

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CINCUENTA CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá D. C., catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020)

Acción de Tutela No. 11001310304620200033801

Se decide la impugnación interpuesta por el actor, respecto del fallo emitido el 16 de marzo de 2020, por el *Juzgado Sesenta y Cuatro (64) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá*, el cual concedió el amparo deprecado, dentro de la acción de tutela formulada por Byron Jair Ramírez Roa contra “*Salud Total E.P.S. y la AFP Protección S. A.*”, a la que se vinculó a la “*ARL Colpatria S. A., ARL Liberty Seguros de Vida, a la Sociedad Manejo Técnico de Información, a la Junta Regional de Calificación de Bogotá y a la Junta Nacional de Calificación*”.

I.- ANTECEDENTES

1. De los hechos y las pretensiones

.- Señala el accionante que tiene 32 años de edad, que sufrió un accidente de origen común en la casa, en el mes de mayo de 2016.

.- Dijo que padece de desgarramiento de ligamentos en tobillo derecho, y se encuentra pendiente de una intervención quirúrgica de pie y tobillo, sin que se le haya fijado fecha.

.- Afirmó que, desde mayo de 2016, se encuentra con incapacidad por enfermedad general

.- Agregó que luego de algunas quejas contra la EPS SALUD TOTAL para priorizar cita ante medicina laboral, el médico de medicina laboral le emitió inicialmente, concepto médico de rehabilitación favorable.

.- Pero que para el 20 de febrero de 2020 la EPS SALUDTOTAL le envía comunicación donde le manifestaron que el concepto de rehabilitación había sido DESFAVORABLE.

.- Relató que le empezaron a generar nuevas incapacidades desde el 21 de enero de 2019 y la EPS SALUD TOTAL siguió pagando incapacidades hasta el día 26 de julio de 2019, pero que desde el 27 de julio de 2019 no se han pagado incapacidades laborales todas asociadas a la misma patología.

.- Finaliza indicando que depende actualmente de su familia para cubrir sus obligaciones económicas.

Solicitó que, se le amparen los derechos fundamentales invocados y cualquier otro del mismo rango que se determine violado, y se ordene a las accionadas **EPS SALUD TOTAL** y **AFP PROTECCIÓN S. A.**, que procedan a cancelar las

incapacidades causadas desde el 27 de julio de 2019 y demás que se sigan causando conforme lo señala la ley (después de los 540 días). También, que se ordene a la accionada **EPS SALUD TOTAL** para, en el término que considere el Despacho, efectúe la cirugía de pie y tobillo para que pueda recuperar su salud y reincorporarse a laborar.

Mediante auto del 10 de marzo de 2020, el Juzgado *Sesenta y Cuatro (64) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá* admitió la acción de tutela y corrió traslado a las accionadas y vinculadas para que rindieran informe sobre los hechos y pretensiones en los que se fundamenta la misma.

2. Contestación de la acción de tutela.

Axa Colpatria Seguros de Vida S. A.

.- Indicó que una vez revisado el sistema de información, se evidenció, que el accionante estuvo afiliado a la ARL de Axa Colpatria Seguros de Vida S.A. a través de GESTIÓN DE TALENTOS EST desde el día 16 de agosto de 2013 y hasta la presente fecha dicha afiliación se encuentra vigente.

.- Que una vez revisadas sus bases de datos, evidenció *“que no existe reporte alguno por parte de su empleador o su EPS de afiliación por enfermedad o accidente laboral sufrido por el actor, razón ésta suficiente objetiva y legal para indicar que a esta administradora de riesgos laborales no le corresponde asumir obligación alguna en relación con las peticiones invocadas por el actor.”*

.- Que la ARL de Axa Colpatria Seguros de Vida S.A. no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante, pues la solicitud del actor en esta acción constitucional está encaminada al reconocimiento de derechos emanados de la afiliación con la EPS y demás partes involucradas, evento totalmente ajeno a la esfera de esta ARL, motivo por el cual, desde ya solicitamos respetuosamente a su Despacho, desvincular a ésta ARL de la acción de tutela que nos ocupa.

AFP Protección S. A. (Pensiones y Cesantías)

.- Indicó que, el hoy accionante presentó ante Protección S.A., solicitud de prestación económica por subsidio por incapacidad.

.- Que con el fin de resolver la mencionada solicitud, su caso fue remitido ante la Comisión Médico Laboral, con quien ese fondo tiene un contrato de prestación de servicios, a fin de evaluar el estado de salud y poder determinar si en el evento de contar con un pronóstico favorable de recuperación, debía procederse con la suspensión del trámite de calificación, habiendo lugar al pago de las incapacidades posteriores al día 181; en caso de contar con un pronóstico desfavorable de recuperación, se debía proceder de inmediato con la calificación de su pérdida de capacidad laboral y determinar si generaría el derecho al pago de alguna de las prestaciones económicas consagradas para el Régimen de Ahorro Individual en caso de invalidez.

.- Agregó que, en ese sentido, inicialmente, mediante concepto radicado el 18 de enero 2019, el caso del accionante le fue remitido por parte de la EPS Salud Total con un pronóstico FAVORABLE de recuperación, generando derecho al pago de las

incapacidades medicas posteriores al día 181, postergándose entonces su trámite de calificación.

.- Que para proceder con el pago de las incapacidades a favor del accionante comprendidas entre el 27 de julio de 2019, día 181 de incapacidad, y hasta el 03 de febrero de 2020, fecha en la que se radicó el Concepto de Rehabilitación Desfavorable expedido por EPS Salud Total es indispensable que el señor Byron Jair Ramírez Roa entregue a esa Administradora las incapacidades transcritas por la EPS Salud Total.

.- Adujo que, respecto de la obligación de transcribir las incapacidades, el Ministerio de Salud en su Concepto 88022 del 2 de mayo de 2012, indicó que para que las incapacidades sean tenidas en cuenta para el cómputo de prestaciones económicas, éstas deberán estar transcritas al formulario oficial de la EPS, y por ende, las incapacidades que no se encuentren transcritas no son vinculantes para el Sistema de Seguridad Social Integral.

.- Preciso que, una vez se aporten ante Protección S.A. las respectivas incapacidades entre el 27 de julio de 2019 y hasta el 03 de febrero de 2020 debidamente transcritas por la EPS, se procederá con la gestión de pago efectivo por parte de Protección S.A. y de manera inmediata.

.- Manifestó que, cuando existe un Concepto Favorable de Recuperación, los Fondos de Pensiones tienen el deber de postergar el trámite de calificación y proceder con el reconocimiento y pago de las incapacidades posteriores al día 181. Lo anterior, en virtud del Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

.- Que sin embargo, de acuerdo con el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 1333 de 2018, las EPS tienen la obligación de realizar una revisión periódica de las incapacidades de los afiliados para revisar sus condiciones de rehabilitación y recuperación; en este sentido, en el caso del señor Byron Jair Ramírez Roa se encontró una variación en el trámite de recuperación que conllevó a la emisión de un nuevo Concepto de Rehabilitación a partir del cual se determinó que el citado señor cuenta con un pronóstico DESFAVORABLE de recuperación, el cual fue radicado en Protección S.A. el 03 de febrero de 2020.

.- Dijo que por lo anterior, Protección S.A. debe suspender el pago de incapacidades y proceder de inmediato con el inicio del trámite de calificación de la invalidez del accionante, lo anterior en cumplimiento a lo ordenando en el artículo 2.2.3.3.2 del mencionado Decreto 1333 de 2018.

.- Que en ese orden de ideas, la citada Comisión Médico Laboral, recibió posteriormente la documentación del señor Byron Jair Ramírez Roa para proceder a agendar cita de valoración médica, la cual está programada para el viernes 13 de marzo de 2020 a las 9:00 a.m. en la ciudad de Bogotá D. C.

.- Señaló que, la obligación de proceder con el trámite de calificación conlleva a que se deba suspender el pago de incapacidades médicas, ya que es la consecuencia que se deriva de la norma antes mencionada y de la remisión que hace al artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que expresamente contempla la potestad que le asiste a las Administradoras de Fondos de Pensiones de postergar el trámite de calificación hasta por 360 días adicionales a los primeros 180, la cual ocurre siempre que el afiliado cuente con pronóstico favorable de rehabilitación; por ende, al no tenerse ya en este caso de

referencia un pronóstico favorable de recuperación, no procede el pago de incapacidades médicas sino el inicio de calificación misma.

.- Finalmente recordó que, debe darse aplicación al parágrafo 3 del artículo 5° de la Ley 1562 de 2012 (norma posterior al Decreto 019 de 2012), el cual impone la obligación de pagar las incapacidades a la EPS en los casos en los cuales existe concepto no favorable de rehabilitación, por lo que, Protección S.A. no tiene la obligación legal de pagar las incapacidades reclamadas con posterioridad al 03 de febrero de 2020, ni mucho menos las que se puedan llegar a generar posteriores al día 540 de incapacidad continua.

La Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

.- En síntesis precisó que, revisadas las bases de datos, verificados los registros de expedientes, apelaciones y solicitudes radicados en la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, no se encontró registro de caso pendiente, calificación, apelación respecto a esta persona, proveniente de una Junta Regional de Calificación de Invalidez, Juzgado o autoridad administrativa para trámite de calificación ante esta entidad, respecto del señor Byron Jair Ramírez Roa C.C. 1032387597.

3. Sentencia de primera instancia

Mediante providencia del 16 de marzo de 2020, el *Juzgado Sesenta y Cuatro (64) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá* resolvió amparar los derechos fundamentales invocados por el accionante y, en consecuencia, ordenó en el numeral segundo a la AFP Protección S. A., reconocer y pagar al señor Byron Jair Ramírez Roa las incapacidades médicas causadas entre los días 26 de julio de 2019 hasta el 18 de marzo de 2020: a renglón seguido ordenó a la AFP Protección S. A. reconocer y pagar las incapacidades médicas que se sigan causando desde el 18 de marzo de 2020 hasta el momento que el señor Ramírez Roa se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral sin que supere los 540 días o hasta que se determine de forma definitiva la pérdida de la capacidad laboral del accionante.

Para sustentar su decisión, el *a quo* empezó por señalar que no obstante se advierte la existencia de otros medios de defensa a los cuales podría acudir el actor en procura de sus derechos lo cierto es que la acción de tutela se hace procedente para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en cabeza del actor, quien, en razón de su estado de salud, se encuentra impedido para ejercer un actividad laboral.

Advirtió que de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1991, modificado por el Decreto 2943 del 17 de diciembre de 2013, la enfermedad o accidente que genere una incapacidad laboral, esta debe ser pagada los tres (3) primeros días por el empleador, del día cuatro (4) al ciento ochenta (180) corresponde el pago a la EPS y del día ciento ochenta y uno (181) en adelante y hasta por ciento ochenta (180) días más debe ser pagado por la administradora de fondos pensionales, que pueden ser prorrogados por ciento ochenta (180) días adicionales hasta tanto se haga el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Precisó que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 dispone que: Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones –

COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales – ARP -, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias.

Que la Corte Constitucional en sentencia de T-401 de 2017, recapituló las reglas para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por enfermedad común, desde el día 1 hasta el día 540, así: *“(i) Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente. (ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de la EPS. (iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable”.*

Que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, sin que sea importante el concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, en consecuencia, la Administradora de Fondos de Pensiones, por regla general, pagará el mencionado subsidio, después del día 180 hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%.

3.1. Impugnación

Inconforme con esta decisión la AFP Protección S. A., presentó escrito de impugnación dentro del término legalmente establecido para el efecto:

.- Reiteró lo manifestado en la contestación de la tutela, concerniente a que era necesario la evaluación del estado de salud del accionante, para tener concepto de recuperación, que de ser favorable debía procederse entonces con la suspensión del trámite de calificación, habiendo lugar al pago de las incapacidades posteriores al día 181, pero si era desfavorable, lo debido era proceder de inmediato con la calificación de su pérdida de capacidad laboral y determinar si generaría el derecho al pago de alguna de las prestaciones económicas consagradas para el Régimen de Ahorro Individual en caso de invalidez. En sustento a ello destacó, que en el caso del accionante, la EPS había emitido concepto de recuperación desfavorable, por lo que era obligación proceder con el trámite de calificación, lo que conlleva a que se deba suspender el pago de incapacidades médicas.

.- También precisó que, para que las incapacidades sean tenidas en cuenta para el cómputo de prestaciones económicas, éstas deberán estar transcritas al formulario oficial de la EPS, por lo que las pendientes de transcripción, no eran vinculantes para el Sistema de Seguridad Social Integral.

.- Afirmó que, la obligación de proceder con el trámite de calificación conlleva a que se deba suspender el pago de incapacidades médicas, por ende, al no tenerse ya en este caso de referencia un pronóstico favorable de recuperación, no procede el pago de incapacidades médicas sino el inicio de calificación misma.

.- En referencia a la sentencia objeto de impugnación, cuestionó el hecho de no haberse teniendo en cuenta que no se cumplía con el requisito de subsidiaridad, señalando que existe otro mecanismo judicial para dirimir este tipo de controversias relacionadas con el pago de incapacidades, regulado en la Ley 1122 de 2006 adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011. Que para el caso en concreto, el accionante no acreditó sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario era ineficaz para lograr la protección de sus derechos fundamentales presuntamente afectados.

.- Subsidiariamente solicita que de confirmarse la decisión, el pago de las incapacidades debe ser desde el 27 de Julio de 2019 y no desde el 26 de julio de 2019 y que la tutela se debe conceder como mecanismo transitorio, pues existiendo otra vía judicial para dirimir la situación, el accionante debe acudir en todo caso a ella.

II. CONSIDERACIONES

1.- Competencia

Este Juzgado de segunda instancia ostenta competencia para conocer y decidir la presente impugnación de conformidad con las previsiones consagradas, no solo en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del ejercicio de la acción de tutela, sino además las contempladas en el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 compilado en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, el cual fue modificado por el Decreto 1983 de 2017, por medio del cual se establecieron las reglas para el reparto de las acciones de tutela.

2.- Carácter constitucional de los derechos cuya protección se reclama.

En lo atinente al derecho fundamental a la salud y la vida digna, como lo ha expuesto la Corte Constitucional en reiterados fallos, cabe acotar, que el ser humano necesita mantener ciertos niveles de salud para sobrevivir y desempeñarse, de modo que cuando la presencia de ciertas anomalías, aún cuando no tengan el carácter de enfermedad, afectan esos niveles poniendo en peligro la dignidad personal, resulta válido pensar que el paciente tiene derecho a abrigar esperanzas de recuperación, a procurar alivio a su dolencia y a buscar por todos los medios la posibilidad de una vida, que no obstante las dolencias y limitaciones, pueda llevarse con dignidad.

Referente al aludido derecho fundamental, la Corte Constitucional, en sentencia T-760 de 2008, sostuvo:

«El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios

contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna [...]».

Ahora bien, el concepto de vida no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, que daría lugar al amparo de tutela solo en el evento de encontrarse el individuo a punto de fenecer o de perder una función orgánica de manera definitiva; sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas; lo que se pretende entonces, es respetar la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad, ya que al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable, en la medida en que sea posible.

La Constitución Política establece en su artículo 48, que la Seguridad Social es un derecho irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, cuyo acceso debe garantizarse a todas las personas y debe prestarse siguiendo los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad.

3. De la legitimación en la causa y la inmediatez

De acuerdo con lo previsto en el artículo 86 de la Carta Política, toda persona tiene derecho a interponer acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre. En desarrollo de dicho mandato Constitucional, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la referida acción de amparo: *“podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos”*.

En esta oportunidad, este presupuesto se encuentra acreditado en tanto que el señor Byron Jair Ramírez Roa es titular de los derechos fundamentales cuya protección invoca y no se discute su calidad de afiliado a las entidades demandadas en el sistema de seguridad social.

El mismo artículo 86 superior dispone que la acción de tutela procede frente a la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, cuando la transgresión de los mismos proviene de la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares cuando se cumplan las condiciones previstas en la ley. Dicho mandato guarda correspondencia con lo previsto en los artículos 5º y 13 del Decreto 2591 de 1991.

En el asunto de la referencia, las entidades que fungen como demandadas son particulares que forman parte del Sistema General de Seguridad Social y prestan los servicios públicos de salud y de seguridad social, y en el caso de la AFP Protección S. A., administra recursos económicos destinados a financiar la pensión de sus afiliados, por lo que se encuentran legitimadas por pasiva dentro del trámite de tutela que se revisa.

3.1. Sobre la inmediatez

En reiteradas oportunidades, la jurisprudencia de la Corte ha sido clara en señalar que la procedencia de la acción de tutela se encuentra sujeta al cumplimiento del

requisito de inmediatez. Al respecto, ha precisado que la protección de los derechos fundamentales, vía acción constitucional, debe invocarse en un plazo razonable y oportuno contado entre la ocurrencia del hecho generador de la transgresión y la interposición del amparo. Lo anterior, en procura del principio de seguridad jurídica y de la preservación de la naturaleza propia de la acción de tutela.

Conforme lo expuesto, encuentra este operador constitucional que para el caso en estudio, el requisito de inmediatez de encuentra superado, ello por cuanto la vulneración de los derechos invocados por el actor es continuada y persiste toda vez que se ha prologando en el tiempo y al momento de la interposición de la tutela este alegó no estar recibiendo el pago de incapacidades superior a los 180 días no obstante petición escrita elevada ante la AFP Protección S.A., aspecto que no negaron las accionadas, quienes expusieron las razones por las cuales no se habían pagado tales incapacidades.

Así las cosas, se encuentra que la presente acción de tutela, desde un punto de vista formal, resulta procedente, pues el tutelante actuó con notoria diligencia y pese a su estado de salud interpuso la acción de tutela en un plazo razonable.

3.2 Sobre la subsidiariedad

De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria y, en consecuencia, su procedencia se encuentra condicionada a que el actor no cuente con otro medio de defensa judicial, o aun existiendo este mecanismo de defensa judicial ordinario este no sea idóneo para la protección de los derechos fundamentales que reclama; y cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio. Sentencia T-847 de 2014 (M.P Luis Ernesto Vargas Silva).

En los eventos de que el amparo proceda como mecanismo definitivo, ha precisado la propia jurisprudencia que la ineficacia y falta de idoneidad de los medios ordinarios de defensa con que cuente el accionante han de ser estudiadas atendiendo la particularidad del caso y las condiciones de la persona afectada, pues solo así, será posible determinar si tales mecanismos ofrecen una solución integral desde una dimensión constitucional y no meramente formal. En palabras de la Corte “(...) *el medio de defensa ordinario debe estar llamado a proteger el derecho fundamental conculcado y, además, a hacerlo de manera oportuna, toda vez que, como ya ha sido señalado por esta Corporación, el Juez de tutela, al interpretar constitucionalmente asuntos laborales, no persigue la solución de un conflicto o diferencia entre el trabajador y el empresario para hallar la solución correcta, sino pretende, la definición de campos de posibilidades para resolver controversias entre derechos o principios fundamentales.*” Sentencia T- 064 de 2016 (M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez).

En lo que se relaciona específicamente con el reconocimiento de incapacidades, igualmente la Corte ha reconocido la procedencia de la acción de tutela como mecanismo definitivo, por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone la vulneración de otros derechos fundamentales habida cuenta de que en muchos casos, dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata.

En suma, ha estimado la Corte que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y

el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente¹.

Así las cosas, se observa que el mínimo vital del señor Byron Jair Ramírez Roa se encuentra afectado. Lo anterior, por cuanto según lo manifestó en su escrito de tutela, no dispone de los recursos económicos necesarios para cubrir sus gastos mínimos de subsistencia como consecuencia del no pago de sus incapacidades, contando en este momento solo con ayuda de sus familiares.

En ese orden de ideas, estima este Juzgado que aun cuando existen, para el caso objeto de estudio, otros medios de defensa judicial, tales como la acción ordinaria ante el juez laboral, estos resultan ineficaces para conjurar la situación de vulneración de derechos fundamentales que padece el accionante, por lo que diferente a lo entendido por el impugnante, el amparo si debe darse de forma definitiva, como lo ha explicado el máximo órgano constitucional, entre otras sentencias en la T 200 de 2017.

“Tal impacto no recae exclusivamente sobre la decisión de procedencia, sino también sobre el sentido de las decisiones que adopte el juez de tutela. En efecto, si se trata de la falta de idoneidad de un mecanismo alterno como la jurisdicción ordinaria, el juez de tutela entra a sustituir al juez ordinario y toma una decisión definitiva sobre el caso.(...)”

En consecuencia, se concluye que la presente acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad, pues pese a la existencia de otros mecanismos judiciales para ventilar las pretensiones del actor, los mismos no resultan idóneos ni eficaces para su situación particular.

4. Problema jurídico

De conformidad con las circunstancias fácticas que fueron expuestas y de acuerdo con la decisión adoptada por el juez de primer grado en el marco de la acción de tutela objeto de impugnación, corresponde en esta instancia establecer si las accionadas vulneran los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social, a la dignidad humana y a la igualdad del accionante al negarse a reconocer y asumir el pago correspondiente a las incapacidades que le fueron expedidas con posterioridad a los 180 días por enfermedad común.

El Sistema General de Seguridad Social establece la protección a la que tienen derecho aquellos trabajadores que, en razón a la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad de origen común, se encuentran incapacitados para desarrollar sus actividades laborales y, en consecuencia, están imposibilitados para proveerse sustento a través de un ingreso económico. Dicha protección se materializa mediante diferentes figuras tales como: el pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilio y pensión de invalidez contempladas todas estas, en la Ley 100 de 1993², Decreto 1049 de 1999, Decreto 2943 de 2013³, la Ley 692 de 2005, entre otras disposiciones.

La Corte mediante sentencia T-490 de 2015 fijó unas reglas en la materia, señalando que:

¹Corte Constitucional, ver entre otras, Sentencias T -311 de 1996 (M.P José Gregorio Hernández Galindo), T- 972 de 2013 (M.P Jaime Araujo Rentería), T-693 de 2017 (M.P Cristina Pardo Schlesinger).

² “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

³ Por el cual se modifica el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999. *Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema y se dictan otras disposiciones”.*

“i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;

ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.”

Lo anterior se traduce en que, durante los periodos en los cuales un trabajador no se encuentra en condiciones de salud adecuadas para realizar las labores que le permitan devengar el pago de su salario, el reconocimiento de las incapacidades se constituye como una garantía de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. De allí, que la Corte reconozca que sin dicha prestación, se presume la vulneración de los derechos en mención⁴.

En cuanto al pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, de acuerdo con el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001⁵, 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. En lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

- 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.

- 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.

- 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 2005⁶ para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS⁷.

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 concepto⁸.

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.

⁴ Corte Constitucional, sentencia T- 200 de 2017 (M.P (e) José Antonio Cepeda Amarís).

⁵ “Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez”.

⁶ Este artículo modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

⁷ Sobre el particular se advierte que este concepto debe emitirse antes del vencimiento de los primeros 150 días de incapacidad. Si la EPS no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-401 de 2017 (M.P Gloria Stella Ortiz Delgado).

De igual manera, por medio de la Sentencia T-401 de 2017 la Corte estableció que existiendo concepto favorable o desfavorable igualmente la obligación de cancelar el beneficio por incapacidades que superen los 180 días y hasta los 540 es responsabilidad de las AFP: *“Las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.”* (Subraya y resalta el Juzgado).

6.- Del caso concreto.

El señor Byron Jair Ramírez Roa presentó acción de tutela contra **EPS SALUD TOTAL** y **AFP PROTECCIÓN S. A.**, por considerar que la negativa de la segunda entidad citada en reconocer y pagar las incapacidades laborales, superiores a los 180 días, vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social, a la dignidad humana y la igualdad.

De acuerdo a las pruebas allegadas entre ellas el certificado de incapacidades transcritas y pagadas expedido por Salud Total de fecha 5 de marzo de 2020, en efecto se observa que el accionante ha tenido una serie de incapacidades desde mayo de 2016 hasta el 18 de marzo de 2020, en ocasión a su cuadro clínico de *“esguinces y torceduras del tobillo, esguince de cuello de pie derecho, dolor crónico, desgarro de ligamento talofibular anterior, hiperlipidemia mixta...”*; que el último ciclo de incapacidades se inició el 21 de enero de 2019 y los 180 primeros días se cumplieron el 26 de julio de 2019; que durante ese tiempo, la EPS cumplió con emitir concepto de rehabilitación desfavorable, los días 31 de enero de 2019 y 20 de febrero de 2019.

También está probado que las incapacidades subsiguientes que se encuentran documentadas en el expediente, no han sido pagadas por la AFP Protección S. A., entidad que explicó que la razón por la cual no se ha realizado el pago, es el hecho de existir concepto desfavorable y por ende la necesidad de suspensión el trámite para el reconocimiento de las incapacidades causadas con posterioridad a 180 días conforme a la normatividad vigente, hasta tanto se obtenga la calificación de la Junta Laboral.

Además que para proceder con el pago de las incapacidades a favor del accionante comprendidas entre el 27 de julio de 2019, día 181 de incapacidad, y hasta el 03 de febrero de 2020, fecha en la que se radicó el Concepto de Rehabilitación Desfavorable expedido por EPS Salud Total es indispensable que el señor Byron Jair Ramírez Roa entregue a esta Administradora las incapacidades transcritas por la EPS Salud Total.

Como se observa, es claro que ninguna de las accionadas ha asumido el correspondiente pago de las incapacidades médicas otorgadas al actor entre el día 181 y 540, de allí que se advierta una afectación a los derechos fundamentales reclamados por el señor Bryan Jair Ramírez Roa al constatarse que no ha recibido la totalidad del pago de sus incapacidades, las cuales, constituyen su única fuente de ingresos para sobrellevar su actual estado de vulnerabilidad debido a las condiciones de salud en que se encuentra, hecho que lo imposibilita para asumir sus obligaciones económicas, dependiendo actualmente de su familia (hecho 14 de la demanda), afirmación que se tomará por cierta en tanto no fue controvertida por las accionadas.

No son de recibo los argumentos que da la AFP para no realizar el pago de las incapacidades, pues por un lado, tal prestación no puede ser restringida en el tiempo mientras se califica su porcentaje de pérdida de capacidad laboral, so pena de afectar los derechos fundamentales de personas que por su estado de salud se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta y por otro lado tales incapacidades si se encuentran

transcritas acorde a los formatos de incapacidad aportados con la tutela y la certificación emitida por Salud Total E.P.S. que da cuenta de los periodos de incapacidad dados por el médico tratante.

En ese orden, y para efectos de brindar una protección efectiva a los derechos invocados por el actor, y dado que el pago de las incapacidades causadas entre los días 1 a 180, el actor no manifiesta inconformidad alguna, ello comoquiera que las mismas fueron debidamente reconocidas por la EPS, tal y como puede verificarse del material probatorio que obra en el expediente, se debe ordenar al fondo de pensiones accionado responder por el pago del subsidio de incapacidad a partir del día 181 que tuvo lugar el día 27 de julio de 2019 y no desde el 26 de julio de 2019 como estimó el Juez a quo, hasta cumplir los 540 días de incapacidad o hasta que se determine de forma definitiva su pérdida de capacidad laboral.

III. CONCLUSIÓN

En ese orden de ideas, se modificará el numeral segundo del fallo proferido el 18 de marzo de 2020 por el Juzgado 64 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, para indicar que la prestación se debe cancelar a partir del día 27 de julio de 2019 y no desde el 26 de ese mismo mes y año, como se relacionó en el cuadro visto en el aludido numeral; en lo demás se confirmará.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cincuenta Civil del Circuito de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de fecha 18 de marzo de 2020 por el Juzgado 64 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D. C., para indicar que las incapacidades se deben cancelar a partir del día 27 de julio de 2019; en lo demás se confirma la decisión.

SEGUNDO. Notificar a las partes la presente decisión, en la forma más expedita.

TERCERO. Remitir el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión

NOTIFÍQUESE,


PILAR JIMÉNEZ ARDILA
Juez