

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 065

Santiago de Cali, veintiséis (26) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Acción: Tutela
Radicación: 76-001-33 33-005-2019-00078-00
Actor: Olver Antonio Díaz Arroyo
Accionado: Colpensiones

Juez: Carlos Enrique Palacios Álvarez

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali, en sede de jurisdicción constitucional, decide la acción de tutela instaurada por el señor OLVER ANTONIO DÍAZ ARROYO, en contra de COLPENSIONES, según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política.

La solicitud de amparo se basó en los siguientes

HECHOS

1.- El accionante señor OLVER ANTONIO DIAZ ARROYO, se desempeña como guarda de seguridad en la empresa NATIONAL SECURITY y según historia clínica presenta las patología de INSUFICIENCIA CARDIACA DESCOMPENSADA, CARDIOPATIA DILATA FEVI, INSUFICIENCIA MITRAL MODERADA INTERNA.

2.- El señor OLVER ANTONIO DIAZ ARROYO, presenta una incapacidad superior a 540 días y en la actualidad su EPS continua generando incapacidades medicas hasta que se realice la calificación por perdida de la capacidad laboral.

3.- El día 11 de septiembre de 2018 bajo el radicado 2018-1126856, el demandante solicitó el pago de las incapacidades médicas adeudadas superiores a los 180 días, ante la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES dichas incapacidades van desde el 27 de abril de 2018 hasta el 19 de noviembre de 2018.

4.- COLPENSIONES mediante oficio No. BZ 2018-11268561-28601193 del 17 de septiembre de 2018, dio respuesta a la solicitud de pago de incapacidades, bajo el argumento de que *“en atención al trámite de determinación de subsidio de incapacidad iniciado por usted, os permitimos informarle que una vez valorada la documentación aportada se hace imprescindible que complemente su solicitud aportando los siguientes documentos:*

- *concepto de rehabilitación de EPS actualizado*
- *Certificado de relación de incapacidad actualizado”*

5.- A pesar de estar toda la documentación completa y adjunta el certificado de las incapacidades relacionadas por la EPS MEDIMAS, desde la fecha inicial, hasta la fecha final, con sus respectivos días acumulados, COLPENSIONES se rehusó a pagar dichas incapacidades.

6- Se requiere que COLPENSIONES realice la calificación de pérdida de capacidad laboral al señor OLVER ANTONIO DÍAZ ARROYO, teniendo en cuenta que presenta una incapacidad superior a 540 días.

DERECHOS FUNDAMENTALES VIOLADOS

Estima que con el no pago de sus incapacidades, la entidad COLPENSIONES le está vulnerando sus derechos a la salud, vida digna y seguridad social en condición de debilidad manifiesta.

PRETENSIONES

Solicita la protección de los derechos fundamentales referidos, y que en consecuencia se ordene a COLPENSIONES el pago inmediato de las incapacidades generadas por enfermedad de origen común desde el 27 de abril de 2018 hasta el 04 de noviembre de 2018; así mismo que se ordene a dicha entidad realice la calificación de pérdida de capacidad laboral del accionante, teniendo en cuenta que su incapacidad supera los 540 días.

SUJETOS DE ESTA ACCIÓN

Accionante: Señor OLVER ANTONIO DÍAZ ARROYO, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.472.756, quien actúa por intermedio de apoderado judicial

doctor JANER COLLAZOS VIAFARA.

Accionada: COLPENSIONES.

Vinculadas: EPS MEDIMAS y empresa NATIONAL SECURITY.

TRÁMITE PROCESAL

El 10 de abril del presente año, se recibió en la Secretaría del Juzgado la presente acción constitucional, fecha en la que mediante auto interlocutorio No. 190 se dispuso avocar su conocimiento, vincular al trámite a EPS MEDIMAS y empresa NATIONAL SECURITY y notificar a las entidades accionadas y vinculadas; concediéndole el término de dos (2) días para contestar la demanda.

Se enviaron las notificaciones respectivas, según consta a folios 45 a 50 del expediente.

El 22 de abril de 2019 la empresa NATIONAL SECURITY contestó la demanda (fls. 55 a 89); así mismo el 24 de abril la entidad COLPENSIONES contestó la demanda (fls. 92 a 101); la EPS MEDIMAS no contestó la demanda.

CONTESTACIÓN

1. COLPENSIONES: La entidad accionada indicó en su escrito, que teniendo en cuenta que la EPS CAFESALUD remitió concepto de rehabilitación desfavorable, lo procedente, a partir de ese momento es llevar a cabo el proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral y ocupacional, tal como inició su trámite el demandante, mediante consecutivo 2017-6642593 del 287 de junio de 201, sin que se llegara a acreditar una invalidez superior al 50%.

Argumentó que de conformidad al artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, para que la Administradora de Fondo de Pensiones otorgue el subsidio por incapacidad se hace necesario que el afiliado (i) padezca una enfermedad de origen común; (ii) que la incapacidad sea continua y supere los 180 días y (iii) se emita concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, supuestos concurrentes que no se cumplen en esta oportunidad.

Por lo anterior, considera que el asunto objeto de estudio debe declararse

improcedente por cuanto la entidad informó al accionante que el pago de incapacidades no era procedente, al haberse emitido concepto desfavorable de rehabilitación para él por parte de la EPS CAFESALUD, allegado a esta entidad el 31 de marzo de 2017, y en consecuencia, el ciudadano debía acercarse a un punto de atención de COLPENSIONES (PAC) y adelantar un trámite de calificación de la pérdida de la capacidad laboral.

Expreso además que la acción de tutela es improcedente por cuanto se trata de una controversia en marco del Sistema de Seguridad Social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administradoras, la cual debe ser conocida por la jurisdicción ordinaria laboral.

2. Empresa NACIONAL SECURITY LTDA. (Empleador): Manifiesta que existe falta de legitimación por pasiva, pues resulta claro que la empresa NATIONAL SECURITY LTDA., no tiene legitimidad como accionada, toda vez que conforme a la situación médica laboral del trabajador accionante con hoy más de 540 días de incapacidad, es la AFP COLPENSIONES la única responsable del pago del reconocimiento económico por incapacidades.

Por lo anterior, solicita se exonere de cualquier responsabilidad de pagos, ya que no ha vulnerado los derechos fundamentales del actor.

3. EPS MEDIMAS (Antes EPS CAFESALUD): No contesto la demanda.

CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

Competencia

Este despacho judicial es competente para conocer de la presente acción de Tutela, de conformidad con el artículo 1° numeral 1° inciso 3° del Decreto 1382 de 2000.

Acción de tutela – Marco general

La tutela es una acción pública de carácter subsidiaria, residual y autónoma, por medio de la cual es posible ejercer el control judicial de los actos u omisiones de los órganos públicos o de los entes privados que puedan vulnerar derechos fundamentales, a

través de un procedimiento preferente y sumario, salvo las excepciones establecidas en la ley para su procedencia.

Este mecanismo fue introducido a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 86 de la Constitución Política de 1991, según el cual toda persona por sí misma o por quien actúe a su nombre, tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previstos en la ley, y sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, agregando a renglón seguido que dicha protección consistirá *“en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”*.

Según el texto constitucional, para que el amparo proceda, no basta que se compruebe la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales, sino que es indispensable que el solicitante de la tutela no cuente con otro medio de defensa judicial al que pueda acudir para lograr su protección, a no ser que utilice el mecanismo para evitar un perjuicio irremediable¹.

No puede perderse de vista que la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria², y no está diseñada para reemplazar las acciones judiciales ordinarias a las cuales la persona puede acudir para hacer valer sus derechos. La acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza.

Presupuestos para la procedencia de la acción de tutela

Ahora bien, los presupuestos para que proceda la acción de tutela son tres:

1) Que se esté ante la vulneración o amenaza de vulneración de un derecho fundamental por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular, en este

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-983 de 13 de septiembre de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

² Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 29 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

evento en los casos señalados en la Ley.

- 2) Es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial y,
- 3) Que en caso que el afectado cuente con otro medio de defensa judicial, la acción de tutela se interponga como un mecanismo transitorio de protección para evitar un perjuicio irremediable.

Problema Jurídico

Se debe determinar si es procedente la acción de tutela para entrar a resolver el conflicto suscitado en torno al reconocimiento y pago de las incapacidades referidas por la accionante. En caso de superarse el examen de procedibilidad, determinar si las accionadas, están vulnerando los derechos fundamentales invocados por este, al no pagarle las incapacidades por enfermedad general presuntamente adeudadas desde el 27 de abril de 2018 hasta el 19 de noviembre de 2018.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, se realizará una reseña jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación con:

1- Disposiciones que regulan las prestaciones por incapacidades generadas por enfermedad no profesional o accidente común con posterioridad a la calificación de pérdida de capacidad laboral. Por último, se analizará el caso en concreto.

2- Con relación al tema en la sentencia T-008 de 2018, la Corte realizó el siguiente análisis en torno a las disposiciones que regulan las prestaciones por incapacidad, generadas con posterioridad a la calificación de pérdida de capacidad laboral³:

“5. El pago de las incapacidades generadas con posterioridad a la calificación de pérdida de capacidad laboral. Reiteración de jurisprudencia.

5.1 Como regla general, cuando un trabajador presenta pérdida de capacidad laboral inferior al cincuenta por ciento (50%) debe ser reincorporado al cargo que venía desempeñando, o si ello no fuere posible a otra actividad que no sea incompatible con su situación de discapacidad, siempre que los dictámenes médicos determinen que es apto para ello[16].

No obstante, esa regla tiene su excepción cuando el trabajador, a pesar de presentar un porcentaje de PCL inferior al 50%, no puede reincorporarse a su puesto de trabajo o a

³ Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RIOS

otra actividad, debido a que sus problemas de salud persisten y le generan nuevas incapacidades médicas. Esta situación no fue contemplada en la Ley 100 de 1993, ni en sus decretos reglamentarios, razón por la cual la jurisprudencia constitucional ha llenado ese vacío normativo.

En efecto, este Tribunal en sentencia T-140 de 2016, reconstruyó la línea jurisprudencial sobre la materia y concluyó que “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.”.

Sobre el particular, la Corte en sentencia T-920 de 2009 sostuvo:

“En el evento en que 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 al Fondo de Pensiones continuar con el pago de las mismas hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez”.

A su vez, en sentencia T-729 de 2012, señaló:

“En el caso en el que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, **no obstante haber sido evaluado por la Junta de Calificación de Invalidez y se dictamine una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50 %**, la Corte ha interpretado, conforme con la Constitución Política y el precitado artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que le corresponde al fondo de pensiones el pago de las incapacidades superiores a los primeros 180 días, a menos que; i) se expida el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, que le permita consolidar el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez o ii) que se emita un nuevo concepto por parte del médico tratante que establezca que el actor se encuentra apto para reanudar labores”. (Énfasis agregado).

De esta manera, el pago de esas incapacidades debe realizarse, incluso, después de que se realice el dictamen de pérdida de capacidad laboral, “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 %.”[17].

Así las cosas, el pago de incapacidades no puede suspenderse cuando se realiza el examen de pérdida de capacidad laboral, sino hasta el momento en que la persona pueda reintegrarse a su puesto de trabajo o en su defecto le sea reconocida pensión de invalidez.

5.2 Sin embargo, es preciso determinar quién es el responsable del pago por incapacidades generadas luego del día 540. El artículo 67, inciso segundo, literal A de la Ley 1753 de 2015, resuelve tal inquietud en los siguientes términos:

Estos recursos [esto es, los que administra la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES–] se destinarán a:

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[18].

Esto lleva a concluir que el pago de las incapacidades generadas con posterioridad a los 540 días continuos deba ser asumido por las EPS, quienes a su vez podrán reclamar ante la ADRES el reembolso de los pagos realizados por tales conceptos como lo expuso la Corte en Sentencia T-144 de 2016:

*“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.**”*

En síntesis el pago de incapacidades médicas laborales por enfermedad de origen común está a cargo de la EPS durante los primeros 180 días. A partir del día 181 y hasta el día 540, los pagos deben ser realizados por la Administradora de Pensiones. Luego, a partir del día 541, corresponde a la EPS asumir tales costos, sobre los cuales podrá solicitar el respectivo reembolso ante la ADRES de conformidad con las previsiones legales y pronunciamientos judiciales expuestos en este acápite”.

Del anterior referente jurisprudencial se deduce que:

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 %. Así mismo a la EPS le corresponde el reconocimiento del auxilio por incapacidad a partir del día 541 con fundamento en el artículo 67 de la ley 1753 de 2015.

Conforme al precedente constitucional antes citado, el Despacho procede a resolver el,

Caso concreto

Descendiendo al caso en estudio, se establece que el señor OLVER ANTONIO DIAZ ARROYO solicita se amparen sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna y salud, vulnerado por la entidad accionada, dado que a la fecha de interposición de la presente acción no le han pagado las incapacidades generadas desde 27 de abril de 2018 hasta el 19 de noviembre de 2018, a pesar que aún se encuentra incapacitado.

La E.P.S. guardó silencio frente a la presente acción de tutela.

Siendo así las cosas, es menester determinar si en el sub lite se cumplen los presupuestos fijados por la Corte Constitucional, para la procedencia de la acción de tutela para ordenar el pago de unas incapacidades laborales, esto es, si se encuentra comprometido el mínimo vital del accionante o si existe la inminencia de un perjuicio irremediable.

En relación con el estudio de la inmediatez con la que la accionante acudió a este mecanismo de protección, se tiene que, si bien la obligación de pago de las incapacidades que se reclama surgió en noviembre de 2018 y que la acción de tutela se instauró hasta el 09 de abril de 2019, esto es, 5 meses después, resulta igualmente claro que hasta el momento el accionante se encuentra incapacitado para laborar y que a la fecha de presentación de la acción de tutela todavía no le han pagado el auxilio por incapacidad, motivo por el cual resulta necesario considerar que, incluso con posterioridad a la presentación de la acción de tutela en estudio, se ha prorrogado la conducta que se aduce por el solicitante como vulneradora de sus derechos fundamentales.

Así las cosas se debe admitir como satisfecho ese requisito, puesto que la situación de desprotección en que alega encontrarse el accionante no solo persistió en el tiempo, sino que se encontraba completamente vigente al momento en que instauró la presente acción de tutela en estudio.

Ahora bien, estima el Juzgado que el no pago de las incapacidades laborales reclamadas por el accionante, afecta su mínimo vital, en tanto, que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, *“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales”*⁴ y se presume que ésta constituye la única fuente de ingreso que tiene para satisfacer las necesidades básicas de su subsistencia. Presunción que no fue desvirtuada por la entidad accionada y está comprobado que el actor no se encuentra en posibilidad de trabajar, debido a la enfermedad incapacitante que padece.

Con relación a la subsidiariedad, si bien el pago de la incapacidad se puede buscar a

⁴ Sentencia T-182 de 2011, M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

través del proceso ordinario y al procedimiento jurisdiccional ideado por la Ley 1122 de 2007 ante la Superintendencia Nacional de Salud, también lo es que, al estar comprometido el mínimo vital del accionante, quien según información aportada en el expediente lleva más de 540 días sin poder laborar, por lo que esos mecanismos no resultan idóneos, ni eficaces para la protección de este derecho.

En consecuencia, al estar verificados los anteriores presupuestos, es procedente la presente acción para conocer de fondo la problemática planteada.

En ese orden de ideas, frente al derecho reclamado, a folios 19, 21, 24, 26, 27, 29 y 31 del expediente obra copia de las incapacidades certificadas por MEDIMAS EPS a favor del accionante, por concepto de enfermedad común, que se relacionan a continuación:

FECHA INICIO	FECHA FINAL	DÍAS INCAPACIDAD
27/04/2018	26/05/2018	30
27/05/2018	25/06/2018	30
26/06/2018	25/07/2018	30
26/07/2018	24/08/2018	30
25/08/2018	23/09/2018	30
24/09/2018	23/10/2018	30
24/10/2018	04/11/2018	12

Respecto a la responsabilidad en el pago de las incapacidades la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que:

Atribución legal de responsabilidad en el pago de incapacidades

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 181 hasta 540	Fondo de Pensiones ⁵	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Conforme a estas reglas, estima este estrado judicial que en el caso sub examine, se cumplen dichos presupuestos, para que tanto la EPS MEDIMAS como la administradora de pensiones COLPENSIONES, le paguen al señor OLVER ANTONIO

⁵ Excepcionalmente, las EPS pueden estar obligadas a asumir el reconocimiento y pago de incapacidades posteriores al día 180 y anteriores al día 540, si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación. En dichos casos, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto. Fundamentos jurídicos 27 a 31.

DIAZ ARROYO el subsidio por incapacidad al cual tiene derecho.

De modo que conforme al precedente jurisprudencial les corresponde pagar así: Al empleador los dos primeros días, del día 3 al 180 a la entidad prestadora de salud y del 181 hasta el día 540 al fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado el beneficiario, **sin importar el tipo de concepto de rehabilitación que se tenga**, y del día 541 en adelante le corresponde nuevamente a la E.P.S., asumir el auxilio económico por incapacidad del trabajador.

La Corte Constitucional ha indicado que las incapacidades deben ser asumidas por el fondo sin que para ello se deba tener en cuenta el tipo de concepto (favorable o desfavorable) de recuperación. Al respecto, en sentencia T-144/16, indicó:

*(...) Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, **ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad sin mayor dilación**, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable.*

Es necesario hacer hincapié en que el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Asegura que el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador⁶.

*La forma condicionante en que el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto, lleva a pensar que se orienta al equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. **Da un margen de espera y rehúsa tener por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad, y que se fijaron a cargo de las AFP.***

Bajo esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico. (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

El artículo 206 de la Ley 100 de 1993 reconoce el derecho que tienen los afiliados al sistema de seguridad social de recibir el pago de incapacidades generadas como consecuencia de enfermedades generales, no profesionales, o de origen común. El artículo 1 del Decreto 2493 de 2013, que modifica el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, dispone que los dos primeros días de incapacidad deben ser asumidos directamente por el empleador.

La EPS, por su parte, debe asumir el pago de la incapacidad a partir del tercer día y hasta el día 180 y del 541 en adelante.

⁶ Decreto 2463 de 2001. Artículo 23 inciso 1º.

Adicionalmente, de acuerdo con lo prescrito por el Decreto 2463 de 2001, según la afiliación que hubiere hecho al cotizante, las incapacidades que superan los 180 días y hasta los 360 días adicionales ordenados por la ley, estarán a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones Colpensiones, con el fin de evitar la afectación del mínimo vital del trabajador que espera la calificación de la pérdida de su capacidad laboral.

Del escrito de tutela y de las pruebas arrimadas al expediente se advierte que el accionante ha estado incapacitado desde el año 2016 hasta la fecha, por enfermedad de origen común, contando con concepto de rehabilitación desfavorable expedido por la E.P.S. de fecha 27 de marzo de 2017⁷, y que según cuenta la entidad accionada en su contestación⁸, el accionante tuvo una calificación de pérdida de capacidad laboral en junio de 2017, *sin que llegara a acreditar una invalidez superior al 50%*, advirtiendo el Despacho que no se allegó copia de la mencionada calificación.

Ahora bien, el accionante quien tiene pronóstico de rehabilitación desfavorable (fl. 97-98), tiene derecho a que le sea reconocido el subsidio por incapacidad laboral por las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral, esta determinación, se justifica, porque el accionante se encuentra cotizando a través de su empleador a los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Seguridad Social en Pensiones; por consiguiente, es injusto que pese a estar cumpliendo con esta carga, no se le reconozca y pague las incapacidades laborales que están siendo emitidas por su médico tratante y cuyo pago es indispensable para satisfacer su mínimo vital.

De tal manera que el pago de las incapacidades no puede suspenderse cuando se realiza el examen de pérdida de capacidad laboral, sino hasta el momento en que la persona pueda reintegrarse a su puesto de trabajo o en su defecto le sea reconocida la pensión de invalidez, al respecto, indicó: *“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.”*

⁷ Folios 97 a 98 del expediente.

⁸ Folio 92 reverso.

En este punto del análisis, debe advertirse que si bien aún no se ha emitido nueva calificación de invalidez, lo cierto es que el accionante aún se le generan incapacidades, por lo que los 360 días adicionales ordenados por la ley hasta el día 540, están a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones Colpensiones, con el fin de evitar la afectación del mínimo vital del trabajador.

Por otra parte, el Despacho considera que se desconoce si la EPS MEDIMAS, le ha pagado al accionante los subsidios por incapacidad siguientes a los 540 días, pue el actor no hace mención a esas incapacidades y a pesar de que la EPS fue vinculada al presente tramite, no contesto la demanda, sin embargo, en aras de proteger el derecho al mínimo vital señor DIAZ ARROYO, ordenara a esa entidad que cancele los subsidios por incapacidad siguientes a los 540 días, ya que le corresponde realizar los pagos que se generaran a partir de esa fecha, en los términos del literal A del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, hasta el reconocimiento de la pensión de invalidez o hasta que la accionante sea reintegrada a un puesto de trabajo acorde con su estado de salud.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional en la sentencia T-920 de 2009, expresó *"...se entiende que el trabajador discapacitado, no puede quedar desprotegido al interior del Sistema de Seguridad Social, soportando la carga de tener que afrontar una enfermedad, sin posibilidad de subsistir dignamente, en el sentido de no recibir un ingreso transitorio, equivalente a un porcentaje razonable del salario que venía devengando"*.

En suma, siendo claro para este Despacho, la procedencia de esta acción de tutela para estudiar la solicitud de pago de incapacidades del accionante, por estar acreditada la afectación de su mínimo vital y, además, tener la condición de sujeto de especial protección constitucional; se concederá la presente acción para proteger los derechos fundamentales a la salud, vida digna, seguridad social y mínimo vital, vulnerados a la accionante y en consecuencia, se ordenará a COLPENSIONES y a MEDIMAS EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho paguen a la accionante las incapacidades generadas conforme a lo expuesto en esta sentencia.

Así mismo, se ordenará a COLPENSIONES que en el término de quince (15) días posteriores a la notificación de la sentencia, realice nuevo proceso de pérdida de capacidad laboral del accionante, habida cuenta que ha superado el día 540 de incapacidad.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, vida digna, seguridad social y mínimo vital del señor OLVER ANTONIO DIAZ ARROYO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.472.756.

SEGUNDO.- ORDENAR a COLPENSIONES, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, pague al accionante las incapacidades generadas desde el día 27 de abril de 2018 hasta 04 de noviembre de 2018.

TERCERO.- ORDENAR a MEDIMAS EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho pague al accionante las incapacidades expedidas a partir del día 541 en adelante, hasta tanto se supere la situación de salud que aqueja al señor OLVER ANTONIO DIAZ ARROYO y sea reintegrado a sus labores o hasta que se apensionado por COLPENSIONES por pensión de invalidez.

En todo caso, de no ser calificado con un porcentaje mayor al 50% de pérdida de capacidad, que le impida el acceso a la pensión de invalidez y de persistir las prórrogas de las incapacidades, la ESP MEDIMAS, deber seguir asumiendo el pago de las incapacidades.

CUARTO.- ORDENAR a COLPESIONES que en el término de quince (15) días posteriores a la notificación de la sentencia, realice nuevo proceso de pérdida de capacidad laboral del accionante, habida cuenta que ha superado el día 540 de incapacidad.

QUINTO: NOTIFICAR esta providencia a las partes de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO.- En caso de no ser impugnada la presente tutela dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, **REMITIR** a la Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión (Art. 31 y 32 del decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez

ALZ