



Barranquilla, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veinte (2020).

PROCESO: 08001-40-53-003-2020-00414-00.
ACCIONANTE: ALFREDO ANTONIO BARCASNEGRAS HERNANDEZ
ACCIONADO: MEDIMAS EPS, FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN y
SOLUCIONES TEMPORALES DEL CARIBE S.A.S.

ACCION DE TUTELA

Procede el despacho a decidir la presente acción de tutela impetrada por el señor ALFREDO ANTONIO BARCASNEGRAS HERNANDEZ, actuando en nombre propio, en contra de MEDIMAS EPS, FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN y SOLUCIONES TEMPORALES DEL CARIBE S.A.S.

1 ANTECEDENTES

1.1 SOLICITUD

El señor ALFREDO ANTONIO BARCASNEGRAS HERNANDEZ, actuando en nombre propio, en contra de MEDIMAS EPS, FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN y SOLUCIONES TEMPORALES DEL CARIBE S.A.S., solicita que le tutele(n) el(s) derecho(s) Constitucional(s) Fundamental(s) a la vida digna, a la salud, al mínimo vital, a la seguridad social y a la igualdad; y en consecuencia se ordene (i) el pago de las incapacidades que le han sido expedidas superiores a los 540 días hasta tanto le califiquen el porcentaje de pérdida de capacidad laboral. (ii) Que se ordene a SERVICIOS TEMPORALES DEL CARIBE S.A.S. que proceda a aportar todos los documentos necesarios para que se haga efectivo el pago de incapacidades causadas. (iii) Que se ordene a SERVICIOS TEMPORALES DEL CARIBE S.A.S., que respete su estabilidad laboral reforzada de persona en situación de debilidad manifiesta. (iv) Que se ordene a PROTECCIÓN S.A. que proceda a reconocer y pagar las incapacidades superiores a 540 días y hasta tanto se reintegre.

1.2 HECHOS Y ARGUMENTOS DE DERECHO

En el caso de la referencia la pretensión del actor, se fundamenta en los hechos que se resumen a continuación.

1.2.1 Manifiesta que, se encuentra vinculado laboralmente a la empresa SERVICIOS TEMPORALES DEL CARIBE S.A.S., afiliado al Régimen Contributivo en Salud a MEDIMAS EPS y en pensiones al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A.

1.2.2 Relata que, es una persona en situación de debilidad manifiesta, tal y como consta en el Dictamen N° 28904 de fecha 22 de abril de 2019, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico y de su historia clínica en donde consta que padece de GANOARTROSIS NO ESPECIFICADA, HIPERTENSIÓN ESENCIAL, OSTEOPENIA, además de un tratamiento indefinido por la patología de trastorno internos de la rodilla, según concepto médico de fecha 28 de abril de 2018 emitido por MEDIMAS EPS.



1.2.3 Expresa que, el pago de las incapacidades médicas es el único ingreso con el que cuenta, hasta el punto de tener que haber acudido a préstamos para alimentarse.

1.2.4 Comenta que, el 18 de noviembre de 2019, MEDIMAS, le exigió para autorizar el pago los documentos relacionados en el oficio G-2019-385603; y posteriormente, el 20 de noviembre de 2019, la empresa SERVICIOS TEMPORALES DEL CARIBE S.A.S., solicitó a la EPS, el pago directo de las incapacidades correspondientes al lapso comprendido entre el 04 de julio de 2018 hasta el 17 de junio de 2019.

1.2.5 Sostiene que, mediante oficio G-2019-390657 de fecha 28 de noviembre de 2019, MEDIMAS, le exigió nuevos requisitos para efectuar el pago directo de las incapacidades; y mediante oficio G-2020-429758 del 13 de febrero de 2020, MEDIMAS, le niega el pago de las incapacidades.

1.2.6 Establece que, ha aportado todos los documentos que tanto su empleador como MEDIMAS EPS, le han exigido para el pago de las incapacidades; por lo que, la cesación en el pago de las incapacidades constituye una violación a sus derechos fundamentales.

1.3 ACTUACION PROCESAL

Por llenar los requisitos de Ley, esta Agencia Judicial, mediante auto calendado 17 de noviembre de 2020, procedió a admitir la anterior acción de tutela en contra de MEDIMAS EPS, FONDO DE PENSIONES PROTECCION Y SOLUCIONES TEMPORALES DEL CARIBE S.A.S.; y como consecuencia de ello se vinculó por pasiva a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DEL ATLANTICO.

Posteriormente, mediante auto de fecha 20 de noviembre de 2020, se ordenó vincular a SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. y a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ.

1.4 CONTESTACION DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y/O VINCULADAS

1.4.1. CONTESTACIÓN DE LA ACCIONADA, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a través de Representante Legal, rindió informe manifestando que, el actor presenta afiliación al fondo desde el 1° de julio de 1994, con traslado del Régimen Proveniente de Colpensiones.

Establece que, en atención a la solicitud de reconocimiento de prestación económica por invalidez de origen común presentada por el actor en el año 2018, fue remitido ante la Comisión Médico Laboral, en aras de establecer si se generaba o no el derecho al reconocimiento de alguna de las prestaciones económicas consagradas por el Sistema General de Pensiones

Afirma que, la EPS sura emitió un concepto desfavorable de recuperación, motivo por el cual debía procederse con la calificación de la pérdida de capacidad laboral del señor Alfredo Antonio Barcasnegras Hernández y de esta forma entrar a determinar si había



derecho al pago de alguna de las prestaciones económicas consagradas para el Régimen de Ahorro Individual para los casos de invalidez.

Arguye que al no tener pronóstico favorable de rehabilitación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, no hay lugar al reconocimiento de incapacidades, toda vez que en los términos de la citada norma es presupuesto indispensable que el afiliado cuente con dicho pronóstico, lo que en su caso no se cumple; agregando que la potestad que fue otorga por el artículo 142 del Decreto 19 del 10 de enero de 2012 a las Administradoras de Fondos de Pensiones, de postergar o no el trámite de calificación hasta por 360 días adicionales a los primeros 180, ocurre SIEMPRE QUE EL AFILIADO CUENTE CON PRONOSTICO FAVORABLE DE REHABILITACIÓN; caso para el cual, existiría la obligación por parte de la Administradora de pagar un subsidio equivalente a la incapacidad que venía recibiendo la accionante; sin embargo, en el caso del actor, al no tener un pronóstico favorable de recuperación y al ser calificada su pérdida de capacidad laboral, no se reconoció el pago de incapacidades.

Por otra parte, esboza que, una vez se corroboró por parte de la Comisión Médico que el señor Alfredo Antonio Barcasnegras Hernández no contaba con pronóstico favorable de recuperación, se procedió con su calificación de la pérdida de capacidad laboral, la cual determinó un 32.14 % de pérdida de capacidad laboral, de origen común, con fecha de estructuración del 27 de julio de 2016. Debido a que el afiliado se encontraba inconforme con el citado dictamen, presentó recurso frente al mismo, el cual fue por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico, colegiado que determinó una pérdida de capacidad laboral de 42.82 %, de origen común y con fecha de estructuración del 27 de julio de 2016. Posteriormente, como quiera que el accionante se encontraba nuevamente inconforme con el citado dictamen, presentó recurso frente al mismo, el cual fue conocido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, colegiado que determinó una pérdida de capacidad laboral de 42.82 %, de origen común y con fecha de estructuración del 27 de julio de 2016. Razón por la cual, al no tener una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, dieron por finalizado su proceso de solicitud de prestación económica por invalidez.

Finalmente, indican que, la EPS donde se encuentra afiliado el accionante no ha remitido concepto de rehabilitación reciente, ni el señor Alfredo Antonio Barcasnegras Hernández ha radicado recientemente una nueva solicitud de pago de incapacidades, calificación o invalidez ante esta Administradora.

1.4.2. CONTESTACIÓN DE LA VINCULADA, SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A.

SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., a través de Representante Legal Judicial, rindió informe manifestando que, durante su afiliación con ARL SURA, el actor no sufrió accidente de trabajo ni enfermedad laboral alguna. Así mismo, aclaran que, ARL SURA fue notificada de dictamen realizado el 18 de junio de 2020 por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez en proceso iniciado por COLPENSIONES, donde la Junta Nacional califica una pérdida de capacidad laboral de 42.82% por los diagnósticos GONARTROSIS NO ESPECIFICADA e HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA) con ORIGEN: ENFERMEDAD COMUN; por lo que las atenciones en salud que requiera deben continuar siendo asumidas como hasta el momento por la EPS a la que se encuentre vinculado en la actualidad. De igual manera, las incapacidades que se



deriven de esas patologías deben ser pagadas por la EPS o por la AFP, según corresponda.

1.4.3. CONTESTACIÓN DE LA VINCULADA, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL ATLÁNTICO.

La JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, a través de su Director Administrativo y Financiero, rindió informe manifestando que, la AFP radicó el 13/03/2019 el caso el actor y esa Junta se pronunció mediante Dictamen N° 28904 de fecha 22/04/2019 en el otorgo una PCL de 42,82% de Origen de Enfermedad Común y fecha de estructuración 27/07/2016, contra el cual el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, resolviendo esa Junta la ratificación en todas sus partes; y a su vez la Junta Nacional de Calificación de Invalidez emitió el Dictamen N° 8750250-10503 de fecha 18/06/2020 en que el ratificó en todas sus partes el Dictamen antes emitido.

1.4.4. CONTESTACIÓN DE LA VINCULADA, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

La JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, informa que el expediente del señor Alfredo Barcasnegras, fue radicado en esa entidad el 20 de noviembre de 2019, remitido de la Junta Regional de Atlántico, llevándose a cabo el 18 de junio de 2020, audiencia en la cual se resolvió el recurso de apelación, el cual se informaron a las partes conforme lo establece el Decreto 1352 de 2013 en concordancia con el Decreto 1072 de 2015.

1.5 PRUEBAS DOCUMENTALES

En el trámite de la acción de amparo se aportaron como pruebas documentales relevantes, las siguientes:

- 1.5.1. Historia Clínica.
- 1.5.2. Copias certificados de incapacidades médicas.
- 1.5.3. Informe de AFP PROTECCION.
- 1.5.4. Informe de ARL SURA.
- 1.5.5. Informe de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL ATTLANTICO.
- 1.5.6. informe de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

1.6 CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA TUTELA Y SU PROCEDENCIA

Es claro que nuestra constitución política nacional de 1.991, contiene mecanismos específicos de protección efectiva de los derechos y libertades fundamentales en el llamado Estado Social, en el que aparece registrado en su artículo 86 la Acción de Tutela, como un elemento tendiente a la protección de los derechos y libertades fundamentales mediante un procedimiento judicial preferente y sumario, eminentemente judicial que debe ser resuelto en un término improrrogable de diez días hábiles. Así mismo, establece que



“esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial, salvo que aquellas se utilicen como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

En el inciso final de la norma citada, el constituyente faculta al legislador para establecer los casos en que la acción procede contra las entidades públicas, cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes se encuentran en estado de subordinación o indefensión.

2. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

2.1 COMPETENCIA

Este juzgado es competente, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 37, inciso 1º del Decreto 2591 de 1991, para decidir la presente tutela.

2.2 EL PROBLEMA JURIDICO

De acuerdo con los antecedentes planteados, corresponde a este Juzgado determinar si las entidades accionadas han vulnerado los derechos fundamentales del señor ALFREDO ANTONIO BARCASNEGRAS HERNANDEZ, al negarle el reconocimiento de las incapacidades superiores a los 540 días.

Para resolver el anterior problema jurídico, el despacho reiterará la jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno a (i) Marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días, ii) Procedencia excepcional de la acción de tutela, frente a la función jurisprudencial de la acción de la Superintendencia de Salud.

2.2.1 Marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días.

Una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, lo cual dependerá de la prolongación de la situación de salud del trabajador.

Así, el lapso que hay entre el primer y el segundo día de la incapacidad, competen económicamente al empleador, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999. En virtud de dicha disposición “[e]n el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente”.

Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlos el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. Tal obligación está sujeta a la afiliación del trabajador por parte del empleador o del propio independiente.

Palacio de Justicia, Calle 40 No. 44-80 Piso 6 Edificio Lara Bonilla

Telefax: 3885005 Ext 1061 cmun03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co

Barranquilla – Atlántico. Colombia



Es pertinente señalar que, respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181, se han suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001.

Sobre la responsabilidad del pago, la Corte Constitucional en T-419 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán, ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, **ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, como se expone a continuación. (Negrillas y resaltado fuera del texto).**

Respecto del concepto favorable de rehabilitación conviene destacar que, conforme al Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda. No obstante, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Según el Decreto 2463 de 2001. Artículo 23 inciso 1º, es necesario enfatizar en que el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Este asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador.

La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto indica que el objetivo de dicha norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Por tanto, se otorga un margen de espera y propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad. Durante este período, el Legislador dispuso que los subsidios de incapacidad estuvieran a cargo de las AFP.

Desde esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

Conforme a Sentencia T-419 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán, cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad



laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso.

Así mismo, de acuerdo con la normativa citada, el fondo de pensiones podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral *“hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS”, una vez disponga del concepto favorable de rehabilitación. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador.*

Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, *“el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello”*

No obstante lo anterior, es factible que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, pese a haber sido evaluada por la junta de calificación de invalidez y a habersele dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%. Por tanto, es indispensable determinar cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe encargarse del pago de dichas incapacidades.

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-920 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, indicó que la norma legal referida no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral.

Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, el Tribunal de Cierre Constitucional, estableció en la sentencia T-920 de 2009, que las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones.

En consecuencia, 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 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.

El artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, indicó:

“Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:

(...)

Estos recursos se destinarán a:

a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.”

Como se puede observar en la norma transcrita, el legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, 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, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Con fundamento en esta normativa, es claro que en todos los casos futuros, esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la ley -9 de junio de 2015-, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social deberán acatar lo dispuesto en dicho precepto legal.

Igualmente, reiteró en Sentencias T-693 de 2017 y T-401 de 2017, que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que, se reitera, está a cargo de las EPS) tampoco se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado, toda



vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada.

2.2.2. Procedencia de la acción de tutela, frente a la función jurisdiccional de la Superintendencia de Salud.

La competencia en esa materia fue inicialmente circunscrita a controversias relativas a: (i) negativa de reconocimiento de prestaciones del derecho a la salud contenidas en los planes obligatorios, cuando dicha negativa amenace la salud del(a) usuario(a); (ii) reconocimiento de gastos económicos por concepto de atención de urgencias autorizadas por las EPS, en instituciones (IPS) con las que éstas no tengan contrato, o porque las EPS nieguen dicho reconocimiento por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada; (iii) problemas de multifiliación; y (iv) conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente la EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad en Salud.¹

La ley 1438 de 2011, modificó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, ampliando el ámbito de competencia de la Superintendencia en tres asuntos más, los cuales son:

- “e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;*
- f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;*
- g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.*

Adicionalmente, para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia instituyó un procedimiento *“preferente y sumario”* el cual se debe llevar a cabo *“con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción”.*

De acuerdo con la norma, este procedimiento jurisdiccional tiene las siguientes características: (i) se inicia con una solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, en la cual se debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante; (ii) la solicitud misma y su presentación no requiere de ninguna formalidad o autenticación, ni es necesario actuar mediante apoderado; (iii) puede ser presentada mediante memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual la ley establece que se gozará de franquicia; (iv) en el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalece la informalidad y la Superintendencia debe ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes para lograr la efectiva protección del usuario; (v) dentro de los diez (10) días siguientes a la solicitud, la Superintendencia dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento; (vi) dentro de los tres días siguientes a su notificación, el fallo podrá ser impugnado.

¹ Cf. Artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.



En consecuencia, resulta necesario analizar si en el caso en cuestión, se cuenta con otro mecanismo para reclamar la protección de los derechos fundamentales, en caso de ser así, si resulta eficaz e idóneo y si sirve para prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Acorde con lo anterior, se evidencia que el artículo 86 constitucional impone la obligación a los ciudadanos de agotar los recursos judiciales so pena que la acción sea declarada improcedente, a no ser que se esté frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable. A su vez, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, que versa sobre las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Salud, el cual fue adicionado por el artículo 126 de la ley 1438 de 2011, establece un mecanismo para garantizar la protección de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema de salud y para dirimir entre otras, las controversias referentes a cuando las EPS nieguen la prestación de un servicio de salud ya sea por incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada.

En el presente caso, se evidencia que acudir ante la Supersalud, es un mecanismo jurisdiccional el cual resulta idóneo pero no eficaz para garantizar la protección de los derechos fundamentales, por tratarse del mínimo vital del accionante, se procederá a declarar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo principal.

2.2.3 Consideraciones sobre el caso concreto.

La presente acción de tutela se pretende por el señor ALFREDO ANTONIO BARCASNEGRAS HERNANDEZ, para que se le tutelen sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, al mínimo vital, a la seguridad social y a la igualdad, por cuanto considera que han sido vulnerados por MEDIMAS EPS, AFP PROTECCIÓN y SOLUCIONES TEMPORALES DEL CARIBE S.A.S., al negarse al reconocimiento y pago de las incapacidades superiores a los 540 días.

De otro lado y no obstante habersele puesto en conocimiento por parte del juzgado, la anterior acción de tutela a MEDIMAS EPS; este despacho no encontró respuesta a los hechos denunciados por el actor, que en realidad desvirtuara las afirmaciones de este, configurándose, por consiguiente, la figura de presunción de veracidad de los hechos expuestos en el libelo introductorio, de que trata el artículo 20 del Decreto 2591 de 1.991.

Ahora bien, la acción de tutela fue puesta en conocimiento de la entidad, PROTECCION AFP, quien manifestó que al no tener pronóstico favorable de rehabilitación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, no hay lugar al reconocimiento de incapacidades, toda vez que en los términos de la citada norma es presupuesto indispensable que el afiliado cuente con dicho pronóstico, lo que en su caso no se cumple.

Respecto el principio de inmediatez previsto también en el referido artículo 86 Superior, es un límite temporal que utiliza para evaluar la procedencia de la acción de tutela. Como ya se indicó la intervención de juez de tutela se presenta cuando existen situaciones apremiantes que requieren medidas urgentes. En esa medida, la naturaleza misma de la acción de tutela –sumaria y preferente– implica una doble imposición de diligencia, lleva al sistema de administración de justicia a actuar ágilmente a través de la fijación de términos procesales perentorios para su decisión, Palacio de Justicia, Calle 40 No. 44-80 Piso 6 Edificio Lara Bonilla



con las sanciones disciplinarias que acarrea su desconocimiento, y prioriza este tipo de procesos frente a otros; y al mismo tiempo exige del afectado diligencia en la invocación de la protección.

Entonces, cualquier acción de tutela debe interponerse en un término razonable y próximo a la conducta que se señala como causa de la vulneración de los derechos fundamentales, sobre los que se busca protección. De lo contrario, ese desconocimiento injustificado de este deber, implica la improcedencia de la acción de tutela.

En lo que atañe al caso concreto del actor, conviene resaltar que, si bien las incapacidades médicas sobre las cuales tiene objeto esta acción de tutela, fueron expedidas desde el 2018, se denota que el actor ha desplegado las diligencias tendientes a su reconocimiento.

De otro lado, resulta vital destacar que el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador durante el tiempo de su inactividad laboral y económica. Debido a su naturaleza, se ha sostenido que dicho pago constituye la única fuente de ingresos de un trabajador, razón por la cual su no cancelación vulnera los derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna: *“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”.*(T-018 de 2010).

Así las cosas, tal y como se relacionó en acápite anterior, según los preceptos normativos y la jurisprudencia constitucional, los primeros dos (2) días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente; desde el tercer (3º) día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS; a partir del día ciento ochenta (180) y hasta el día quinientos cuarenta (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; No obstante, existe una excepción a la regla anterior, 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 tal forma, que resulta 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; Finalmente, el legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, 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, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional sostuvo 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 en Salud, Palacio de Justicia, Calle 40 No. 44-80 Piso 6 Edificio Lara Bonilla



Social de pagarlas o de lo contrario se causaría al trabajador una afectación a su mínimo vital, por lo cual es obligación del juez de tutela 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 depende la garantía del mínimo vital del peticionario y de su familia. De manera que si el sujeto destinatario de las órdenes con las que concluyan 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”.*

Pues bien, en el caso concreto se tiene que el actor, reclama el pago de las incapacidades que se relacionan a continuación:

Incapacidad N°	Fecha inicio	Fecha Fin	Días otorgados	Días Acumulados
995628	4/7/2018	2/8/2018	30	1335
915010000004449	3/8/2018	22/8/2018	20	1365
1125734	23/8/2018	21/9/2018	30	1385
915010000005159	22/9/2018	11/10/2018	20	1415
915010000005159	12/10/2018	21/10/2018	10	1435
1301079	22/10/2018	30/10/2018	9	1445
132028	31/10/2018	29/11/2018	30	1454
915010000006228	30/11/2018	9/12/2018	10	1484
915010000006344	10/12/2018	19/12/2018	10	1494
915010000006504	20/12/2018	29/12/2018	10	1504
915010000006695	9/1/2019	18/1/2019	10	1514
1460061	19/1/2019	28/1/2019	10	1524
915010000006934	29/1/2019	7/2/2019	10	1534
915010000007038	8/2/2019	17/2/2019	10	1544

De manera, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, es claro que el legislador le atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a la EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto.

Así entonces, en el presente caso se tiene que las incapacidades reclamadas por el actor, relacionadas en cuadro anterior, que parten desde el 4/7/2018, en efecto superan los 540 días de incapacidad, y en consecuencia se encuentran a cargo de la Palacio de Justicia, Calle 40 No. 44-80 Piso 6 Edificio Lara Bonilla

Telefax: 3885005 Ext 1061 cmun03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co

Barranquilla – Atlántico. Colombia



EPS, a la cual se encuentra afiliado el actor, sin perjuicio de las acciones que la entidad pueda emprender para el reembolso de los dineros cancelados.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en el caso bajo estudio existe una estrecha relación entre el derecho al mínimo vital y el pago de las incapacidades laborales, toda vez que este se equipara al salario.

Luego, MEDIMAS EPS, deberá hacerse cargo de las incapacidades desde el día 541 hasta el momento en que exista un concepto médico favorable o se reconozca la pensión de invalidez.

En virtud de lo anterior, se ordenará a MEDIMAS EPS, que si aún no lo hubiere hecho, realice el pago de las incapacidades reclamadas por el actor proferidas más allá del día 540; y en el caso que se hayan generado incapacidades, con posterioridad al 17 de febrero de 2019, asuma el pago de estas hasta el reconocimiento de la pensión de invalidez o el actor sea reintegrado a su puesto de trabajo acorde con su estado de salud. Manteniendo intacta la posibilidad de repetir contra cualquier entidad obligada bajo esas circunstancias, para obtener el pago de las incapacidades.

Ahora bien, el Despacho, se abstendrá de prevenir al empleador del actor, a fin de que garantice la estabilidad laboral reforzada, por cuanto no se evidencian evidencia alguna de la cual se pueda extraer vulneración alguna a la estabilidad reforzada.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la constitución y la ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR, los derechos invocados en la presente acción por el señor ALFREDO ANTONIO BARCASNEGRAS HERNANDEZ, en contra de MEDIMAS EPS, conforme las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a MEDIMAS EPS, que en el término perentorio de cuarenta y ocho (48), contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo hubiere hecho, realice el pago de las incapacidades reclamadas por el actor más allá del día 540; y en el caso que se hayan generado incapacidades, con posterioridad al 17 de febrero de 2019, asuma el pago de estas hasta el reconocimiento de la pensión de invalidez o el actor sea reintegrado a su puesto de trabajo acorde con su estado de salud. Manteniendo intacta la posibilidad de repetir contra cualquier entidad obligada bajo esas circunstancias, para obtener el pago de las incapacidades.

CUARTO: En caso de no ser impugnado el presente fallo, remítase en su oportunidad a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

QUINTO: Líbrese telegrama u oficio a las partes, a fin de notificar la presente decisión, tal y como lo reclama el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Tercero Civil Municipal de Oralidad de Barranquilla

Firmado Por:

**LUISA ISABEL GUTIERREZ CORRO
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 003 CIVIL MUNICIPAL BARRANQUILLA**

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:

684f19c0246f863dc34863f9d64d2c7ae3c46fa97f7078e2e53076e41c8ea98d

Documento generado en 26/11/2020 04:55:07 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**