

Radicación No. 110014003007-2021-00341-00

Accionante: AGUSTINA GAMBOA CAICEDO.

Accionada: EPS COMPENSAR.

Vinculadas: EMPRESA FERNANDO REINA Y CIA Y COLPENSIONES.

ACCION DE TUTELA

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEPTIMO CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD

Bogotá, D.C., cuatro de mayo de dos mil veintiunos.

ASUNTO

El Juzgado Séptimo Civil Municipal de Oralidad de Bogotá, decide en primera instancia, la acción de tutela interpuesta por la señora AGUSTINA GAMBOA CAICEDO, en contra de la EPS COMPENSAR y como vinculadas EMPRESA FERNANDO REINA Y CIA y COLPENSIONES.

1. ANTECEDENTES

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

Refiere puntualmente que, se encuentra afiliada a COMPENSAR E.P.S., en el régimen contributivo, siendo una paciente con diagnóstico de, *"... DISCOPATIA LUMBAR POP TRAS ARTODOSIS LUMBAR con dolor crónico que se presenta después de intervención quirúrgica..."* según su historia clínica, que se encuentra incapacitada desde el 11 de diciembre de 2020, hasta la fecha, que el Decreto 019 de 2012 en su artículo 12 párrafo 6 dispone: *"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", sin embargo, la EPS accionada no ha dado orden de pago a las incapacidades No.12164651; No.2233996, No.12201750 y No.12177652 de enero, febrero, marzo y abril de 2021, por lo que considera que con esta omisión de pago de subsidio por incapacidad, le está afectando su derecho al mínimo vital, siendo evidente que la EPS convocada ha cometido varias irregularidades que afectan sus derechos fundamentales, por lo que le ha tocado acudir a préstamos personales para solventar los pagos de la vivienda, servicios públicos, gastos de sostenimiento, cuotas moderadoras para las citas, medicamentos, fuera de que su salario era su única fuente de sustento, por tanto ante la falta de recursos económicos su vida se encuentra en riesgo, porque he adquirido muchas obligaciones que esperaba pagar con el valor de las incapacidades reconocidas, y que ya nadie le presta dinero, porque no hay esperanza del reconocimiento y pago de incapacidades a pesar de que su empleador está realizando el pago de los aportes.

Igualmente, que, tiene derecho al reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días por parte de COMPENSAR EPS, de conformidad con el Decreto 1333 del 2018, que en su artículo 2.2.3.3.1, dispone: *"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 (...)"*, por lo que, considera procedente acudir al mecanismo constitucional de la acción de tutela para que se le cancelen tales prestaciones económicas.

SUJETOS DE ESTA ACCION

Accionante: AGUSTINA GAMBOA CAICEDO.

Entidad accionada: EPS COMPENSAR.

Entidades vinculadas: EMPRESA FERNANDO REINA Y CIA y COLPENSIONES.

FUNDAMENTOS DE LA ACCION

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

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA: EPS

COMPENSAR: Refiere puntualmente que, la señora AGUSTINA GAMBOA CAICEDO, se encuentra activa en el Plan de Beneficios en Salud de la EPS en calidad de cotizante dependiente de la empresa FERNANDO REINA Y CIA LTDA., desde el 6 de febrero de 2015, quien acude al presente trámite constitucional en procura de que le sean reconocidas las incapacidades laborales causadas a partir del día 10 de enero de 2021; que entre el 20 de marzo de 2019 y el 5 de mayo de 2021, la demandante reporta un total de 706 días de incapacidad consecutiva por el diagnóstico M480 que correspondiente a *“ESTENOSIS ESPINAL”*; por lo que dispuso el pago de las incapacidades otorgadas hasta el día 186 (desde el 20 de marzo hasta el 4 de diciembre de 2019), y de las otorgadas con posterioridad al día 540 (desde el 24 de noviembre), hasta cuando se emitió concepto de rehabilitación con pronóstico desfavorable, que las incapacidades otorgadas a la señora GAMBOA CAICEDO con posterioridad al día 10 de enero de 2021, no han sido reconocidas por la entidad, porque desde el 22 de enero de 2021, emitió un concepto de rehabilitación con pronóstico desfavorable de recuperación, el cual fue radicado ante la AFP COLPENSIONES desde el 25 de enero de 2021.

Igualmente que, el artículo 2.2.3.1 del Decreto 1333 de 2018, define los casos en los cuales procede el reconocimiento de las incapacidades superiores a 540 días por parte de la EPS, así: *“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)”, reiterando que el concepto de rehabilitación emitido en favor de la actora tiene pronóstico desfavorable de recuperación, por lo que no hay lugar a que sea la EPS quien asuma el pago de las incapacidades otorgadas con posterioridad al 10 de enero de 2021, además, que no se puede perder de vista que, el pago de las incapacidades médicas recae en primera instancia sobre el empleador, quien se encuentra en la obligación de realizar el pago a su trabajador y luego recobrar ante la EPS y/o ante la entidad que corresponda, al tenor del artículo 121 del decreto 19 de 2012, por lo que solicita se declare improcedente el amparo por cuanto no se cumplen los requisitos establecidos en la Constitución para su procedencia, pues la conducta de la E.P.S., se ajusta plenamente a lo dispuesto en la ley, y en este sentido, no se pudo haber vulnerado ninguno de sus derechos fundamentales.

RESPUESTAS DE LAS ENTIDADES VINCULADAS:

EMPRESA FERNANDO REINA Y CIA: Dice que, el accionante se encuentra afiliado a la entidad promotora de salud Compensar E.P.S., hecho que se deriva de las afiliaciones y pagos al sistema de seguridad social efectuado por parte de la compañía; que era cierto el diagnóstico médico que presentaba la demandante y lo cual se afirmaba con las pruebas documentales aportadas al proceso, que las incapacidades fueron oportunamente presentadas ante la entidad pagadora Compensar EPS, sin que a la fecha haya realizado su desembolso y que la sociedad ha cumplido con todas sus obligaciones y cargas jurídicas y económicas tal y como la misma accionante manifestó al interior del escrito de tutela; además, que conforme el Decreto 780 de 2016, y la Ley 100 de 1993, las incapacidades deben pagarse en favor del trabajador así: “Entre el día 1 y 2 está a cargo del empleador según lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013; Entre el

día 3 y 180 el pago de las incapacidades estará a cargo de la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador, y corresponderá al 66.6% del salario devengado mensualmente; Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPSy corresponderá al 50% del salario devengado, sin que pueda ser inferior a un Salario Mínimo Mensual Legal Vigente; Finalmente, las incapacidades que se generen a partir del día 541, se encuentran a cargo de la EPS a la cual esté afiliado el trabajador, conforme lo establecido en la Ley 1753 de 2015, artículo 67, y corresponderá al 50% del salario devengado, sin que pueda ser inferior a un Salario Mínimo Mensual Legal Vigente” por lo que considera que, no existe argumento alguno que permita someramente discrepar que, sea la compañía quien deba soportar el pago de las incapacidades, auxilios o subsidios médicos en favor de la tutelante, más aún cuando es quien ha soportado y pagado incluso montos económicos que no están a su cargo.

COLPENSIONES: Dice que, mediante oficio del 15 de febrero de 2021, le informó a la accionante que, una vez validado la revisión documental, no era posible continuar con el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, ya que el origen, grado de pérdida de capacidad laboral y/o fecha de estructuración se encontraban en controversia, que era importante resaltar que, desde la competencia de esa administradora de pensiones y desde su competencia, se le han reconocido incapacidades, que para que la Administradora de Fondos de Pensiones otorgue el subsidio por incapacidad conforme a la ley, se hace necesario que, el afiliado “(i) padezca una enfermedad de origen común; (ii) que la incapacidad sea continua y supere los 180 días y (iii) se emita concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, iv) que al momento de cumplirse el día 180 se encuentre afiliado a Colpensiones, y que v) el afiliado tenga cotizaciones a pensión dentro de los 30 días anteriores a la fecha de incapacidad reclamada”, supuestos concurrentes que no se cumplen en esta oportunidad, por lo que pide se deniegue el amparo en sus contra.

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 mecanismos 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 dependan 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, el quebrantamiento de los derechos fundamentales aquí invocados por la accionante, pues es evidente que se ha prologando su incapacidad en el tiempo y sigue sin percibir, por parte de la accionada, el pago de las incapacidades posteriores al día 541, resultando reprochable la conducta asumida por la EPS, al señalar que le corresponde al empleador tal prestación, cuando la jurisprudencia frente a este aspecto ha sido clara, en cuanto que estas deben reconocer y cancelar las licencias que se produzcan después de los 540 días.

En este orden de ideas, es lo cierto que, no puede sesgarse la posibilidad del incapacitado a percibir la prestación económica derivada de tal situación, hasta tanto no se obtenga un resultado concreto sobre su estado real de salud, pues en tal interregno de tiempo no tiene la posibilidad de obtener ingresos adicionales de los que percibía por su empleo, como ella mismo lo indicó en su escrito de tutela, sin que hubiere sido

desvirtuada tal afirmación por parte de la accionada, de lo cual sin duda pueden verse vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, en conexidad con el de la vida, aspecto que tornan procedente el presente mecanismo constitucional.

De acuerdo con el anterior derrotero jurisprudencial, tiénese que según se esgrime, la actora suplica el pago de las incapacidades que refiere en el escrito de tutela, causadas desde enero de 2021 a mayo del año en curso y las que en el futuro se causen.

En el caso bajo estudio, la entidad accionada COMPENSAR EPS señaló que, a la fecha no se ha realizado el pago, toda vez que, desde el día 22 de enero de 2021, emitió un concepto de rehabilitación con pronóstico desfavorable de recuperación a la accionante, el cual fue radicado ante la AFP COLPENSIONES desde el 25 de enero de 2021, sin embargo, dicha entidad pasó por alto, lo ya dilucidado por la Corte Constitucional en sentencia T-401 de 2017 que dispuso: *“El procedimiento y la competencia para el pago de dichas incapacidades que sobrepasan los 180 días, en lo relacionado con la calificación de invalidez, esta Corporación en la sentencia T-401 de 2017 recapituló las reglas para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por enfermedad común, desde el día 1 hasta el día 540, así: “(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 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. De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente”;* de allí que sin lugar a duda el

presente amparo se abre paso como ya se dijo, al quedar dilucidado a quien le corresponde el pago de las incapacidades después del día 540.

Puestas, así las cosas, y en aras de garantizar los derechos fundamentales de la aquí accionante, se dispondrá que en el término de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no se ha hecho, ORDENAR a la EPS COMPENSAR, proceda a reconocer y pagar a la accionante AGUSTINA GAMBOA CAICEDO, las incapacidades reportadas de enero de 2021 a mayo de 2021, al tenor de lo previsto en la Ley 1753 de 2015 y teniendo en cuenta el Decreto 1333 de 2018, quien podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la citada ley.

Ahora bien, la tutelante solicitó que, igualmente se le reconocieran y cancelaran las incapacidades que, en el futuro le expidan, sin embargo, teniendo en cuenta que, pueden ser o no prestaciones que se generen, este pedimento se denegará, sin embargo, esto no es óbice para no conminar a EPS COMPENSAR, para que, en caso de que le sigan generando proceda a su pago conforme a su competencia y lo indicado en la parte motiva de este fallo, sin obstáculo o talanquera alguna, pues de no ser así nuevamente se vería avocada la demandante a acudir a este amparo lo cual genera un desgaste judicial.

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 ellas.

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 la señora AGUSTINA GAMBOA CAICEDO, por lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: ORDENAR a la EPS COMPENSAR, que a través de su representante legal y/o quien haga sus veces, y en el término de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no se ha hecho, proceda a reconocer y pagar a la accionante AGUSTINA GAMBOA CAICEDO, las incapacidades reportadas de enero de 2021 a mayo de 2021. al tenor de lo previsto en la Ley 1753 de 2015 y teniendo en cuenta el Decreto 1333 de 2018, **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: De otro lado, teniendo en cuenta la petición especial por parte de La EPS COMPENSAR, por Secretaría expídasele copia del fallo con la constancia de ejecutoria una vez quede en firme y remítasele copia del fallo al correo electrónico reportado.

QUINTO: 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 CÚMPLASE



LOURDES MIRIAM BELTRÁN PEÑA

JUEZ