

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil veinte (2020).

Tutela de Segunda Instancia No. **33-2020-183-00**

Resuelve este Despacho la impugnación formulada contra el fallo de tutela proferida por el Juzgado 33 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple - localidad de Chapinero, de fecha 26 de mayo de 2020.

ANTECEDENTES

SAMUEL MAURICIO PÉREZ MESA solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al MÍNIMO VITAL, LA DIGNIDAD HUMANA, LA FAMILIA Y LA SALUD, los cuales consideró fueron lesionados por COOMEVA E.P.S.

Como sustento fáctico señaló que es padre cabeza de familia, que tiene dos hijos, los cuales dependen de sus ingresos para su sustento, educación, recreación y necesidades básicas, su sustento proviene de su trabajo en COMCEL S.A.

Actualmente se encuentra incapacitado por problemas de salud, con diagnóstico de Incontinencia Fecal desde el día 15 de julio de 2014 y Depresión Grave según dictamen del Psiquiatra Humberto Zuluaga García.

El 27 de diciembre de 2017, se reincorporó a su puesto de trabajo, pero debido a la continuidad de sus patologías en salud, fue nuevamente incapacitado el 5 de junio de 2018 de manera continua hasta el día 12 de mayo de 2020, acumulando 664 días de incapacidad.

La EPS Coomeva asumió el pago de los primeros 180 días de incapacidad y la Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir desde el día 181 al 540 ósea hasta el 21 de diciembre de 2019, los cuales también fueron cancelados; según lo dispone el Decreto 2463 de 2001 y el Decreto 019 de 2012.

El día 15 de marzo de 2020 radicó derecho de petición ante Coomeva E.P.S. para que fueran canceladas las incapacidades adeudadas desde el día 541, plazo que se cumplió el pasado 21 de diciembre de 2019, sin que hasta la fecha se le

haya cancelado dinero alguno por tal concepto; dineros a los que tiene derecho según lo establecido en la Ley 1753 del 9 de junio de 2015, donde se estableció que el pago de incapacidades superiores al día 540, recae a cargo de las Entidades Promotoras de Salud EPS; en este caso Coomeva EPS.

Por lo anterior, solicita sean canceladas por parte de Coomeva EPS las incapacidades adeudadas desde el 21 de diciembre de 2019 y las que se sigan generando por causa de la enfermedad que padece mientras sea calificado por la Junta Médica de Invalidez.

Trámite de la primera instancia.

Correspondió por reparto la compendiada acción, al Juzgado 33 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple - localidad de Chapinero, quien mediante auto del 14 de mayo de 2020, la admitió y ordenó la notificación de LA EPS ACCIONADA y ordenó la vinculación de ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, COMCEL S.A. Y CLÍNICA PROYECTARTE a fin de que se pronunciara respecto de los hechos y pretensiones narrados por el tutelante.

La ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, en el término respectivo, señaló que el señor Samuel Mauricio Pérez Mesa suscribió formulario de solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por PORVENIR S.A. Una vez validada la base de datos y el sistema de información evidenciaron que a la fecha la única solicitud por parte del accionante, es referente a los pagos de incapacidad por concepto favorable de fecha 14 de septiembre de 2018, pagos que se realizaron en debida forma desde el día 26 de diciembre de 2018 al 20 de diciembre de 2019.

En lo que respecta a los hechos de la demanda, indicó que tienen su origen en una presunta violación por parte de Coomeva E.P.S., al señor Samuel Mauricio Pérez Mesa por no pagar las incapacidades generadas con posterioridad al día 540, esto es de diciembre 21 de 2019 en adelante, es decir se presentó un conflicto entre el accionante y Coomeva E.P.S., lo que nada tiene que ver con la Sociedad Administradora, pues desde ningún punto de vista sea por acción u omisión ha trasgredido los derechos fundamentales del señor Pérez Mesa.

Agregó que el señor Samuel Mauricio Pérez Mesa y de conformidad al certificado de incapacidades, el día 181 lo cumplió el 26 de diciembre de 2018 y el día 540 lo cumplió el 20 de diciembre de 2019, pagos que se generaron a la cuenta reportada por el accionante

Y Finalizó su participación siendo enfatizando que en la Ley 1753 del 9 de junio de 2015, por medio del cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, estableció que el pago de incapacidades superiores al día 540 no recae en las Administradoras de Fondos de Pensiones, sino a cargo de las Entidades

Promotoras de Salud EPS, quienes administran los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

A su vez COMCEL S.A., informó que debe negarse el amparo solicitado en contra de esta sociedad, por la sencilla razón que la empresa no ha vulnerado derecho fundamental alguno y que las pretensiones expuestas por el accionante se encuentran dirigidas única y exclusivamente a la EPS COOMEVA, como entidad del sistema de seguridad social integral a la cual está afiliado el accionante.

Finalmente, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, solicitó desvincular a la entidad de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud, lo que impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a la entidad.

Mas sin embargo indicó que, las EPS como aseguradoras en salud son responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud, pues el aseguramiento en salud, exige que el asegurador (EPS), asuma el riesgo transferido por el usuario, esto es, la salud y vida del asegurado, y cumpla cabalmente con las obligaciones frente a "...la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas." (Cfr. Art. 15 Ley 1751 de 2015), lo cual implica la asunción de obligaciones y responsabilidades contractuales.

La sentencia impugnada.

El juez de primer grado decidió conceder el amparo de tutela, luego de determinar que no existía una justificación para que la E.P.S., COOMEVA se negara a reconocer el auxilio económico al actor, pues era obligación de esta entidad el cancelar desde el día 541 de incapacidad y hasta tanto se rehabilitara el mismo, ello bajo lo regulado por la Ley 1753 de 2015.

La impugnación.

Inconforme con la decisión del *a-quo*, COOMEVA EPS S.A. optó por impugnar el fallo de tutela.

Fundando su desacuerdo en que, se debe REVOCAR la sentencia, en el sentido de ordenar a la AFP realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral a favor de la accionante, a fin de determinar si tiene derecho a la pensión de invalidez o si debe ser reubicado laboralmente.

Y que se ordene al usuario radicar la documentación pertinente ante AFP PORNENIR en un término no mayor a 30 días, a fin de que dicha entidad pueda agilizar y llevar a cabo el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, so pena de que la presente sentencia constitucional quede sin efectos y deba tramitar su controversia a través de la jurisdicción ordinaria laboral, como su juez natural.

CONSIDERACIONES

De la acción de tutela.

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas cuando los mismos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades. Esta acción es dada para que toda persona pueda acudir a un juez con el fin de que se le proteja su derecho ante una conducta de acción u omisión de la autoridad que vulnere o amenace un derecho fundamental individual y ante la situación de carencia de otro mecanismo judicial para la protección de los derechos de que se trate. La finalidad última de esta acción constitucional es lograr que el Estado, a través de un pronunciamiento judicial, restablezca el derecho fundamental conculcado o impida que la amenaza que sobre él se cierne se configure.

Dentro de las características esenciales de esta acción se encuentran la subsidiariedad y la inmediatez, la primera, refiere a que tan solo resulta procedente instaurarla en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los Jueces; esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; la segunda a que la acción de tutela debe tratarse como mecanismo de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de la violación o amenaza.

De la procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el pago de incapacidades.

Tratándose del reconocimiento de incapacidades, por regla general la jurisprudencia constitucional ha indicado que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario para la protección de derechos fundamentales y no es el

medio idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones de tipo económico, tales como las incapacidades laborales.

A su vez, la Corte Constitucional ha establecido que *“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. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”*¹.

Así las cosas, se ha reconocido la procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales ante la vulneración de un derecho de carácter fundamental, por ejemplo, el mínimo vital, debido a que con ello se garantiza la estabilidad económica del trabajador y le permite que durante este periodo pueda vivir de manera digna².

Cabe señalar que en la sentencia T-404 de 2010 se reiteró que: *“ante la falta de salario, el pago de incapacidades se constituye como la única fuente de ingresos del trabajador, a través de la cual puede suplir sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar. La Sala primera de revisión aseguró que de declararse la improcedencia de la acción de tutela, se estaría dejando al azar la ocurrencia de un perjuicio irremediable”*.

La Corte Constitucional, siguiendo el derrotero anteriormente comentado, identificó las circunstancias para admitir la procedencia de la súplica constitucional en casos donde lo perseguido sea el pago de incapacidades laborales, ellas son: “i) se trata de proteger un derecho de carácter fundamental y ii) se pretende evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable”³.

Marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días. Reiteración de jurisprudencia.

El Sistema General de Seguridad Social contempla, a través de diferentes disposiciones legales, la protección a la que tienen derecho los trabajadores que, con ocasión a una contingencia originada por un accidente o una enfermedad común, se vean limitados en su capacidad laboral para el cumplimiento de las

¹ Corte Constitucional T-311 de 1996.

² Corte Constitucional, Sentencia T-097 de 2015.

³ *Ibíd.*

funciones asignadas y la consecuente obtención de un salario que les permita una subsistencia digna.

Respecto de la falta de capacidad laboral. La Corte ha distinguido tres tipos de incapacidades a saber : *(i) temporal, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) permanente parcial, cuando se presenta un disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) permanente (o invalidez), cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%.* Sobre el particular, la propia jurisprudencia ha precisado que las referidas incapacidades pueden ser de origen laboral o común, aspecto que resulta particularmente relevante para efectos de determinar sobre quién recae la responsabilidad del pago de las mismas, como se explicará a continuación.

Las incapacidades por enfermedad de origen laboral

En cuanto a las incapacidades por enfermedad de origen laboral, el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013 dispone que las Administradoras de Riesgos Laborales - ARL- serán las encargadas de asumir el pago de aquellas incapacidades generadas con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

El pago lo surtirá la ARL correspondiente *“(...) hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez”*

De las incapacidades por enfermedad de origen común

Respecto del pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, es preciso empezar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabajador percibirá durante ese lapso. Así, cuando se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un auxilio económico y cuando se trata del día 181 en adelante se estará frente al pago de un subsidio de incapacidad.

Ahora bien, en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

i. Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

Así las cosas, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia.

iv. Ahora bien, en cuanto al pago de las incapacidades que superan los 540 días, cabe mencionar que hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional reconocía la existencia de un déficit de protección respecto de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días. Al respecto, esta Corporación mediante sentencia T-468 de 2010 advirtió lo siguiente:

“(…) aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son generosas, esta Sala repara en el hecho de que no existe legislación que proteja al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días. Son muchos los casos en que las dolencias o las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común que obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a

pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y por tanto, tampoco nace el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir.” Agregó que “En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación legal en la materia, ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad, situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de Protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo.”

En ese orden, el Gobierno Nacional, expidió la Ley 1753 de 2015 mediante la cual buscó dar una solución a al aludido déficit de protección. Así, dispuso en el artículo 67 de la mencionada ley, que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas “[al] 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.”. Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS.

Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte ha reiterado que, a partir de la vigencia del precitado artículo 67 de Ley 1753 de 2015, en todos los casos en que se solicite el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad superior a 540 días, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social están en la obligación de cumplir con lo dispuesto en dicho precepto legal, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado.

Caso en concreto.

Ahora bien, descendiendo al caso en específico, ha de decirse que el accionante pretende se reconozca el pago de las incapacidades generadas a partir del día 540 que considera deben ser asumidas por COOMEVA EPS, tal y como lo ordeno el juez de instancia, más sin embargo requiere la EPS., a que se revoque la orden dada por el Juez Municipal, y se le indique al Fondo de Pensiones que debe realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral y de tal modo si se entraría a cancelar los beneficios económicos.

Puestas las cosas de este modo, observa el despacho que concurren, de acuerdo a lo acreditado en el curso de esta actuación, los requisitos jurisprudencialmente previstos para pronunciarse de fondo acerca del reconocimiento económico de las incapacidades perseguidas con ocasión de este excepcional medio de defensa, como quiera que la falta de pago de la prestación

solicitada genera una afectación a los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital del actor, como quiera que su salario es su única fuente de ingreso y sustento económico de su núcleo familiar, tal y como lo manifiesta en el escrito tutelar, circunstancia, que no fue desvirtuada por la parte accionada, no obstante corresponderle a ésta tal carga probatoria, por tratarse de una negación de carácter indefinido.

En este sentido, se tiene por superado el requisito de subsidiariedad porque la acción de tutela se erige como el mecanismo idóneo para reclamar la prestación económica solicitada, en aras de garantizar los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital del señor Samuel Pérez Mesa.

En sintonía con la normatividad y jurisprudencia citada en párrafos anteriores, se tiene que cumplidos 540 días de incapacidad por enfermedad común, corresponde a la EPS respectiva garantizar la prestación económica de los días de incapacidad subsiguientes, en tanto, no existe condición alguna para que este derecho se adquiriera, pues meramente es necesario estar incapacitado y nada más

En el presente caso, resulta acreditado que la accionante tiene cumplió 540 días incapacitados y reclama por medio de esta acción el pago de los subsiguientes 145 días, pues la EPS no los quiere cancelar.

Debe señalarse que si bien el fundamento de la impugnación elevada por COMEVA EPS S.A., consiste en *“si bien es cierto, de acuerdo a la Ley 1753 de 2015, después del día 540 debe iniciar el pago de las incapacidades generadas al usuario la EPS, consideramos que el sistema debe ir más allá que al pago de las incapacidades, debemos es propender porque la usuaria pueda acceder a su pensión de invalidez si cuenta con el PCL mayor al 50%, o en el evento de obtener una menor calificación, realizar todos los actos tendientes para su reubicación”*, Se denota, que es un fundamento de criterio empresarial, sin sustento jurídico alguno, pues como se dijo la ley 1753 de 2015, no condicionó el pago de incapacidades a requisito alguno diferente a seguir incapacitado,

En consecuencia, se colige que los reparos que son sustento de la impugnación realizada por COOMEVA EPS S.A. deberán ser desechados, por lo tanto, este despacho confirmará por los motivos aquí consignados el fallo emitido por el Juez Municipal

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARENTA y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 33 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple - localidad de Chapinero, de fecha 26 de mayo de 2020.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a todos los interesados por el medio más expedito y al Juzgado de origen.

TERCERO: REMITIR lo actuado a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase,

La Jueza,


AURA ESCOBAR CASTELLANOS
Jueza