



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

SENTENCIA No. 8

Santiago de Cali, veintitrés (23) de febrero 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 la señora Ana Cristina García de Quesada en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, trámite al que fueron vinculadas en calidad de accionadas la empresa SERALSA O.S. y Servicio Occidental de Salud EPS S.O.S..

I. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS

Señala que laboró durante 18 años para la empresa SERALSA O.S., a través de contrato de trabajo a término indefinido, en donde sufrió accidente de trabajo el día 7 de enero de 2014, otorgándose desde dicha calendada incapacidades continuas.

Que el Servicio Occidental de Salud S.O.S. E.P.S. calificó su enfermedad de origen común el 29 de octubre de 2012, decisión la cual recurrió y fue decidida por la Junta Regional de Invalidez del Valle del Cauca confirmando la primigenia decisión, trámite el cual se encuentra en curso ante la Junta Nacional de Calificación con el fin de resolver el recurso de apelación que interpuso.

Indica que la EPS le reconoció y pago las incapacidades generadas hasta completar los primeros 180 días y que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones realizó el pago de las incapacidades a partir del día 181 hasta el día 350, esto es, el día 10 de marzo de 2016, faltando por cancelar las incapacidades generadas desde el 25 de octubre de 2015 al 8 de noviembre de 2015 y desde el 11 de marzo de 2016 hasta el 10 de junio de 2016.

Manifiesta que inicialmente le fue reconocida por parte de Colpensiones la pensión desde el 1 de agosto de 2016 mediante la Resolución GNR 208692 del 15 de julio de 2016, la cual fue modificada a través de la Resolución GNR 304690 del 14 de octubre de 2016 en el sentido de reconocer la prestación desde el 1 de julio de 2016.

Que no se le han pagado por Colpensiones cinco incapacidades así: del 25 de octubre de 2015 al 8 de noviembre de 2015, del 13 de marzo de 2016 al 11 de abril de 2016, del 12 de abril de 2016 hasta 11 de mayo de 2016, del 12 de mayo de 2016 al 10 de junio de 2016 y del 11 de junio de 2016 hasta el 30 de junio de 2016, pese a que las primeras cuatro las radicó ante la administradora de pensiones el 13 de junio de 2016 y la última fue presentada el 29 de junio de 2016.

Señala que Colpensiones dio respuesta negativa a su solicitud de pago de incapacidades argumentando que no le corresponde reconocerlas, ante ello presentó petición el 15 de septiembre de 2016 respondiendo nuevamente la administradora de pensiones el 21 de septiembre de 2016 que no es procedente el reconocimiento ni el pago de las incapacidades posteriores al 10 de marzo de 2016 y que superan los 540 días.

Indica que se debe reconocer por parte de Colpensiones sus incapacidades hasta el 1 de julio de 2016 calendada en la cual le fue reconocida su pensión de vejez.

1.2. PRETENSIONES

Se pretende por este medio la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna, mínimo vital y salud y que en consecuencia se ordene a Colpensiones realice el pago de las incapacidades que le han sido expedidas por su EPS correspondientes al 25 de octubre de 2015 al 8 de noviembre de 2015, 13 de marzo de 2016 al 11 de abril de 2016, 12 de abril de 2016 hasta 11 de mayo de 2016, 12 de mayo de 2016 al 10 de junio de 2016 y 11 de junio de 2016 hasta el 30 de junio de 2016.

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° 78 de 13 de febrero de 2017, providencia en la cual se vinculó en calidad de accionadas a SERALSA O.S. y Servicio Occidental de Salud S.O.S. E.P.S., concediéndoseles a dichas entidades un término de 03 días para que se rindiera informe documentado sobre los hechos que motivan la acción, decisión que les fue notificada a todas las accionadas en debida forma¹, en dicha providencia además se dispuso requerir a la EPS para que en el término de dos días indicara en cual fecha se cumplió el día 180 de incapacidad.

III. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

COLPENSIONES

Señala que le reconoció las incapacidades posteriores al día 180 y realizó el pago de 350 días de incapacidad, además negó el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad generados con posterioridad al día quinientos cuarenta (540) al ser la entidad encargada de su pago la entidad promotora de salud - EPS.

Cita el Decreto 2943 de 2013 el cual establece cual es el responsable del reconocimiento y pago de las incapacidades, esto es, los dos primeros días de incapacidad por enfermedad general son responsabilidad del empleador, a partir del tercer día y hasta el 180 de incapacidad su reconocimiento está a cargo de la EPS y del día 181 hasta el 540 es responsable de su pago la Administradora de Fondo de Pensiones cuando exista concepto favorable de rehabilitación.

Manifiesta que según el artículo 67 de la LEY 1753 DE 2015 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014- 2018 – Todos por un nuevo País” corresponde a las EPS reconocer y pagar las incapacidades causadas con posterioridad al día 540, entidad la cual a su vez recibirá de la administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud la retribución que corresponda.

Indica que Colpensiones no puede reconocer y destinar dineros públicos a pago de obligaciones que no están a su cargo como es el caso de las incapacidades superiores a los 540 días, las cuales están a cargo de las EPS al que se encuentra vinculado el afiliado.

Dice que la presente acción carece de objeto al no estarse violando derechos fundamentales de la actora por parte de dicha entidad y que se presenta el

¹ Ver folios 24, 25, 30 y 31 del expediente.

fenómeno de hecho superado pues realizó el pago de las incapacidades hasta el día 540, además se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva al no ser Colpensiones el encargado de reconocer las incapacidades posteriores al día quinientos cuarenta.

Pide se declare improcedente la acción incoada en razón a que Colpensiones no puede asumir el pago de las incapacidades que no son de su competencia.

IV. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES VINCULADAS

SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.O.S. E.P.S.

Señala que la actora se encuentra afiliada al sistema de seguridad social en salud con dicha entidad quien está activa y tiene de derecho a acceder a los servicios de salud.

Manifiesta que la accionante inicia ciclo de incapacidades el 9 de agosto de 2014 culminando los primeros 180 días el 4 de febrero de 2015, además que a la actora se le ordena pago de pensión por vejez a través de la Resolución GNR 208692 del 15 de julio de 2016.

Indica que la EPS no puede realizar el pago de las incapacidades pretendidas por la accionante toda vez que la pensión debe ser reconocida desde la fecha de estructuración, esto es, desde el 1 de agosto de 2016 tal como lo dispone el inciso 5º del artículo 40 de la Ley 100 de 1993 (sic), y en caso de que dicha entidad las reconozca el usuario perdería el derecho a la mesada pensional retroactiva.

Dice que las incapacidades que superan los 180 y 540 días acumulados corresponden su reconocimiento a la AFP y las correspondientes desde el día tercero hasta el día 180 continuo de incapacidad están a cargo de la EPS.

Cita el Decreto 2463 de 2001 que determina que cuando exista concepto favorable de rehabilitación la AFP podrá postergar el trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal otorgada por la EPS, la cual también establece sanciones por el no pago del subsidio de incapacidad.

Manifiesta que cuando se cree la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud y se reglamente el pago de las incapacidades posteriores al día 540 podrá la EPS asumir el costo de dicha prestación económica.

Pide se declare improcedente la presente acción de conformidad con las consideraciones expuestas en la contestación de la tutela.

SERALSA O.S.

No dio respuesta a la acción de tutela ni allegó el informe que le fue requerido.

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 en los artículos 11, 48, 49 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 de la accionante a la vida digna, seguridad social, salud y mínimo vital y en consecuencia hay lugar a ordenar se efectué 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

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 depreca su amparo, lo que constituyen para aquel sus necesidades básicas y sí su insatisfacción atenta contra el derecho a la dignidad humana (*Consúltase 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 VIDA EN CONDICIONES DIGNAS.-

El máximo tribunal Constitucional en sentencia T – 675 del 9 de septiembre de 2011, magistrada ponente Doctora María Victoria Calle Correa, se pronunció sobre el derecho a la vida, en los siguientes términos:

“El Derecho a la vida, constituye, así lo ha delineado desde sus inicios esta Corporación, el sustento y razón de ser para el ejercicio y goce de los restantes derechos, establecidos tanto en la Constitución como en la ley; con lo cual se convierte en la premisa mayor e indispensable para que cualquier persona natural se pueda convertir en titular de derechos u obligaciones.

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.

Pero así mismo la Corte Constitucional, en abundante jurisprudencia ha sostenido que el derecho a la vida reconocido por el constituyente, no abarca únicamente la posibilidad de que el ser humano exista, es decir, de que se mantenga vivo de cualquier manera, sino que conlleva a que esa existencia deba entenderse a la luz del principio de la dignidad humana, reconocido en el artículo 1° de la Carta como principio fundamental e inspirador de nuestro Estado Social de Derecho.

En sentencia SU-062/99 este Tribunal, en lo pertinente, precisó que:

“Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano”.

Desarrollando los conceptos anteriores, la jurisprudencia constitucional en torno del derecho a la vida ha hecho énfasis en que éste no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones mínimas de una vida en dignidad.

Así las cosas, la efectividad del derecho fundamental a la vida, sólo se entiende bajo condiciones de dignidad, lo que comporta algo más que el simple hecho de existir, porque implica unos mínimos vitales, inherentes a la condición del ser humano...”.

DEL DERECHO A LA SALUD.-

En la sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, la Corte Constitucional analizó las distintas posiciones jurisprudenciales desarrolladas para la protección del derecho a la salud, entre ellas la conexidad, y planteó que ésta ya no debía utilizarse porque el derecho a la salud es de aplicación autónoma, con fundamento en la existencia de unas normas específicas que lo desarrollan, y por tanto, se hace exigible como fundamental desde una perspectiva prestacional.

La anterior posición ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Máxima Corporación Constitucional, quedando consolidado el derecho a la salud como un derecho fundamental y autónomo. En virtud de dicha categorización, la vulneración del derecho a la salud puede prevenirse o resarcirse mediante la acción constitucional de tutela, sin exigirse como requisito para invocarlo, el hecho de que se encuentre en grave peligro algún otro derecho fundamental como la vida.

El derecho a la salud ha sido definido como *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la*

operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”.

El derecho a la salud, a una atención óptima y al sostenimiento o recuperación del estado de salud, otorgan al paciente la facultad de exigir al Estado o a las empresas promotoras de salud tanto del régimen contributivo como subsidiado: **a).** La prescripción y práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente; **b).** La calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso; y **c).** La prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles.

La Ley 1751 de febrero 16 de 2015 *“Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”*, que frente a este derecho consignó que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud, dándose igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado, determinando ésta como sujetos pasivos de la misma a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud.

NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA QUE RIGE EL PAGO DE INCAPACIDADES

Con miras a 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:

“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.

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 del Despacho)."

Así las cosas, cuando se generen incapacidades superiores a los primeros 180 días las administradoras de fondos de pensiones deben realizar su pago hasta por 360 días adicionales – día 540, previo a lo cual la EPS debe haber remitido previamente el concepto de rehabilitación a la administradora de fondo de pensiones en la cual se encuentre afiliada la persona.

Ahora bien, la norma que reguló el pago de las incapacidades dejó un vacío normativo en cuanto a quien debe cubrir las incapacidades cuando estas superen los 540 (180 iniciales a cargo de la EPS y los 360 a cargo de la AFP); el cual fue llenado por la Ley 1753 del 2015, tal como lo ha manifestado la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴ así:

*"Ahora bien, retomando lo referente al déficit de protección legal para asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días que no tienen derecho a una pensión de invalidez, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la **Ley 1753 del 9 de junio de 2015 –Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–**, reguló lo referido al pago de las incapacidades superiores a los 540 días y estableció, en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de regular el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, dando soluciones a los dos puntos de vista analizados en los fundamentos 31 y 32 de esta sentencia.*

En efecto, el artículo 67 de la referida Ley 1753 de 2015, indicó:

"ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. La Entidad administrará los siguientes recursos:

(...)

Estos recursos se destinarán a:

⁴ Sentencia T – 144 del 28 de marzo de 2016, Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado

a) *El reconocimiento y pago a las **Entidades Promotoras de Salud** por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.** El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.*"

*Teniendo presente esta nueva normativa, es claro que en todos los casos futuros; esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la Ley –9 de junio de 2015–, el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar lo normado. Como se puede observar en la norma transcrita, **el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.***"

Así las cosas, la EPS se encuentra en la obligación de realizar el pago de las incapacidades siguientes al día 540 pago del cual puede obtener su reembolso siguiendo las disposiciones del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Aclarado en cabeza de quien está la obligación de pago, se torna necesario revisar los requisitos exigidos para la cancelación de incapacidades, lo cual está reglamentado en el Decreto 1804 de 1999 bajo los siguientes términos:

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 periodo 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.

VI. DESARROLLO DEL PROBLEMA.-

6.1. PRUEBAS.

Se aportaron los siguientes medios de pruebas:

- Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante. (Fl. 1)
- Copia de formato de trámite de incapacidades radicado ante Colpensiones – Asalud Ltda el día 13 de junio de 2016 correspondiente a la accionante. (Fl. 2)
- Copia de un folio del oficio No. BZ2016_5544565-1350771 del 31 de mayo de 2016 dirigido a la accionante en el cual se solicita por Colpensiones se allegue información de manera completa y legible con el fin de continuar el trámite de pago de incapacidades superiores a 180 días. (Fl. 3)
- Copia de cuatro comprobantes de incapacidad sin subsidio correspondiente a los periodos 2016/04/12 por 30 días, días acumulados 617; 2016/03/13 por 30 días acumulados, 587 días acumulados; 2015/10/25 por quince días, días acumulados 432 días y 2016/05/12 por treinta días, 647 días acumulados. (Fls 4 – 5)
- Copia de formato de trámite de incapacidades radicado ante Colpensiones – Asalud Ltda el día 29 de junio de 2016 correspondiente a la accionante. (Fl. 6)
- Copia de un folio del oficio BZ2016_7338194-1587390 dirigido a la accionante en el cual se solicita se allegue una documentación para seguir el trámite de incapacidades superiores a los 180 días. (Fl. 7)
- Copia de comprobante de incapacidad sin subsidio inicio de incapacidad 2016/06/11 por 30 días, días acumulados 677. (Fl. 8)

- Copia de peritazgo técnico médico del 4 de noviembre de 2014, concepto de rehabilitación o certificación (constancia) del estado de rehabilitación integral correspondiente a la accionante en el cual se indica contingencia: enfermedad general. (Fl. 9)
- Copia de Concepto de rehabilitación o certificado de estado de rehabilitación integral favorable o culminación improcedente antes de 540 días de incapacidad continua dirigido a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, sin sello de recibido, correspondiente a la accionante. (Fl. 10 y 45)
- Copia de escrito del 4 de noviembre de 2014 recibido por Colpensiones en la misma calendada en la cual se indica que se remiten unos documentos correspondientes a la actora, entre otros. (Fls. 11 .- 12 y 46 - 47)
- Copia de formato incapacidades radicadas ante el Servicio Occidental de Salud por la señora Ana Cristina García de Quezada durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2014 al 29 de junio de 2016, en el cual se establece que el día 180 de incapacidades continuas se cumplió el 4 de febrero de 2015. (Fls. 13 .- 14)
- Copia de oficio BZ-2016_10876802 del 21 de septiembre de 2016 con logo de Colpensiones dirigido a la accionante en el cual se señalan las incapacidades que fueron reconocidas por dicha entidad entre el 5 de febrero de 2015 al 10 de marzo de 2016, por tanto le reconoció y pagó 350 días de incapacidad temporales superiores a 180 días y está estudiando el pago de la incapacidad correspondiente a diez días por el periodo comprendido entre el 25 de octubre de 2015 y el 3 de noviembre de 2015 sobre la cual se dará respuesta definitiva en fecha posterior, además no le corresponde el pago de las incapacidades que superan el día 540. (Fl. 15 – 16 y 38)

Conforme a las pruebas allegadas se tiene que la actora solicitó a la Administradora Colombiana de Pensiones el pago de las siguientes incapacidades las cuales le fueron expedidas por el Servicio Occidental de Salud S.O.S. E.P.S.:

AÑO	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN
2015	25 octubre	8 noviembre
2016	13 marzo	11 abril
	12 abril	11 mayo
	12 mayo	10 junio
	11 junio	30 junio

6.2. CASO EN CONCRETO

De conformidad con las pruebas aportadas al proceso tenemos que la accionante fue incapacitada desde el 9 de agosto de 2014 hasta el 10 de julio de 2016 de manera ininterrumpida⁵.

La actora en su escrito de demanda indicó que Colpensiones le pagó 350 días de incapacidad, ante lo cual reclama lo adeudado y que corresponden a las incapacidades generadas del 25 de octubre de 2015 al 8 de noviembre de 2015 y las que le fueron otorgadas en el periodo comprendido entre el 13 de marzo de 2016 hasta el 30 de junio de 2016.

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 apreciaciones 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, así como los 540 días.

La Corte Constitucional⁶ 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 Constitucional⁷ 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.

⁵ Fl. 13 – 14 c. ú.

⁶ Ver entre otras Sentencia T-643 de 2014.

⁷ Ver Sentencia T 157 -14 del 14 de marzo de 2014, expediente T 4138084, Magistrada Ponente Maria Victoria Calle Correa.

Precisado lo anterior, considera el Despacho que en el presente asunto dado que la accionante viene siendo incapacitada desde el año 2014 hasta el año 2016 cuando le fue concedida su pensión⁸ es posible entrar a pronunciarse frente al pago de los derechos económicos que por sus padecimientos deben ser reconocidos, como quiera que su incapacidad la pone en un estado de indefensión y la hace un sujeto de especial protección por parte del Estado; en virtud de lo cual se pasa a estudiar la acción de tutela.

Lo primero a indicar es que en cuanto a los requisitos exigidos por el ya citado Decreto 1804 de 1999, considera esta instancia que dadas las características de esta acción y la situación de la actora, se debe dar aplicación al principio de la carga dinámica de la prueba⁹; así las cosas debieron el Servicio Occidental de Salud S.O.S. E.P.S. y COLPENSIONES probar el incumplimiento de los mismos, pues dichas entidades se encuentran en una mejor situación y cuentan con todos los soportes documentales con los que podría acreditarse el cumplimiento o no de los requisitos; la omisión en allegarlos y el silencio frente a si la actora cumplió o no con tales hace presumir a esta instancia que estos se cumplieron.

Adicionalmente, debe precisar el Despacho que no considera viable en sede de tutela exigir a la 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, esto en caso de que le hubiese correspondido asumir dichos costos.

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 del Servicio Occidental de Salud S.O.S. E.P.S. y COLPENSIONES al respecto, silencio ante el cual se itera, se presume que se ha efectuado el pago respectivo.

⁸ Ver folio 17 c.ú. en el cual la actora manifiesta que Colpensiones le reconoció pensión.

⁹ Artículo 167 del CGP.

En segundo punto deberemos analizar en cabeza de quien está la obligación de pago de lo adeudado a la demandante, aclarando que se da por cierto el no pago de las incapacidades reclamadas, esto es, las correspondientes al 25 de octubre de 2015 al 8 de noviembre de 2015 y las que le fueron otorgadas en el periodo comprendido entre el 11 de marzo de 2016 hasta el 30 de junio de 2016 habida cuenta que Colpensiones en su respuesta señaló que la primera se encuentra en estudio para determinar si es viable su pago¹⁰, y de las pruebas allegadas se tiene que las incapacidades otorgadas desde el 11 de marzo de 2016 hasta el 30 de junio de 2016 su estado es sin subsidio¹¹, por tanto se itera aún no se ha realizado su pago.

Para determinar los días en que la actora ha estado incapacitada es preciso aclarar que si bien no existe una ley que defina cuando se entiende que una incapacidad ha sido interrumpida si existe una resolución de vieja data la cual es usada en casos como el que nos ocupa; dicha disposición es el artículo 13 de la Resolución 2266 del 6 de agosto de 1998 proferida por el entonces Instituto de los Seguros Sociales, según el cual: *"Se entiende por prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a treinta días (30) calendario"*.

En este orden de ideas para determinar si en el presente caso podemos hablar de incapacidades superiores a los 180 días e involucrar en el pago de las mismas a la Administradora del Fondo de Pensiones - AFP o a la EPS como lo indica el aludido Decreto Ley 019 de 2012, lo primero a analizar debe ser si en efecto la beneficiaria ha sido incapacitada de forma ininterrumpida, esto es, si entre las incapacidades otorgadas no ha habido una interrupción superior a 30 días, en caso de existir tal se torna necesario iniciar nuevamente el procedimiento y el pago del subsidio en dinero correrá nuevamente en cabeza de la EPS mientras se cumplen nuevamente los 180 días o se envía el concepto de recuperación.

En el caso bajo estudio tenemos que la actora fue incapacitada de manera ininterrumpida entre el 9 de agosto de 2014 hasta el 10 de julio de 2016, de lo cual se logra evidenciar por el Despacho que el día 180 de sus incapacidades ocurrió

¹⁰ Fl. 15 vuelto.

¹¹ Fl. 13 y 14 c.ú.

el **4 de febrero de 2015**¹², tal como se determinó por el Servicio Occidental de Salud en el formato de incapacidades que elaboró¹³, momento hasta el cual el pago de las mismas ineludiblemente correspondía a la EPS.

Ahora bien, el pago a partir del día 181 y hasta el 540 conforme con lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias antes mencionadas y el artículo 142 del Decreto 019 del 2012 corresponde a la AFP.

En el caso bajo estudio tenemos que Colpensiones realizó el pago de incapacidades desde el día 181, esto es, desde el 5 de febrero de 2015 y hasta el 10 de marzo de 2016, sin embargo adeuda la incapacidad que va del 25 de octubre de 2015 al 8 de noviembre de 2015, reclamada por la actora y que está dentro de los 360 días adicionales a los 180 días de incapacidad que son de competencia de la AFP.

De las pruebas¹⁴ allegadas el Despacho concluye que el día 181 de incapacidad se configuró el día 5 de febrero de 2015 y el día 540 ocurrió el 24 de febrero de 2016¹⁵, por tanto la primera incapacidad reclamada, esto es, la que va del 25 de octubre de 2015 al 8 de noviembre de 2015 debe ser cancelada por la AFP Colpensiones.

Desde el 25 de febrero de 2016, inclusive, día 541 de incapacidad y hasta el momento en que se efectuó el reconocimiento pensional el pago de la incapacidad debe ser reconocido por la EPS tal como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia antes mencionada donde se analizó el alcance de la Ley 1753 de 2015.

Tenemos entonces que la actora manifestó que le fue reconocida pensión a partir del 1 de julio de 2016, aseveración que no fue desvirtuada por los sujetos procesales y como tal se dará por cierta.

Así las cosas, concluye esta instancia que desde el 25 de febrero de 2016, inclusive, y hasta el 30 de junio de 2016, inclusive, las incapacidades de la actora debieron ser canceladas por la EPS, sin embargo la accionante reclama el pago

¹² Se llegó a esta conclusión después de realizada la sumatoria de los días comprendidos entre el 9 de agosto de 2014 al 4 de febrero de 2015.

¹³ Fls. 13 y 14 c.ú.

¹⁴ Fl. 13 – 14 c. ú.

¹⁵ Téngase en cuenta que hubo algunos días en que no se otorgó incapacidad pero estos no fueron mayores a 30 días.

de las incapacidades a partir del 13 de marzo de 2016 y hasta el 30 de junio de 2016, aduciendo que las anteriores a la primera fecha – 13 de marzo de 2016 – fueron canceladas por la AFP; ante ello el Despacho solo ordenará el pago de las incapacidades reclamadas por la actora, el cual se reitera al superar los 540 días de incapacidad y al tenor de lo dispuesto en la Ley 1753 de 2015 deben ser cancelado por la EPS; quien podrá realizar los trámites de reembolso dispuestos en el artículo 67 de la citada Ley 1753 de 2015.

Es del caso señalar que a la accionante se le reconoció pensión de vejez¹⁶ y no de invalidez por tanto no es aplicable al caso presente lo establecido en el inciso 5º del artículo 40 de la Ley 100 de 1993 como lo asegura la EPS, esto es, el reconocimiento de la pensión de invalidez desde la fecha en que se produzca la misma, además este aspecto no es objeto de la acción de tutela.

Así las cosas, y al evidenciar el no pago de incapacidades a la actora, se consideran vulnerados los derechos fundamentales a la vida, seguridad social y mínimo vital por tanto la tutela es procedente.

De otra parte se debe indicar que en el plenario no se acreditó la vulneración al derecho fundamental a la salud por tanto no será amparado.

Por último basta indicar que se desvinculara de la acción al empleador de la actora, como quiera que no se evidenció violación por su parte de los derechos de la accionante.

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 a la vida digna, seguridad social y mínimo vital de la señora Ana Cristina García de Quezada identificada con C.C. N° 31.850.588, vulnerados por COLPENSIONES y Servicio Occidental de Salud S.O.S. E.P.S.

¹⁶ Ver folios 17 en el cual la actora asegura que se le reconoció pensión de vejez y 47 en el cual se observa parcialmente la Resolución No. GNR 208692 del 15 de julio de 2016 de la que se desprende que a la actora se le reconoce pensión de vejez por parte de Colpensiones.

SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** que:

a) La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones debe cancelar a la actora la incapacidad que adeuda desde el día 25 de octubre de 2015 hasta el día 8 de noviembre de 2015, de conformidad con lo expuesto.

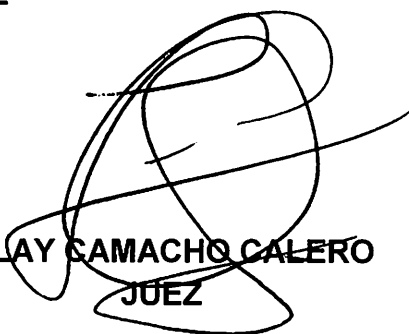
b) El Servicio Occidental de Salud S.O.S. E.P.S. deberá pagar las incapacidades **reclamadas** por la actora y que fueron causadas con posterioridad al día 541 de incapacidad y hasta el día anterior al reconocimiento de la pensión, esto es, desde el 13 de marzo de 2016 y hasta el 30 de junio de 2016.

Para el adecuado seguimiento al cumplimiento del presente fallo de tutela, la orden se extenderá hasta la obligación de las entidades accionadas 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).

TERCERO: **DESVINCÚLESE** de la presente acción a la empresa SERALSA O.S. por lo expuesto.

CUARTO: **ENVÍESE** 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