

JUZGADO VEINTISIETE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C. Noviembre once de dos mil veintiuno.

Ref: TUTELA No. 2021-1060 de ANDREA XIMENA CARVAJAL BRIÑEZ contra NUEVA EPS .

Segunda Instancia

Procede el Despacho en esta instancia a decidir la impugnación que formuló la parte demandada, contra el fallo de tutela de octubre 15 de 2021 proferido por el Juzgado 4º. De Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad dentro de la **ACCION DE TUTELA** arriba referenciada.

ANTECEDENTES :

LA ACCION Y EL DERECHO FUNDAMENTAL INVOCADO

La señora ANDREA XIMENA CARVAJAL BRIÑEZ accionante acude a esta judicatura, para que le sean tutelados sus derechos Fundamentales a la salud por conexidad a la vida, a la vida digna, a la igualdad, al mínimo vital, y a la estabilidad laboral reforzada.

La tutela se fundamenta en hechos que se sintetizan, así: que se encuentra afiliada a la Nueva Eps como cotizante, que es paciente en estado de debilidad manifiesta con diagnóstico de artritis reumatoide, fibromialgia, cushing por esteroides, compresiones de las raíces y plexos nerviosos en trastornos de los discos intervertebrales, trastorno de disco lumbar, con radiculopatía, hernia lumbar, dolor crónico intratable, pielodermatitis, depresión y obesidad y debido a estas enfermedades lleva incapacitada un largo periodo de tiempo y hace dos meses no recibe el pago del auxilio económico de incapacidad correspondiente a las quincenas del 15 de agosto de 2021, 31 de agosto de 2021, 15 de septiembre de 2021, y 30 de septiembre de 2021.

Que el 13 de abril de 2021, recibió una carta de la empresa donde labora y donde le comunican que no está obligada a pagarle incapacidad ni ningún auxilio monetario a partir del día 181 de la incapacidad, periodo que se completó el 2 de abril de 2021 y que a

partir del 3 de abril no realizara ningún pago y que se acerque a la AFP para adelantar los tramites correspondientes.

Que teniendo en cuenta lo anterior acudió a Colpensiones que es el fondo donde se encuentra afiliada y radico una incapacidad la cual le fue pagada.

Dice que como no le dieron mas incapacidad se reintegro a laborar el 20 de A bril de 2021 hasta el 25 de mayo de 2021. Que el 26 de mayo de 2021 le fue generada una nueva incapacidad toda vez que se interrumpió la prorroga de las incapacidades al haber laborado un mes.

Señala que el 26 de agosto de 2021 recibió una notificación de la empresa donde labora indicándole que no le pagarían ninguna incapacidad a partir del 15 de agosto de 2021.

Dice que el 27 de agosto de 2021, realizo una solicitud a la Nueva Eps la que fue respondida el 7 de septiembre de 2021. Que elevo un derecho de petición el 16 de septiembre a la Nueva Eps aclarando que se interrumpió la prorroga de tiempo, y recibe la misma respuesta.

Que el 24 de septiembre de 2021 radica un nuevo derecho de petición, en la Nueva Eps en la que nuevamente le contestaron lo mismo.

Solicita que a través de este mecanismo se ordene amparar los derechos fundamentales a la salud por conexidad a la vida, a la vida digna, a la igualdad, al minimo vital, y a la estabilidad laboral reforzada y ordenar a la Nueva Eps el pago del auxilio económico de sus incapacidades y demás que le adeudan a la fecha desde el 15 de agosto al 30 de septiembre de 2021. Que la Nueva Eps le notifique a la empresa donde labora la información correcta y veraz de sus incapacidades y que se le haga el pago en forma inmediata. Y para que la Nueva Eps gestione la perdida de la capacidad laboral.

Por haber correspondido el conocimiento de la tutela al Juzgado Cuarto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad, fue admitida mediante providencia de octubre 7 de 2021 , donde se dispuso oficiar a la parte accionada para que se pronunciara sobre los hechos materia de la tutela, vinculando a la sociedad NEXA BPO; a la AFP COLPENSIONES; a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD; y a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA.

El extremo demandado hizo uso del derecho de defensa así:

NUEVA EPS

Manifiesta que una vez revisada la base de afiliados de NUEVA EPS, se estableció ANDREA XIMENA CARVAJAL BRIÑEZ CC 1023911290 se encuentra en estado ACTIVO en el RÉGIMEN CONTRIBUTIVO. Que una vez Conocida la presente acción de tutela por el área jurídica, se trasladó al área técnica correspondiente de Nueva EPS con el fin de que realizaran el correspondiente estudio del caso. Manifestando: Medicina Laboral: "(...) CC 1023911290 - CARVAJAL BRIÑEZ ANDREA XIMENA, Respuesta a ADMISION DE TUTELA CC 1023911290 con radicado 529686. Responsable: Profesional de Medicina laboral de la Nueva EPS. Fecha 12/10/2021. Desde el área de Medicina Laboral de la Nueva EPS en respuesta a la pretensión del numeral quinto de la presente admisión de tutela, informamos en concordancia con la normatividad legal vigente en Colombia que el dictamen de pérdida de capacidad laboral es definido en primera oportunidad por las Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) en casos de enfermedades de origen común y/o Administradora de Riesgos Laborales para los casos de las enfermedades laborales o accidentes de trabajo.

Que en el caso particular por tratarse de enfermedades de origen común, deberá tener en cuenta el procedimiento indicado en el artículo 142 del decreto 019 de 2012. Así las cosas, Nueva EPS cumplió con el requerimiento de ley en este trámite que es el diligenciamiento del Concepto de Rehabilitación de la usuaria CARVAJAL BRIÑEZ ANDREA XIMENA, identificado con cédula 1023911290, con pronóstico FAVORBLE de rehabilitación, dicho concepto fue enviado a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES COLPENSIONES en fecha 22/09/2020, mediante correspondencia GRB-GM9382-20, vía mail debido a la pandemia por SAR VOV 2. Por consiguiente, la entidad garante para gestionar el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral en primera oportunidad es AFP Colpensiones, en concordancia con el artículo 142 del decreto 019 de 2012, inciso 6.

Dice que sería equivocado el pronunciamiento del Despacho respecto del cubrimiento económico de las incapacidades al usuario, ya que como en reiteradas ocasiones se ha puesto de presente por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y la doctrina constitucional, la acción de tutela no puede ser utilizada para la discusión de derechos de contenido patrimonial, sino de los derechos fundamentales, tal y como quedó establecida desde 1991.

Que De manera genérica, manifiesta que los pagos de incapacidades y prórrogas son asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, dependiendo de la prolongación de la situación de salud del trabajador. Es así, como se tienen las siguientes reglas: a. Los primeros dos días de incapacidad, el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente . b. Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador² . c. A partir del día 180, la prestación económica corresponde, por regla general a las Administradoras del Fondo de Pensiones, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable³ . (en este periodo es deber del fondo de pensiones realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral) d. Posterior al día 540, las Empresas Promotoras de Salud asumen el pago del subsidio de incapacidad con recobro a la ADRES⁴ , siempre y cuando, se dé uno de los siguientes presupuestos que establece el Decreto 1333 de 2018, que sustituye el Título 3 de la parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016.

Pide se deniegue el amparo solicitado.

JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA

Indico en su respuesta que revisada la base de datos de la entidad no se encontró registro alguno de documentos enviados a nombre de la accionante.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

Que en abril 19de 2021 la accionante solicito el pago de incapacidades las cuales le fueron reconocidas y pagadas por el periodo 2021/4/5 al 2021/4/19 total: 15 días.

Dice que Colpensiones reconocerá las incapacidades generadas que sean mayor al término de 180 días continuos o discontinuos, siempre que la interrupción no exceda de 30 días de lo contrario la entidad competente para asumir dichas incapacidades es la Prestadora del Servicio de Salud a la que el aquí accionante se encuentre afiliada.

Aduce que si bien es cierto, la norma señala que Colpensiones o la AFP correspondiente, es la responsable del pago de incapacidades que superen el día 180, no es menos cierto que dicha

obligación se mantienen en firme siempre y cuando no haya interrupción de las incapacidades superior a 30 días.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Señala que no le asiste responsabilidad u obligación alguna con la parte accionante, pues sus actuaciones en nada han generado impacto en la presunta afectación de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

VENTAS Y SERVICIOS S.A. HOY NEXA BPO

Manifiesta que empleador, afilió a la trabajadora y ha cotizado de manera ininterrumpida en el Sistema de Seguridad Social a favor la señora ANDREA CARVAJAL, garantizando con ello el acceso pleno a las prestaciones asistenciales y económicas que ella requiera, las cuales en virtud de la subrogación de riesgos se encuentran a cargo de las entidades del Sistema de Seguridad Social.

El Juzgado Cuarto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, tuteló el derecho fundamental a la seguridad social y mínimo vital del accionante, fallo contra el cual se presentó impugnación.

2°. CONSIDERACIONES DE SEGUNDO GRADO.

La Constitución Nacional en su artículo 86 estableció la acción de tutela, a fin de que toda persona pueda reclamar en todo tiempo y lugar, mediante un procedimiento breve y sumario la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en casos excepcionales.-

Lo arriba anotado significa, que la acción de tutela tiene como finalidad proteger exclusivamente derechos constitucionales fundamentales. Por tanto, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que solo tienen rango legal, ni para hacer cumplir leyes, decretos, actos administrativos o normas de origen inferior. La Corte Constitucional tiene establecido, que éste amparo no es un sistema de justicia paralelo al que ha consagrado el ordenamiento jurídico en vigor.

A su vez, esta acción fue prevista como un mecanismo subsidiario, es decir, sólo puede ser ejercida en aquellos eventos en los cuales el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial,

salvo que ésta se utilice como un instrumento transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En este aspecto, conviene precisar que la posibilidad de que existan diversos medios de defensa judicial debe ser analizada por el juez constitucional en términos de idoneidad y eficacia frente a la situación particular de quien invoca el amparo constitucional, como quiera que una interpretación restrictiva de la norma conllevaría la vulneración de derechos fundamentales sí, con el ejercicio de los mecanismos ordinarios, no se lograra la protección efectiva de los derechos conculcados.

Debido a la naturaleza jurídica de esta acción, la Corte Constitucional ha reiterado que, en principio, la acción de tutela no es la vía judicial apropiada para lograr el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, como las incapacidades, pues se ha considerado que las controversias de carácter litigioso deben ser resueltas en la jurisdicción ordinaria, toda vez que existen otras vías judiciales para reclamar tales derechos y no es el juez constitucional la autoridad judicial competente para ello.

No obstante, la Corte ha sostenido que, de manera excepcional, es procedente la acción tutela para reclamar prestaciones sociales, si se verifican unos supuestos como: (i) que la tutela sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público.

Respecto del pago de las incapacidades laborales, debidamente ordenadas por el médico tratante del trabajador, se debe señalar que éste resulta ser un medio para garantizar la debida recuperación de la salud del trabajador (Art. 49 de la Constitución), dado que le permiten cumplir con las medidas de reposo ordenadas por su médico tratante, sin que tal situación afecte su subsistencia ni la de las personas que dependan de él.

Con respecto a lo pedido en tutela, debe tenerse en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia T-161-19: *“El no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente*

la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”¹

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 satisfactoriamente.

En el caso concreto es evidente que el estado de salud de la actora ha impedido el reintegro a su actividad laboral, ya que en su favor se siguen expidiendo certificados de incapacidad laboral, que la señora no puede desempeñarse laboralmente para obtener ingresos que le permitan vivir dignamente, lo que indica que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, vulnerándose así el derecho al mínimo vital, a la vida digna a la salud.

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**.

A este respecto ha dicho la Corte Constitucional en sentencia T-401 de 2017: “Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia **T-920 de 2009**^[98] que **las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones** 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%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones: 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 las **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.** Resalta el Juzgado.

Del estudio hecho y de las pruebas aportadas no cabe duda que el fallo que en vía de impugnación se ha analizado debe confirmarse en su totalidad, toda vez que corresponde A LA NUEVA EPS el pago de las incapacidades adeudadas a la señora, ya que en efecto hubo una interrupción a la prórroga de las incapacidades, ya que si bien la señora completo 180 días de incapacidad los que ya fueron cancelados, también es cierto, que ella se reintegró a laborar y ello ocasiono la interrupción de la prórroga, y al expedirse nuevamente incapacidad, el conteo comenzaba de nuevo y las reclamadas y adeudadas no superan los 180 días, razón esta que conlleva a que sea la Nueva Eps la que deba hacer el pago.

Por estas razones el fallo que en vía de impugnación se ha estudiado debe confirmarse, ya que no amerita nulidad ni revocatoria alguna.

3°.- CONCLUSIÓN.

Con sustento en lo anteriormente considerado y razonado, se confirmara el fallo materia de impugnación.

4°.- DECISIÓN DE SEGUNDO GRADO.

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

RESUELVE:

Primero: Confirmar la sentencia de tutela proferida por el Juzgado CUARTO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE de esta ciudad de fecha 15 de octubre de 2021.

Segundo: Notifíquesele a las partes este fallo por el medio más expedito.

Tercero: Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La Juez.

MARIA EUGENIA FAJARDO CASALLAS.

Firmado Por:

Maria Eugenia Fajardo Casallas
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 027 Escritural
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **506134b7f8c525249433d6b2755a21a9fabbd3326ca19c93a07f6681fff0488d**
Documento generado en 11/11/2021 07:48:42 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>