II. TRÁMITE PROCESAL

Al reunir los requisitos previstos en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, la solicitud de tutela fue admitida por medio del Auto Interlocutorio N° 821 de 21 de noviembre de 2017, concediéndosele a dichas entidades un término de 3 días para que se rindiera informe documentado sobre los hechos que motivan la acción, decisión que les fue notificada en debida forma¹.

III. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

COOMEVA EPS

No rindió el informe respectivo.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Manifiesta que una vez revisados sus bases de datos y aplicativos se evidencia que el señor García Cruz cuenta con concepto de rehabilitación con pronóstico desfavorable emitido por Coomeva EPS y en este sentido no es posible el reconocimiento de los subsidios económicos solicitados, tal como le fuera informado al actor.

Agrega que en este caso debe el accionante acercarse a un Punto de Atención de Colpensiones (PAC) y adelantar un trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral, coligiendo en que debe declararse la improcedencia del presente medio constitucional toda vez que no se asoma por parte de esta entidad vulneración alguna de derecho fundamental del actor y por el contrario Colpensiones ha actuado con diligencia.

Indica que conforme a lo dispuesto en el Decreto 019 de 2012, a la AFP le corresponde cancelar las incapacidades cuando sobrepasen el día 180 hasta el día 540, siempre y cuando exista concepto favorable, lo cual no ocurre en el sub lite y por tanto no está obligada al pago reclamado.

Frente a la fecha en que le fue remitido el concepto no favorable de rehabilitación no la precisa, solo hace referencia a la Resolución No. Resolución No. ML-I No. 9998 de 2017 *“por la cual se reconoce y ordena el pago de subsidio por incapacidades a favor de Martín García Cruz”* por valor total de \$885.261 pesos de

¹ Ver folios 16 a 23 del expediente.

fecha 10 de octubre de 2017 emitido por la Dirección de Medicina Laboral. (folios 34 a 44).

IV. RESPUESTA DE LA ENTIDAD VINCULADA

SEGURIDAD ATLAS LTDA.

Informa a esta instancia judicial que efectivamente el accionante es un empleado de su empresa vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 4 de diciembre de 2014.

Refiere que durante la vigencia del contrato de trabajo el actor presentó incapacidades por 180 días y de origen común desde el 13 de febrero de 2017 hasta el 11 de agosto de 2017, las cuales fueron canceladas directamente por Seguridad Atlas Ltda. Y que el trabajador continuó siendo incapacitado desde el 12 de agosto de 2017 hasta la fecha, incapacidades estas últimas que fueron tramitadas por su empleador para que fuesen liquidadas y pagadas por la EPS sin que hasta la fecha hayan sido canceladas al actor.

Respecto de su responsabilidad en calidad de empleador, expresa que ha cumplido integralmente con su obligación laboral con el accionante y que no está a su cargo el pago de las prestaciones económicas relacionadas por el accionante en el escrito de tutela pues conforme a la normatividad en materia de seguridad social, las administradoras de salud y riesgos profesionales son las llamadas a garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados así como el reconocimiento y pago oportuno de las mismas

Finalmente concluye que por su parte no se le ha vulnerado derecho fundamental alguno al señor García Cruz. (folios 52 a 77)

V. CONSIDERACIONES

5.1. PRESUPUESTOS PROCESALES.- Los requisitos indispensables para la válida conformación de la relación jurídica procesal deben ser motivo de estudio antes de centrarse en el fondo del presente asunto litigioso.

Respecto de la competencia no existe reparo alguno, toda vez que este Despacho es competente para resolver sobre la protección constitucional solicitada, conforme a lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, y el párrafo 2° del numeral 1° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000.

La capacidad para ser parte, para obrar procesalmente, se manifiestan ostensiblemente en el caso de autos, tanto en el accionante quien se encuentra facultado de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, así como por las accionadas quienes son entidades tanto de derecho público como privado, con personería jurídica y pueden comparecer al proceso.

Con relación a la solicitud, se atempera a los requisitos legales.

5.2. NORMAS LEGALES APLICABLES. Los derechos objeto de protección en el presente asunto se encuentran regulados entre otros, en los artículos 13, 29, 48 y 53 de la Constitución Política.

5.3. EL PROBLEMA PLANTEADO. De acuerdo con los hechos fundamento de la solicitud de tutela corresponde a este despacho dar respuesta al interrogante, a saber:

¿Se encuentra probada la vulneración de los derechos fundamentales del accionante a la seguridad social, vida digna, salud, mínimo vital e igualdad y en consecuencia hay lugar a ordenar el pago de las incapacidades pretendidas con cargo a las entidades accionadas?

5.4. FUNDAMENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.-

- DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

La Corte Constitucional en sentencia T – 729 del 19 de septiembre de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada, sobre el tema señaló:

“La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente:

“La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...).”

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por las Naciones Unidas en 1966, aprobado en Colombia mediante Ley 74 de 1968 y ratificado por el Estado colombiano el 29 de octubre de 1969 afirma que:

“Artículo 9. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado al ordenamiento jurídico colombiano por Ley 319 de 1996 prescribe:

“Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de

la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

De la lectura de las normas transcritas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que les permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral.

DERECHO AL MÍNIMO VITAL Y VIDA DIGNA

Frente a este derecho la Corte Constitucional ha indicado que es *“el que tienen todas las personas a vivir bajo unas condiciones básicas o elementales que garanticen un mínimo de subsistencia digna (...)”*², derecho que también ha indicado no puede ser evaluado desde un punto cuantitativo sino también cualitativo, es decir, su evaluación y aplicación no es general sino que se debe adecuar al caso en concreto, verificándose *“el nivel de vida”* de quien deprecia su amparo, lo que constituyen para aquel sus necesidades básicas y si su insatisfacción detenta contra el derecho a la dignidad humana (*Consúltese la Sentencia T-581 A del 25 de julio de 2011 M.P: Mauricio González Cuervo*).

En efecto, la Alta Corporación en materia constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que el mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, pues *“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”*³.

DERECHO A LA IGUALDAD

La Corte Constitucional ha dicho que *“La igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental”*⁴.

La aludida Corporación en la sentencia C-250 del 28 de marzo de 2012, con ponencia del Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, frente al principio – derecho a la igualdad sostuvo:

“(…) De los diversos contenidos del principio general de igualdad, surgen a su vez el derecho general de igualdad, cuya titularidad radica en todos aquellos que son objeto de un trato diferenciado injustificado o de un trato igual a pesar de encontrarse en un supuesto fáctico especial que impone un trato diferente, se trata entonces de un derecho

² Ver entre muchas, sentencias SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-1735 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-054 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-552 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

³ Sentencia T-184 de 2009.

⁴ Sentencia C-818 del 13 de octubre de 2010, magistrado ponente Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

fundamental que protege a sus titulares frente a los comportamientos discriminatorios o igualadores de los poderes públicos, el cual permite exigir no sólo no verse afectados por tratos diferentes que carecen de justificación sino también, en ciertos casos, reclamar contra tratos igualitarios que no tengan en cuenta, por ejemplo, especiales mandatos de protección de origen constitucional (...).

VI. DESARROLLO DEL PROBLEMA.

6.1. PRUEBAS.

Se aportaron los siguientes medios de pruebas:

6.1.1. Copia del historial clínico del actor proveniente de la entidad Grupo Mente Sana con diagnóstico de "Trastorno de ansiedad, no especificado". (folio 1)

6.1.2. Copia de historia clínica de Angiografía de Occidente con diagnóstico de ingreso "enfermedad aterosclerótica del corazón" (folios 2 a 3).

6.1.3. Copia de respuesta dada por Colpensiones al actor de fecha 15 de noviembre de 2017 por medio del cual le informa que no es posible continuar con el reconocimiento del subsidio por incapacidad reclamado por estar incurso en la causal **"concepto de rehabilitación no favorable"** y se le exhorta para que solicite cita de valoración de pérdida de la capacidad laboral (folio 4/46)

6.1.4. Copia de orden médica de fecha 20 de octubre de 2017 para el procedimiento "Aplicación de prueba neuropsicológica cualquier tipo" expedido por el medico de apoyo a programas especiales Dra. Diana Vivas Álzate, adscrita al prestador de salud "Grupo Montesana S.A.S." (folio 5)

6.1.5. Copias de 3 certificados de incapacidad otorgadas al actor por parte de Coomeva EPS, detalladas de la siguiente manera: (folios 6 a 8)

Origen: Enfermedad General.

Fecha Inicial: 2017/09/27 Fecha Final: 2017/10/16 Días autorizados: 20

Fecha Inicial: 2017/10/17 Fecha Final: 2017/10/26 Días autorizados: 10

Fecha Inicial: 2017/10/27 Fecha Final: 2017/11/05 Días autorizados: 10

6.1.6. Copia del concepto de rehabilitación y remisión expedido por Coomeva EPS de fecha 13 de septiembre de 2017 con pronóstico de **"No Favorable"**; y orden de remisión del paciente **"por concepto no favorable de rehabilitación, calificar pérdida de capacidad laboral"**, y en cuyo parte final firma el actor notificado de remisión y del trámite que debe seguir. (folio 25/51)

6.1.7. Copia de certificación en la que se indica que al accionante se le ha cancelado la suma de \$885.261.00 por parte de Colpensiones. (folio 27/49)

6.1.8. Copia de Resolución No. ML-I No. 9998 de 2017 “por la cual se reconoce y ordena el pago de subsidio por incapacidades a favor de Martín García Cruz” por valor total de \$885.261 pesos correspondiente a periodos de incapacidad comprendidos del 2017/8/12 a 2017/8/14, 2017/8/15 a 2017/8/17 y del 2017/8/18 a 2017/9/16 para un total de 36 días de incapacidad en favor del accionante. (folios 28 a 31/ 47 a 48)

6.1.9. Copia de respuesta dada por Colpensiones al actor de fecha 10 de octubre de 2017 por medio del cual le informa los periodos de incapacidades reconocidos mediante la Resolución No. ML-I No. 9998 de 2017. (folio 32 a 33/45)

6.1.10. Copia del formulario único de afiliación e inscripción del actor a Coomeva EPS con fecha de radicación 4 de diciembre de 2004. (folio 62/75)

6.1.11. Copia de constancia proveniente del Seguro Social por medio de la cual se acredita el ingreso del señor García Cruz a dicha institución desde el 16/02/1998. (folio 63/76)

6.2. CASO EN CONCRETO

De conformidad con las pruebas aportadas al proceso, particularmente con el contenido de la Resolución No. ML-I No. 9998 de 2017 “*por la cual se reconoce y ordena el pago de subsidio por incapacidades a favor de Martín García Cruz*” mediante la cual en uno de sus apartes Colpensiones confirma que se encuentra obrante “*el certificado de relación de incapacidades expedido por la EPS donde relacione o describa el reconocimiento y pago de los primeros 180 días de incapacidad médica temporal*”, ratificando con ello lo dicho por el actor en su escrito de tutela y por la vinculada Seguridad Atlas Ltda., al tenerse por cierto que efectivamente se han superado los 180 días de incapacidad ininterrumpida en favor del accionante.

No hay debate frente a la remisión y envío por parte de Coomeva EPS del concepto de rehabilitación no favorable del actor a Colpensiones, al punto que la misma AFP afirma haber recibido el mismo, aseveración que fue incorporada en el acto administrativo descrito en líneas anteriores y que suscitó en favor del señor García Cruz el reconocimiento y pago por parte de Colpensiones de \$885.261 pesos correspondiente a periodos de incapacidad comprendidos del 2017/8/12 a 2017/8/14, 2017/8/15 a 2017/8/17 y del 2017/8/18 a 2017/9/16 para un total de 36 días de incapacidad.

En este orden de ideas, el Despacho debe determinar la viabilidad de ordenar el pago de las incapacidades solicitadas y en cabeza de qué entidad está la obligación legal de efectuar dicho pago.

Frente a lo aquí pretendido, deben hacerse algunas acotaciones en cuanto a (i) la procedencia excepcional de la acción tutela en casos de cobro de incapacidades, y (ii) el reconocimiento y pago de incapacidades que superen los 180 días.

La Corte Constitucional⁵ ha sido reiterativa en considerar que la acción de tutela de manera excepcional, resulta procedente para reconocer el pago de incapacidades médicas bajo el entendido de que al no contar el trabajador con otra fuente de ingresos para garantizar su sostenimiento y el de las personas que dependan de él, la negativa frente al pago de las mismas puede redundar en una vulneración a los derechos al mínimo vital, seguridad social y vida digna, caso en el cual es imperativa la intervención del juez constitucional.

En cuanto al pago de prestaciones sociales por esta vía se ha dicho por la H. Corte Constitucional⁶ que no es procedente ordenar vía tutela pago alguno por concepto de acreencias laborales, pues quien exija su pago cuenta con los mecanismos judiciales ordinarios para obtener el mismo; excepcionalmente se podrá acceder a este tipo de peticiones siempre y cuando en el plenario esté debidamente acreditado la ocurrencia de un perjuicio irremediable en el evento que no se acceda, o se vea afectado el derecho fundamental al mínimo vital.

Aclarado lo anterior, considera el Despacho que en el presente asunto, dado que el actor viene presentado incapacidades ininterrumpidas desde el 13 de febrero de 2017 a la fecha es posible entrar a pronunciarse frente al pago de los derechos económicos que por tal padecimiento deben ser reconocidos, teniendo en cuenta que su estado de salud lo coloca en una situación de indefensión que hacen posible analizar su caso por esta vía.

Entonces, en aras de clarificar la procedencia de lo pretendido, resulta imperioso precisar las pautas y/o lineamientos fijados por la jurisprudencia constitucional en cuanto a las incapacidades de origen común que superan los 180 días, tal y como acontece en el sub lite.

En la sentencia T – 245 de 2015 la Corte Constitucional puntualizó lo siguiente:

4. Reconocimiento de incapacidades laborales de origen común superiores a los 180 días

El artículo 48 Superior consagró el derecho a la seguridad social, los principios que deben regirla y autorizó al legislador para que expidiera las leyes necesarias a fin de lograr el desarrollo integral del sistema.

En cuanto a las contingencias que llegare a padecer un trabajador en razón a una enfermedad o lesión que lo incapacite para laborar en forma permanente o temporal, el legislador contempló distintas situaciones que en cada evento se pueden presentar y los procedimientos a seguir, con el único fin de garantizar que la persona afectada no interrumpiera sus tratamientos médicos o que pudiera percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, según el caso.

⁵ Ver entre otras Sentencia T-643 de 2014.

⁶ Ver Sentencia T 157 -14 del 14 de marzo de 2014, expediente T 4138084, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa.

Así, la obligación del empleador de asumir el auxilio monetario correspondiente a la incapacidad comprobada para cumplir sus labores fijada en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, fue trasladada por la Ley 100 de 1993, en principio, a la entidad promotora de salud a la cual se encontrare afiliado el trabajador.

Ahora bien, habida cuenta del desarrollo normativo posterior de dicha disposición, se advierte que la entidad responsable del reconocimiento y pago de la referida prestación económica depende de la duración del cese de labores por razones médicas.

En efecto, si la incapacidad es igual o menor a dos días, será asumida directamente por el empleador, como lo establece el Decreto reglamentario 1406 de 1999 recientemente modificado por el Decreto reglamentario 2943 de 2013.

Por su parte, a la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador le corresponde realizar lo propio a partir del tercer día y hasta el día 180, siempre y cuando la misma no sea prórroga de otra. Cabe advertir que las incapacidades se entienden prorrogadas cuando entre una y otra no existe un lapso mayor a 30 días y corresponden a la misma enfermedad. En relación con este deber la Corte Constitucional ha determinado algunas situaciones excepcionales en que esa competencia se traslada al empleador.

En ese periodo, la entidad promotora de salud debe emitir el concepto favorable de rehabilitación antes del día 120 de incapacidad temporal y remitirlo a más tardar el día 150 al fondo de pensiones al cual se encuentre cotizando la persona. En caso de que omita dicha obligación y se hayan agotado los primeros 180 días de incapacidad, la EPS deberá continuar con el pago de los días posteriores hasta tanto expida el correspondiente concepto. En este caso, compete al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades ante la EPS.

Entregado el referido dictamen, corresponde a las administradoras de pensiones reconocer las incapacidades a partir del día 181 hasta por 360 días adicionales, como lo dispone el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012...

Teniendo en cuenta que en ese lapso la persona también se encuentra cesante, la norma protegió su mínimo vital disponiendo que el fondo de pensiones al cual se encuentre cotizando sea quien asuma el pago de un valor equivalente a la prestación que le canceló la EPS durante los primeros 180 días.

Al respecto, se destaca que la intención del legislador se circunscribe a que en dicho término el trabajador dependiente o independiente se recupere o se pensione, para lo cual es menester que se califique la pérdida de su capacidad de manera que se determine si fueron superadas las patologías que imposibilitaban su desempeño o, si por el contrario, su condición impide de forma permanente que se reincorpore a sus tareas habituales, lo cual haría procedente el reconocimiento de la respectiva pensión de invalidez.

La Corte ha manifestado que la obligación de pago a cargo del fondo de pensiones se puede extender cuando: “el afiliado no alcance el porcentaje requerido de invalidez o se le haya dictaminado una incapacidad permanente parcial, y por sus precarias condiciones de salud se sigan generando incapacidades laborales, le corresponde... hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez”.

En suma, la Corte advierte que para obtener el pago de las incapacidades otorgadas entre el día 181 y el 540, se requiere: i) contar con el concepto de rehabilitación favorable expedido por la entidad promotora de salud y, ii) que la persona se encuentre activa y afiliada a una entidad administradora del sistema general de seguridad social en pensiones.

En relación con la remisión a la AFP en la cual se encuentre afiliada la persona, esta Corporación ha considerado que la EPS debe adelantar el acompañamiento necesario, para lo cual está en la obligación de enviar directamente los documentos correspondientes al fondo de pensiones correspondiente, para que este inicie el pago de las incapacidades y promueva la calificación del trabajador.

Lo anterior tiene sustento en que no es admisible constitucionalmente que el empleado enfermo tenga que soportar cargas administrativas o trámites adicionales que no tiene por qué asumir. De tal forma, todas las entidades que hacen parte del sistema general de seguridad social deben actuar armónicamente, para que se le garantice al afiliado la resolución oportuna y efectiva, sin que se pongan en riesgo sus condiciones mínimas de subsistencia. (Subrayas y negrilla del Despacho).

Ahora bien, frente a los requisitos exigidos para el pago de incapacidades, el Decreto 1804 de 1999 prevé los siguientes:

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al Sistema, el período de qué trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al Sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias. Esta disposición comenzará a regir a partir del 1º de abril del año 2000.

2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que

deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora.

Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.

En estos mismos eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias.

3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema.

4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente.

Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes.

En cuanto a los requisitos exigidos por el citado Decreto 1804 de 1999, considera esta instancia que dadas las características de esta acción y la situación del actor, se debe dar aplicación al principio de la carga dinámica de la prueba⁷; así las cosas debieron Coomeva EPS y Colpensiones probar o desvirtuar el incumplimiento de los mismos, empero el silencio de Coomeva eps y el no pronunciamiento frente a este tópico por parte de la AFP respecto de si el actor cumplió o no con tales hace presumir a esta instancia que estos se encuentran cumplidos.

Adicionalmente, debe precisar el Despacho que no considera viable en sede de tutela exigir al accionante, en las condiciones en que se encuentra, esto es, reclamando el pago de unas incapacidades por más de 180 días, el pago oportuno de los aportes respectivos pues es evidente que el no pago de dicha incapacidad genera una imposibilidad económica de sufragar sus necesidades básicas, entre ellas, el pago de la seguridad social.

⁷ Artículo 167 del CGP.

Lo anterior, como quiera que las circunstancias fácticas aquí evidenciadas ponen de presente una situación de debilidad manifiesta que en presencia de un Estado Social de Derecho amerita no solo un pronta sino una efectiva protección por parte del juez constitucional, quien debe actuar en pro de hacer cesar la vulneración de los derechos fundamentales en cabeza de quien acude al amparo constitucional; sumado a lo anterior nada se dijo por parte de las accionadas al respecto, silencio ante el cual se reitera, se presume que se ha efectuado el pago respectivo, ratificadorio de lo dicho por el empleador Seguridad Atlas Ltda.

Retomando lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia narrada, frente al cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Ley 019 de 2012 tenemos que:

De la relación de las incapacidades que le han sido reconocidas pero no pagadas al demandante, el Despacho advierte que existe continuidad desde el **27 de septiembre de 2017 hasta el 5 de noviembre de 2017**, frente a las que le precedieron el actor ha manifestado le fueron pagadas, por tanto no se hace necesario pronunciarse frente a estas.

Debe hacerse claridad que Colpensiones previo a no reconocer el subsidio por incapacidad correspondiente a los periodos del 2017/09/27 al 2017/10/16, del 2017/10/17 al 2017/10/26 y del 2017/10/27 al 2017/11/05, -aquí reclamados en sede de tutela-, esta misma entidad mediante la **Resolución No. ML-I No. 9998 de 2017** ordenó reconocer y pagar en favor del actor tres subsidios por incapacidad para los periodos del 2017/8/12 a 2017/8/14, del 2017/8/15 a 2017/8/17 y del 2017/8/18 al 2017/9/16 por un valor total de \$885.261,00, lo que indefectiblemente lleva a concluir que Colpensiones mediante este acto administrativo dio inicio al pago de los subsidios por incapacidad superiores a 180 días y posteriormente escudado en el concepto de rehabilitación no favorable del actor denegó continuar cancelando tales subsidios.

Entonces, retomando lo dicho por la Corte Constitucional y la ley en especial el Decreto 019 de 2012 en su artículo 142 los dos primeros días de incapacidad deben ser cubiertos por el empleador, a partir de ese momento y hasta los 180 días siguientes debe ser cubierta por la EPS, quien antes del día 120 debe emitir concepto frente a la recuperación del afiliado y remitirlo a la AFP antes del día 150 de la incapacidad, so pena de continuar con la obligación de cancelar las incapacidades.

En el evento en que se remita el concepto de recuperación por parte de la EPS y éste sea favorable deberá la administradora de pensiones postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días y cancelar las incapacidades que se expidan a partir del 181 día.

Ahora bien, **si el concepto de rehabilitación no es favorable**, como en efecto ha acontecido en el presente asunto, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, y según si el porcentaje es superior al 50% y el afectado cumple con los

requisitos legales proceder a otorgar la pensión; si dicha calificación es menor al 50% debe ser reintegrado al cargo.

De conformidad con lo anterior la Corte Constitucional ha consolidado un precedente según el cual el pago de las incapacidades laborales por enfermedades generales que se causan a partir del día 181 corre por cuenta de la AFP, hasta tanto el trabajador se recupere **o su enfermedad sea valorada por la junta de calificación de invalidez**. Ello, por cuanto no es posible dejar desprotegido al trabajador y las normas deben interpretarse de conformidad con el principio de solidaridad⁸, así quedó expuesto en sentencia T-140 de 2016 donde se dijo:

“En conclusión, los pagos por incapacidades superiores a los primeros 180 días deben ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por 360 días adicionales, sin importar que ya se haya realizado la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuando este siga presentando afectaciones a su estado de salud que le impidan trabajar. Por lo anterior, el pago de estas incapacidades deberá continuarse después de transcurridos los 180 días iniciales hasta que el médico tratante emita un concepto en el que se determine que la persona está en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %.

“Teniendo en cuenta la normatividad citada, se entiende que la obligación de pago de las incapacidades temporales por enfermedad o accidente de origen común están en cabeza del empleador o de las diferentes entidades del Sistema de Seguridad Social Integral en función del tiempo transcurrido desde la primera incapacidad hasta la recuperación del trabajador o la calificación de la pérdida de la capacidad laboral tal y como se muestra en el siguiente cuadro:

Días de incapacidad / valor del subsidio	Encargado	Norma	Comentario.
1 a 2 / dos terceras partes del salario.	Empleador	Decreto Reglamentario 2493 de 2013, artículo 1.	El empleador deberá asumir el pago de las incapacidades y en general de todas las prestaciones garantizadas por el Sistema de Seguridad Social Integral cuando no haya afiliado al trabajador o cuando a pesar de haber sido requerido por las entidades del sistema, se haya encontrado en mora en las cotizaciones al momento de ocurrir el siniestro. Sentencia T-723 de 2014.
3 a 180 / dos terceras partes del salario durante los primeros 90 días y la mitad a partir del	Entidad Promotora de Salud	Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227.	Antes de cumplirse el día 120 de incapacidad, la EPS deberán emitir un concepto médico donde se determine si el trabajador va a recuperarse

⁸ Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-980 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba); T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza); T-137 de 2012 (M.P. Humberto Sierra) y T-263 de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio). Sentencia T-419 de 2015.

<i>Días de incapacidad / valor del subsidio</i>	<i>Encargado</i>	<i>Norma</i>	<i>Comentario.</i>
<i>día 91 y por el tiempo restante.</i>			<i>o no y enviarlo a la AFP antes del día 150. Si tal concepto no es emitido, la EPS deberá asumir el pago de las incapacidades superiores a 180 días y hasta que el mismo sea expedido. En todo caso, la regla general es que las EPS no asumen el pago de incapacidades superiores a 180 días. Sentencia T-729 de 2012.</i>
<i>181 a 540 / la mitad del salario.</i>	<i>Administradora de Fondos de Pensiones</i>	<i>Ley 100, artículo 41, inciso 5.</i>	<i>Aun cuando exista calificación de la pérdida de la capacidad laboral y al trabajador se le haya decretado la incapacidad permanente parcial, la AFP deberá asumir el pago de las incapacidades que se sigan generando y que sean posteriores a los primeros 180 días que fueron cubiertos por la EPS. Sentencia T-920 de 2009.</i>

En este orden de ideas, conforme la normativa legal aplicable al caso, las directrices jurisprudenciales trazadas por la Corte Constitucional y con fundamento en las circunstancias que resultaron probadas en el trámite de la presente acción constitucional, el Despacho ordenará a Colpensiones pagar al actor, si aún no lo ha hecho, las incapacidades que le fueron otorgadas entre el **27 de septiembre de 2017 hasta el 5 de noviembre de 2017**, si posterior a dicha fecha ha sido incapacitado y no ha habido interrupción superior a 30 días deberá la AFP continuar cancelándolas hasta tanto el trabajador se recupere o su enfermedad sea valorada por la junta de calificación de invalidez y el dictamen se encuentre en firme.

Por último, debe indicarse que no se evidencia por parte de la empresa Seguridad Atlas Ltda. Vulneración a derecho fundamental alguno del actor y por tanto será desvinculada de las resultas del proceso.

DE LA PRUEBA NEUROPSICOLÓGICA.

Probado está en el plenario, el padecimiento del accionante y la prescripción médica que invoca el actor no le ha sido autorizado con el fin de que le sea calificada su pérdida de capacidad laboral.

Sea pertinente recordar que las personas que pertenecen a un grupo de especial protección⁹ y que padecen de enfermedades que deterioran su salud (física o

⁹ Frente al tema puede consultarse la sentencia T-206 del 2013 con ponencia del Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

psicológica), o ponen en riesgo su vida, ameritan del Estado una especial protección dada la complejidad de su patología; en este caso el accionante cuenta con concepto de rehabilitación no favorable, en virtud de lo cual se considera es una persona que requiere protección estatal.

El derecho a la salud es un derecho fundamental, en virtud del cual el Estado debe garantizar el suministro de todo aquello que resulte necesario para la optimización del desarrollo integral en la medida de lo posible, sin que se interponga ningún tipo de traba u obstáculo por parte de la EPS tratante, llegando incluso a inaplicar las restricciones y/o limitaciones de orden legal.

En el presente caso es evidente conforme a la orden médica aportada, que al actor se le ha ordenado un examen, esto es, prueba neuropsicológica la cual es necesaria para la medición del estado de salud mental del paciente y con ello conocer el grado de su pérdida de capacidad laboral; así mismo según lo manifestado por el accionante la Eps no ha autorizado la práctica de tal examen, hecho que no fue desvirtuado y al no haber emitido pronunciamiento alguno Coomeva EPS, siguiendo lo dispuesto por el art. 19 Decreto 2591 de 1991 se tiene por cierto tal; en virtud de lo cual se considera que dicha negativa viola el derecho fundamental a la salud del actor.

En este orden de ideas, el Despacho concederá el amparo constitucional deprecado en aras de garantizar el derecho a la salud del actor, para lo cual se ordenará en su favor que Coomeva EPS autorice el procedimiento denominado "Prueba Neuropsicológica", con ocasión de la patología o enfermedad objeto de estudio a través de la presente acción, esto es, "trastorno de ansiedad no especificado", conforme prescripción médica, sin que pueda anteponerse ninguna tramitología que demore la prestación oportuna y eficiente de este servicio, ni argumentarse que el procedimiento o medicamento requerido es NO POS.

En mérito de todo lo anteriormente expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad del señor Martín García Cruz identificado con CC. N° 6.508.800, vulnerados por Coomeva E.P.S. y Colpensiones.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** que COLPENSIONES pague al señor Martín García Cruz identificado con CC. N° 6.508.800, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de ésta sentencia, si aún no lo ha hecho, las incapacidades que le fueron otorgadas entre el **27 de septiembre de 2017 hasta el 5 de noviembre de 2017**, si posterior a dicha fecha ha sido incapacitado y no ha habido interrupción superior a 30 días deberá la AFP continuar cancelándolas hasta tanto el trabajador se recupere o su enfermedad sea valorada de forma definitiva por la junta de calificación de invalidez.

TERCERO: ORDENAR a **COOMEVA EPS**, Como consecuencia del derecho fundamental a la salud amparado en el numeral primero que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de ésta sentencia, si aún no lo ha hecho, autorice la realización del procedimiento denominado PRUEBA NEUROPSICOLÓGICA al señor Martín García Cruz identificado con CC. N° 6.508.800, sin que pueda anteponerse ninguna tramitología que demore la prestación oportuna y eficiente de este servicio, ni argumentarse que el procedimiento o medicamento requerido es NO POS.

Para el adecuado seguimiento al cumplimiento del presente fallo de tutela, la orden se extenderá hasta la obligación de la entidad accionada de informar a este Despacho Judicial, en el término de la distancia, sobre el acatamiento a lo aquí dispuesto (artículo 27 del Decreto 2591 de 1991).

CUARTO: ORDENAR la desvinculación de la empresa Seguridad Atlas Ltda. en la presente acción de tutela, por el motivo referido en el cuerpo de este proveído.

QUINTO: ENVIAR la presente actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si NO fuere impugnada, tal como lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ZULAY CAMACHO CALERO
JUEZ