

Accionante: Julieth Andrea Martínez en calidad de agente oficioso de Pedro Martínez Lozada C.C. 19.197.805
Radicado No. 11001-31-87-015-2021-00042-00
No. Interno 21035-15
Auto I. No. 1297



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO QUINCE DE EJECUCION DE PENAS
Y MEDIDAS DE SEGURIDAD
CALLE 11 No. 9-24 PISO 7 TEL 2864093
BOGOTA D.C

Bogotá D. C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a emitir el fallo dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Julieth Andrea Martínez en calidad de agente oficiosa de Pedro Martínez Lozada, en contra de **COLPENSIONES** y la **EPS MEDIMAS**.

2. FUNDAMENTO DE LA PETICIÓN

La accionante, reclama la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y seguridad social de **PEDRO MARTINEZ LOZADA**.

Indicó que su padre está afiliado a la EPS Medimás y a Colpensiones.

Mediante resolución No. 2020_7198179 Colpensiones le reconoció pensión de invalidez por una pérdida de capacidad laboral del 86.09% con fecha de estructuración 11/07/2017, ordenando el disfrute de su pensión desde el 1 de diciembre de 2020, según dictamen No. 3555485 del 19 de mayo de 2020.

Por su patología (secuelas de enfermedad cerebrovascular) se le expidieron varias incapacidades desde el 11/07/2017, habiendo asumido MEDIMAS EPS el pago de las primeros 180 días (hasta el 30/01/2018), indicando que para las siguientes había que esperar la respuesta de COLPENSIONES respecto a la calificación de invalidez.

Manifestó que se le adeuda el pago de las incapacidades:

- Desde el día 31/01/2018 hasta el día 23/09/2018.
- Desde el día 19/10/2018 hasta el día 31/08/2020.

MEDIMAS EPS le informó que debía acudir a COLPENSIONES para el pago de las referidas incapacidades.

Por su parte, COLPENSIONES, con el acto de reconocimiento de la pensión de invalidez (Resolución No. 2020_7198179) indicó que para el pago del retroactivo pensional – teniendo en cuenta que la fecha de estructuración de la invalidez fue el 11/07/2017, debía cancelarle retroactivamente sus mesadas pensionales, sin embargo, para el efecto requirieron el certificado de incapacidades expedido por la EPS, pues legalmente se deben descontar las incapacidades que le hubiesen sido canceladas.

Adicionalmente mediante Resolución SUB-153616 del 30 de junio de 2021, negó el pago de esas incapacidades, no canceladas, aduciendo que le corresponde tal obligación a MEDIMAS EPS.

PEDRO MARTINEZ LOZADA tiene actualmente 68 años, según historia clínica su estado de salud es precario, y al negársele el pago de sus incapacidades la entidad accionada evade su responsabilidad vulnerando los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, y a la seguridad social integral.

Solicitó que se conceda el amparo constitucional en favor de **PEDRO MARTINEZ LOZADA** y se ordene a la AFP COLPENSIONES o a quien corresponda realizar el pago de las incapacidades causadas desde el 31 de enero de 2018 al 23 de septiembre de 2018 y desde el 19 de octubre de 2018 al 31 de agosto de 2020 que proceda de conformidad.

Accionante: Julieth Andrea Martínez en calidad de agente oficioso de Pedro Martínez Lozada C.C. 19.197.805
Radicado No. 11001-31-87-015-2021-00042-00
No. Interno 21035-15
Auto I. No. 1297

3. TRÁMITE PROCESAL

Por auto de fecha 16 de septiembre de 2021, este Juzgado avocó el conocimiento de la acción constitucional y ordenó notificar a la EPS MEDIMAS y COLPENSIONES, para que ejerciera su derecho de defensa y contradicción, de acuerdo a los hechos esbozados en el libelo demandatorio.

Así mismo, se dispuso la vinculación de SALUD CONTIGO IPS, ESIMED, HOSPITAL CARDIOVASCULAR DEL NIÑO – CUNDINAMARCA, FUNDACIÓN COLOMBIA NUEVA VIDA, GLOBAL LIFE AMBULANCIAS SAS.

4. RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA

4.1- EPS MEDIMAS

La EPS MEDIMAS por medio de su apoderado judicial indicó:

Que Pedro Martínez Lozada, es afiliado aportante pensionado y a la fecha su afiliación se encuentra vigente.

Adicionalmente cuenta con incapacidad de origen COMÚN prorrogada desde el día 01 de agosto de 2017 al 31 de agosto de 2020. La incapacidad se encuentra en un rango superior a 540 días. Para un total de 1.087 días. El accionante no presenta interrupción en las incapacidades.

El usuario se encuentra incapacitado por los siguientes diagnósticos:

- Cod. CE10 –I694–Secuelas de accidente vascular encefálico, no especificado como hemorrágico o isquémico.
- Cod. CE10 –I671–Aneurisma cerebral, sin ruptura
- Cod. CE10 –I64X–Accidente vascular encefálico agudo, no especificado como hemorrágico isquémico.
- Cod. CE10 –I601–Hemorragia subaracnoidea de arteria cerebral media.

No se emitió concepto de rehabilitación dentro de los 120 días, pues e efectuó el día 21 de mayo de 2020 bajo el Diagnóstico SECUELAS DE ENFERMEDAD CEREBROVASCULAR, NO ESPECIFICADA COMO HEMORRAGICA U OCLUSIVA, con resultado DESFAVORABLE.

Con respecto al pago de incapacidades superiores a 540 días, comprendidas desde el día 21/02/2019 hasta el día 31/08/2020 (Fecha de la última incapacidad transcrita), de acuerdo a validación del área de medicina laboral y según descripción de los hechos en escrito de tutela el afiliado cuenta con calificación de pérdida de capacidad laboral emitida por Colpensiones de Fecha de estructuración de dictamen 11/07/2017, con porcentaje de 86.09%.

Teniendo en cuenta que la calificación de Pérdida De Capacidad Laboral (PCL) del usuario, corresponde al 86.09%, es necesario que radique su solicitud de pago a la Administradora De Fondo De Pensiones a la cual se encuentre afiliado el usuario, quien iniciará los trámites pertinentes para el reconocimiento de su mesada pensional por invalidez.

Dado que la fecha de estructuración es julio de 2017 el pago de las incapacidades lo debe realizar COLPENSIONES de forma retroactiva no siendo dable un doble pago con cargo a los recursos del SGSS.

Indicó que hay ausencia de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno, pues la entidad ha cumplido con sus obligaciones dentro de los parámetros que reglamentan la prestación de servicios.

Por último, solicitó se declare improcedente la acción de tutela por inexistencia de violación o puesta en peligro de los Derechos Fundamentales del accionante, por parte de MEDIMAS EPS.

4.2.- COLPENSIONES

Colpensiones a través de la Directora de la Dirección de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones, indicó:

Accionante: Julieth Andrea Martínez en calidad de agente oficioso de Pedro Martínez Lozada C.C. 19.197.805
Radicado No. 11001-31-87-015-2021-00042-00
No. Interno 21035-15
Auto I. No. 1297

Que mediante Resolución SUB 254793 del 25 de noviembre de 2020 la entidad reconoció pensión de invalidez a favor del señor MARTINEZ LOZADA PEDRO, identificado (a) con CC No. 19,197,805, a partir del 1 de diciembre de 2020 en cuantía inicial de \$877,803.00.

El señor MARTINEZ LOZADA PEDRO, solicitó el 25 de mayo de 2021 la reliquidación de la pensión de INVALIDEZ, radicada bajo el No 2021_5975946 de fecha 25 de mayo de 2021, en los siguientes términos: "...que se cancelen las mesadas por concepto de retroactivo a partir de la fecha 11 de julio de 2017. Que se reconozca y conceda las mesadas pensionales causadas y que no ajustan pagos por parte de su entidad. Solicito se de rápidamente ya que mi padre necesita una camilla especial..."

Mediante resolución SUB153616 de junio de 30 de 2021 se resolvió la petición, negando el reconocimiento de retroactivo pensional, lo anterior teniendo en cuenta lo siguiente:

"La Vicepresidencia Jurídica y Doctrinal y la Vicepresidencia de Prestaciones y Beneficios, mediante Circular 01 de 2012, señalaron que las pensiones de invalidez deben reconocerse a partir de la fecha de estructuración de la misma, excepto que con posterioridad a esa fecha, el afiliado se encuentre disfrutando de subsidio por incapacidad, caso en el cual la efectividad será al día siguiente del último pago de dicha incapacidad.

Se le indica a la solicitante que se evidencia dentro de los documentos anexos al expediente certificado de incapacidades expedido por MEDIMAS EPS del 2 de marzo de 2021, firmado por Jose Alexander De Los Reyes Aldana –Gerente de operaciones, en el cual consta que a partir del 23/03/2019 en el campo "estado incapacidad/causal de no reconocimiento", la siguiente observación:

"...Decreto 1333 artículo 2.2.3.3.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días: para reiniciar el pago de estas incapacidades, se requiere conocer el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral (PCL) emitido por el fondo de pensiones y soportes para determinar que el paciente haya seguido las recomendaciones del médico tratante, así como el reintegro laboral a través del Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo de la empresa..."

De esta manera, en el párrafo 5º del artículo 142 de Decreto 019 de 2012, se encuentra estipulada la responsabilidad a cargo de los Fondos de Pensiones de reconocer, en los casos que exista Concepto de Rehabilitación Favorable, el subsidio económico por las incapacidades causadas a partir del día 181 y hasta por 360 días calendario.

En este mismo sentido, el Decreto 1333 de 2018 estableció lo siguiente en cuanto al pago de incapacidades superiores a los 540 días:

"Artículo 2.2.3.3.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días. Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:

1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.

2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.

3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente. De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541)".

4. Por lo anterior, y según lo normado en el Decreto 1333 de 2018 Artículo 2.2.3.3.1., el encargado de pagar estas incapacidades es la EPS, así mismo el certificado allegado por el propio solicitante. Por lo tanto, se negará el reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de invalidez solicitado por el señor MARTINEZ LOZADA PEDRO.

De otro lado, el Decreto 1333 de 27 de Julio de 2018 del Ministerio de Salud y Protección

A partir de la anterior consideración, surge diáfano que la llamada a reconocer y pagar las incapacidades causadas con posterioridad al día 540 es la Entidad Promotora de Salud EPS, que a su vez recibirá de la

Accionante: Julieth Andrea Martinez en calidad de agente oficioso de Pedro Martinez Lozada C.C. 19.197.805
Radicado No. 11001-31-87-015-2021-00042-00
No. Interno 21035-15
Auto I. No. 1297

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD la retribución correspondiente, esto es, sin importar si existe CRE favorable, desfavorable o incluso si ya fue calificado pues el porcentaje puede ser inferior a 50% caso en el cual ni siquiera habrá lugar a estudiar la prestación de invalidez y sin embargo el trabajador no puede quedar desprotegido.

Por último, solicitó la desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad, toda vez que no ha transgredido los derechos fundamentales alegados.

4.3.- SALUD CONTIGO IPS

La IPS Salud Contigo a través de su representante legal informó:

Que no tiene competencia y desconoce la situación que dio origen al presente trámite. De igual forma indicó que la entidad cumple funciones únicamente diseñados para brindar atención domiciliaria a adultos no ventilados, tanto para actividades crónicas como para actividades de eventos agudos, dentro de las cuales se encuentran:

1. Atención domiciliaria paciente crónico;
2. Rehabilitación o acompañamiento domiciliario;
3. Hospitalización domiciliaria;
4. Aplicación de medicamentos domiciliarios de bajo riesgo;
5. Curaciones de baja complejidad;
6. Atención médica domiciliaria prioritaria, según demanda de pacientes;
7. Toma de muestra domiciliaria y entrega para procesamiento de laboratorios;
8. Servicio de terapia integral (física, respiratoria, ocupacional y fonoaudiología);
9. Soporte nutricional;
10. Soporte psicológico;
11. Telemedicina General y Especializada.

Reseñó que para el caso en cuestión se configura una IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO toda vez que la entidad no hace parte del objeto que dio al presente trámite constitucional, y no es la llamada a resolver lo solicitado por la parte actora.

Solicitó que se declare la configuración de imposibilidad de cumplimiento que les asiste y como consecuencia de ello, se desvincule de la acción constitucional a Salud Contigo IPS.

4.4.- HOSPITAL CARDIOVASCULAR DEL NIÑO – CUNDINAMARCA

La referida entidad a través de su sucursal Procardio Servicios Médicos Integrales SAS indicó:

Que la responsabilidad que se busca suscitar pertenece a la EPS MEDIMAS y COLPENSIONES en consecuencia en nada compromete la responsabilidad de la entidad, entendiéndose que su mi representada PROCARDIO SERVICIOS MEDICOS INTEGRALES perdió su habilitación el día 25 de marzo de 2021 y por tanto se encuentra totalmente impedida para realizar cualquier tipo de procedimiento médico requeridos que se agenden con las eps's por tanto solicito se tenga presente esto al momento del fallo del presente asunto, puesto que no se puede obligar a lo imposible, esto teniendo en cuenta el principio General de derecho Ad impossibilia nemo tenetur.

Por último, solicitó la desvinculación de la entidad.

4.5.- GLOBAL AMBULANCIAS LIFE

Accionante: Julieth Andrea Martinez en calidad de agente oficioso de Pedro Martinez Lozada C.C. 19.197.805
Radicado No. 11001-31-87-015-2021-00042-00
No. Interno 21035-15
Auto I. No. 1297

A través de su asesora jurídica indicó:

Que desde el pasado 28 de agosto de 2020, no presta servicios al señor PEDRO MARTINEZ LOZADA. A la fecha, no cuenta con autorizaciones por parte de la EPS para prestar servicio alguno.

Solicitó desvincularla de la acción de tutela, toda vez que no cuenta con legitimidad, pues la EPS es la responsable de salvaguardar el derecho fundamental a la salud con su red de prestadores de servicio.

4.6.- FUNDACIÓN COLOMBIANA NUEVA VIDA

La Fundación Colombiana Nueva Vida, no ofreció respuesta a la demanda dentro del término que se le concedió para tal efecto¹.

Por lo anterior, en acatamiento a lo señalado en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, se tienen por ciertos los hechos señalados en el escrito de tutela.

4.7.- ESIMED

ESIMED, no ofreció respuesta a la demanda dentro del término que se le concedió para tal efecto².

Por lo anterior, en acatamiento a lo señalado en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, se tienen por ciertos los hechos señalados en el escrito de tutela.

5. DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES AFECTADOS

Señaló la accionante que la entidad accionada vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, seguridad social y salud.

6. DE LAS PRUEBAS

6.1.- Las allegadas por el accionante

- 1.- Certificado de Incapacidades
- 2.- Oficio del 2 de marzo de 2021, emitido por la EPS Medimas
- 3.- Historia clínica.
- 4.- Resolución No. 2020_7198179
- 5.- Resolución No. 2021_5975946 del 30 de junio de 2021.
- 6.- Certificado de incapacidades médicas.

6.2.- EPS MEDIMAS

- 1.- Certificación de incapacidades.
- 2.- Certificado de afiliación.
- 3.- Oficio del 11 de mayo de 2020.
- 4.- Certificado de Cámara y Comercio.

¹ Oficio No. 678 de 15 de septiembre de 2021, enviado al correo electrónico fundacioncolombianuevavida3@gmail.com el 23 de septiembre de 2021.

² Oficio No. 676 de 15 de septiembre de 2021, enviado al correo electrónico notificacionesjudiciales@esimed.com.co el 16 de septiembre de 2021.

Accionante: Julieth Andrea Martínez en calidad de agente oficioso de Pedro Martínez Lozada C.C. 19.197.805
Radicado No. 11001-31-87-015-2021-00042-00
No. Interno 21035-15
Auto I. No. 1297

5.- Poder para actuar.

6.3.- COLPENSIONES

1.- Resolución No. 2021_5975946 del 30 de junio de 2021.

2.- Asignación de funciones.

6.4.- SALUD CONTIGO IPS

1.- Certificado de Cámara y Comercio.

7. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991 y 306 de 1992, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por acciones u omisiones de cualquier autoridad, inclusive de los particulares; siempre que no existan otros medios de defensa o que se invoque como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Nuestro máximo Tribunal de Justicia Constitucional ha precisado que los presupuestos para que proceda la acción de tutela son tres, a saber: En primer lugar, que se esté ante la vulneración o amenaza de un derecho fundamental por la acción u omisión de una autoridad pública y, en casos excepcionales, de un particular; en segundo término, que el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial, pues si el afectado dispone de otros mecanismos de protección debe acudir a ellos, ya que la acción de tutela no es un mecanismo creado para reemplazar a la jurisdicción especial ordinaria orientada a la solución de conflictos; por último, que en el evento que se disponga de otros medios de defensa judicial, la acción de tutela se interponga como un mecanismo transitorio de protección para evitar un perjuicio irremediable.

El asunto que concita al accionante a acudir a la acción de tutela es la presunta vulneración a sus derechos a la seguridad social y salud, por parte de EPS MEDIMAS y COLPENSIONES, pues no le han cancelado las incapacidades generadas como consecuencia de sus padecimientos.

7.2.- Problema Jurídico

Consiste en establecer si la acción de tutela es procedente en este caso, con miras a garantizar el derecho al mínimo vital del actor. De ser procedente se establecerá frente a qué tópicos resulta viable el amparo en sede de tutela del derecho vulnerado.

Para resolver esta acción constitucional, se hace necesario (i) abordar los lineamientos jurisprudenciales frente a la subsidiariedad de la acción de tutela, (ii) criterios de procedencia excepcional de la misma (iii) Derecho al mínimo vital y a la seguridad social en materia de incapacidades; (iv) Análisis del caso concreto.

7.2.1. Se debe recordar que la acción de tutela, en principio, sólo procede cuando el presunto afectado no puede ejercer otra acción judicial para lograr la protección de los derechos cuya indemnidad vio mermada, según lo establece el artículo 86, inciso 3° de la Carta Política en concordancia con el artículo 6°, numeral 1°, del Decreto 2591 de 1991. Este presupuesto de procedencia busca evitar, por lo demás, "el desplazamiento innecesario de los mecanismos ordinarios, al ser estos los espacios naturales para invocar la protección de diversos derechos", como también garantizar "que la tutela opere únicamente cuando se requiere suplir las deficiencias que presenta el orden jurídico para la protección efectiva de tales derechos a la luz del caso concreto", en palabras de la Corte Constitucional³.

³ Corte Constitucional, sentencia T-100 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa.

No obstante lo anterior, la misma norma constitucional, desarrollada a través del Decreto 2591 de 1991, establece que, no obstante la existencia de otro mecanismo, la acción de tutela resulta procedente en los siguientes eventos: (i) si se acude a ella como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; o (ii) cuando la acción judicial ordinaria no es idónea o eficaz para proteger los derechos fundamentales del accionante, en el caso concreto. En el primer caso, la tutela procedería mientras que el asunto lo resuelva la jurisdicción ordinaria, mientras que en el segundo, la resolución sería definitiva, y la protección judicial, directa⁴.

Así las cosas, se ha de tener en cuenta que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 otorga a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para resolver los conflictos originados en la prestación del servicio de salud, cuando versan sobre: "Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador" y "en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios", de la misma manera la jurisdicción ordinaria laboral es por esencia la vía ordinaria idónea para controvertir asuntos relacionados con el pago de prestaciones sociales.

Sin embargo, si se acredita que ese medio no es eficaz para proteger derechos fundamentales, el amparo constitucional procede excepcionalmente. Esto último ocurre, por ejemplo, en el caso en el que se trate de una persona que puede ver afectado su mínimo vital si el conflicto no es resuelto de forma inmediata, dada su edad, dificultad para encontrar trabajo, o falta de ingresos⁵. Se debe tener en cuenta, adicionalmente, que si el accionante afirma carecer de estos últimos, ello lo debe desvirtuar su contraparte⁶.

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como personas discapacitadas que no se pueden valer por sí mismas, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios.

7.2.2 De otro lado se debe tener en cuenta que El Sistema General de Seguridad social contempla la protección a la que tienen derecho los trabajadores, en aquellos casos en que se enfrentan a la contingencia de un accidente o enfermedad que genere una incapacidad para desarrollar sus actividades laborales, y en consecuencia, la imposibilidad de proveerse sustento a través de un ingreso económico. En parte, el reconocimiento de estas prestaciones asistenciales se genera ante la importancia que representa el salario de las personas, al menos, en el reconocimiento de la satisfacción a su derecho al mínimo vital.

Bajo esta idea, la Corte Constitucional, en sentencia T-490 de 2015 indicó que:

"i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;

ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta."

En consecuencia, el pago de incapacidades tiene una conexidad con la satisfacción de las garantías constitucionales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario.

En estas condiciones, se debe tener en cuenta que respecto al pago de los certificados de incapacidad laboral, y sus respectivas prórrogas, deben ser asumidos por distintas entidades del Sistema General de Seguridad Social, a saber: (i) las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las EPS, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto-Ley 019 de 2012; (ii) luego de este periodo, a partir del día 181, el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, si las incapacidades son por una enfermedad de origen común, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones

⁴ Corte Constitucional sentencia T-111 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-824 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-368 de 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos.

a la que está afiliado el trabajador⁷.

Al respecto la ley 100 de 1993 en su artículo 41 indicó:

"ARTÍCULO 41. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales<6> - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudirse en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad.

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

<Texto adicionado por el artículo 18 de la Ley 1562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio de lo establecido en este artículo, respecto de la calificación en primera oportunidad, corresponde a las Juntas Regionales calificar en primera instancia la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y determinar su origen.

A la Junta de Calificación Nacional compete la resolución de las controversias que en segunda instancia sean sometidas para su decisión por las Juntas Regionales.

*<*Texto corregido en los términos de la Sentencia C-458-15> La calificación se realizará con base en el manual único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, vigente a la fecha de calificación, que deberá contener los criterios técnicos-científicos de evaluación y calificación de pérdida de capacidad laboral porcentual por sistemas ante una deficiencia, discapacidad y minusvalía <e invalidez*> que hayan generado secuelas como*

⁷ Sentencias T-097 de 2015,

consecuencia de una enfermedad o accidente.

PARÁGRAFO 1. *Para la selección de los miembros de las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, el Ministerio del Trabajo tendrá en cuenta los siguientes criterios:*

La selección se hará mediante concurso público y objetivo, cuya convocatoria se deberá hacer con no menos de dos (2) meses de antelación a la fecha del concurso e incluirá los criterios de ponderación con base en los cuales se seleccionará a los miembros de estos organismos. La convocatoria deberá publicarse en un medio de amplia difusión nacional.

Dentro de los criterios de ponderación se incluirán aspectos como experiencia profesional mínima de cinco (5) años y un examen escrito de antecedentes académicos sobre el uso del manual de pérdida de capacidad laboral y de invalidez, el cual se realizará a través de una entidad académica de reconocido prestigio. Los resultados del concurso serán públicos y los miembros de las Juntas serán designados por el Ministro del Trabajo, comenzando por quienes obtuvieran mayor puntaje.

La conformación de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez podrá ser regionalizada y el manejo de sus recursos será reglamentado por el Gobierno Nacional de manera equitativa. El proceso de selección de los integrantes de las juntas de calificación de invalidez se financiará con recursos del Fondo de Riesgos Profesionales.

PARÁGRAFO 2. *Las entidades de seguridad social, los miembros de las Juntas Regionales y Nacional de Invalidez y los profesionales que califiquen serán responsables solidariamente por los dictámenes que produzcan perjuicios a los afiliados o a los Administradores del Sistema de Seguridad Social Integral, cuando este hecho esté plenamente probado."*

Ahora luego de los 540 días de incapacidad, el pago debe realizarlo el fondo de pensiones o la EPS, según la razón por la que el trabajador hubiere seguido incapacitado. Lo anterior de acuerdo al Decreto 1333 de 2018 que dispuso:

"ARTÍCULO 2.2.3.3.1. *Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días. Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:*

- 1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.*
- 2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.*
- 3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.*

De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541)."

Adicionalmente en la Sentencia **T-004 de 2014** resaltó la Corte:

"La jurisprudencia constitucional ha sostenido que en los casos en que no se tiene certeza de cuál es la entidad responsable de cubrir determinadas incapacidades laborales, es obligación de alguna de las entidades del Sistema General de Seguridad Social de pagarlas o de lo contrario se causaría al trabajador una afectación a su mínimo vital, por lo cual es juez de tutela debe (sic) señalar quién es el responsable provisional de cumplir dicho deber, aun cuando se otorgue la posibilidad de repetir contra aquél que resulte ser el verdadero obligado. Tal como lo mencionó la sentencia T-786 de 2009:

'La tutela es, entonces, procedente en ciertos casos para obtener el pago de incapacidades laborales. Cuando lo es, la tutela debe ser resuelta con una definición provisional acerca del sujeto que en principio está obligado al pago de las referidas incapacidades. Pero, la definición que al respecto pueda dar el juez de tutela en nada determina el verdadero y real origen que, de acuerdo con la ley y los reglamentos correspondientes, tienen la enfermedad o el accidente sufrido por el tutelante. Si alguna provisión se adopta en ese sentido, está justificada porque del pago de las incapacidades

Accionante: Julieth Andrea Martínez en calidad de agente oficioso de Pedro Martínez Lozada C.C. 19.197.805
Radicado No. 11001-31-87-015-2021-00042-00
No. Interno 21035-15
Auto I. No. 1297

depende de la garantía del mínimo vital del peticionario y de su familia. De manera que, si el sujeto destinatario de las órdenes con las que concluyen las sentencias de tutela en esta materia, estima que es otro sujeto el que debe correr con ellas, debe iniciar el correspondiente trámite regular que el ordenamiento dispone para la definición del origen de las enfermedades o los accidentes, y para la consecuente determinación del sujeto legal y reglamentariamente obligado al pago de la prestación'.

En la sentencia T-418 de 2006 la Corte decidió que no era constitucionalmente viable postergar el pago de mesadas cuando no se tiene certeza legal y reglamentaria de cuál es la entidad que está obligado a hacerlo, pues se le vulneran derechos fundamentales a una persona en condición de debilidad manifiesta, así se estableció que:

'la Corte ha considerado que la carga que conlleva la incertidumbre entre distintas entidades sobre cu[á]l de ellas debe asumir el pago de obligaciones pensionales ciertas e indiscutibles, no puede ser trasladada al titular del derecho. Menos aún, como se ha manifestado, cuando dicho titular depende del pago de la mesada a la que tiene derecho, para satisfacer el derecho al mínimo vital suyo y de su familia'.

La anterior consideración podría ser aplicable a casos en los cuales, entidades del Sistema General de Seguridad Social, por ausencia de reglamentación eluden el pago de incapacidades laborales y dilata el goce efectivo del derecho al mínimo vital, así, como lo consagró la sentencia T-404 de 2010, 'lo que corresponde en esos casos es resolver la solicitud ciudadana con la salvedad de no tener certeza acerca de quién debía pagar la correspondiente prestación, y luego repetir contra quien se considera que es el realmente responsable de satisfacer los derechos invocados (...)'

7.3. CASO CONCRETO

Al respecto, de conformidad al análisis de las pruebas aportadas al expediente y de lo expuesto por el accionante en el libelo de tutela, a juicio de esta funcionaria judicial, las circunstancias descritas permiten colegir que Pedro Martínez Lozada, es sujeto de especial protección constitucional y se acredita la calidad de agente oficioso de la accionante.

Lo anterior se puede constatar con la historia clínica del señor **MARTINEZ LOZADA** en la cual se señaló: *"Paciente de 67 años con diagnósticos de 1. Secuelas de enfermedad cerebrovascular, ruptura de aneurisma, hipertensión arterial controlada, incontinencia mixta, hidrocefalia con clipaje válvula de hakim"*

Así mismo, se describió la valoración funcional:

"Percepción sensorial: Muy limitada, húmedas: completamente húmeda, actividad: en silla, movilidad: muy limitada, nutrición: adecuada fricción y desplazamiento: sin problema aparente.

(...)

Comer: dependiente, lavarse: dependiente, vestirse: dependiente, arreglarse: dependiente, deposiciones: incontinente, micción, incontinente, uso de inodoro: dependiente, trasladarse, dependiente, deambular: dependiente"

En la valoración funcional (KARNOFSKY) se concluyó: *"inválido, incapacitado, necesita cuidados y atenciones especiales. Encamado más del 50% del día".*

En la valoración cognitiva, se determinó: *"totalmente incapaz. No puede cuidar de sí mismo. Totalmente confinado a la cama o una silla."*

Adicionalmente, atendiendo el estado de salud actual de **PEDRO MARTINEZ LOZADA**, la acción de tutela se torna procedente en defensa de su derecho a la seguridad social, específicamente en lo que respecta al tema de sus incapacidades, pues someterlo al trámite de un proceso ordinario, o a aquel regulado ante la Superintendencia, a esta altura sólo implicaría prolongar la afectación de sus garantías fundamentales, más aún, cuando es claro que las afectaciones físicas del mencionado son evidentes al punto que no puede valerse por sí mismo, para ninguna actividad de su vida cotidiana y depende por completo de terceros.

Cabe señalar, con respecto a la inmediatez en la interposición de la acción de tutela, que a juicio del despacho este criterio se halla acreditado, pues en representación del actor se han presentado en el curso del tiempo solicitudes orientadas a obtener el pago de las incapacidades emitidas al actor, habiendo en principio obtenido por parte de la EPS, respuestas orientadas a esperar la emisión de concepto de rehabilitación, el cual fue sólo emitido en el mes de

Accionante: Julieth Andrea Martinez en calidad de agente oficioso de Pedro Martinez Lozada C.C. 19.197.805
Radicado No. 11001-31-87-015-2021-00042-00
No. Interno 21035-15
Auto I. No. 1297

mayo de 2020, y con posterioridad información orientada a la solicitud de tal pago a Colpensiones, cuestión a la que se sujetó el requirente al punto de impugnar el reconocimiento pensional para solicitar el reconocimiento de tales incapacidades en el pago retroactivo de la pensión a él reconocida, situación definida desfavorablemente sólo en el mes de junio de este año, donde la citada entidad afirmó que la responsabilidad de pago recae en la EPS.

Se tiene en ese marco que el 25 de noviembre de 2020, Colpensiones mediante Resolución No. 2020_7198179 le reconoció la pensión de invalidez al señor **MARTINEZ LOZADA** ordenando el disfrute de su pensión desde el 1 de diciembre de 2020. Así las cosas, teniendo en cuenta que en dicha resolución se indicó que el mencionado debía allegar el certificado de incapacidades, se procedió a solicitar el mismo ante la EPS MEDIMAS quien el 2 de marzo de 2021 lo emitió. Luego el 25 de mayo de 2021, se procedió a solicitar la reliquidación de la pensión con el fin de que fueran canceladas las incapacidades, no obstante, el 30 de junio de 2021 Colpensiones mediante Resolución No. SUB-153616, negó el pago de las mismas; decisión que se remitió al accionante el 3 de agosto de 2021, por lo que el 14 de septiembre de 2021, es decir 1 mes y 11 días después, se interpuso acción de tutela, termino que se considera razonable.⁸

En ese sentido se vislumbra que los representantes de MARTINEZ LOZADA simplemente se ciñeron en su actuación a las sucesivas respuestas otorgadas por la EPS y Colpensiones frente a su requerimiento, sin que de ello se derive desdén u omisión en el cumplimiento de sus deberes frente a la reclamación, o ausencia del requisito de inmediatez en este caso, máxime cuando las consecuencias de la ausencia de pago prolongado y continuo del único ingreso con que contaba PEDRO MARTINEZ LOZADA -afectado con pérdida de capacidad laboral de más del 83%-, que en principio era su salario, sustituido por la incapacidad que asciende a la fecha a un salario mínimo, causan afectaciones obvias en su calidad de vida, y la de aquellos destinados a brindarle los cuidados especiales que necesita, y que demandan claramente la destinación de recursos económicos para el efecto.

En ese contexto, si bien desde enero de 2021 el señor **MARTINEZ LOZADA** ha recibido su ingreso mensual, correspondiente a un salario mínimo, tal situación no permite a juicio del despacho superar la afectación a su derecho al mínimo vital cuando el actor y su familia tuvieron que enfrentar el cese prolongado e injustificado de pagos desde el 31 de enero de 2018 y hasta el mes de agosto de 2020, como consecuencia de la omisión evidente de los encargados de asumir el pago oportuno de tales prestaciones, y la información encontrada suministrada por tales autoridades, además de la mora evidente de la EPS en lo que respecta a la emisión del concepto de rehabilitación requerido para la definición pensional del actor, e impuesto como requisito por la misma EPS para efectuar el estudio de la procedencia del pago de incapacidades solicitado.

Ahora, surge incontrastable que desde el 31 de enero de 2018 al 23 de septiembre de 2018 y desde el 19 de octubre de 2018 al 31 de agosto de 2020, al señor **PEDRO MARTINEZ LOZADA** no le han pagado las incapacidades, situación que afectó su derecho al mínimo vital y a la seguridad social, sin que existan a este momento mecanismos idóneos y ágiles para obtener la protección de sus derechos, dada su demostrada condición de vulnerabilidad.

A esta altura someter al actor y a su familia a más trámites de los que han realizado solo prolongaría la afectación de sus garantías constitucionales.

En consecuencia, al verificarse la procedencia de la acción de tutela, las reglas jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540 son las siguientes:

- (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.
- (iv) **No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, 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**

⁸ En caso similar la Corte Constitucional determinó acreditado el factor de inmediatez T 268 de 2020.

Accionante: Julieth Andrea Martinez en calidad de agente oficioso de Pedro Martinez Lozada C.C. 19.197.805
Radicado No. 11001-31-87-015-2021-00042-00
No. Interno 21035-15
Auto I. No. 1297

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.⁹

En consecuencia, es claro que las incapacidades generadas desde el día 181 al 392 es decir del 31 de enero de 2018 al 23 de septiembre de 2019 y del día 418 al 990 es decir del 10 de octubre de 2019 al 20 de mayo de 2020, le corresponderá el pago a la EPS Medimás, pues esta entidad solo hasta el día **990 emitió** concepto desfavorable de rehabilitación, superando ampliamente el término otorgado para ello. Lo anterior, corroborado de acuerdo a la respuesta emitida por la EPS.

En ese contexto las incapacidades así otorgadas, fueron emitidas en todo caso antes de que se contara con el concepto desfavorable de rehabilitación.

Ahora en cuanto a las incapacidades del día 991 al 1057 es decir del 21 de mayo de 2020 -fecha en que fue radicado ante Colpensiones el concepto desfavorable de rehabilitación- al 31 de agosto de 2020, el pago lo deberá realizar Colpensiones, pues luego de la emisión del concepto le corresponde al fondo de pensiones realizar las gestiones necesarias para emitir decisión respecto a la pensión de invalidez.

En ese contexto se ordenará a la EPS que en el término de 5 días hábiles siguientes a la notificación de este fallo proceda a pagar las incapacidades liquidadas a favor de **PEDRO MARTINEZ LOZADA** correspondientes a las generadas desde el día 31 de enero de 2018 al 23 de septiembre de 2019 y del 10 de octubre de 2019 al 20 de mayo de 2020. Así mismo, se ordena a Colpensiones que en el término de 5 días hábiles siguientes a la notificación de este fallo proceda a cancelar al señor **MARTINEZ LOZADA** las incapacidades generadas del 21 de mayo de 2020 al 31 de agosto de 2020.

Lo anterior no obsta para que, si los comprometidos con las órdenes en este fallo emitidas consideran que es otro el que debe asumir el pago, adelanten los trámites a que halla lugar para efectuar la reclamación del caso.

Para la notificación de la presente determinación se procederá de conformidad con lo establecido en los Decretos 2591/91 y su reglamentario el 306/92, es decir, esto es, tanto a la accionante como a la entidad accionada.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINCE DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE BOGOTÁ**, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho a la seguridad social de **PEDRO MARTINEZ LOZADA**, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR a la EPS MEDIMAS que en el término de 5 días hábiles siguientes a la notificación de este fallo proceda a pagar las incapacidades liquidadas a favor de **PEDRO MARTINEZ LOZADA** correspondientes a las generadas desde el día 31 de enero de 2018 al 23 de septiembre de 2019 y del 10 de octubre de 2019 al 21 de mayo de 2020.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que en el término de 5 días hábiles siguientes a la notificación de este fallo proceda a cancelar de manera retroactiva al señor **MARTINEZ LOZADA** el pago de las incapacidades generadas del 22 de mayo de 2020 al 31 de agosto de 2020.

CUARTO: En contra de esta decisión procede impugnación ante la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá, la cual conforme lo establecido en el art. 3° del Decreto 2591 de 1991 debe ser interpuesta dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del fallo.

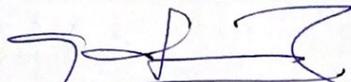
QUINTO: En el evento que no sea impugnada la presente decisión, remítase a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

⁹ Corte Constitucional sentencia T – 401 del 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Accionante: Julieth Andrea Martínez en calidad de agente oficioso de Pedro Martínez Lozada C.C. 19.197.805
Radicado No. 11001-31-87-015-2021-00042-00
No. Interno 21035-15
Auto I. No. 1297

Es de anotar que los informes de cumplimiento o incidentes de desacato no suspenden el trámite de remisión de las tutelas a la Corte Constitucional razón por la cual de presentarse tal evento debe tramitarse lo pertinente en cuaderno de copias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**CATALINA GUERRERO ROSAS
JUEZ**

Accionante: Julieth Andrea Martínez en calidad de agente oficioso de Pedro Martínez Lozada C.C. 19.197.805
Radicado No. 11001-31-87-015-2021-00042-00
No. Interno 21035-15
Auto I. No. 1297