

SENTENCIA: ACCIÓN DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
RAD. 1ª. Inst. N°. 2021-00644-00
RAD. 2ª. Inst. N°. 2021-00644-01
ACCIONANTE: NELLYS DEL CARMEN MARTINEZ ALVAREZ
ACCIONADO: NUEVA EPS Y FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO

Barrancabermeja, diciembre diez (10) de dos mil veintiuno (2021)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Juzgado a resolver la impugnación interpuesta por la accionada **NUEVA EPS**, contra el fallo de tutela fechado 5 de noviembre de 2021 proferido por el JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA, dentro de la acción de tutela impetrada por **NELLYS DEL CARMEN MARTINEZ ÁLVAREZ** contra **NUEVA E.P.S., y FONDO DE PENSIONES PORVENIR**, trámite al que se vinculó de oficio a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES), CASALIMPIA S.A., MINISTERIO DE TRABAJO OFICINA ESPECIAL DE BARRANCABERMEJA, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN, FOSYGA, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN Y MEDIMÁS.

ANTECEDENTES

NELLYS DEL CARMEN MARTINEZ ALVAREZ, impetra la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, vida digna. Solicita se ordene a quien corresponda al FONDO DE PENSIONES PORVENIR O A LA NUEVA EPS, para que de manera inmediata procedan al pago de las incapacidades generadas desde el día 09 de mayo de 2021 hasta el 20 de octubre de 2021 y las que se me sigan generando.

Como hechos sustentatorios del petitum, dice que es una persona de 55 de edad con muchas limitaciones para laborar, padeciendo desde hace 5 años de varias patologías

como SINDROME DEL TÚNEL CARPIANO, DIABETES, HIPERTENSIÓN ARTERIA y HIPOTIROIDISMO, dice, además, que se encuentra vinculada laboralmente con la empresa CASALIMPIA S.A. desde hace más de 10 años, encontrándose afiliada a la NUEVA EPS en salud y en pensiones a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES PORVENIR.

Relata que desde que comenzaron a generarse sus incapacidades ha transcurrido más de 540 días, sin embargo, hasta el día 180 estas fueron canceladas por su empleador, quien posteriormente realizó el recobro a la EPS y que, a partir del día 181 le correspondió el pago de las mismas.

Así mismo, manifiesta que, desde el 09 de mayo del año en curso, su fondo de pensiones le comunicó el cumplimiento del pago de los 360 días de incapacidad que ordena la Ley.

3. Refiere que a la fecha le han seguido generando incapacidades, pero lamentablemente la NUEVA EPS no se ha cumplido con el pago estas, señalando que lleva 6 meses sin recibir su mínimo vital, por lo que se encuentra viviendo una situación lamentable, viviendo de la misericordia de sus hermanos y demás familiares, ya que por su condición de salud difícilmente puede realizar otras labores, dice además que, tampoco cuenta con rentas, pensiones u otros ingresos que le permitan algún tipo de solvencia económica.

TRAMITE

Por medio de auto de fecha Octubre 22 de 2021, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Barrancabermeja, admitió la presente acción tutelar y ordenó vincular de oficio a la empresa CASALIMPIA SA, MINISTERIO DEL TRABAJO-OFICINA ESPECIAL DE BARRANCABERMEJA, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE SANTANDER, MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-FOSYGA, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES.

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS.

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES-, MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – FOSYGA, CASALIMPIA S.A., PORVENIR S.A., MINISTERIO DE TRABAJO, OFICINA ESPECIAL DE BARRANCABERMEJA, NUEVA EPS, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE SANTANDER, JUNTA NACIONAL DE

CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, contestaron dentro del término de Ley, la acción constitucional de las que les fue corrido el traslado.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cumplido el trámite legal, en sentencia del 5 de noviembre de 2021 EL JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA, CONCEDIÓ la tutela interpuesta por NELLYS DEL CARMEN MARTINEZ ALVAREZ en cuanto al reconocimiento y pago de las incapacidades desde el día 14 de mayo al 12 de junio de 2021, treinta (30) días, el día 15 de junio al 14 de julio de 2021, treinta (30) días, el día 15 de julio al 13 de agosto de 2021, treinta (30) días, el día 16 de agosto al 30 de agosto de 2021, quince (15) días, el día 16 de agosto al 30 de agosto de 2021, quince (15) días, el día 18 de septiembre al 2 de octubre de 2021, quince (15) días, el día 6 de octubre de 2021 al 20 de octubre de 2021, quince (15) días, así como las que en lo sucesivo se causen con ocasión al diagnóstico que presenta el accionante y por el cual se han expedido las correspondientes incapacidades y ordenó a la NUEVA EPS que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo cancele las incapacidades desde el día 14 de mayo al 12 de junio de 2021, treinta (30) días, el día 15 de junio al 14 de julio de 2021, treinta (30) días, el día 15 de julio al 13 de agosto de 2021 treinta (30) días, el día 16 de agosto al 30 de agosto de 2021, quince (15) días, el día 16 de agosto al 30 de agosto de 2021, quince (15) días, el día 18 de septiembre al 2 de octubre de 2021, quince (15) días, el día 6 de octubre de 2021 al 20 de octubre de 2021, quince (15) días, generadas a la accionante NELLYS DEL CARMEN MARTINEZ ÁLVAREZ, hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se resuelva el recurso de alzada en la calificación de invalidez.

Igualmente insto a la accionante para que radique ante su EPS las correspondientes incapacidades; igualmente deberá señalarse a la empresa CASALIMPIA S.A., que como empleadora de la señora NELLYS DEL CARMEN MARTINEZ ALVAREZ le asiste la obligación de efectuar las cotizaciones en seguridad social en salud, pensiones de manera oportuna, dada la condición de salud que presenta, a efectos de evitar la negación de las mismas por parte de las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social en Salud.

IMPUGNACIÓN

La NUEVA EPS impugno el fallo de primer grado aduciendo que las EPS no pueden asumir las funciones de fondo de pensiones, como tal el sistema general de seguridad social en salud no fue diseñado para soportar INCAPACIDADES VITALICIAS de sus

afiliados. En este punto requerimos del apoyo del despacho dado que con una eventual decisión desfavorable se estaría atentando de manera directa el sistema general de seguridad social en salud.

Señala que de acuerdo con las peticiones del accionante, la presente acción de tutela es improcedente, en la medida que lo que se pretende es el reconocimiento de una prestación de carácter económico, por lo tanto, no es aceptable el hecho de que se pretenda este reconocimiento a través de la acción de tutela, máxime cuando el accionante se encuentra vinculado al régimen contributivo, por lo que, se presume su capacidad conforme a lo dispuesto en la ley 1438 del 2011 en el artículo 11. En tal sentido, el accionante cuenta con otro mecanismo para tramitar este tipo de conflictos que resulta eficaz e idóneo para la protección efectiva de los derechos fundamentales objeto de debate en el caso bajo estudio.

Dice que al no encontrarse acreditada la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que lo que se impone es verificar si dicho perjuicio tiene las connotaciones de inminencia, urgencia y gravedad que el máximo órgano de cierre en asuntos constitucionales ha establecido como requisito de procedencia de la acción tuitiva ante la existencia de los medios judiciales ordinarios de defensa, por lo que no es posible afirmar que nos encontremos ante la inminencia de una situación que ponga en riesgo la vida e integridad física del accionante. Así entonces, dado que en estos casos son la urgencia, la amenaza sin herramienta jurídica para superarla y la proximidad del perjuicio los que hacen inaplazable el conocimiento y otorgamiento del amparo constitucional, y como en este caso no se encuentra ninguno de tales requisitos satisfechos, la presente acción de tutela resulta improcedente.

CONSIDERACIONES

1.- La acción de tutela se consagró en la Constitución Política de Colombia en su artículo 86, para que toda persona pueda reclamar, ante los Jueces, en todo momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales como quiera que estos resulten amenazados o quebrantados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares por excepción, no obstante limitando su generalidad a que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.- La tutela puede ser ejercida por cualquier persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, quien actuará por si misma o a través de un representante o agente oficioso, en este último caso, cuando el titular de los derechos no esté en

condiciones de promover su propia defensa, lo cual deberá manifestarse y probarse en la solicitud.

La legitimación del accionante resulta evidente frente a los derechos que se dicen vulnerados, y de la accionada entidad prestadora del servicio público de salud, pues la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se debe garantizar a todos los habitantes del país -Art. 48 de la C.N.-

3.- Respecto a la procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales se ha determinado que la tutela no sería el mecanismo adecuado para solicitar el pago de prestaciones laborales como el auxilio económico y el subsidio de incapacidad, en tanto la jurisdicción laboral tiene competencia para dirimir *“las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos.”*, conforme al artículo 622 de la Ley 1564 de 2012.

No obstante lo anterior, por vía jurisprudencial se ha dejado sentando que en lo que se relaciona específicamente con el reconocimiento de incapacidades laborales, el máximo Tribunal constitucional ha reconocido la procedencia de la acción de tutela, por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone la vulneración de otros derechos fundamentales puesto que en numerosos casos dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, convirtiendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata.

En palabras de la Corte, se ha dicho:

“El no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente 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”¹ (subrayado fuera de texto).

Más recientemente la misma corporación en sentencia T 200 de 2017, dijo:

“En consecuencia, el pago de incapacidades tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para

¹ Ver Sentencia T 311 de 1996.

realizar labores que le permitan obtener un salario. Con estas reglas, la Corte reconoce implícitamente que sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados.”(Subrayado fuera de texto).

4. Luego, el reconocimiento y pago de prestaciones laborales, tales como las incapacidades, constituye uno de aquellos emolumentos económicos y sociales destinados a sustituir el salario durante el periodo en que conforme lo indiquen los médicos tratantes la persona debe permanecer inactiva por razones de salud debidamente certificadas. Su ocurrencia puede tener origen en una enfermedad general o profesional que sufra el trabajador, o en el acaecimiento de un accidente laboral.

5. La señora NELLYS DEL CARMEN MARTINEZ ALVAREZ, es una persona en situación de vulnerabilidad, derivado de su estado de debilidad manifiesta por razón de su prolongada incapacidad médica, con ocasión a los diagnósticos de SINDROME DEL TÚNEL CARPIANO, DIABETES, HIPERTENSIÓN ARTERIA e HIPOTIROIDISMO que padece, por ello, en la actualidad no cuenta con otra fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades básicas, y las entidades accionadas se niegan a asumir el reconocimiento y pago de las incapacidades.

6. El caso bajo estudio, está relacionado con la desprotección que enfrenta una persona que recibe incapacidades prolongadas. Referente al tema de cobertura a incapacidades superiores a 540 días, en principio, no existía una obligación legal de pago de dichos certificados, en cabeza de ninguno de las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social, dejando al trabajador a la deriva. Ahora, tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la **Ley 1753 del 9 de junio de 2015** –Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, reguló lo referido al pago de las incapacidades superiores a los 540 días y estableció, en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de regular el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad.

En efecto, el artículo 67 de la referida Ley 1753 de 2015, indicó:

“ARTÍCULO 67. 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.”

6.1. De conformidad con la anterior normatividad, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-144 de 2016 M.P GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, decantó:

*“Ha de indicarse que antes de que se regulara el vacío legal que existía con anterioridad a la promulgación de la Ley 1753 de 2015, era válida la argumentación de la EPS y la AFP, pues no existía ningún obligado a efectuar el pago de las incapacidades superiores a los 540 días. Sin embargo, esta Sala ordenará la **aplicación retroactiva del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, basada principalmente en el principio de igualdad material ante un déficit de protección previamente advertido por la Corte Constitucional.***

La Ley, si bien impone una carga administrativa en cabeza de las EPS, no son ellas quienes al final van a asumir la obligación, pues es en últimas el Estado, en cabeza de la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, quien les pagará a éstas los dineros cancelados por dicho concepto.

Sobre la base de lo previsto en la Ley 1753 de 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

PERIODO	ENTIDAD OBLIGADA	FUENTE NORMATIVA
DIA 1 A 2	EMPLEADOR	ART. 1 DECRETO 2943 DE 2013
DIA 3 A 180	EPS	ART. 1 DECRETO 2943 DE 2013
DIA 181 HASTA UN PLAZO DE 540 DIAS	FONDO DE PENSIONES	ART. 52 LEY 962 DE 2005
DIA 541 EN ADELANTE	EPS	ART. 67 LEY 1753 DE 2015

7. Frente al reconocimiento de incapacidades laborales superiores a 180 días la Corte Constitucional mediante sentencia T- 401 -17 reiterada en sentencia T-020 de 2018, 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”.

Respecto a las incapacidades generadas a partir del día 540 la Corte Constitucional se ha referido al marco normativo aplicable, señalando en sentencia T-246 de 2018, que:

“El Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, y que las EPS pueden perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto en los términos del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que asumió funciones a partir del 1º de agosto de 2017, según lo prescrito en el artículo 1º del Decreto 546 de 2017...”

En otras palabras, las EPS sólo están asumiendo una carga administrativa en el reconocimiento y pago de dichas incapacidades, ya que la ley es clara al señalar que quien en últimas terminará asumiendo la obligación es el Estado, en cabeza de la entidad creada a través del artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, que le pagará a las EPS los dineros cancelados por dicho concepto.”

Y agregó: *“Igualmente, conviene elucidar y reiterar, 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.*

Así las cosas, la Corte Constitucional ha consolidado un precedente, según el cual el pago de las incapacidades laborales por enfermedades generales que se causan a partir del día 541 depende o corre por cuenta de la Entidad Prestadora de Salud a la que se encuentre afiliado el accionante, hasta tanto se verifique la recuperación integral y el reintegro efectivo del asegurado a su vida laboral o en su defecto, hasta que la calificación de pérdida de capacidad laboral iguale o supere el 50%, y pueda optar por la pensión de invalidez³. Ello, por cuanto no es posible dejar desprotegido al trabajador y las normas deben interpretarse de conformidad con el principio de solidaridad.

8. En el presente caso se advierte que la inconformidad por parte de la NUEVA EPS radica en que considera que no le compete el reconocimiento y pago de las incapacidades deprecadas por la actora y que es el Fondo de Pensiones el que debe asumirlas, no obstante, revisados los anexos allegados con la contestación por parte del fondo de pensiones PORVENIR, con mediana claridad se puede advertir en su

² Ver, entre otras, las sentencias T-693 de 2017 y T-401 de 2017, reiteradas en sentencia T-246 de 2018

³ Sentencia T-246 de 2018

respuesta que en el dictamen adjunto la accionante fue calificada con **una Pérdida de la Capacidad Laboral de 33.22% de origen: COMÚN y Fecha de Estructuración 16 de Abril de 2021**, dictamen que se encuentra pendiente resolver el recurso de apelación interpuesto ante la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION.

9. Aunado a lo anterior, ha de resaltarse que las personas, como la aquí accionante, que reclaman el pago de las incapacidades son aquellas que han intentado reintegrarse a la vida laboral, a pesar de la disminución de su fuerza de trabajo, pese a lo cual no ha logrado estabilizar su vida laboral, con lo cual se evidencia su situación de vulnerabilidad. Además se trata de una persona que no goza de una pensión de invalidez -pues se encuentra pendiente resolver sobre su calificación; es decir, está incapacitada medicamente para trabajar, pero no es beneficiaria de ninguna fuente de auxilio dinerario para subsistir dignamente.

10. En ese orden de ideas, se confirmara el fallo de tutela de fecha 5 de noviembre de 2021 proferido por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Barrancabermeja.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANCABERMEJA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR, el fallo de tutela de fecha noviembre 5 de 2021, proferido por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Barrancabermeja dentro de la acción de tutela impetrada por **NELLYS DEL CARMEN MARTINEZ ALVAREZ** contra **NUEVA E.P.S**, y **FONDO DE PENSIONES PORVENIR**, trámite al que se vinculó de oficio a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES), CASALIMPIA S.A., MINISTERIO DE TRABAJO OFICINA ESPECIALD E BARRANCABERMEJA, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION, FOSYGA, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION Y MEDIMAS por lo expuesto.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes comprendidas en este asunto, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991 y comuníquese la decisión a la Oficina Judicial de primer grado.

TERCERO: OPORTUNAMENTE envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para una eventual revisión de la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

CESAR TULIO MARTÍNEZ CENTENO
Juez

Firmado Por:

Cesar Tulio Martinez Centeno
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 002
Barrancabermeja - Santander

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: **a66fa419cf8f13500f34206106f4088dbc1fb4675b7cb9d9b91d0328c36ff6a**
Documento generado en 10/12/2021 03:16:00 PM

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