REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

Tutela de Segunda Instancia No. **70-2020-438-00**

Resuelve este Despacho la impugnación formulada contra el fallo de tutela proferida por el Juzgado 70 Civil Municipal de Bogotá hoy 52 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de la misma Urbe, de fecha 24 de junio de 2020.

ANTECEDENTES

LUIS HERNANDO VASQUEZ solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al MÍNIMO VITAL, LA DIGNIDAD HUMANA, LA FAMILIA Y LA SALUD, los cuales consideró fueron lesionados por E.P.S. CAFESALUD S.A. EN LIQUIDACIÓN, E.P.S. MEDIMAS S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Como sustento fáctico señaló que es un hombre de 62 años, que no puede trabajar por la enfermedad que posé, lo que le genera inconvenientes familiares y económicos, puesto que no cuenta con ningún ingreso económico.

Agrega que se encuentra incapacitado desde el 23 de agosto de 2017, que le han pagado 180 días de incapacidad y que los días restantes se encuentran pendientes de que sean cancelados.

Trámite de la primera instancia.

Correspondió por reparto la compendiada acción, al Juzgado 70 Civil Municipal de Bogotá, hoy 52 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de la misma Urbe, quien mediante auto del 08 de junio de 2020, la admitió y ordenó la notificación de E.P.S. CAFESALUD S.A. EN LIQUIDACIÓN, E.P.S. MEDIMAS S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ordenó la vinculación del MINISTERIO DEL TRABAJO, SUPERITENDENCIA NACIONALD DE SALUD, ARL SURAMERICANA y TRANSMETA S.A.S a fin de que se pronunciara respecto de los hechos y pretensiones narrados por el tutelante.

Mediante auto del 12 de junio de 2020, y dado que de las respuestas emitidas por las partes del expediente, se ordenó la citación de PORVENIR, LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, y al ADRES.

CAFESALUD E.P.S. S.A., por intermedio de LINA MARCELA TAMAYO REYES, en su calidad de apoderada general de la Unidad de Tutelas, indicó que el

señor LUIS HERNANDO VASQUEZ estuvo afiliado a CAFESALUD E.P.S. en el régimen CONTRIBUTIVO, hasta el día 31 de julio de 2017, fecha en la cual y en virtud de la Resolución No. 2426 del 19 de Julio de 2017, fue cedido a la E.P.S. MEDIMAS, quien asumió su aseguramiento en salud y por ende la continuidad del servicio.

Afirmó que, en el aplicativo de incapacidades, se puede evidenciar que el señor LUIS HERNANDO VASQUEZ cuenta con incapacidades transcritas en forma continua e ininterrumpida desde el 1° de diciembre de 2016 al 24 de julio de 2017, fecha en la cual se le expidió incapacidad por treinta (30) días; y que al terminar la cobertura con CAFESALUD E.P.S. S.A. en operación (31 de julio de 2017), contaba con un acumulado de 246 días.

Así mismo, advirtió que, en el aplicativo de Medicina Laboral, se pudo evidenciar la emisión del concepto desfavorable de rehabilitación de fecha 22 de abril de 2017, el cual se encuentra debidamente notificado al usuario y a la A.F.P. COLPENSIONES.

Mencionó que en la actualidad ésta Entidad carece de competencia para pronunciarse sobre la solicitud elevada por el accionante y solicitó que se desvinculara de la presente acción de tutela a CAFESALUD E.P.S. S.A., por inexistencia de violación o puesta en peligro de los derechos fundamentales del accionante de su parte y ante la falta de legitimación en la causa por pasiva.

A su turno, LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, por intermedio de MALKY KATRINA FERRO, en su calidad de Directora de la Dirección de Acciones Constitucionales, indicó que el día 22 de mayo de 2020, bajo el radicado No 2020_5094611, la E.P.S. MEDIMAS allegó a esta administradora concepto de rehabilitación – CRE- del señor LUIS HERNANDO VASQUEZ con concepto DESFAVORABLE.

Afirmó que no es procedente por parte de esta administradora el reconocimiento y pago de incapacidades médicas a favor del señor LUIS HERNANDO VASQUEZ, por cuanto al tener Concepto de Rehabilitación - CRE Desfavorable lo que debe solicitar es el trámite de calificación de pérdida de su capacidad laboral.

Así mismo, advirtió que se evidencia que el día 2 de noviembre de 2017, bajo el radicado No. 2017_12560006, el señor LUIS HERNANDO VASQUEZ procedió a solicitar calificación de la pérdida de su capacidad laboral y, por su parte, Colpensiones expidió Dictamen DML No. 2017253123NL del 12/12/2017.

Contra el dictamen antes mencionado, se presentó inconformidad y la Junta Regional de Calificación de Bogotá expidió Dictamen No. 14227497-6741 del 21 de diciembre de 2018 mediante el cual se determinó que el accionante tiene una pérdida de capacidad laboral del 37.70% con fecha de estructuración del 06/07/2017. Frente a este dictamen se presentó recurso de apelación del cual aun Colpensiones no ha sido notificado de un nuevo dictamen o calificación.

Afirmó que, revisadas las bases de datos de Colpensiones, se puede observar que no se encuentra petición presentada por el señor LUIS HERNANDO VASQUEZ en relación al reconocimiento y pago de incapacidades médicas. Lo que, en su

sentir, significa a su vez la inexistencia de la acción u omisión en cabeza de esta Administradora

Resalta que el accionante cuenta con otros mecanismos judiciales para obtener lo solicitado, como lo es la jurisdicción ordinaria laboral. Por lo tanto, si el gestor del amparo presenta desacuerdo acerca del reconocimiento y pago de incapacidades médicas, debe agotar los procedimientos judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su solicitud vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial, pues la Corte Constitucional ha sido reiterativa en sostener que la acción de tutela es improcedente, por su naturaleza excepcional y subsidiaria, ésta no puede reemplazar las acciones ordinarias creadas por el legislador para resolver asuntos de naturaleza litigiosa.

Por su parte, MEDIMAS E.P.S. S.A., indicó que las empresas promotoras de Salud están obligadas a reconocer hasta 180 días de incapacidad consecutivos por una misma enfermedad. A partir del día 181, este reconocimiento pasa a ser responsabilidad de los Fondos de Pensiones, al igual que la remisión a la junta de Calificación, donde se determina el grado de pérdida de capacidad y si hay lugar a reconocimiento de mesada pensional por invalidez.

Afirmó que, a su vez, el Decreto 1333 de 2018 expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social, *"Por el cual se sustituye el Titulo 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamenta las incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones"*, señala que la E.P.S. debe reconocer y pagar incapacidades superiores a 540 días, en los casos allí establecidos.

Así mismo, advirtió que, a fin de evaluar la pertinencia de la solicitud y dar el trámite correspondiente, se requiere la calificación de pérdida de capacidad laboral (PCL) emitida por el Fondo de Pensiones al cual se encuentra afiliado el usuario.

Solicitó que se declare improcedente la presente acción, por inexistencia de actuación u omisión de MEDIMAS E.P.S. S.A., en la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, indicó por medio de la persona encargada que el artículo 121 del Decreto 019 de 2012 establece la prohibición expresa a los empleadores de trasladar el trámite para el reconocimiento de las incapacidades o licencias de maternidad y paternidad a los trabajadores, siendo obligación exclusiva de los empleadores, por tal razón, no es viable deducir o retener el valor pagado por nómina a un trabajador por estos conceptos, pues se estaría creando una barrera para el reconocimiento de la prestación económica.

Afirmó que, en caso de presentarse incapacidad por contingencia de origen común, el reconocimiento y pago de las mismas para los afiliados cotizantes se hará hasta por 180 días por parte de la E.P.S. respectiva, y si hay concepto favorable para rehabilitación por parte de la E.P.S., se postergará el trámite de Calificación de Invalidez hasta por un término máximo de 360 días adicionales a los primeros 180, en este tiempo se otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía percibiendo el cotizante.

Por último, con relación al reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas de incapacidades de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos, precisó que, en los términos del artículo 67 de la Ley 1753 de

2015, la obligación del pago de las mismas se encuentra en cabeza de la EPS en la que se encuentre afiliado el usuario y esta prestación se sufragará con cargo a los recursos de que tratan los artículos 66 y 67 de la Ley 1753 de 2015, decreto 1333 del 27 de julio de 2018 capitulo III artículo 2.2.3.3.1.

Solicitando que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y se desvincule de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela.

Por su parte, SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. – A.R.L. SURA., por intermedio del Representante Legal Judicial, indicó que, en cuanto a expedientes con ARL SURA, el accionante registra un accidente de trabajo del día 15 de octubre de 2013 con traumatismo del antebrazo y mano de miembro superior izquierdo, por el cual se brindaron las prestaciones correspondientes y le generó secuelas calificadas en última instancia por Junta Nacional de Calificación de Invalidez con 25.05% el 06 de julio de 2016. Por este evento no tiene prestaciones ni requerimientos pendientes.

Tiene además otros 4 accidentes de trabajo anteriores, pero son eventos sin secuelas funcionales y por los cuales tampoco tiene requerimientos pendientes.

Afirmó que, adicionalmente, cuenta con antecedente de patología trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatia, del cual fue calificado como enfermedad común por la E.P.S. CAFESALUD el día 9 de febrero de 2016.

Así mismo, advirtió que no se evidencia vulneración de los derechos del accionante por parte de esta administradora, razón por la que solicitó su desvinculación en la presente acción de tutela.

El MINISTERIO DEL TRABAJO, indicó que esta entidad no tiene dentro de sus competencias efectuar el reconocimiento ni pago de incapacidades, lo cual, previo al cumplimiento de los requisitos legalmente previstos, lo debe efectuar según el caso, la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado en calidad de cotizante y asumir su reconocimiento y pago con cargo a los recursos que para el efecto prevé el régimen contributivo del S.G.S.S.S. hasta los 180 días, o el Fondo de Pensiones cuando es superior a ese término con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido; o la A.R.L. cuando el origen de la contingencia es laboral con cargo a los recursos que para el efecto establece el Sistema de Riesgos Laborales.

Afirmó que, además, es claro que este Ministerio no tiene ningún vínculo de tipo laboral o contractual con el accionante, lo que implica que no existió ni existen obligaciones ni derechos recíprocos, lo que da lugar a que haya ausencia, bien sea por acción u omisión, de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno.

Así mismo, advirtió que la acción de tutela resulta improcedente para obtener el reconocimiento y pago de acreencias que surgen en virtud de un vínculo laboral, salvo que esté de por medio la vulneración del mínimo vital de subsistencia del accionante.

Y solicitó que se declare la improcedencia de la acción con relación al Ministerio del Trabajo, y en consecuencia exonerarlo de responsabilidad alguna que se le endilgue por falta de legitimación en la causa, dado que no hay obligación o

responsabilidad de su parte, ni ha vulnerado ni puesto en peligro derecho fundamental alguno al accionante.

El empleador, OPERA TRANSPORTE Y LOGISTICA INTEGRAL S.A.S. – Antes TRANSMETA S.A.S. al contestar la acción de tutela, fijó que dando cumplimiento a la normatividad laboral y actuando con real y manifiesta buena fe, canceló al accionante, con recargo a la E.P.S., las sumas derivadas de las incapacidades presentadas por el señor LUIS HERNANDO VÁSQUEZ por enfermedad general durante los primeros ciento ochenta (180) días.

Afirmó que, sin perjuicio de lo anterior, desde que inició la relación de trabajo entre el accionante y OPERA TRANSPORTE Y LOGISTICA INTEGRAL S.A.S., la entidad afilió al accionante al sistema integral de seguridad social y así mismo ha venido efectuando el pago de los aportes al sistema de seguridad social de forma oportuna y completa, razón por la cual el auxilio económico derivado de las incapacidades médicas prescritas, están a cargo de la E.P.S. y del Fondo de Pensiones.

Así mismo, advirtió que el día 4 de febrero de 2020, la sociedad empleadora procedió a enviar una petición al Fondo de Pensiones PORVENIR y a la EPS MEDIMAS, con el fin de que dichas entidades asuman el pago del auxilio económico derivado de las incapacidades otorgadas al accionante, las cuales superaban los primeros 180 días.

Sin que a la fecha se estén violentando derechos fundamentales al actor por parte de la sociedad OPERA TRANSPORTE Y LOGISTICA INTEGRAL S.A.S.

A su vez, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ D.C. Y CUNDINAMARCA señaló que el caso del señor VÁSQUEZ fue remitido a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca el día 16 de mayo de 2018 por COLPENSIONES, con el objeto de dirimir la controversia suscitada por el paciente frente a calificación emitida en primera oportunidad por dicha entidad.

A su vez, mediante dictamen 14227497-6741 del 21 de diciembre de 2018, esta Junta Regional calificó los Diagnósticos como otros trastornos del disco cervical y otros trastornos especificados de los discos intervertebrales, con una pérdida de capacidad laboral de 37.70%, Origen: Común, Fecha de Estructuración: 6 de julio de 2017.

Contra la decisión en primera instancia de esta Junta, el señor VASQUEZ interpuso los recursos de reposición y en subsidio el de apelación el día 11 de enero de 2019.

En consecuencia, la Junta Regional resolvió el recurso de reposición decidiendo confirmar la calificación inicial. En el mismo momento, teniendo en cuenta que se interpuso en forma subsidiaria el recurso de apelación, se concedió y se procedió a solicitar a la entidad COLPENSIONES el pago de honorarios a favor de la Junta Nacional.

En seguida, comenta que elevó diferentes solicitudes de pago a COLPENSIONES, teniendo lugar el último requerimiento el día 2 de abril del año en curso, sin contarse con respuesta al respecto.

Razón por la cual, de forma virtual, el día 18 de junio de 2020 remitió un correo electrónico a la Junta Nacional, quien informó que a la fecha no registra pago. Así, de conformidad con lo señalado en el inciso 4° del artículo 2.2.5.1.41 del Decreto 1072 de 2015, esta Junta Regional no podrá remitir el expediente a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Es decir, *"una vez la entidad responsable de pago (Colpensiones) acredite el pago de los honorarios a favor de esa instancia podremos proceder con la remisión del proceso."*

Solicitando que se desvinculara de la presente acción de tutela a la JUNTA REGIONAL DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, por cuanto en ningún momento ha vulnerado derecho fundamental al accionante y que se ordene a la entidad COLPENSIONES que cumpla con la carga requerida para poder continuar con el proceso de calificación del señor para determinar las prestaciones a las que eventualmente hubiere lugar.

En su turno la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, indicó que ADRES es una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente, encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA, del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud -FONSAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP).

Afirmó que la H. Corte Constitucional, en sentencia T-401 de 2016, indicó claramente quiénes deben asumir el pago de las incapacidades y resalta que no es función de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES el reconocimiento prestacional que nos ocupa, ni el trámite de calificación de invalidez, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad. Situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de este ente.

Así mismo, advirtió que, con fundamento en lo establecido en el artículo 6° de la Resolución 6411 de 2016, la ADRES reconoció y liquidó a las E.P.S., por cada afiliado cotizante al régimen contributivo, a partir del proceso de compensación del mes de octubre de la vigencia 2017, 3 puntos adicionales al 0.35% que se venía reconociendo desde enero por concepto de provisión de incapacidades por enfermedad general Incremento que se justifica en el riesgo que el legislador atribuyó a las EPS en el segundo literal a) del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015. Lo anterior significa que ADRES ya ha reconocido a las E.P.S., incluida la accionada, un incremento porcentual para efectos de que asuman el pago de las incapacidades superiores a 540 días.

Solicitó que se niegue el amparo solicitado por el accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y, en

consecuencia, se desvincule a esta Entidad del trámite de la presente acción constitucional.

En su momento, la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, Por intermedio de la abogada de la Sala de Decisión N°. 2, indicó que el señor HERNÁNDEZ VÁSQUEZ tuvo un caso radicado el día 4 de abril de 2016, de manera que se efectuó el respectivo reparto y le correspondió a la Sala Segunda de Decisión examinar el expediente. En consecuencia, se realizó la respectiva valoración médica y en Audiencia Privada de Decisión del 7 de julio de 2016 se profirió el dictamen correspondiente.

Afirmó que no se observa que la Junta Nacional haya vulnerado los derechos fundamentales de la parte actora, pues las pretensiones del escrito tutelar se encuentran dirigidos a que las entidades accionadas cancelen los auxilios monetarios por incapacidad médica temporal.

Así mismo, solicitó que se desvinculara a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del proceso constitucional, pues dicha entidad solo conoce en última instancia de los dictámenes que fueron objeto de apelación cuando las Juntas Regionales califican fecha de estructuración, origen de patologías y porcentaje de pérdida de capacidad laboral y no realiza valoraciones y calificaciones en primera oportunidad según los precisos y estrictos términos del Decreto 1352 de 2013.

Y finalmente - PORVENIR S.A. agregó que el señor LUIS HERNANDO VASQUEZ no se encuentra afiliado a PORVENIR S.A. debido a que en el mes de febrero de 2010 se trasladó a COLPENSIONES.

Afirmó que en PORVENIR S.A. no existe ninguna solicitud presentada por parte del señor LUIS HERNANDO VASQUEZ.

Así mismo, advirtió que quienes deben resolver la solicitud del accionante son las entidades MEDIMAS y COLPENSIONES, mencionando que es claro que PORVENIR S.A. no ha vulnerado ningún derecho fundamental en cabeza del accionante, solicitando que se niegue o declare improcedente la pretendida acción de tutela respecto de PORVENIR.

La sentencia impugnada.

El juez de primer grado decidió conceder el amparo de tutela, luego de determinar que no existía una justificación para que no le hubieren cancelado las incapacidades al actor, considerando que el empleador debía asumir el pago de las mismas y efectuar el cobro a las entidades pertinentes, sin que se deba colocar al actor a realizar trámite alguno.

Y determinó que le corresponde a COLPENSIONES el cancelar el pago de los honorarios que se necesitan para que la Junta Regional de Calificación de Pérdida de Capacidad laboral envié el expediente del actor al superior, ello en el marco del recurso de apelación interpuesto por el accionante.

La impugnación.

Inconforme con la decisión del *a-quo*, LUIS HERNANDO VASQUEZ, señaló que se hace necesario vincular a la acción a E.P.S., MEDIMAS, a fin de que sea

esta la entidad encargada de cancelar las incapacidades que se generaron por la enfermedad que aquel padece, sin que sea obligación de su empleador el reconocer el rublo que se genere de las incapacidades medicas respectivas.

Sin que se deba olvidar que el actor y la empresa donde aquel laboraba le hubieren solicitado dichos pagos en múltiples oportunidades, sin que se tenga a la fecha de la impugnación una respuesta favorable a sus peticiones.

A su vez la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-, señaló que la calificación de la invalidez es un derecho que tienen las personas a ser valoradas y a que se les determine su condición de salud frente a las secuelas que son concurrentes por afectaciones tanto de origen común como laboral, en el sentido de establecer si existe una perdida en el individuo superior o dentro del rango de la invalidez y así buscar el amparo o cubrimiento de las prestaciones en el sistema de la seguridad social integral y más exactamente para lograr una pensión de invalidez que cubra un ingreso económico para el afectado y su familia, ante la imposibilidad de realizar actividades laborales o productivas.

Y que se evidencia que el 27 de noviembre de 2017, el actor mediante rad 2017_12560006 procedió a solicitar calificación de pérdida de capacidad laboral, y que una vez revisados los aplicativos de la entidad, se evidencia que aquella entidad mediante dictamen N 14227497-6741 del 21 de diciembre de 2018, procedió a calificarlo, determinando una Pérdida de la Capacidad Laboral del 37.70%, estructurada el 06 de julio de 2017.

Y que una vez notificado el precitado dictamen, y encontrándose dentro de los términos de ley, se presentó manifestación de inconformidad contra el mismo. No. de Radicado, Oficio BZ2020_6181768-1324535, las cuales se encuentra en trámite, pues está pendiente la validación del pago de los honorarios a la Junta regional de calificación para el estudio del recurso interpuesto.

De acuerdo con lo anterior, no es competencia del Juez Constitucional realizar un análisis de fondo frente a lo pretendido, además en este caso el actor pretende desnaturalizar la acción de tutela pretendiendo que por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y subsidiaridad, sean reconocidos derechos que son de conocimiento del juez ordinario competente a través de los mecanismos legales establecidos para ello.

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 estableció 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.

---

[1] Corte Constitucional T-311 de 1996.
[2] Corte Constitucional, Sentencia T-097 de 2015.
[3] Ibídem.

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 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 trabador 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.

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.

Honorarios de los miembros de las Juntas Regionales y Nacionales de Calificación de Invalidez.

El artículo 42 de la Ley 100 de 1993, dispone que los honorarios de los miembros de las Juntas Regionales y Nacionales de Calificación de Invalidez serán pagados por la entidad de previsión o seguridad social o la sociedad administradora a la que esté afiliado el solicitante y no deben ser sufragados por el usuario del sistema de seguridad social:

> *"ARTÍCULO 42. JUNTAS REGIONALES DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. En las capitales de departamento y en aquellas ciudades en las cuales el volumen de afiliados así lo requiera, se conformará una comisión interdisciplinaria que calificará en primera instancia la invalidez y determinará su origen.*
>
> *Las comisiones estarán compuestas por un número impar de expertos, designados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quienes actuarán de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional.*
>
> *Los honorarios de los miembros de la comisión serán pagados por la entidad de previsión o seguridad social o la sociedad administradora a la que esté afiliado el solicitante."*

Así mismo, el artículo 43 de la Ley 100 de 1993 prescribe el funcionamiento de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y establece que los honorarios de los miembros de la Junta serán pagados, en todo caso, por la entidad de previsión o seguridad social correspondiente.

La Corte Constitucional ha proferido diferentes providencias que se relacionan directamente, sentencia C-164 de 2000, se declaró la inconstitucionalidad del artículo 43 del Decreto 1295 de 1994, "Por el cual se determina la organización y administración del sistema general de riesgos profesionales". En esa ocasión, la Sala Plena de esa Corporación consideró que, según lo preceptuado en el artículo 13 de la Constitución, el Estado debe proteger a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y sancionar los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. Por lo tanto, el Estado no debe reservar un trato preferente a quienes cuenten con las posibilidades económicas para obtener que su situación física o mental, sea evaluada.

En la referida oportunidad esta Corporación declaró inexequible el anterior precepto, al argumentar que:

"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, según los términos del artículo 48 de la Constitución, razón por la cual no entiende la Corte cómo, mediante la norma examinada, pretende condicionarse la prestación de un servicio esencial en materia de seguridad social -la evaluación de una incapacidad laboral- al pago, poco o mucho, que haga el trabajador accidentado o enfermo -por causas de trabajo- para sufragar los costos de un organismo creado por el legislador para el efecto. Ese criterio legal elude la obligatoriedad y la responsabilidad del servicio público en cuestión, y promueve la ineficiencia y la falta de solidaridad de las entidades de seguridad social, a la vez que convierte en ilusorio el principio de la universalidad".

En la sentencia C-1002 de 2004, la Corte declaró exequibles los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993, aduciendo frente al segundo cargo de la demanda, que el legislador violó el principio de igualdad y amplió el ámbito de actuación de las juntas de calificación de invalidez, afirmando que los certificados que éstas emiten sirven para reconocer una prestación social. En palabras de esa Corporación:

"Dado que el legislador no circunscribió expresamente el ámbito de funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez a la calificación de la incapacidad con fines de reconocimiento de pensión de invalidez, es posible inferir que también dicha certificación sirve como elemento de juicio para conceder la pensión de sobreviviente, pues para ésta también se requiere la calificación del grado de invalidez del aspirante. De las normas transcritas se deduce que la función de calificación de las condiciones de invalidez que realizan las juntas a que se refiere el Decreto 2463/01 no se agota, como lo sugiere el demandante, con la determinación de las que dan lugar a la concesión de la pensión de invalidez, sino que operan en cualquier caso en que el establecimiento del grado de invalidez sea requisito necesario para otorgar el reconocimiento de una prestación social".

Las juntas de calificación de invalidez, tanto las regionales como la junta nacional, son organismos de creación legal, integrados por expertos en diferentes disciplinas, designados por el Ministerio de Trabajo para calificar la invalidez en aquellos eventos en que la misma sea necesaria para el reconocimiento de una prestación. De conformidad con los artículos acusados, los miembros de las juntas de calificación de invalidez no son servidores públicos y reciben los honorarios por sus servicios de las entidades de previsión o seguridad social ante quienes actúan, o por la administradora a la que esté afiliado quien solicite sus servicios. Del contenido de la normativa legal se tiene que el fin de las juntas de calificación de invalidez es la evaluación técnica científica del grado de pérdida de la capacidad laboral de los individuos que se sirven del sistema general de seguridad social. El dictamen de las juntas de calificación es la pieza necesaria para la expedición del acto administrativo de reconocimiento o denegación de la pensión, propiamente dicho.

Concluyendo que son las Juntas de Calificación de invalidez las encargadas de emitir los dictámenes de la pérdida de capacidad laboral, cuando las personas requieran obtener el reconocimiento y pago de cualquier prestación social tendiente a salvaguardar su mínimo vital y vida digna. Los honorarios de las juntas deben ser cancelados por la entidad de previsión o seguridad social o la sociedad administradora a la que esté afiliado el solicitante, ya que al ser un servicio esencial en materia de seguridad social, su prestación no puede estar supeditada al pago

que haga el interesado, pues este criterio elude el principio solidaridad al cual están obligadas las entidades de seguridad social.

Caso en concreto.

Ahora bien, descendiendo al caso en específico, ha de decirse que el problema jurídico a resolver, se centra en determinar, quien es el encargado de cancelar las incapacidades que ha estado generando el señor LUIS HERNANDO VASQUEZ, desde el primer dia de las mismas y señalar con claridad a que entidad de las encargadas de administrar y asegurar a los ciudadanos al sistema de seguridad social es el encargado de cancelar los honorarios pertinentes para que sea conocido el recurso de apelación que está pendiente por tramitar.

De ello, se tiene probado en el expediente que el actor se encuentra incapacitado desde el 1° de septiembre de 2016, y que a la fecha del 29 de mayo del año que cursa el accionante cuenta con 1.182 días de incapacidad, los cuales han sido ininterrumpidos.

A su vez se tiene que a folios, 136 y 190 de la tutela de primera instancia, se encuentran dos comunicaciones dirigidas a la Administradora Colombiana de pensiones, una emitida por CAFESALUD EPS y otra por MEDIMAS EPS en la cuales se señaló que el señor LUIS HERNANDO VASQUEZ, cuenta con un concepto desfavorable de rehabilitación, comunicados recibidos por COLPENSIONES el 26 de abril de 2017 y 22 de mayo de 2020.

Asi las cosas, se otea que el señor LUIS HERNANDO VASQUEZ, cuenta con dos conceptos desfavorables de rehabilitación, y que en la Junta Regional de Invalidez Bogotá D.C., y Cundinamarca se encuentra pendiente el trámite de la apelación formulada en contra del dictamen 14227497-6741 de fecha 21 de diciembre de 2018, trámite este que fue remitido por COLPENSIONES desde el 16 de mayo de 2018.

Conforme lo fijado en la parte considerativa de este fallo, y lo brevemente reseñado, se dirá que el señor LUIS HERNANDO VASQUEZ, como ya se dijo se encuentra incapacitado desde el 1 de septiembre de 2016, y que el primer concepto de no rehabilitación se le comunicó por parte de CAFESALUD a COLPENSIONES el 26 de abril de 2017, ello al día 237 de incapacidad, razón está por la que MEDIMAS EPS, deberá asumir los pagos de las incapacidades que no se hubieren cancelado hasta el citado día - 26 de abril de 2017- inclusive. Por cuanto fue esta entidad la que recibió a los afiliados al sistema de salud, que dejó la extinta CAFESALUD.

Conllevando lo anterior a que la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, deba pagar las incapacidades generadas desde el día 238, es decir el 27 de abril de 2017, hasta el día 540 data que es el 23 de febrero de 2018, fecha en el que nuevamente le corresponderá a MEDIMAS EPS., el sufragar las incapacidades restantes a favor del actor y las que en su subsiguiente se causen.

Esto bajo los parámetros jurisprudenciales y legales, sin que se deba poner dichas cargas económicas en hombros, del empleador, por cuanto este si bien es el encargado de generar los recobros pertinentes, no puede tener cargas económicas que en algunos casos no son canceladas y más en un caso como este donde se vislumbra un grado de negligencia o poca voluntad por parte de las

entidades del sistema de seguridad social al no querer reconocer las prestaciones económicas a las que tiene derecho el señor LUIS HERNANDO VASQUEZ.

Ahora bien, en lo que respecta a la alzada interpuesta en torno al pago de los honorarios a favor de la junta nacional de invalidez, para que esta conozca de la apelación que se interpuso en contra de la decisión de fecha 21 de diciembre de 2018 dentro del expediente No. 14227497-6741, se dirá brevemente que los reparos señalados por COLPENSIONES no serán prosperas, por cuanto esta última es la entidad encargada de efectuar el pago de dichos rublo, al ser la entidad que reconocerá a futuro la prestación económica que se desprenda de las resultas del expediente antes referido

En consecuencia, de lo revisado por este despacho se revocará PARCIALMENTE la sentencia atacada, por los motivos aquí consignados.

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: REVOCAR los numerales primero, segundo y cuarto de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 70 Civil Municipal de Bogotá, hoy 52 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta Urbe, de fecha 24 de junio de 2020.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, CONCEDER el amparo deprecado por el señor LUIS HERNANDO VASQUEZ, en contra de MEDIMAS EPS y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a MEDIMAS EPS a que dentro del término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, reconozca y pague al señor LUIS HERNANDO VASQUEZ las incapacidades médicas generadas desde el día 181 hasta el día 237 de incapacidad en favor del accionante y asuma nuevamente dicha carga desde el día 541 hasta lo sucesivo según la certificación emitida por esta entidad vista a folios 429 y 430 del trámite de primera instancia y en su futuro si las mismas se generan, siempre y cuando estas no dejen de ser ininterrumpidas.

CUARTO: ORDENAR a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a que dentro del término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, reconozca y pague al señor LUIS HERNANDO VASQUEZ las incapacidades médicas generadas desde el día 238 y hasta el día 540 de incapacidad en favor del accionante.

QUINTO: CONFIRMAR el numeral quinto de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 70 Civil Municipal de Bogotá, hoy 52 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta Urbe, de fecha 24 de junio de 2020.

J.D.V.V

SEXTO: NOTIFICAR esta decisión a todos los interesados por el medio más expedito y al Juzgado de origen, para su cumplimiento.

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

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase,

Firmado Por:

AURA CLARET ESCOBAR CASTELLANOS

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 47 CIVIL CIRCUITO BOGOTÁ

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
88ca0aed7a0dabd9d89ca4a14b968e4284d1512d3b2dec7b4f32efb9318f9e91

Documento generado en 30/07/2020 05:47:05 p.m.

J.D.V.V