

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

TUTELA	2020/0756-01
ACCIONANTE:	CLAUDIA PATRICIA OREJUELA LOSADA
ACCIONADO:	FAMISANAR EPS y CENCOSUD COLOMBIA S.A.

En ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, se desata la **IMPUGNACIÓN** presentada por CENCOSUD COLOMBIA S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado 15 Civil Municipal de Bogotá el 15 de enero de 2021.

DE LA DEMANDA

La accionante solicita el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana, seguridad social y debido proceso. En consecuencia, se ordene a la accionada reconocer y pagar las incapacidades médicas generadas desde el 19 de enero al 26 de octubre de 2020 y las que se sigan causando.

Fundamento fáctico.

Comenta que fue contratada a término indefinido por CENCOSUD desde el 6 de junio de 2009 y por complicaciones de salud ha venido siendo incapacitada de forma continua.

Por fallo de tutela del Juzgado 14 Civil Municipal de Ejecución de Sentencias CENCOSUD pagó en febrero de 2020 las incapacidades generadas desde el 20 de noviembre de 2017 y hasta el 10 de mayo de 2019.

La EPS continuó generando incapacidades y consignó a la empresa CENCOSUD las causadas entre el 11 de mayo de 2019 y el 18 de enero de 2020, quien no las ha pagado a la accionante.

La EPS FAMISANAR tampoco ha pagado las incapacidades generadas desde el 19 de enero de 2020 al 26 de octubre de 2020. Manifiesta que la falta de pago de sus incapacidades ha afectado su mínimo vital y el de su familia ya que no puede trabajar por su estado de salud y las incapacidades son su único ingreso.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

FAMISANAR EPS. Señala que acorde con la normatividad y jurisprudencia corresponde al empleador cancelar las licencias e incapacidades en los periodos de pago de nómina y realizar de manera directa ante la EPS los trámites para el reconocimiento de las incapacidades generadas a los trabajadores y solicitar su reembolso.

Indica que no se cumple con el requisito de inmediatez para la procedencia de la acción de tutela, tampoco acreditó la accionante la afectación al mínimo vital y existen otros mecanismos de defensa a los cuales puede acudir.

CENCOSUD COLOMBIA S.A. Expone que se giró un dinero a la cuenta de nómina de la trabajadora fruto de las incapacidades que ha tenido la tutelante.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 15 de enero de 2020, el Juzgado 15 Civil Municipal de Bogotá D.C., resolvió tutelar el amparo de los derechos invocados y dispuso:

“2.- ORDENAR al representante legal de FAMISANAR E.P.S., que en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de esta providencia proceda a reconocer y pagar a la señora CLAUDIA PATRICIA OREJUELA LOSADA las incapacidades generadas desde el 19 de enero al 26 de octubre de 2020.

3.- ORDENAR al representante legal de CENCOSUD S.A. que una vez reciba el pago de las incapacidades antes señaladas por parte de la EPS debe realizar el giro a favor de la trabajadora CLAUDIA PATRICIA OREJUELA LOSADA.

4.-Negar por hecho superado el amparo deprecado por CLAUDIA PATRICIA OREJUELA LOSADA contra CENCOSUD S.A. en lo que respecta al pago de las incapacidades pagadas por la EPS FAMISANAR y que corresponden al periodo comprendido entre el 11 de mayo de 2019 al 18 de enero de 2020, por las razones expuestas con antelación.”

El A quo fundamentó su decisión determinando que frente a las incapacidades comprendidas entre el 11 de mayo de 2019 y 18 de

enero de 2020 se configuró un hecho superado dado que se acreditó que el 16 de diciembre de 2020 se realizó un giro a favor de la accionante por \$6.700.199,00 De otro lado, las incapacidades generadas del 19 de enero al 26 de octubre de 2020 muestran que su estado de salud le ha impedido reintegrarse y aun cuando fue calificada con PCL del 55.11% por la Junta Regional, esta fue apelada ante la Junta Nacional quien no ha emitido decisión, por lo que se deben seguir pagando las incapacidades que se sigan generando hasta tanto la Junta Nacional emita decisión.

LA IMPUGNACIÓN

CENCOSUD COLOMBIA S.A. Indica que por disposición legal corresponde a la EPS reconocer y pagar a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad de origen general superiores a 540 días.

Informa que FAMISANAR EPS genera los pagos de todos los trabajadores a la cuenta bancaria de la empresa sin individualizar los nombres, fechas y valores, lo que hace complejo el reembolso a la accionante y la EPS tampoco notifica los pagos.

Por lo anterior solicita se modifique el fallo revocando la orden en contra de la empresa por no existir vulneración de los derechos de la actora de su parte, ordenando a FAMISANAR reconocer y pagar las incapacidades directamente a la trabajadora.

CONSIDERACIONES

Competencia

Este despacho es competente para decidir el recurso de impugnación objeto de esta providencia, en virtud del 32 del Decreto 2591 de 1991.

Problema jurídico

Teniendo en cuenta el motivo de inconformidad del impugnante, corresponde a esta instancia constitucional determinar a quien corresponde el reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad general que superen los 540 días.

Como lo ha reiterado la Corte Constitucional, compete a la jurisdicción ordinaria laboral resolver los asuntos relativos a la reclamación de acreencias de orden laboral, no obstante, dicha regla general encuentra su excepción en aquellos casos en los que, por los supuestos fácticos o por tratarse de personas que merecen un trato especial, la acción de tutela se presenta como el mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para proteger de manera inmediata derechos fundamentales que resultarían lesionados de no reconocerse o pagarse tales prestaciones, eficacia que no ofrece la acción ordinaria.

En consecuencia, ante la falta de pago de incapacidades médicas, siendo ellas una acreencia de naturaleza laboral, será procedente la acción de tutela para exigir su pago, en tanto con su ausencia se afecte el mínimo vital de una persona y el caso concreto exija de una protección urgente.

Lo anterior, en el entendido de que esta prestación constituye un factor determinante de estabilización de la situación económica del accionante en su periodo de recuperación, durante el cual, no puede desarrollar labores que le permitan recibir un ingreso. Así dicha Corporación ha manifestado que:

*“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”.*¹

En complemento de lo anterior, se presume *“la afectación del mínimo vital de un trabajador cuando no recibe su salario y devenga un salario mínimo² o cuando el salario es su única fuente de ingreso, constituyendo un elemento necesario para su subsistencia, al cubrir con ese dinero sus necesidades básicas, correspondiéndole a la E.P.S. o al empleador desvirtuar dicha presunción.”*³

En lo atinente al pago de incapacidades por enfermedad o accidente de origen común, como es el caso que nos ocupa, la normatividad vigente sobre el tema estipula:

- Día 1 y 2 --- Corresponden al empleador (Decreto 2943/13)
- Día 2 a 180 --- Corresponde a la EPS (Ley 100/93 art. 206). La EPS debe emitir el concepto de rehabilitación y remitirlo a la AFP antes del día 150 de incapacidad, si no se expide oportunamente la EPS será la encargada de cancelar las incapacidades después del día 181 y hasta que lo emita (Decreto Ley 19/12 art. 142).

¹ Sentencias T-311 de 1996, reiterada en las sentencias, entre otras: T-972 de 2003, T-413 de 2004, T-855 de 2004, T-1059 de 2004, T-201 de 2005 y T-789 de 2005.

² Al respecto, ver entre otros los siguientes fallos: T-789 de 2005, T-201 de 2005, T-855 de 2004, T-707 de 2002, T-158 de 2001 y T-241 de 2000.

³ Sentencia T-247 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas

- Día 181 a 540 --- Con concepto de rehabilitación favorable la AFP asume el pago de las incapacidades hasta que se restablezca la salud o se dictamine la pérdida de capacidad laboral (Decreto 2463/01 art. 23)
- **Día 541 en adelante --- Corresponde a la EPS (artículo 67 de la Ley 1753/15)**

En el caso concreto, de acuerdo con lo manifestado por la tutelante en el libelo introductorio y de la documental obrante en el plenario, se desprende que se encuentra afiliada en estado activo a FAMISANAR EPS, quien ha expedido las incapacidades que comprenden del 19 de enero y 26 de octubre de 2020, las cuales superan los 540 días y no han sido pagadas, además, la Junta Regional de Invalidez la calificó con pérdida de capacidad laboral del 55.11%, decisión que se encuentra en apelación en la Junta Nacional de Calificación pendiente de resolver.

En lo atinente a la falta de protección legal para asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días y que aún no les ha sido reconocida una pensión de invalidez, como lo es el caso que nos ocupa, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido por el legislador a través de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015 –Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, mediante la cual reguló lo referido al pago de las incapacidades superiores a los 540 días y estableció, en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de regular el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, atribuyendo el pago de tales incapacidades a las EPS, señalando en su art. 67 “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.*” 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, es decir, si bien se impone una carga administrativa en cabeza de las EPS, no son ellas quienes al final van a asumir la obligación, pues es en últimas el Estado, en cabeza de la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud (Sent. T-144/16), quien les pagará a éstas los dineros cancelados por dicho concepto y mediante los procedimientos establecidos para tal fin.

El Gobierno publicó el Decreto 1429 de 2016, cuyo objeto es administrar los recursos a que hace referencia el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y los demás ingresos que determine la ley; y adoptar y desarrollar los procesos y acciones para el adecuado uso, flujo y

control de los recursos en los términos señalados en la citada Ley, en desarrollo de las políticas y regulaciones que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social, la ADRES asumiría la administración de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud a partir del 1° de abril de 2017, empero, mediante el Decreto 546 de 2017 establece que el periodo de transición ha cambiado, y la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), asumirá la administración de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a partir del 1° de agosto de 2017.

Así las cosas, este juez Constitucional encuentra que efectivamente se están vulnerando los derechos deprecados por la accionante, en la medida que dichas incapacidades laborales fueron expedidas por la EPS y en ese orden tiene pleno conocimiento de las mismas, siendo esta entidad la responsable de asumir su reconocimiento y pago directamente al trabajador, hasta tanto pueda reintegrarse a su trabajo o le sea reconocida la pensión de invalidez.

Sobre este punto, la Corte en sentencia T-008/18 acotó:

“... el pago de esas incapacidades debe realizarse, incluso, después de que se realice el dictamen de pérdida de capacidad laboral, hasta que el médico tratante emita un concepto en el que se determine que la persona está en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%.

Así las cosas, el pago de incapacidades no puede suspenderse cuando se realiza el dictamen de pérdida de capacidad laboral, sino hasta el momento en que la persona pueda reintegrarse a su puesto de trabajo o en su defecto le sea reconocida pensión de invalidez.”
(Resaltado del despacho)

Así las cosas, las incapacidades entran a sustituir el salario durante el tiempo que el trabajador ha permanecido retirado de sus labores; en este orden de ideas el petente se convierte en un sujeto de especial protección por parte del Estado, conforme lo establece el artículo 13 de la Constitución Política, “*se protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta*”.

Por lo considerado y sin entrar en más consideraciones, fuerza concluir que la decisión de primera instancia debe ser modificada en cuanto que corresponde a la EPS FAMISANAR asumir el reconocimiento y pago de las incapacidades que superan los 540 días directamente a la trabajadora y no al empleador, por ende, revocar el numeral tercero del fallo y en lo demás será confirmado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 2º del fallo de tutela emitido por el JUZGADO QUINCE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ el 15 de enero de 2020, en el sentido de que es a FAMISANAR EPS a quien corresponde reconocer y pagar las incapacidades generadas entre el 19 de enero y 26 de octubre de 2020 directamente a la señora CLAUDIA PATRICIA OREJUELA LOSADA y las que se sigan causando siempre que se encuentren debidamente certificadas, hasta cuando la accionante pueda reintegrarse a su puesto de trabajo o en su defecto le sea reconocida pensión de invalidez. En consecuencia, se **REVOCA** el numeral 3º de parte resolutive de la sentencia. En lo demás de **CONFIRMA** la decisión del A quo.

SEGUNDO: NOTIFICAR a los intervinientes y al juez de primera instancia la presente decisión de forma expedita y eficaz.

TERCERO: REMITIR lo actuado a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Notifíquese y cúmplase

El juez,


HERNÁN AUGUSTO BOLÍVAR SILVA