

TUT. 47.001.41.89.003.2020.00454.01



REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO
SANTA MARTA

Santa Marta, Quince (15) de Septiembre de Dos Mil Veinte (2020).

Procede esta instancia judicial a emitir pronunciamiento frente a la impugnación planteada por Salud Total EPS en contra del fallo del 10 de agosto de 2020 proferido por el Juzgado Tercero de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de esta ciudad, dentro de la acción constitucional impetrada por Yerson Didi Rojas Pérez contra la EPS recurrente y la Junta Regional de Calificación.

ANTECEDENTES DE LA DECISIÓN

El promotor instituye la presente acción constitucional en contra de las aludidas entidades, por la presunta violación de los derechos fundamentales a la salud y seguridad social en conexidad con la vida e integridad física, de los cuales solicita el amparo y en consecuencia se le ordene a la EPS accionada que autorice una cita con medicina laboral, a fin de posteriormente ser remitido a la Junta Regional de Calificación, lo más pronto posible y sin retardos, en atención a que padece una enfermedad terminal. Para fundamentar su ruego relató las siguientes circunstancias fácticas:

Manifiesta que se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo, por lo que luego que se le practicaran varios exámenes, fue diagnosticado con *“CANCER DE COLON, TUMOR MALIGNO DEL RECTO DR1 Z542 CONVALECENCIA CONSECUTIVA*

A QUIMIOTERAPIA”, y conforme a lo indicado por el galeno oncólogo debe ser intervenido y remitido a quimioterapias y radioterapias.

Indica que desde diciembre se le han venido expidiendo incapacidades continuas que ya han superado los 120 días, sin que la EPS accionada haya emitido un concepto de rehabilitación, ni ha sido valorado por medicina laboral, a fin de que pueda obtener su calificación de pérdida de capacidad y el origen de la patología y, en consecuencia, sea remitido ante la Junta Regional de Calificación.

Señala que actualmente tiene 34 años de edad, es casado y tiene dos hijos, de profesión vigilante, por lo que con su salario no puede cubrir los gastos de su patología.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA Y SU IMPUGNACIÓN

El 27 de Julio de 2020 la A quo procedió a admitir la presente acción constitucional ordenando, la notificación de rigor a los entes accionados y la vinculación de Expertos Seguridad, AFP Porvenir y la ARL Colpatria, para que en un término de 2 días se pronunciaran sobre los hechos que dieron origen a esta causa, así mismo, tuvo como prueba los documentos aportados con el libelo genitor

Al llamado acudió la EPS enjuiciada manifestando que el promotor se encuentra afiliado al Sistema en calidad de cotizante dependiente con 476 semanas en el régimen contributivo rango 1, por lo que se le han prestado todos los servicios en salud y tratamiento integral, sin que actualmente tenga pendiente alguna autorización, no obstante indica que fue remitido al médico laboral de la entidad, y aclaró que la calificación del origen es un enfermedad general por tratarse de cáncer de colon, y que en cuanto al concepto de rehabilitación no se requiere una cita, puesto que se trata de un proceso administrativo, que para el caso arrojó como resultado un pronóstico favorable el 22 de mayo del presente año para el diagnóstico mencionado, el cual fue enviado al fondo de pensiones, razón por la que tiene cubierto el pago de subsidio

por incapacidad por parte del Fondo pensional, y en consecuencia de lo anterior, precisó que no ha negado ningún servicio asistencial, sino que han sido prestados de forma continua conforme al tratamiento en el que se encuentra, contando con los beneficios del PBS y no excluidos de éste, sin que pueda darse lugar a una vulneración de derechos fundamentales. En virtud de lo argumentado, solicitó que se denegara por improcedente la acción interpuesta.

Por su parte, la Junta Regional de Calificación de Invalidez arrimó escrito señalando que, una vez revisada la base de datos, constató que no se ha radicado solicitud alguna de calificación de origen o pérdida de la capacidad laboral que corresponda al actor, por lo que consideró que no existe quebrantamiento alguno de prerrogativas fundamentales, y en consecuencia requirió su desvinculación.

Así mismo, la Sociedad Expertos Seguridad LTDA., en su informe indicó que en su condición de empleador ha dado cumplimiento a lo estipulado en la Ley, toda vez que ha cancelado los salarios hasta los 180 días de incapacidad, por lo que a partir de allí la carga debe ser asumida por la EPS accionada, hasta que se determine el origen de la enfermedad del actor y se efectúe la valoración de la pérdida de la capacidad laboral.

Señaló que el promotor continúa afiliado al Sistema General de Seguridad Social como empleado de la entidad, manteniéndose en consecuencia el pago de los aportes en salud y pensión conforme al IBC, exceptuándose los conceptos de parafiscales y ARL, en razón a que aquél está por fuera de su lugar de trabajo, por lo que no está expuesto a calamidades fruto de sus labores. En consecuencia, pidió ser absuelto de cualquier cargo u obligación.

Igualmente, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., allegó escrito manifestando que la EPS accionada a la que se encuentra afiliado el actor, no ha remitido, ni notificado el concepto médico de rehabilitación, ni certificado de incapacidades, a fin de que se establezca en qué día de incapacidad se encuentra, como tampoco el origen de las patologías, para proceder de conformidad con el Decreto 019 de 2012, es decir, que la Administradora otorgará el subsidio de incapacidad hasta los 360 días

posteriores a los 180 días reconocidos por la EPS, y en caso de que se supere, iniciar con el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral.

No obstante, aclaró que en caso de que la EPS no emita oportunamente dicho concepto debe pagar las incapacidades posteriores hasta su expedición, por lo que, en el presente caso, es dicha entidad la encargada del reconocimiento de las misma, considerando entonces, que existe falta de legitimación en la causa por pasiva y ausencia de vulneración de derecho fundamental alguno, y en consecuencia solicitó su desvinculación.

De otro lado, Colpatria Seguros de Vida S.A. en su contestación indicó que el promotor se encuentra afiliado desde el 30 de diciembre de 2018, a través de Expertos Seguridad Ltda., sin embargo, precisa que no existe reporte alguno de enfermedad o accidente laboral que éste haya sufrido, por lo que consideró que no le corresponde asumir ninguna obligación relacionada con las pretensiones del actor, máxime cuando las patologías que padece son de origen común, por lo que el reconocimiento de prestaciones asistenciales y económicas estarían a cargo de la EPS. En consecuencia, solicitó la desvinculación del presente trámite.

El proceso finalmente culminó al proferirse el respectivo fallo, en el que se resolvió amparar el derecho fundamental al debido proceso, y ordenó a la EPS accionada que notificara el concepto de rehabilitación integral emitido frente a la patología de cáncer de colon a Porvenir S.A., toda vez que dentro del trámite constitucional no allegó prueba de ello.

La anterior decisión fue objeto de impugnación por parte de la EPS accionada, argumentando que el concepto de rehabilitación integral fue notificado a la AFP Porvenir en el término legal y conforme a los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, el 22 de mayo de 2020 al correo electrónico conceptorehabilitación@porvenir.com.co, por lo que considera que, no incurrió en vulneración alguna de derechos fundamentales al promotor, a quien se le ha suministrado los servicios médicos y prestaciones que ha requerido, siendo improcedente la

presente acción constitucional, solicitando en consecuencia que se revoque el amparo.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Es dable señalar según nuestra jurisprudencia con sujeción a la normatividad introducida por el constituyente de 1991 en el artículo 86 de la Carta Política, que la Acción de Tutela constituye una garantía que se le otorga a las personas para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales por medio de un procedimiento preferente, sumario y exento de formalidades, siempre que tales derechos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad e incluso por los particulares en determinadas circunstancias.

Pero a más de estas características esenciales de la institución tutelar, lo es, el que constituye una vía excepcional aplicable a aquellas situaciones en las cuales la vulneración de los derechos de una persona no se puede amparar mediante el empleo de otra vía jurídica consagrada para tal eventualidad. Ello no implica que su uso sólo se limite a los casos de vacíos de mecanismos procesales de protección, sino que también es procedente, pero de manera transitoria, para contrarrestar cualquier perjuicio irremediable.

Frente a la protección del derecho a la Salud, la Constitución nacional la define como un derecho irrenunciable y un servicio público obligatorio. Ello emana de los artículos 48 y 49 de este texto y algunos mandatos de la Ley 100 de 1993, que la conciben como un servicio público obligatorio cuya dirección, coordinación y control compete al Estado, que tiene la carga de asegurar su satisfacción conforme a principios como la eficiencia, la universalidad y la solidaridad.

Así el derecho a la salud hace parte del concepto de lo que se denomina Seguridad Social, la que se materializa a través de un sistema que contiene el conjunto de reglas y principios que regulan su contenido fundamental en esta materia y las formas para su organización y funcionamiento, con miras a asegurar la prestación del servicio público esencial de salud, mediante la creación de las condiciones para el

acceso de toda la población en los diferentes niveles de atención, con arreglo a los principios constitucionales y a los específicos señalados por el legislador, de equidad, obligatoriedad, protección integral, libre escogencia, autonomía de las instituciones, descentralización administrativa, participación social, concertación y calidad (L. 100/93, arts. 152 y 153).

Sin lugar a dudas los derechos fundamentales invocados por el promotor tales como la vida y salud están enlistados en la Carta Política como fundamental, por lo que en principio es procedente entrar a estudiar una eventual vulneración que, de establecerse, se ordene su protección.

Descendiendo al caso puesto a consideración, se observa que el motivo de inconformismo de la EPS accionada se centra en el hecho de que cumplió con la notificación del concepto de rehabilitación integral del actor, a la AFP Porvenir S.A., enviándolo vía correo electrónico.

En tal sentido, es pertinente traer a colación lo reseñado por la Corte Constitucional, en lo relacionado con el reconocimiento y pago del subsidio por concepto de incapacidades cuando la EPS emite concepto favorable de rehabilitación tratándose de enfermedades de origen común, conforme a lo consignado en la sentencia T-401 de 2017 que señala:

“19. Ahora bien, 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 párrafo 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”^[89].

20. 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 adelantarlo 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^[90].

21. 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, esta Corporación 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^[91], **ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación**, como se expondrá a continuación.

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.

22. 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^[92].

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.

Así las cosas, una vez revisados los documentos allegados como prueba por parte de la EPS accionada, se evidenció que efectivamente le fueron remitidos a la AFP Porvenir S.A., dos archivos adjuntos que contenían el concepto de rehabilitación favorable y el CRIN del actor, lo cual fue enviado al email conceptorehabilitacion@porvenir.com.co, el 22 de mayo de la presente anualidad, en consecuencia, lo pertinente es que la Administradora de Fondos Pensionales continúe con el pago del subsidio por las incapacidades que se le sigan expidiendo al actor por el diagnóstico de cáncer de colon, tal como así lo estipula el artículo 142 del Decreto 19 de 2012 que reza:

“CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. <Ver modificaciones directamente en la Ley 100 de 1993> El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así:

"Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. 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 - 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 acudir 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.

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".

En consecuencia, se confirmará el numeral primero del fallo de primera instancia, se revocará el numeral segundo y en su lugar se ordenará a la Administradora de Fondos Pensionales Porvenir S.A., que continúe con el pago del subsidio por las incapacidades que se le emitan al actor conforme a los parámetros del Decreto 019 de 2012.

En razón de lo expuesto, el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO, en nombre del pueblo y mandato constitucional.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el numeral primero del fallo del 10 de agosto de 2020 proferido por el Juzgado Tercero de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de esta ciudad, dentro de la acción constitucional impetrada por Yerson Didi Rojas Pérez contra Salud Total EPS y la Junta Regional de Calificación, de acuerdo con las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo del mentado fallo y en su lugar se ordenará a la Administradora de Fondos Pensionales Porvenir S.A., que continúe con el pago del subsidio por las incapacidades que se le emitan al actor conforme a los parámetros del Decreto 019 de 2012.

TERCERO: Notifíquese a las partes y a la juez de primera instancia por el medio más expedito posible. Remítase copia del fallo respectivo.

CUARTO: Envíese el presente fallo junto con el expediente del que hace parte a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mónica Gracias Coronado'. The signature is fluid and cursive, with a large initial 'M' and 'G'.

MÓNICA GRACIAS CORONADO

Jueza.