

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO
BOGOTÁ-CUNDINAMARCA

ACCION DE TUTELA No. 110013105029202000334-00

ACCIONANTE: LUZ DARY PALMA LOPEZ.
C.C 28.566.187

ACCIONADA: EPS FAMISANAR Y LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

FECHA: BOGOTA, VEINTISIETE (27) DE OCTUBRE DE
DOS MIL VEINTE (2020).

ANTECEDENTES

La señora LUZ DARY PALMA LOPEZ identificada con cedula de ciudadanía No. 28.566.187 actuando en nombre propio , formuló Acción de Tutela en contra de la E.P.S FAMISANAR y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, por considerar que dichas entidades le han vulnerado sus derechos fundamentales del mínimo vital y vida digna, con fundamento en lo siguiente:

HECHOS

- Manifiesta que tiene 50 años y que, en el Sistema de Seguridad Social, en salud se encuentra afiliada a la EPS FAMISANAR y en pensiones realiza aportes a COLPENSIONES.
- Refiere que en el año 2017 fue diagnosticada con síndrome de *manguito rotatorio*, *mialgia* y *síndrome del túnel carpiano*, que le han generado incapacidades las cuales ya han excedido los 540 días
- Indica que Colpensiones de conformidad con lo establecido en la Ley procedió al pago de las incapacidades desde el día 181 hasta el día 540. Pero que después del día 7 de octubre de 2019 no se le ha cancelado incapacidad.
- Manifiesta que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES le ha expresado: “*en atención al trámite de determinación de subsidio de incapacidades indicado por usted, nos permitimos informar que una vez*

efectuada la revisión documental, se evidencia que no hay lugar al reconocimiento de los subsidios por incapacidad solicitados mediante el radicado de la referencia, toda vez que el día 180 se cumplió el 28 de mayo de 2018."

- Por su parte la EPS FAMISANAR le ha manifestado que, para el pago de incapacidades, es necesario que anexe el certificado de pagos de pensión expedido por la EPS y la calificación de pérdida de capacidad laboral.
- Como consecuencia de lo anterior, el 04 de septiembre de 2020 radicó ante la EPS FAMISANAR los documentos solicitados, sin que a la fecha se haya resuelto su solicitud.
- Indica que depende económicamente del pago de la incapacidad, que en los meses en los que no ha recibido el subsidio de incapacidad ha recurrido a préstamos familiares, pero que ya se están agotando las fuentes y de esta manera ya no puede cubrir sus gastos mínimos de subsistencia.

Admitida la presente acción de tutela, dispuso el despacho correrle traslado a las accionadas, con el fin que ejercieran su derecho a la defensa, frente a las manifestaciones realizadas por parte de la accionante, así mismo , se requirió a la accionada para que allegada la documental aducida como prueba.

CONTESTACIONES

La administradora COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES , mediante oficio BZ2020_10421055-2149121 solicita desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva, como quiera que manifiesta que incapacidades que superan el día 540 deben ser asumidas por la entidad promotora de salud a la que se encuentra afiliado el peticionario, de conformidad con el artículo 67 de la ley 1753 de 2015, situación que presente asunto.

Por su parte la EPS FAMISANAR , indica lo siguiente :

"(...) usuaria cuenta con 1605 días de incapacidad del 23/05/2003 al 05/10/2020. Venía con incapacidades continuas hasta el 8 de agosto de 2019, presentó interrupción del 08/08/2019 al 06/10/2019/ :

Se viene reconociendo incapacidades posteriores al día 540 desde el 28/05/2016 al 07/08/2019 por fallo de tutela del juzgado 20 laboral del Circuito de Bogotá para pago a la Empresa. Presentó interrupción del 08/08/2019 al 06/10/2019 por lo cual Inició un nuevo ciclo de a partir del 7 de octubre de 2019:

Cuenta con incapacidad continua del 07/10/2019 al 05/10/2020 por un total de 350 días; Cumplió 180 días el 12/04/2020. (algunas de las incapacidades se encuentran en estado Preliquidado para pago a la empresa.)

Se emitió CRH Desfavorable el 18/03/2020, recibido por AFP el 04/05/2020.

Las incapacidades posteriores al día 180 (12 de abril de 2020) y hasta el día 540 deben ser reconocidas por AFP. (...)” .

Por lo anterior indica , que al inicia nuevo ciclo de incapacidad no se puede considerar que se hayan otorgado incapacidades superiores a 540 días, por lo que en la actualidad el pago de los subsidios de incapacidad se encuentran bajo el reconocimiento de la administradora de pensiones.

CONSIDERACIONES:

La Constitución Política de Colombia en su art. 86 consagra la acción de tutela como un mecanismo sui generis para que todo ciudadano acuda cuando detecte que se le han vulnerado derechos constitucionales fundamentales o que estos estén siendo amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o por particulares en los casos determinados por la ley. Se trata entonces de un procedimiento preferente, sumario, específico y directo que solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, pero excepcionalmente se autorizará como mecanismo transitorio si existe de por medio un perjuicio irremediable.

En ese orden de ideas y revisado el fundamento fáctico de la acción, se observa que la accionante LUZ DARY PALMA LOPEZ, pretende, que se tutelen los derechos fundamentales al mínimo vital y vida digna , y como consecuencia se ordene a la accionada EPS FAMISANAR a realizar el pago de las incapacidades medicas generadas con posterioridad al día 541 tal como lo estable el art. 67 de la Ley 1753 de 2015.

Para efectos de resolver lo anterior y teniendo en cuenta, que la pretensión principal va encaminada a obtener el pagos de unas incapacidades la H. Corte ha realizado varias manifestaciones con el fin que este mecanismo no solo protege

derechos fundamentales, sino que el mismo proceda en casos excepcionales así como lo da a conocer en su sentencia T 200 de 2017;

Procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar pago de incapacidades laborales. Reiteración de jurisprudencia.

(...)

“...El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales. No obstante, se afirma que dicha acción tiene un carácter subsidiario, en tanto que, por regla general, solo procede cuando quien considere vulnerados sus derechos no disponga de otro mecanismo judicial para su protección.

De esta manera lo ha entendido la Corte Constitucional, cuando ha sosteniendo que “[l]a acción de tutela como mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales, en términos del artículo 86 de la Constitución, debe ceder, en su aplicación, si existen medios judiciales ordinarios, a través de los cuales, pueda obtenerse la protección requerida por esta vía excepcional.”^[6] Posición que ha reiterado a lo largo del tiempo.

Sin embargo, el principio de subsidiaridad tiene dos excepciones, a saber: (i) Que a pesar de la existencia de otro mecanismo judicial, este no sea eficaz o idóneo para la protección de los derechos transgredidos; o (ii) que la acción sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.^[7]

En consecuencia, al evaluar la procedencia de la tutela, el juez debe tener en cuenta, no solamente si existe un mecanismo alternativo para la protección de los derechos afectados, sino también hacer un análisis robusto sobre la idoneidad tal medio respecto a la situación del solicitante, y sobre la inminencia de la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

...

Concretando y recogiendo las disposiciones y jurisprudencia señaladas en párrafos anteriores, la Corte Constitucional afirmó, en sentencia T-144 de 2016, que la acción de tutela es procedente para la reclamación de acreencias laborales cuando: “ i) no existe otro medio de defensa judicial, o de existir, éste no es apto para salvaguardar los derechos fundamentales en juego; o ii) cuando se pruebe la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, con las características de grave, inminente y cierto, que exija la adopción de medidas urgentes y necesarias para la protección de derechos fundamentales.”

...

En este caso como quiera que se trate de una persona en estado de debilidad manifiesta por su prolongado estado de incapacidad, someter su pago a un proceso ordinario, cuyos términos, claramente exceden los de la presente acción, haría más gravosa la situación del accionante. Por lo que la tutela se convierte en el mecanismo idóneo para amparar los derechos reclamados.

Sobre el principio de inmediatez que opera en la acción de tutela, para este Juzgador se ajusta, como quiera que sobre este la Corte Constitucional en sentencia T 246 de 2015 , expreso:

“La acción de tutela sería procedente cuando fuere promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que: i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; ii) la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual.

Entonces, en el presente se tiene que aunque ha pasado un año en el que no se le han reconocido las incapacidades a la parte actora, la omisión de las entidades a cargo del pago de las mismas continua vigente, puesto que a la fecha de presentación de la acción de tutela se han generado más incapacidades y aunado a lo anterior, se encuentra que la accionante ha realizado gestiones ante las entidades de seguridad social de pensiones y salud a las que se encuentra afiliada con el fin de recibir el pago de estas, pero las respuesta dadas por las aquí accionas se tornan evasivas

Ahora bien, sobre el problema jurídico planteado del pago de las incapacidades cuando son superiores a 540 días la H. Corte Constitucional, en la sentencia T 401 de 2017, puntualizo:

(...)

Reconocimiento de incapacidades laborales posteriores al día 540.

...

*32. Ahora bien, debido al déficit de protección legal que afrontaron los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, ya sea porque no ha sido calificado su porcentaje de pérdida de capacidad laboral o porque su disminución ocupacional es inferior al 50%, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la **Ley 1753 de 2015** –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, atribuyó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las entidades promotoras de salud (EPS) y radicó en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, para solucionar los dos puntos de vista analizados en los fundamentos jurídicos 28 y 29 de esta sentencia.*

En efecto, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, indicó:

“ARTÍCULO 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:

(...)

Estos recursos se destinarán a:

a) El 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**. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades." (Resaltado de la Sala)

Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, quienes 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, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Pese a lo anterior, indica la accionada EPS FAMISANAR en su contestación de tutela que, en el presente asunto se inició un nuevo ciclo de incapacidades, como quiera que hubo interrupción a las mismas que no permitieron su prórroga.

El tema de prórrogas de incapacidades, se encuentra consagrado en el Decreto 1333 de 2018, que en su artículo 2.2.3.2.3. consagró "*Prórroga de la incapacidad. Existe prórroga de la incapacidad derivada de enfermedad general de origen común, cuando se expide una incapacidad con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión o por otra que tenga relación directa con esta, así se trate de diferente código CIE (Clasificación Internacional de Enfermedades), siempre y cuando entre una y otra, no haya interrupción mayor a 30 días calendario*"

De conformidad con lo indicado, manifiesta la EPS accionada que la demandante venía con una incapacidad continua y superior a 540 días hasta el 08 de agosto de 2019, pero que se presentó una interrupción como quiera que fue incapacitada nuevamente hasta el 06 de octubre de 2019, así las cosas, se evidencia que no hubo prórroga, a razón que trascurrieron 58 días, en el otorgamiento de una nueva incapacidad por su misma enfermedad.

Ahora bien, respecto de la obligación del pago de incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, la Corte constitucional en sentencia T -161 de 2019, sintetizo sobre el particular lo siguiente:

"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[81] para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS[82].

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"

Con relación a las incapacidades superiores a los 540 días, en esta sentencia la Corte se tuvo a lo manifestado en el artículo 67 de la ley 1753 de 2015, que le atribuyó el pago de las incapacidades a las EPS, indicando la sentencia.

"... 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[87], 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"

Así las cosas, en el presente asunto y de conformidad con lo indicado por la EPS FAMISANAR y de la documental allegada por la accionante se evidencia que en el caso de señora LUZ DARY PALMA LOPEZ, se ha presentado lo siguientes incapacidades:

- Incapacidad desde el 07 de octubre de 2019 hasta el 05 de octubre de 2020. (incapacidades con las que inicia un nuevo ciclo, debido a la interrupción de incapacidades)
- Que el día 18 de marzo de 2020 la EPS Famisanar expidió el concepto de rehabilitación desfavorable.
- Que el concepto fue remitido a la EPS el día 04 de mayo de 2020.
- Calificación de la pérdida de la capacidad laboral expedida por COLEPNSIONES el día 03 de agosto de 2020, en donde se le determina una pérdida de capacidad laboral de 32.42%.

En ese orden de ideas, se evidencia que la EPS FAMISANAR debe reconocer las incapacidades causadas desde el 09 de octubre de 2019 hasta el día 01 de abril de 2020, fecha en la que cumplen los 180 días de incapacidad a cargo de la entidad Promotora de salud, y en cabeza de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, recae el reconocimiento del pago de incapacidades desde el día 02 de abril de 2020 hasta que la afiliada pueda incorporarse a la vida laboral o hasta el día 540 de incapacidad.

En los anteriores términos se tutelarán los derechos invocados por el accionante.

Por lo expuesto, el **JUZGADO VEINTINUEVE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTA, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la señora LUZ DARY PALMA LOPEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No C.C 28.566.187

SEGUNDO: ORDENAR a la EPS FAMISANAR, que de no haber cancelado al accionante las incapacidades emitidas desde el 09 de octubre de 2019 y hasta el 12 abril de 2020 fecha en la que se cumplen los 180 días de incapacidad; proceda con el pago , para lo cual se le concede un término cuarenta y ocho horas (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, de conformidad con lo expuesto en motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que realice el pago de las incapacidades emitidas a partir del día 13 de abril de 2020 (día 181) hasta el 05 de octubre de 2020 y en adelante hasta el día 540 o antes si cese la emisión de incapacidades en favor de la actora, concediendose el término de (48) horas siguientes a la notificación, para que proceda a efectuar el pago.

CUARTO: NOTIFIQUESE a las partes de la presente determinación. Contra la presente providencia procede el recurso de IMPUGNACION, el cual debe ser interpuesto dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación.

QUINTO: NOTIFIQUESE a las partes de la presente determinación. Contra la presente providencia procede el recurso de IMPUGNACION, el cual debe ser interpuesto dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación.

QUINTO En caso de no ser impugnada, **REMÍTASE** el expediente a la H. CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La Juez,

NANCY MIREYA QUINTERO ENCISO