

Radicación No. 110014003007-2021-00232-00

Accionante: JORGE ORLANDO VILLALBA OSPINA

Accionada: EPS FAMISANAR

Vinculadas: FABRICA DE GRASAS Y PRODUCTOS QUIMICOS LTDA Y COLPENSIONES

ACCION DE TUTELA

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEPTIMO CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD

Bogotá, D.C., seis de abril de dos mil veintiuno.

ASUNTO

El Juzgado Séptimo Civil Municipal de Oralidad de Bogotá, decide en primera instancia, la acción de tutela interpuesta por el señor JORGE ORLANDO VILLALBA OSPINA, en contra de la EPS FAMISANAR y como vinculadas la FABRICA DE GRASAS Y PRODUCTOS QUIMICOS LTDA., y COLPENSIONES.

1. ANTECEDENTES

Acude el accionante ante esta jurisdicción mediante apoderada judicial, pretextando la violación de derechos fundamentales, con base en los siguientes hechos:

Refiere la togada que, su prohijado se encuentra vinculado mediante contrato de trabajo con la empresa FABRICA DE GRASAS Y PRODUCTOS QUIMICOS LTDA, así como afiliado a la EPS FAMISANAR y COLPENSIONES, y que desde el día 26 de noviembre de 2018 se encuentra en periodo de incapacidad prolongada por enfermedad común denominada "*Luxación, esguince o torcedura de articulación y ligamentos no especificados de miembro inferior*"; que desde el día 16 de mayo de 2019, la EPS notificó a COLPENSIONES concepto favorable de rehabilitación, así como que recibió lo atinente al pago de las incapacidades correspondientes a

los primeros 180 días por parte de la EPS y que a partir de allí COLPENSIONES reconoció y canceló las mismas hasta el día 540, esto es, hasta el 18 de mayo de 2020; que el señor VILLALBA OSPINA procedió a entregar la documentación respectiva para que la EPS continuara con el pago de las incapacidades posteriores a los 541 días, pero que sin embargo, dicha entidad ha tenido suspendido dicho reconocimiento, de allí que el 28 de julio de 2020, elevó un derecho de petición para dicho fin, pero que este no le fue resuelto de fondo, lo que considera genera una dilatación dolosa frente al pago, cuestión que afecta los derechos fundamentales de su poderdante, entre ellos su mínimo vital.

Así mismo, que a pesar de que ,la EPS tiene la obligación de cancelar sus incapacidades posteriores a los 541 días, el señor VILLALBA presentó solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral ante COLPENSIONES, pero que esta el 14 de agosto de 2020, le señaló la incapacidad de proceder en tal sentido, debido al concepto de rehabilitación favorable que tiene; y que por ello, ha solicitado a la EPS que, le actualice dicho concepto de rehabilitación, pero que esta le indicó que no era necesario ya que existe un concepto favorable.

Igualmente que, el 1 de diciembre de 2020, a su representado le practicaron una segunda cirugía, motivo por el que se extiende su periodo de incapacidad, de allí que el 13 de enero de este año, presentó nuevamente solicitud de pago de incapacidades, pero que se le negó por solicitarse calificación de pérdida de capacidad laboral, de allí que interpuso recurso de reposición contra dicha decisión y sobre lo cual, recibió respuesta el 27 de ese mismo mes y año, en donde se le informó que el 18 de diciembre de 2020, había emitido concepto desfavorable, y le dio instrucciones para que, solicitara nuevamente ante COLPENSIONES la calificación de pérdida de capacidad laboral y el pago de las incapacidades, circunstancia por la cual considera que, es evidente que la EPS pretende evadir sus responsabilidades; que teniendo en cuenta lo anterior, el 28 de enero, presentó derecho de petición ante COLPENSIONES buscando el pago de las incapacidades, sobre lo que dicha entidad, le contestó que ya había cumplido con su obligación hasta el día 540, y que las posteriores están a cargo de la EPS.

Aduce que, es claro que la actuación de la EPS es vulneradora de sus derechos fundamentales; además de que es una falta de respeto para con él, ya que mientras fue intervenido quirúrgicamente y su médico tratante le indicó que, no podían cambiar el concepto favorable que existía hasta tanto no se cumpliera el plazo de recuperación del procedimiento, el cual iba hasta el 29 de enero de 2021, pero que sin embargo, en la comunicación del 27 de enero, se le indicó que el concepto había cambiado desde el 18 de diciembre de 2020, lo que considera es una incongruencia y falta de responsabilidad, ya que le delega dicha obligación a COLPENSIONES, de allí que acude a este mecanismo constitucional, para que se ordene a la EPS a reconocer y cancelar las incapacidades que se encuentran pendientes.

SUJETOS DE ESTA ACCION

Accionante: JORGE ORLANDO VILLALBA OSPINA.

Entidad accionada: EPS FAMISANAR.

Entidades vinculadas: FABRICA DE GRASAS Y PRODUCTOS QUIMICOS LTDA y COLPENSIONES.

FUNDAMENTOS DE LA ACCION

Solicita el accionante el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la dignidad humana y a la salud.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA: EPS FAMISANAR: Refiere puntualmente que, el accionante, se encuentra activo con esa entidad, así como le ha brindado toda la atención que ha requerido, que presenta 1154 días de incapacidad del "04/07/2000" al "30/03/2021", de los cuales presenta una incapacidad continúa prolongada del "26/11/2018" al "30/03/2021" con un total de 855 días, habiendo cumplido los 180 días el "24/05/2019" y los 540 días el "19/05/2020"; así mismo que, para el pago de incapacidades posteriores a los 540 días, se requiere que el afiliado radique la documentación pertinente, pero que a la fecha, este no lo ha hecho, de ahí que no se le pueda endilgar negligencia alguna, ya que es el accionante quien

incumple su deber; además, que en todo caso, que por el simple hecho de ser trabajador dependiente activo, su empleador es el que, debe garantizar el pago de su licencia en el periodo de nómina, y que por ende es improcedente la presente acción de tutela frente a Famisanar, ya que en cumplimiento de la ley, no cancela directamente a los usuarios con vinculación dependiente sino que, reembolsa a sus empleadores lo que ellos ya han cancelado a sus trabajadores en nómina.

Igualmente señala que debe tenerse en cuenta el principio de inmediatez, puesto que, entre la fecha de la primera incapacidad suplicada y la presentación de la tutela, ha transcurrido un tiempo considerable, por lo que no se cumple el presupuesto factico requerido para el presente amparo constitucional, ya que no se logra vencer la presunción legal de que no estuvo cesante durante el lapso hasta la interposición de esta acción; por lo tanto considera que, se debe denegar la acción de tutela, por inexistencia de violación de derechos fundamentales por parte suya; reiterando que es el empleador quien debe garantizar el pago de las incapacidades al tutelante, y posteriormente, efectuar el recobro ante la EPS, lo que configura a su vez una falta de legitimación en la causa por pasiva, además de que existen otros medios de defensa, para solicitar el pago aquí suplicado.

RESPUESTAS DE LAS ENTIDADES VINCULADAS:

COLPENSIONES: Refiere que el presente amparo se adelanta con el fin de que la EPS reconozca y pague las incapacidades del accionante generadas a partir del día 541, sobre lo que señala que aquel mediante petición del 28 de enero de este año, les requirió el pago de las mismas, así como el trámite de la calificación de pérdida de capacidad laboral ya que cuenta con un concepto de rehabilitación desfavorable, sobre lo cual, indicó que mediante misiva BZ 2021_892465-0401735 del 25 de febrero de 2021, dio respuesta de fondo a la misma; que así mismo, esa entidad emitió el dictamen DML 4089321 de fecha 11 de marzo de 2021, en donde se determinó una pérdida de capacidad laboral correspondiente al 24.05% con fecha de estructuración 11 de marzo de 2021, aclarando que dicho dictamen se encuentra en proceso de notificación al señor JORGE ORLANDO VILLALBA OSPINA, de allí que considera que no existe vulneración alguna de los derechos fundamentales por parte de esa entidad, y que lo concerniente a las incapacidades suplicadas, de acuerdo a la normatividad vigente para esta

clase de asuntos, le corresponde a la Empresa Promotora de Salud FAMISANAR S.A.S., resolver lo solicitado por el actor.

FABRICA DE GRASAS Y PRODUCTOS QUIMICOS

LTDA: Guardó silencio.

2. CONSIDERACIONES

ASPECTOS FORMALES

La solicitud se acomoda a las exigencias de los artículos 13 y 14 del Decreto 2591 de 1991.

ASPECTOS MATERIALES

La acción de tutela es un instrumento constitucional concebido para la protección inmediata de los derechos fundamentales que, en la Norma Política, se consagran cuando en el caso concreto de una persona la acción u omisión de cualquier autoridad o de particulares, los vulnera o amenaza, sin que exista otro medio de defensa judicial y aun existiendo, si la tutela es ejercida como medio transitorio de inmediata aplicación para evitar un perjuicio irremediable.

EL CASO CONCRETO

Descendiendo al caso en particular, y en cuanto a la eventual existencia de otros mecanismos que tornen improcedente la presente acción de tutela, en el caso concreto del pago de incapacidades, tiénese ya por sentado, en virtud a la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional, la vía aquí invocada sí resulta idónea para esa finalidad, en tanto que, pese a tratarse de asuntos económicos, pueden verse comprometidos diversos derechos fundamentales protegidos por la Carta Política patria.

A este respecto, se indicó en sentencia T-643 de 2014:

“El alcance que la Corte Constitucional le ha dado al artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 establece condiciones bajo las cuales, aún frente a la

existencia en el ordenamiento jurídico de otros mecanismo ordinarios idóneos, ante la inminente vulneración de un derecho fundamental, la acción de tutela resulta procedente.

Es así como, si bien por regla general las reclamaciones de acreencias laborales deben ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria, ha sostenido esta Corporación en numerosos casos similares al sometido a revisión, que la acción de tutela, de manera excepcional, resultará procedente para reconocer el pago de incapacidades médicas. Esto, en el entendiendo que al no contar el trabajador con otra fuente de ingresos para garantizar su sostenimiento y el de las personas que dependen de él, la negativa de una E.P.S de cancelar las mencionadas incapacidades puede redundar en una vulneración a los derechos al mínimo vital, seguridad social y vida digna, caso en el cual es imperativa la intervención del juez constitucional

(...) En ese orden de ideas, el no pago de las incapacidades médicas, si bien constituyen per se el desconocimiento de un derecho laboral, también pueden generar una afectación directa al mínimo vital, a “la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”.

Ahora bien, frente a la inmediatez, tenemos que nuestro máximo órgano constitucional ha reconocido la posibilidad de flexibilizar el estudio de la configuración del presupuesto de inmediatez, cuando: “(i) evidencie que la vulneración se ha prolongado indefinidamente o es continuada, independientemente de que el hecho a partir del cual se inició la aludida vulneración sea lejano en el tiempo, o (ii) cuando atendiendo a la situación de la persona no sea posible exigirle que acuda a un juez, so pena de imponerle una carga desproporcionada. (T-161/19)

En el presente caso, el despacho de entrada advierte que, el quebrantamiento de los derechos fundamentales aquí invocados por el accionante sin hesitación es continuada y persiste, toda vez que, se ha prologando en el tiempo y a la fecha este último sigue sin percibir, por parte de la accionada, el pago de las incapacidades posteriores al día 541, a pesar de las distintas peticiones que ha presentado para tal finalidad.

Bajo el anterior derrotero jurisprudencial, y siendo del caso avocarse al debate suscitado en autos, tiénese que según se esgrime, el tutelante suplica el pago de las incapacidades que refiere en el escrito de tutela, causadas desde el 27 de mayo de 2020 hasta el 30 de marzo de 2021.

De otro lado, la entidad accionada FAMISANAR EPS señaló que, a la fecha no se ha radicado o presentado todos los soportes necesarios, de ahí que se ha impedido que el área encargada reconozca, liquide y pague al empleador del accionante las correspondientes incapacidades, resaltando que en todo caso es responsabilidad del empleador garantizarle el pago de las mismas durante el periodo de nómina; por su parte COLPENSIONES, señaló que lo atinente a las incapacidades posteriores al día 541 el reconocimiento y liquidación de tales prestaciones es obligación de la EPS; y que en cuanto a la pérdida de capacidad laboral del tutelante, está ya fue establecida con un porcentaje del 24.05%, mediante dictamen DML 4089321 de fecha 11 de marzo de 2021, el cual se encuentra en proceso de notificación al actor.

Así las cosas, remitiendo la atención al tema de las incapacidades referidas y de acuerdo al material probatorio aportado a las diligencias, se tiene que al actor se le han generado incapacidades que comprenden del 27 de mayo de 2020 al 30 de marzo de 2021, las que aclaras sobrepasan los 541 días, cuestión que es reconocida por las partes en discusión, así como se evidencia en los documentos anexados a esta actuación, así igualmente se tiene que las mismas no han sido efectivamente canceladas al señor VILLALBA OSPINA, resultando reprochable la conducta asumida por la EPS, al escudarse en que es el empleador quien debe cancelar tales prestaciones y que después proceder al recobro, cuando el legislador le impuso tal obligación, de allí que no puede sesgarse la posibilidad del incapacitado a percibir la prestación económica derivada de tal situación, lo cual sin duda coloca al señor VILLALBA OSPINA en una situación de indefensión manifiesta, no solo por virtud de su estado de salud, sino que, pueden verse vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, en conexidad con el de la vida, aspecto que tornan procedente desde ya el presente mecanismo constitucional.

Sobre este particular, quiera decir, cuando se trata de incapacidades causadas después del día 540, también ha reseñado la Corte

Constitucional en sentencia T-401 de 2017: *“la Sala Quinta de Revisión advierte que la interpretación propuesta por la EPS Sanitas respecto de la vigencia y aplicación de la Ley 1753 de 2013, que también ha sido sostenida por el Ministerio de Salud y Protección Social –tanto en el presente proceso como en sus conceptos jurídicos[122]–, no desarrolla adecuadamente los mandatos constitucionales y, por lo tanto, debe ser abandonada.*

En efecto, si bien es cierto que el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 entró en vigencia el 9 de junio de 2015, como se expuso previamente[123] la jurisprudencia constitucional ha admitido su aplicación retroactiva con fundamento en: (i) el principio de igualdad; (ii) la especial protección de la cual son titulares las personas con incapacidades prolongadas y que, en consecuencia, no han podido integrarse nuevamente a la actividad laboral; y (iii) en la facultad que tienen las EPS de repetir lo pagado ante el Estado[124].

41. A su vez, en relación con la supuesta imposibilidad de aplicar la norma anteriormente referida debido a que la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud no ha sido creada y no se ha reglamentado el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS[125], la Sala estima que dicha lectura de la norma es contraria al sentido de las propias normas y a los derechos fundamentales de las personas con incapacidades que superan los 540 días, por las siguientes razones:

(i) El Legislador atribuyó expresamente a las EPS la responsabilidad de reconocer y pagar las “incapacidades de origen común que superen los 540 días continuos”. Dicha asignación, además de ser explícita, no está sometida a ningún condicionamiento. Por lo tanto, de la lectura de la norma no se infiere que el Congreso de la República haya diferido su aplicación a la reglamentación del Gobierno Nacional. Por el contrario, el mandato según el cual “[e]l Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS” es independiente del enunciado normativo que radica en cabeza de las EPS el pago de las incapacidades que superen los 540 días.

(ii) La interpretación aducida va en contra de la vigencia expresa de la norma (que fue reconocida por la propia EPS). Así, de acuerdo con el

artículo 267 de la Ley 1753 de 2015, la norma rige “a partir de su promulgación”, sin que sea admisible sostener que su vigencia pueda ser desconocida[126].

(iii) El entendimiento antes aludido desconoce el principio de accesibilidad del derecho fundamental a la salud[127], en la medida en que impone una barrera administrativa que no se encuentra prevista ni en la ley ni en el reglamento y que surge simplemente de la interpretación de la entidad. Sobre el particular, conviene tener en cuenta que el auxilio de incapacidad incide en la garantía del derecho a la salud en la medida en que permite la recuperación satisfactoria del paciente. Por tanto, debe evitarse la negación del trámite de las incapacidades posteriores a 540 días sin el debido fundamento legal.

(iv) Por último, las Salas de Revisión de esta Corporación se han pronunciado expresamente acerca de la aplicabilidad de esta norma y han ordenado a las EPS sufragar las incapacidades superiores al día 540, con base en tal disposición.

En conclusión, la Sala ordenará a Sanitas EPS el pago de las incapacidades que excedan los 540 días”

A su vez, téngase en cuenta lo señalado por el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, en el cual se indicó: “El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.”

Así entonces, teniendo en cuenta el derrotero jurisprudencial, lo cierto es, que es deber de la EPS garantizar el reconocimiento de las prestaciones económicas por incapacidad superiores a los 540 días, y que por otro lado, si bien le corresponde igualmente al empleador efectuar el trámite correspondiente ante la EPS para el reconocimiento de estas, también lo es, que en un evento para fines de

garantizar los derechos que le asisten al trabajador este bien puede efectuar el pago de las mismas y efectuar posteriormente el recobro ante la EPS al tenor de lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011: *“El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas (...)”*, lo que no aconteció en este asunto, o por lo menos no se acreditó tal situación, pues incluso dicha empresa guardó silencio al requerimiento de tutela, circunstancia que reitera la vulneración de las garantías constitucionales que le asisten al señor VILLALBA OSPINA.

Ahora, teniendo en cuenta lo anterior, esta sede judicial en aras de tomar las medidas pertinentes para la garantía de los derechos que le asisten al tutelante, ordenará a FAMISANAR EPS que, una vez recibida la documentación pertinente, proceda a reconocer y garantizar el efectivo pagó al señor JORGE ORLANDO VILLALBA OSPINA de todas las incapacidades que se encuentran pendientes y que se pueden observar en esta actuación, esto es, las causadas desde el 27 de mayo de 2020 al 30 de marzo de 2021, al tenor de lo previsto en la Ley 1753 de 2015 y teniendo en cuenta el Decreto 1333 de 2018, por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, el cual reglamenta las incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones.

Igualmente, se conmina al actor para efectos de que, en caso de no haberse hecho, proceda a hacer las gestiones pertinentes ante la EPS para el reconocimiento de sus prestaciones sociales.

Por último, en cuanto a las entidades vinculadas, no se advierte por parte de estas, conducta alguna que pueda conllevar la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, de ahí que no se emitirá orden alguna frente a estas; incluso véase que COLPENSIONES señaló que ya le efectuó el dictamen de pérdida de capacidad laboral al accionante, estando el este en proceso de notificación al mismo.

3. DECISION

En mérito de lo expuesto el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Oralidad de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER la acción de tutela impetrada por el señor JORGE ORLANDO VILLALBA OSPINA, por lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal y/o quien haga sus veces de FAMISANAR EPS que, en el término de las cuarenta y ocho horas (48) horas siguientes al recibo de la documentación pertinente, proceda a reconocer y garantizar el efectivo pago efectivo al accionante JORGE ORLANDO VILLALBA OSPINA, de las incapacidades que se encuentran pendiente, esto es, las causadas desde el 25 de mayo de 2020 al 30 de marzo de 2021, al tenor de lo previsto en la Ley 1753 de 2015 y teniendo en cuenta el Decreto 1333 de 2018, por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, conforme se acreditó en este asunto; **de lo cual deberá dar oportuna información al Juzgado, a efectos de determinar el cumplimiento de lo acá dispuesto.**

TERCERO: NOTIFICAR esta providencia conforme lo prevé el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: REMÍTASE lo actuado a la Corte Constitucional, si la presente providencia no fuere impugnada, dentro del término que consagra el artículo 31 del citado decreto para su eventual REVISIÓN.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE



LOURDES MIRIAM BELTRAN PEÑA

JUEZ