



JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

Bogotá D. C., veintisiete (27) de abril de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA.

REF. ACCIÓN DE TUTELA No. 11001 40 03 005 2021 00284 00

CÓDIGO DE TRÁMITE ASIGNADO N° 309927

ACCIONANTE: ROBERT ALIRIO PRADO CASTILLO.

ACCIONADA: CAPITAL SALUD E.P.S-S. y PORVENIR S.A.

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez rituado en legal forma el trámite adecuado.

I. ANTECEDENTES:

1. HECHOS

El accionante, quien cuenta con 47 años de edad, manifiesta que fue “*diagnosticado*” con “*TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN y VIH, PRINCIPIO DE HIPERTENSIÓN ARTERIAL, PRINCIPIO DE INSUFICIENCIA RENAL Y CON REEMPLAZO TOTAL DE CADERA IZQUIERDA*”.

Añadió que, se encuentra vinculado “*laboralmente*” con la empresa UT ALIMENTACIÓN SERVICIAL y afiliado a CAPITAL SALUD EPS en salud y a la AFP PORVENIR a pensión.

Señaló que, el 08 de marzo de 2021 presentó derecho de petición a CAPITAL SALUD EPS solicitando el pago de las incapacidades causadas entre “*noviembre de 2019 a diciembre de 2020*”, entidad que le indicó que “*en efecto superé los DÍAS 540 DE INCAPACIDAD CONTÍNUA, pero que las consignaciones y los pagos se realizarán a MI EMPLEADOR, el cual tampoco me da razón del dinero, no obstante lo anterior, no he recibido pago alguno por concepto de pago de incapacidades*”.

Destaca que, no ha sido posible el pago de las incapacidades generadas por parte de la entidad CAPITAL SALUD E.P.S y PORVENIR S.A.

Finalmente, indica que lleva “*más de UN AÑO Y MEDIO SIN PERCIBIR RECURSO ALGUNO para sufragar los gastos propios de mi congrua subsistencia, tales como alimentación, transportes para acudir a consultas de valoración, citas médicas, pago de servicios públicos domiciliarios, arriendo entre otros*” y el no pago “*de las incapacidades*” le “*está causando un grave y serio perjuicio*” a su “*mínimo vital, toda vez que*” su salario es su “*única fuente de ingreso y sostenimiento, el cual se encuentra sustituido por las incapacidades*”.

2. LA PETICIÓN

Solicitó se amparen sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y seguridad social y, en consecuencia, se ordene “*a CAPITAL SALUD E.P.S. y PORVENIR S.A. (...) reconocer y pagar sin más mora o dilación las incapacidades laborales correspondientes a: INCAPACIDADES NO CANCELADAS, DESDE NOVIEMBRE DE 2019 A JUNIO DE 2020. INCAPACIDADES NO CANCELADAS DESDE JULIO HASTA DICIEMBRE DE*

2020, a cuyo pago y reconocimiento tengo derecho, lo anterior con la única finalidad de salvaguardar mis derechos fundamentales aquí invocados, Y LAS INCAPACIDADES QUE SE SIGAN GENERANDO, HASTA QUE ME PUEDA REINCORPORAR A MI VIDA LABORAL U OBTENGA EL PAGO DE MI PENSIÓN POR INVALIDEZ..”.

II. SINTESIS PROCESAL:

Por auto de 14 de abril de 2021, se admitió la acción y se ordenó notificar a las accionadas. Igualmente, se dispuso vincular a **UT ALIMENTACIÓN SERVICIAL**, PORVENIR S.A., **SEGUROS BOLÍVAR**, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, **ASISTENCIA CIENTIFICA DE ALTA COMPLEJIDAD S.A.S**, y AUNARSALUD SERVICIOS INTEGRALES EN SALUD SAS, y se les otorgó un plazo de dos (2) días para que brindaran una respuesta al amparo.

ASISTENCIA CIENTIFICA DE ALTA COMPLEJIDAD S.A.S.

Indicó que la atención en salud del promotor se inició desde el 17 de agosto de 2018, hasta el 12 de noviembre de 2019, fecha en la cual la EPS afiladora procedió al traslado del paciente a otro operador.

UNION TEMPORAL ALIMENTACION SERVICIAL.

Dio contestación a la acción constitucional, oponiéndose y solicitando se niegue por improcedente. Indicó que, a *“partir del día 15 de mayo de 2019 se inició secuencia de incapacidades del Accionante, incapacidades que fueron recibidas en la U.T. ALIMENTACION SERVICIAL S.A.S. y a su vez reportadas a la EPS, para realizar el proceso de recobro de las mismas”* las cuales se extendieron hasta el 30 de noviembre de ese año, para un total de 197 días.

Agregó que, a *“partir del día 198 de incapacidad, el Accionante no volvió a reportar incapacidades en la U.T. ALIMENTACION SERVICIAL S.A.S, pero los días sub siguientes fueron tomados en cuenta para efecto de pagos de seguridad social, provisiones y prestaciones sociales del Accionante”*.

Destacó que, solicitó a la EPS CAPITAL SALUD, una relación de las incapacidades generadas al promotor, situación que fue resuelta por la entidad quien manifestó que se realizó el pago de las siguientes incapacidades: Del 07/11/2020 al 06/12/2020; Del 07/12/2020 al 05/01/2021; Del 06/01/2021 al 04/02/2021; Del 05/02/2021 al 06/03/2021.

SEGUROS BOLIVAR

Reseñó que su rol dentro del sistema de seguridad social, no es el pago de incapacidades por lo que se configura una falta de legitimación por pasiva frente a su representada. Así las cosas, solicitó se declare improcedente la presente acción de tutela en su contra.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

Indicó que el promotor fue calificado por la entidad Seguros De Vida Alfa, con

una pérdida de capacidad laboral del 33.40% de origen común y fecha de Estructuración el 29 de octubre de 2019, *“por lo anterior, la Pérdida de Capacidad Laboral del afiliado ya fue calificada con un porcentaje inferior al 50 %, por lo que no es procedente el reconocimiento por parte de esta Administradora del pago de incapacidades”*.

Argumentó que la EPS emitió concepto desfavorable, por tanto, no hay lugar a reconocimiento de pago de incapacidades de conformidad con lo indicado en el Decreto 19 de 2012, conforme a lo anterior solicitó declarar improcedente la presente acción de tutela.

JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA

Señaló que la accionante fue calificada con un porcentaje de 33.40% de PCL, dictamen al cual se presentó controversia por parte del promotor, por lo que correspondió por reparto al médico ponente Dr. Jorge Alberto Álvarez Lesmes. Que debido a la pandemia, *la Junta Regional no está prestando atención al público a partir del 24 de marzo de 2020 hasta nueva orden*.

Preciso que el promotor fue valorado por teleconsulta el día 23 de julio de 2020, por lo que, *próximamente se será presentado por la médica ponente en audiencia privada que se llevará a cabo por la Sala Tercera de decisión de esta Junta Regional. Seguidamente se notificará el dictamen a las partes interesadas por correo electrónico, informándoles que contra el dictamen procede la interposición de los recursos de reposición y/o apelación dentro de los 10 días hábiles siguientes*.

Por otro lado, alegó que la tutela va encaminada a obtener el pago de incapacidades, circunstancia ajena a dicha Junta por lo que solicitó desvincularla de la presente acción de tutela.

CAPITAL SALUD EPS

Dio contestación a la acción constitucional, oponiéndose y solicitándose niegue por no haber vulnerado los derechos del promotor. Señaló que una vez consultado el área encargada, se estableció que se han cancelado las siguientes incapacidades al actor:

- Del 09/11/2019 al 08/12/2019
- Del 10/12/2019 al 08/01/2020
- Del 10/01/2020 al 08/02/2020
- Del 11/02/2020 al 11/03/2020 (cancelada dos veces)
- Del 12/03/2020 al 10/04/2020
- Del 05/02/2021 al 06/03/2021

Indicó que a partir del 10 de abril de 2020, corresponde el reconocimiento y pago al Fondo de Pensiones. Agregó que, PORVENIR fue notificado del concepto de rehabilitación.

Finalmente, aduce que *“debe ser reportado al fondo de pensiones para que se asuma el pago directamente por ellos hasta el día 540, de no haberse concretado la pérdida de capacidad laboral que indique su reintegro o tramite de pensión se retoma el pago de incapacidades por la EPS en el presente caso*

CAPITAL SALUD EPS-S.

III. CONSIDERACIONES

La jurisprudencia constitucional ha sido del criterio que las personas que pretenden el cobro de incapacidades médicas a través de la acción de tutela cuentan con otros mecanismos judiciales a través de los cuales pueden obtener su pago, procedimientos tales como el proceso ordinario laboral, o el trámite ideado ante la Superintendencia Nacional de Salud. No obstante, también se ha sostenido que a pesar de lo anterior, *“el pago de las incapacidades médicas no solo debe ser entendido como una simple obligación dineraria u económica, sino que, por el contrario, se constituye en el medio a través del cual un trabajador ve suplido su salario ante la materialización de una contingencia que afecte su salud al punto que se vea imposibilitado para desarrollar sus labores y, por tanto, los recursos básicos a partir de los cuales puede procurarse una congrua subsistencia y la de su núcleo familiar. Adicionalmente, se ha expresado que esta prerrogativa se constituye en una garantía para la recuperación de la salud del afiliado, pues a partir de su goce, éste puede reposar y asumir adecuadamente el tratamiento que requiere, sin necesidad de tener que preocuparse por reintegrarse anticipadamente a sus actividades laborales con el objetivo de recibir su sustento diario y el de su familia”*.

Por lo que *“la acción de tutela puede constituirse en el único mecanismo idóneo para que una persona obtenga la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas como producto de la negativa en el reconocimiento del pago de las incapacidades que le han sido dictaminadas”*. (Sentencia T-529 de 2017)

CASO CONCRETO:

1. En el caso bajo estudio, el promotor solicita a través de la acción de tutela, la protección de los derechos fundamentales, al mínimo vital, vida digna y seguridad social, los cuales considera que las accionadas les ha vulnerado al no reconocer y pagar las incapacidades que describe en su escrito de tutela.

2. Al respecto, en lo que hace al requisito de **procedibilidad de la acción** de amparo, se debe destacar que el accionante es una persona con diagnóstico de *“F412 TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN y VIH, PRINCIPIO DE HIPERTENSIÓN ARTERIAL, PRINCIPIO DE INSUFICIENCIA RENAL Y CON REEMPLAZO TOTAL DE CADERA IZQUIERDA tal y como consta en el HISTORIA CLÍNICA E INCAPACIDADES MÉDICAS ANEXAS”*. En ese orden, si bien el promotor tiene a su alcance acudir ante la justicia ordinaria laboral, en criterio del despacho, en el presente caso, dicho trámite no cuenta con la idoneidad y eficacia para otorgar la protección que requiere.

3. Superado ello, al plenario se aportó Certificación de incapacidades, en la que se evidencia que al accionante se le han generado incapacidades continuas por enfermedad general **desde el 15/05/2019 al 05/05/2021**.

Al respecto, CAPITAL SALUD EPS indicó en la contestación que hizo de la acción constitucional *“que ROBERT ALIRIO PRADO CASTILLO identificado con la C.C. 13055294, cumple más de 540 días de incapacidad y debido a la falta de Pérdida de Capacidad Laboral (PCL), deben ser reconocidas por la EPS,*

concepto que debe ser tramitado con el fondo de pensiones y ser radicado para confirmar el porcentaje de calificación y se debe seguir incapacitado, reubicado laboralmente o trámite de pensión con el fondo de pensiones.. Adicionalmente, allegó copia de la comunicación remitida a la AFP Porvenir el **16 de agosto de 2019**.

La AFP Porvenir en la contestación que hizo de la acción constitucional, indicó que *“las Administradoras de Fondos de Pensiones tenían la facultad de postergar el trámite de calificación de invalidez hasta por un término de HASTA 360 días siguientes a los primeros 180 de incapacidad. Para este propósito se debía acreditar: (i) Concepto favorable de rehabilitación; (ii) Autorización de la aseguradora con la cual se contrató el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, e (iii) Incapacidades emitidas por el médico tratante; Una vez dados estos presupuestos se procedía al otorgamiento del subsidio económico equivalente al valor de las incapacidades hasta por 360 días adicionales”*. Preciso que, *“en el caso del señor ROBERT ALIRIO PRADO CASTILLO tenemos que la Compañía de Seguros de Vida Alfa S.A., con la cual tenemos contratada la póliza previsional que cubre a nuestros afiliados, determinó que el accionante tiene un porcentaje de Pérdida de Capacidad Laboral del 33.40 %, de Origen Común y Fecha de Estructuración el 29 de octubre de 2019. Por lo anterior, la Pérdida de Capacidad Laboral del afiliado ya fue calificada con un porcentaje inferior al 50 %, por lo que no es procedente el reconocimiento por parte de esta Administradora del pago de incapacidades”*.

Corresponde determinar *a)* si se ven afectados los derechos al mínimo vital y a una vida digna y *b)* si por esta vía residual ordenar el pago de las incapacidades.

Se precisa que el accionante sostuvo que con el no pago de sus incapacidades médicas, le vulneran sus derechos fundamentales, ya que *“mi salario es mi única fuente de ingreso y sostenimiento, el cual se encuentra sustituido por las incapacidades, así las cosas completé más de año y medio sin percibir recurso alguno, para sufragar los gastos de mi congrua subsistencia”*.

Ahora bien, con el objetivo de resolver la controversia planteada es necesario advertir que a diferencia de lo que sucede en el caso de las incapacidades temporales generadas por accidentes o enfermedades laborales en donde las Aseguradoras de Riesgos Laborales son las únicas responsables de las prestaciones económicas y asistenciales a las que tiene derecho los afiliados, cuando un trabajador es incapacitado por una afectación a su salud de origen común, son distintos los sujetos de derecho que están llamados a hacerse cargo de la situación.

Por lo anterior, aun cuando se haya determinado el origen común de la enfermedad, pueden presentarse controversias entre las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras de Fondos de Pensiones y los empleadores sobre quién es el encargado del pago de las prestaciones económicas en los casos de incapacidades temporales.

En ese sentido, se procederá a hacer un recuento normativo de las disposiciones que determinan quiénes son los obligados a estos pagos en cada momento de la incapacidad del afiliado:

- Del día **1 a 2** corren por cuenta del empleador, de conformidad con

lo establecido en el artículo 1º del Decreto 2493 de 2013.

- Del día **3 al 180** deben ser canceladas por la Empresa Promotora de Salud (EPS), de acuerdo con lo previsto por el precepto 206 de la Ley 100 de 1993. **Dicho trámite debe ser adelantado por el empleador (Canon 121 del Decreto 19 de 2012).**

Durante dicho lapso, la EPS debe examinar al paciente y emitir, antes de que se cumpla el día 120, el concepto de rehabilitación y remitirlo a la Administradora de Fondo de Pensión (AFP) antes del día 150 de incapacidad (Artículo 142 *ejúsdem*).

- Luego de recibir el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, cancelando las incapacidades causadas desde el día **181 en adelante**, hasta que el afiliado restablezca su salud o se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001).

Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, a la EPS le corresponderá pagar las incapacidades que se causen a partir del día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.

Si el renombrado concepto no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la entidad de calificación respectiva, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si ésta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad.

- **Después de los 540 días de incapacidad:** se debe dar aplicación al artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, según la cual le corresponde a las EPS cancelar las incapacidades, quienes a la vez, podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

De igual forma, se estableció por la H. Corte Constitucional mediante Sentencia T-401 de 2017, que:

*“25. 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[99]”. (se destaca)*

Conforme a la normatividad anterior y la jurisprudencia citada, sin importar si el concepto es favorable o desfavorable, le corresponde a la AFP el

reconocimiento y pago de las incapacidades que se generen posteriores al día 180 y hasta el día 540.

En el caso bajo estudio, tanto el accionante, como la EPS accionada, son claros al afirmar que ya se superaron tanto los 180 y 540 días de incapacidad. Ello también se extrae de la documental que aportó el actor de donde se desprende que ya le fueron expedidas incapacidades que superaron los 180 días de que trata el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, así: del 17 de mayo de 2019 al **14 de noviembre de 2019**, (180 días), las cuales se probó, ya le fueron canceladas al promotor.

Ahora, se encuentra acreditado que el concepto de rehabilitación fue expedido oportunamente, ya que fue remitido a la AFP PORVENIR, el **16 de agosto de 2019**.

Posterior al 15 de noviembre de 2019, (día 181 en adelante), y hasta el día 540, no se probó que hubiesen sido reconocidas y pagadas por la AFP PORVENIR, según su decir, por cuanto se *“determinó que el accionante tiene un porcentaje de Pérdida de Capacidad Laboral del 33.40 %, de Origen Común y Fecha de Estructuración el 29 de octubre de 2019. Por lo anterior, la Pérdida de Capacidad Laboral del afiliado ya fue calificada con un porcentaje inferior al 50 %, por lo que no es procedente el reconocimiento por parte de esta Administradora del pago de incapacidades”*, lo cual no resulta acertado, pues, y ello es medular, el reconocimiento de las incapacidades lo es *“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%.”* (sentencia atrás citada).

Finalmente, respecto de las causadas con posterioridad al día **541**, corresponde asumirlas a la **EPS CAPITAL SALUD**.

Luego, es claro que corresponde a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, asumir el pago de las incapacidades que se causaron posterior al día 181, que, para el caso, corresponde a las generadas desde el **15 de noviembre de 2019** al **6 de noviembre de 2020** y la EPS CAPITAL SALUD, asumir el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas a partir del día 541, esto es, las causadas desde el **7 de noviembre de 2020** hasta que cese la emisión de incapacidades en favor del accionante, reservándose la facultad de descontar aquellas que ya fueron canceladas.

De igual modo, se advertirá a **CAPITAL SALUD EPS** acerca de su deber de acatar la ley y la jurisprudencia constitucional para que, en lo sucesivo, se abstenga de negar el pago de incapacidades posteriores al día 540 con fundamento en la ausencia de requisitos que no tienen sustento legal y que suponen una barrera administrativa que vulnera los derechos de las personas con incapacidades que superan los 540 días.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONCEDER la tutela reclamada por **ROBERT ALIRIO PRADO CASTILLO**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la **EPS CAPITAL SALUD**, que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, si aun no la hecho, reconozca y pague al señor **ROBERT ALIRIO PRADO CASTILLO**, las incapacidades médicas generadas desde el día **541** hasta que cese la emisión de incapacidades en favor del accionante, **reservándose la facultad de descontar aquellas que ya fueron canceladas.**

TERCERO.- ADVERTIR a la **EPS CAPITAL SALUD** acerca de su deber de acatar la ley y la jurisprudencia constitucional para que, en lo sucesivo, se abstenga de negar el pago de incapacidades posteriores al día 540 con fundamento en requisitos administrativos que no tienen fundamento legal.

CUARTO: ORDENAR al **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, reconozca y pague al señor **ROBERT ALIRIO PRADO CASTILLO**, las incapacidades posterior al día 181, que, para el caso, corresponde a las generadas desde el **15 de noviembre de 2019 al 06 de noviembre de 2020, sin que en ningún caso pueda haber un doble pago.**

QUINTO.- Notifíquese la presente decisión a los extremos de la acción por el medio más idóneo o expedito posible.

SEXTO.- Si la presente decisión no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISION. Oficiese. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,



JUAN CARLOS FONSECA CRISTANCHO
JUEZ