

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D. C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

REF: ACCIÓN DE TUTELA No. 2022-00480
Accionante: **DIANA MARCELA AVILA ROZO**
Accionado: **NUEVA EPS**
Vinculados: **AFP PORVENIR, ARL AXA COLPATRIA, SERVIESPECIALES SAS y JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ.**

Procede el despacho a proferir la sentencia que en derecho corresponda para finiquitar el trámite de la **ACCION DE TUTELA** de la referencia.

I. ACCIONANTE

Se trata de **DIANA MARCELA AVILA ROZO**, quien actúa en defensa de sus derechos.

II. ACCIONADOS

Se dirige la presente acción de tutela contra **NUEVA EPS y como vinculados AFP PORVENIR, ARL AXA COLPATRIA, SERVIESPECIALES SAS y JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ.**

III. DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Se trata del derecho a la **seguridad social, salud, vida, igualdad, dignidad humana y mínimo vital.**

IV. OMISION ENDILGADA AL ACCIONADO

Relató la accionante que se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en salud al régimen contributivo como cotizante en la NUEVA EPS, al fondo de pensiones POVENIR, a la ARL AXA COLPATRIA como trabajadora con la empresa SERVIESPECIALES S.A. desde el 16 de septiembre de 2017 en el cargo de oficios varios.

Dice que el 22 de septiembre de 2017 sufrió accidente laboral informando a la empresa oportunamente, quien no lo reportó. Que como consecuencia le produjo trastorno de disco lumbar, lumbago con ciática y otros trastornos especificados, por los que le han dado diferentes tratamientos e incapacidades, encontrándose incapacitada desde el 22 de septiembre de 2017 hasta la fecha.

Señala que corresponde a la NUEVA EPS pagar las incapacidades generadas desde el día 541 en adelante, quien se niega respondiendo que estas debe ser pagadas es el Fondo de Pensiones PORVENIR.

Indica que la Junta Regional de Calificación de Invalidez la calificó con un 25,10% de pérdida de capacidad laboral y lo envió a la NUEVA EPS oportunamente.

Informa que continúa con el mismo diagnóstico y las incapacidades las genera la misma patología.

Señala que continua enferma, sin trabajo, sin ingresos y debe sufragar sus gastos de vivienda y manutención.

Por lo anterior solicita tutelar los derechos invocados y se ordene a las accionadas expedir y pagar las incapacidades laborales desde el 8 de mayo de 2022 hasta la fecha.

V. TRAMITE PROCESAL

Admitida la solicitud, se ordenó notificar al accionado solicitándole rendir informe sobre los hechos aducidos por el petente.

SERVIESPECIALES SAS. Indica que la accionante tiene contrato vigente desde el 16 de septiembre de 2017 y desde el 22 de septiembre de 2017 viene presentando incapacidades continuas de origen común.

Informa que canceló las incapacidades de los 2 primeros días y pagó y recobró a la NUEVA EPS las incapacidades del día 3 al día 180. Del día 181 al 540 las incapacidades fueron reconocidas por el Fondo de pensiones PORVENIR y a partir del día 540 deben ser reconocidas de forma directa por la NUEVA EPS.

Expone que consultado el portal de Nueva EPS del estado de las incapacidades que la accionante reclama, evidenció que se encuentran transcritas, pero no pagadas.

Señala que SERVIESPECIALES ha pagado las prestaciones sociales y ha hecho los aportes a la seguridad social, por lo que solicita su desvinculación de la presente acción.

FONDO DE PENSIONES Y CESANTIA PORVENIR S.A. Expone que el pago de las incapacidades posteriores al día 540 corresponde a las entidades promotoras de salud EPS.

Informa que la sociedad pagó a la accionante las incapacidades dentro del rango del día 181 a 360 que es el máximo legal como lo establece la norma.

Dice que la accionante con la tutela pretende el reconocimiento y pago de las incapacidades posteriores al día 540 correspondiendo a la EPS, obligación que fue ratificada en el Decreto 1427 de 2022 en el capítulo 6 artículo 2.2.3.6.1.

Solicita su desvinculación y se ordene a la EPS de la accionante el pago de todas las incapacidades expedidas con posterioridad al día 540 de incapacidad continua.

AXA COLPATRIA S.A. Señala que las incapacidades son de origen común y no derivadas de accidente de trabajo o enfermedad laboral, razón para indicar que a la entidad no le corresponde obligación alguna frente a las

peticiones de la accionante, ya que el pago de las mismas las debe realizar la EPS o AFP que se encuentre afiliada la accionante.

JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOGOTA Y CUNDINAMARCA. Informa que, revisadas las bases de datos de la entidad, encontró un único proceso remitido y concluido para dirimir la controversia frente al porcentaje de pérdida de la capacidad laboral determinado en primera oportunidad por Seguros de Vida Alfa quien determinó diagnósticos de "*Otros trastornos especificados de los discos intervertebrales, trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía, lumbago con ciática*", de origen común y pérdida de capacidad laboral del 20.00%.

Señala que la Junta Regional calificó los diagnósticos "*Otros trastornos especificados de los discos intervertebrales, trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía, lumbago con ciática*", enfermedad de origen común y pérdida de capacidad laboral de 25.10%, contra el que ninguna de las partes presentó recurso y ya adquirió firmeza.

Solicita su desvinculación, toda vez que las pretensiones de la acción de tutela resultan ajenas a sus competencias y no ha vulnerado los derechos de la accionante.

NUEVA EPS. Argumenta que según el informe del área técnica (encargada de dar apoyo al área jurídica en contestación de tutelas), la afiliada presentó 811 días de incapacidad continua al 15 de julio de 2022, interrupción para el periodo del 16 de julio al 30 de agosto de 2022 y que por orden de fallo judicial se le reconocieron incapacidades superiores al día 540.

Indica que presenta un PCL inferior al 50% por lo que no aplica la autorización del pago de incapacidades teniendo en cuenta que adquiere el status de afiliado incapacitado permanente parcial de acuerdo al literal b. del art. 2 del decreto 917 de 1999, por ello se debe iniciar el proceso de reintegro laboral.

Señala que no se cumple con el requisito de subsidiariedad requerido por la acción de tutela y corresponde a la jurisdicción laboral el reconocimiento de prestaciones económicas, pide declarar la falta de legitimación por pasiva de la NUEVA EPS quien no ha vulnerado los derechos de la accionante.

Argumenta que ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades que se sigan causando se convierte en amparo de hechos futuros e inciertos, lo que resulta improcedente ya que el sistema general de seguridad social no fue diseñado para soportar incapacidades vitalicias de sus afiliados.

JUZGADO 20 CIVIL DEL CIRCUITO de Bogotá compartió el enlace de acceso al expediente de tutela No. 2022-00061 suscitado entre las mismas partes del asunto que aquí nos ocupa, en el que dictó sentencia el 14 de marzo de 2022 concediendo el amparo de los derechos rogados por la accionante DIANA MARCELA ÁVILA ROZO y ordenó a la NUEVA EPS el reconocimiento y pago de las incapacidades comprendidas en el periodo del 5 de agosto de 2021 al 27 de febrero de 2022. Fallo que fue impugnado por la EPS accionada y sin que obre decisión de segunda instancia.

VI. PROBLEMA JURIDICO

Teniendo en cuenta los hechos y pretensiones de la presente acción, corresponde a esta instancia constitucional determinar si las accionadas vulneran los derechos suplicados por la accionante con la negativa al pago de las incapacidades médicas por enfermedad general causadas a partir del 8 de mayo de 2022 y que superen los 540 días.

VII. CONSIDERACIONES

1. La Acción de Tutela constituye un logro alcanzado por la colectividad con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991, para frenar los desafueros de las autoridades cuando quiera que con hechos u omisiones comprometan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La finalidad de esa acción es lograr que, a falta de vía judicial ordinaria, mediante un trámite preferente y sumario, el Juez ante quien se acuda dé una orden de actuar o abstenerse de hacerlo, tendiente a hacer cesar la vulneración o amenaza de violación denunciada.

El artículo 86 de nuestra Carta magna así lo consagra; También advierte su procedencia contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de indefensión o subordinación.

2. La Salud como derecho fundamental autónomo. El derecho a la salud se materializa con la prestación integral de los servicios y tecnologías que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En ese orden de ideas, la Corte indicó que "la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela" (sentencia T-760 de 2008.)

Tratándose del derecho a la salud de las personas que hacen parte del grupo de los sujetos de especial protección, los artículos 13, 44, 46 y 47 de la C.P., imponen los deberes de protección y garantía por parte de las autoridades y de los particulares en la atención de las enfermedades o alteraciones de salud que padezcan niños, adolescentes y personas de la tercera edad.

"La consagración normativa de la salud como derecho fundamental es el resultado de un proceso de reconocimiento progresivo impulsado por la Corte Constitucional y culminado con la expedición de la Ley 1751 de 2015, también conocida como Ley Estatutaria de Salud. El servicio público de salud, ubicado en la Constitución Política como derecho económico, social y cultural, ha venido siendo desarrollado por la jurisprudencia –con sustento en la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)– en diversos pronunciamientos. Estos fallos han delimitado y depurado el contenido del derecho, así como su ámbito de protección ante la justicia constitucional, lo que ha derivado en una postura uniforme que ha igualado el carácter fundamental de los derechos consagrados al interior de la Constitución." (T-171/18)

Acorde con nuestra jurisprudencia constitucional, el derecho a la salud se ha definido como: "... la facultad del ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, física y mental. Tal derecho debe garantizarse en condiciones de dignidad por ser indispensable para el ejercicio de otros derechos también fundamentales." (Sentencia T-120/17)

3. Acción de tutela frente a acreencias de orden laboral. 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". (Sentencia T-789/05)

En complemento de lo anterior, se presume "la afectación del mínimo vital de un trabajador cuando no recibe su salario y devenga un salario mínimo 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." (Sentencia T-247/06)

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).
- 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 y Decreto 1427/2022 art. 2.2.3.6.1.)**

VIII. CASO EN CONCRETO

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 la NUEVA EPS, quien ha expedido incapacidades que superan los 540 días y no le han sido pagadas las causadas a partir del 8 de mayo de 2022, además, la Junta Regional de Invalidez la calificó con pérdida de capacidad laboral del 25.10% por enfermedad común, decisión que cobró firmeza dado que ninguna de las partes interpuso recursos contra la misma.

La EPS accionada allega certificación de una serie de incapacidades médicas expedidas a la accionante por enfermedad general que comprenden desde el 22-09-2017 hasta el 24-10-2022 informando que suman 811 días siendo continuas hasta el 15 de julio de 2022 y con interrupción desde el 16 de julio hasta el 30 de agosto de 2022, sin hacer referencia a las que certifica con posterioridad al mes de agosto de 2022 y sin desvirtuar el pago efectivo de las que reclama la actora a partir del 8 de mayo de 2022.

Adicionalmente, PORVENIR afirma que reconoció las incapacidades del día 181 al 540 y allega captura de pantalla donde se observa que tal periodo se cumplió entre el 17-08-2018 y 11-08-2019, así lo asevera la empresa SERVIESPECIALES SAS quien además informa que según el portal de la Nueva EPS no aparecen pagas las que se han generado a partir del día 541.

De lo anterior se desprende que aun cuando no se tiene certeza a partir de cuando se causó el día 541, podría entenderse de lo informado por PORVENIR que fue el 12-08-2019 y que las incapacidades al 30 de agosto de 2022 sumaban 811 días, además, que se han seguido generando incapacidades hasta por lo menos el 24 de octubre de 2022, siendo las reclamadas por la actora las expedidas a partir del 8 de mayo de 2022.

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.** 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 Nacional expidió 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 1º 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 1º de agosto de 2017.

Así las cosas, este juez Constitucional advierte que efectivamente se están vulnerando los derechos deprecados por la accionante, en la medida que las incapacidades laborales pendientes de pago fueron expedidas por la EPS y en ese orden tiene pleno conocimiento de las mismas, por ello no es de recibo para el despacho pretender desconocerlas con el argumento que no aplica su pago por existir calificación de PCL inferior al 50% y que lo procedente es iniciar el proceso de reintegro laboral, pues independiente de que la accionante cuente con calificación de PCL, lo cierto es que se han seguido expediendo incapacidades hasta el 24 de octubre de 2022 por la EPS, obra prueba de ellas en el expediente y las mismas aún no han sido canceladas a la usuaria por parte de la NUEVA EPS, entidad a quien conforme a la normativa y jurisprudencia traída al caso concierne el pago de las generadas a partir del día 541 y que las reclamadas por la accionante van desde el 8 de mayo de 2022.

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 entonces, las incapacidades entran a sustituir el salario durante el tiempo que el trabajador ha permanecido retirado de sus labores, la señora Diana Marcela se encuentra en estado de discapacidad según el reporte del estado de afiliación allegado por la EPS y quien cuenta con atención preferencial según el mismo documento; en este orden de ideas la 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”.*

Corolario de lo expuesto, las condiciones objetivas de la accionante la ponen en un estado de debilidad manifiesta dado su estado de salud del cual dan cuenta las prolongadas incapacidades que han sido expedidas desde el año 2017 y que aún continúan, además de su precaria situación económica ya que en las incapacidades se encontró registrado que sus ingresos no superan un salario mínimo y la afirmación de la accionante que con la falta del pago de

sus incapacidades se acrecientan sus problemas de salud, económicos y su calidad de vida ya que no ha podido sufragar sus necesidades básicas.

Por lo considerado y sin entrar en mayores consideraciones, se ordenará a la NUEVA EPS asumir el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas causadas a partir del 8 de mayo de 2022 que superan los 540 días y de aquellas que se sigan causando siempre que se encuentren debidamente certificadas.

IX. DECISION

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONCEDER el amparo de los derechos deprecados por la señora **DIANA MARCELA ÁVILA ROZO**, por lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la accionada **NUEVA EPS** para que a través de la dependencia y funcionario respectivo en un término no superior a tres (3) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a **reconocer y pagar** a la señora **DIANA MARCELA AVILA ROZO las incapacidades médicas generadas desde el día 8 de mayo de 2022 que superen los 540 días 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 si a ello hubiere lugar.**

TERCERO: ORDENAR que, por secretaría, se notifique este fallo a las partes, indicándoles que tienen tres (3) días para impugnarlo.

CUARTO: Disponer la remisión oportuna del expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión del fallo. **Oficiese.**

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

WILSON PALOMO ENCISO
JUEZ

ET

Firmado Por:
Wilson Palomo Enciso
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 012
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: **41a07e96aed7f23df1fdd734510030d6e6427eb5e778b6132fc4ef7b39293292**

Documento generado en 22/11/2022 05:05:11 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>