

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS
RADICADO: 170014003002-2021-00511-00



JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE MANIZALES

Manizales, Caldas, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA: 186

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA

ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA

ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS

RADICADO: 170014003002-2021-00511-00

OBJETO DE LA DECISIÓN E INTERVINIENTES

Se pronunciará el fallo que en derecho corresponda a la acción de tutela instaurada por CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA CC 1.053.807.132, presenta acción de tutela contra SALUDTOTAL EPS trámite en el que se dispuso la vinculación de JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, AFP PROTECCION y la ADRES.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Con fundamento en lo anteriormente expuesto solicito señor juez, tutelar mis derechos fundamentales como son Derecho a la dignidad humana, derecho a la salud, derecho de la igualdad de las personas ante la Ley y derecho a un salario mínimo vital en favor de la suscrita y en contra de SALUD TOTAL EPS representados legalmente por sus gerentes o quienes hagan sus veces al momento de la notificación de la presente acción, para lo cual se ordenara a las accionadas cancelar inmediatamente y sin dilación alguna los dineros de las incapacidades mencionadas en el hecho tercero del acápite factico y las generadas a partir de la fecha por los diagnósticos, y genere ocasionándome las afectaciones en salud que padezco y advierte a las accionadas abstenerse.

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS
RADICADO: 170014003002-2021-00511-00

Las basa en los siguientes hechos:

PRIMERO: Al día de hoy no me ha sido canceladas las incapacidades que relaciono a continuación.

- 15/07/2021 al 13/08/2021
- 14/08/2021 al 17/08/2021
- 19/08/2021 al 27/08/2021
- 26/08/2021 al 04/09/2021
- 05/09/2021 al 04/10/2021
- 12/10/2021 al 10/11/2021

SEGUNDO: Estos dineros de las incapacidades en la actualidad se constituyen en mi salario mínimo vital y móvil, ya que no cuento con otra fuente de ingresos económicos diferentes a estos.

TERCERO: Con la actitud asumida por la accionada al no cancelarme los dineros de las incapacidades, se pone en clara desventaja mi calidad de vida y la de los que por Ley debo alimentos, con lo que considero estarse vulnerando los derechos fundamentales como son: Derecho a la dignidad humana, derecho a la salud, derecho de la igualdad de las personas ante la Ley y derecho a un salario mínimo vital y es por ello que acudo a la protección constitucional en procura de la protección de estos y también con el objeto de prevenir un perjuicio irremediable, ya que por ausencia de dineros, adeudo arrendamiento, facturas de servicios públicos.

DERECHOS VULNERADOS

Del texto de la tutela se infiere que el accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales a la mínimo vital y seguridad social.

CONTESTACIÓN

A través de Apoderada la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ informó:

En atención a lo manifestado por la parte accionante se procedió a revisar el listado de expedientes para calificar recibidos por la Junta Nacional provenientes de las Juntas Regionales o de los Despachos Judiciales, sin embargo, a la fecha **NO SE ENCUENTRA RADICADO** expediente que corresponda al señor Cristian Moya.

Finalmente, al revisar los hechos y las pretensiones de la acción incoada se evidencia que se encuentran dirigidas en su totalidad a lograr que se reconozca y paguen las incapacidades que se han generado a favor de la parte accionante, aspecto frente al cual la Junta Nacional de Calificación de Invalidez **NO tiene injerencia** al resultar ajeno al desarrollo de sus funciones, pues de acuerdo con la normativa vigente (Decreto 780 de 2016 y Ley 100 de 1993) **el reconocimiento y pago de las incapacidades le corresponde exclusivamente a la EPS, Fondo de Pensiones, o ARL, así:**

| Día de incapacidad | Obligado a pagar | Norma |
|-------------------------|--------------------------|--|
| Día 1 y 2 | Empleador | Decreto 780 de 2016 Artículo 3.2.1.10 |
| Del día 3 al 180 | EPS | Decreto 780 de 2016 Artículo 3.2.1.10 |
| Del día 181 al 540 | Fondo de Pensiones | Ley 100 de 1993 Artículo 41 |
| Del día 541 en adelante | EPS / Fondo de Pensiones | Decreto 780 de 2016 Artículo 2.2.3.3.1 |

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS
RADICADO: 170014003002-2021-00511-00

La JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ a través de su Representante informó:

PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS HECHOS DE ESTA TUTELA:

No me pronuncio en cuanto a los hechos y pretensiones de esta acción, ya que el accionante no ha sido remitido a esta REGIONAL, para su calificación por ninguna de las accionadas.

La AFP PROTECCION PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a través de su Representante Legal Judicial contestó:

ANTECEDENTES

- El señor **Cristian Adrian Moya Bonilla**, identificada con cédula de ciudadanía No.1.053.807.132, presenta afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por ING hoy Protección S.A. desde el 18 de octubre de 2011 con efectividad desde el día 1 de diciembre de 2002, como vinculación inicial al Sistema General de Pensiones.

IMPROCEDENCIA DE PAGO DE INCAPACIDADES POR CONCEPTO DESFAVORABLE:

- Ahora bien, en lo que respecta a los hechos que fundamentan la presente acción de tutela ha de indicarse, que la EPS SALUD TOTAL le remitió a esta administradora concepto de rehabilitación con pronóstico **DESFAVORABLE** el 8 de febrero de 2021.
- De acuerdo con lo anterior, el citado señor fue remitido ante la Comisión Médico Laboral, con quien Protección S.A. tiene celebrado contrato de prestación de servicios, con el fin de determinar si había lugar al pago de incapacidad superior a 180 días, o si al no contar con pronóstico favorable de recuperación, se debía proceder con la calificación de la merma de capacidad laboral, en los términos del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012.
- Es este orden de ideas, atendiendo al concepto **DESFAVORABLE** emitido por la EPS y por dicha comisión, la Compañía Servicio de Salud, procedió a realizar la calificación de la merma de la capacidad laboral, dictaminándole al accionante una pérdida de capacidad laboral en primera oportunidad del **51.84%** de origen **común, con fecha de estructuración del 18 de enero de 2021**, dictamen el cual se encuentra en firme desde el 28 septiembre 2021.

| | |
|--|------------------|
| Porcentaje de pérdida de capacidad laboral | 51,84% |
| Fecha estructuración | 2021/01/18 |
| Origen | Enfermedad común |

- Establecido lo anterior y en firme el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, se continuó con el análisis de la prestación económica por invalidez, la cual actualmente se encuentra en etapa de análisis y definición de la prestación económica que dé a lugar.
- **Es importante precisar que, no es posible pretender el pago de las incapacidades y de la prestación económica por invalidez en forma simultánea, en tanto, se estaría efectuando un pago doble de la misma prestación económica (Invalidez).**

PAGO DE INCAPACIDADES POSTERIORES AL DÍA 540 CORRESPONDE A LA EPS:

Adicionalmente, cabe resaltar que **las incapacidades con posterioridad al día 540, de acuerdo con el artículo 67 de la ley 1753 de 2015, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018”, sancionada el día 9 de junio de 2015, es la EPS la que debe cancelar las incapacidades** ya que, es clara la ley en establecer que los Recursos que administrará el Sistema General de Seguridad Social en Salud se destinarán al reconocimiento y pago de las 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. En efecto, la norma establece:

(...)

- Sin embargo, también es cierto que dicho vacío normativo culminó con la promulgación por parte del Congreso de la República, de la Ley 1753 de 2015, norma que como se señaló, en el artículo 67 se consagra tal responsabilidad en cabeza de las Entidades Promotoras de Salud –EPS
- En consecuencia la Corte Constitucional consiente del cambio jurídico que se presentó en la materia, con la promulgación por parte del Congreso de la Republica del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, **recientemente mediante sentencias T 144 de 2016 y T 200 de 2017, reconoció la obligación a las EPS de asumir y pagar las incapacidades posteriores al día 540; en dicha sentencia el máximo órgano constitucional expresamente señala que todas las incapacidades que se causen con posterioridad al día 540 deben ser asumidas y pagadas por las Entidades Promotoras de Salud, y no las AFP como antes se sostenía.**

(...)

- Así mismo la Corte Constitucional, es enfática en señalar que el hecho de que aún no haya sido creada la entidad encargada de administrar los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no es impedimento para consagrar que corresponde a las EPS pagar en todos los casos las incapacidades superiora al día 540, en tanto una vez se cree dicha entidad, las EPS podrán realizar el recobro correspondiente.

(...)

| <i>Periodo</i> | <i>Entidad obligada</i> | <i>Fuente normativa</i> |
|---|---------------------------------|--|
| <i>Día 1 a 2</i> | <i>Empleador</i> | <i>Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013</i> |
| <i>Día 3 a 180</i> | <i>EPS</i> | <i>Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013</i> |
| <i>Día 181 hasta un plazo de 540 días</i> | <i>Fondo de Pensiones</i> | <i>Artículo 52 de la Ley 962 de 2005</i> |
| <i>Día 541 en adelante</i> | <i>EPS</i> [25] | <i>Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 Artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018</i> |

- Por ello, al existir una norma clara y vigente que establece la responsabilidad frente al pago de las incapacidades posteriores al día 540, en cabeza de las EPS, **orden que fue ratificada por la Sala de Revisión de la Corte Constitucional en sentencia T 144 de 2016, por lo que decisión en contrario, iría en contravía de lo ordenado por el máximo órgano constitucional,** en tanto se estaría obligando a nuestra entidad a realizar una erogación que pertenece al Sistema de Seguridad Social en Salud.

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS
RADICADO: 170014003002-2021-00511-00

SALUDTOTAL EPS Gerente por medio de la Administradora Principal de Salud Total S.A. Sucursal Manizales informó:

1) Se realiza verificación y el señor CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA cuenta con CONCEPTO DE REHABILITACIÓN DESFAVORABLE del 18 de Enero del 2021 , se evidencia igualmente que presenta CALIFICACIÓN REALIZADA POR LA AFP PROTECCIÓN CON UN PORCENTAJE DEL 51.84% del 18 de enero del 2021, por lo que a la fecha dicha AFP debe haber tramitado la PENSIÓN, tal y como legalmente corresponde.

Con la presente queremos informarle que esta EPS fue informada por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral y de la cual se determinó un porcentaje de pérdida superior al del 50%.

Ahora bien, teniendo en cuenta su solicitud con el fin que le sean transcritas y validadas las incapacidades temporales, nos permitimos informarle que dicho requerimiento no es pertinente, por cuanto las incapacidades que se encuentran a cargo de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), en virtud de lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 y demás normatividad que regula el estatuto del SGSSS, solamente pueden financiarse por el fondo de incapacidades, todas aquellas que provengan de origen común y que sean de manera temporal; por cuanto en los demás eventos deberán ser asumidos por las demás entidades que integran el SGSSS, según sea su competencia.

Es importante anotar que en el Sistema de Seguridad Social de Colombia se establece que la calificación de pérdida se realiza una vez se ha terminado el tratamiento médico y se han establecido las secuelas. De la misma manera, se señala que para acceder a la calidad de pensionado, esta pérdida debe ser mayor o igual al 50%.

Se adjunta CONCEPTO DE REHABILITACIÓN Y PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL

Ahora bien, revisando las pretensiones expuestas por el señor **CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA** en la presente Acción de Tutela, se evidencia que sus inconformidades van encaminadas a cancelar las incapacidades anteriormente mencionadas pero como ya le fue emitido CONCEPTO DE REHABILITACIÓN DESFAVORABLE, LA OBLIGACIÓN LEGAL RECAE SOBRE LA ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN A LA CUAL SE ENCUENTRA VINCULADO.

Es de aclarar que con el Concepto de Rehabilitación Integral Desfavorable se considera que no es posible la rehabilitación del trabajador, igualmente antes del día 150 las Administradoras de Fondos de Pensiones, deberán remitir los casos a las Juntas de Calificación de Invalidez. Respecto de la calificación de invalidez, si el porcentaje de pérdida de capacidad laboral es del 50% o mayor, se genera el reconocimiento de una pensión de invalidez a favor del trabajador afectado, siendo responsabilidad el reconocimiento económico desde la fecha del evento.

Por lo tanto le informamos señor Juez que las incapacidades que registran con valor \$0, no se reconocieron teniendo en cuenta que al señor **CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA** se le generó **CRI DESFAVORABLE** el pasado 9 de enero de 2020 y remitido a la AFP PROTECCION, ahora bien si se reconoce las incapacidades podríamos incurrir en doble pago teniendo en cuenta que si la PCL sale superior al 50 % el fondo de pensiones reconocería desde la fecha de estructuración.

Es de aclarar que con el Concepto de Rehabilitación Integral Desfavorable se considera que no es posible la rehabilitación del trabajador, igualmente antes del día 150 las Administradoras de Fondos de Pensiones, deberán remitir los casos a las Juntas de Calificación de Invalidez.

Respecto de la calificación de invalidez, si el porcentaje de pérdida de capacidad laboral es del 50% o mayor, se genera el reconocimiento de una pensión de invalidez a favor del trabajador afectado, siendo responsabilidad el reconocimiento económico desde la fecha del evento.

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS
RADICADO: 170014003002-2021-00511-00

(...)

De conformidad con lo expuesto anteriormente, es claro señor juez, que en ningún momento se han violado los derechos fundamentales de la paciente **CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA por parte de SALUD TOTAL EPSS, pero se debe hacer la salvedad que debido a la situación actual del accionante y a que su incapacidad supera los 540 días, es su fondo de pensiones quien debe proceder conforme a ley y cancelar lo de ley por concepto del CRI Desfavorable.**

Sin pronunciamiento de la ADRES en termino de traslado.

GENERALIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA:

PROCEDENCIA:

La acción de tutela fue instituida con el fin de obtener la efectividad de aquellas garantías constitucionales fundamentales que resulten vulneradas o amenazadas por acciones u omisiones imputables a las autoridades públicas o a los particulares. De ahí que la consagración de los derechos fundamentales no son postulados *a priori* sino que implican un compromiso de todas las autoridades y particulares de asumir conductas tendientes a la defensa y garantía de éstos. El concepto de seguridad social se refiere al conjunto de medios institucionales de protección frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna.

LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES

La parte actora está legitimada en la causa por activa para procurar mediante este procedimiento la defensa y protección de sus derechos constitucionales fundamentales. Por su parte la accionada está habilitada por el vínculo que posee con la parte actora.

COMPETENCIA

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS
RADICADO: 170014003002-2021-00511-00

Los presupuestos, capacidad para ser parte, competencia, petición en forma y capacidad procesal aparecen totalmente satisfechos, y como no se observa causal alguna de invalidación de todo o parte de lo actuado, el fallo que ha de producirse es de fondo. La parte accionante y los representantes de la entidad accionada tienen capacidad para ser partes (artículos 1º, 5º, 10 y 13 del Decreto 2591 de 1991), son personas jurídicas y por lo tanto sujetos de derechos y obligaciones, este sentenciador es competente para resolver la solicitud en primera instancia por mandato del artículo 37 ibídem en concordancia con el tercer inciso del numeral 1 del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000; la petición satisfizo las exigencias de los artículos 14 y 37 del Decreto 2591 de 1991.

PROBLEMA JURIDICO

Corresponde al Despacho determinar si la EPS SALUDTOTAL y las Entidades vinculadas han vulnerado los derechos que le asisten al accionante al negarse a cancelar las incapacidades posteriores al día 540 expedidas por el médico tratante, aun cuando ya existe una calificación que determinó una pérdida de capacidad laboral del 51.84% estructurada el 18/01/2021.

CONSIDERACIONES

Respecto de la subsidiariedad de la acción de tutela, Sentencia T-375/18:

"El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

En virtud de tal principio, esta Corporación ha señalado que, de manera general, las acciones de tutela no proceden para el reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, ya que los mismos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de los procesos laborales ordinarios.

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS
RADICADO: 170014003002-2021-00511-00

En efecto, el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó en cabeza de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, la competencia para resolver "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".

Así mismo, la Corte Constitucional ha reiterado que el conocimiento de ese tipo de solicitudes exige la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces escapan a la competencia del juez de tutela. De esta manera, es claro que la improcedencia es una regla general para reclamar el reconocimiento y pago de incapacidades.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad: (i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

La Corte ha entendido que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de salud y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permitirá "recuperarse satisfactoriamente (...) sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS
RADICADO: 170014003002-2021-00511-00

anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia” .

Por lo anterior, reiteradamente la jurisprudencia constitucional ha señalado que “los mecanismos ordinarios instituidos para [reclamar el pago del auxilio por incapacidad], no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza”.

(...)

En virtud de lo anterior, la Sala considera que los medios judiciales ordinarios en el presente caso carecen de la idoneidad necesaria para conjurar la situación de vulneración de derechos fundamentales que padece la accionante. Ello se sustenta en: (i) el deterioro progresivo y marcado del mínimo vital de la accionante, que se evidencia en los aspectos anteriormente mencionados y (ii) su situación de desventaja derivada de sus circunstancias de vulnerabilidad que, a su vez, se originan en su situación de salud debido a que, en su caso concreto, la enfermedad ha sido incapacitante.

Así mismo, se observa que existe una amenaza grave e inminente sobre el mínimo vital de la peticionaria, la cual requiere de medidas urgentes e impostergables para evitar su configuración. En consecuencia, la Sala estima que la presente acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad, pues pese a la existencia de otros mecanismos judiciales para efectuar este reclamo, los mismos no resultan idóneos ni eficaces para su situación particular.”

Sobre el reconocimiento de incapacidades laborales, la Corte Constitucional en sentencia T-268/20 indicó:

“Marco normativo y jurisprudencial relacionado con el pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días. Reiteración de jurisprudencia.

El Sistema General de Seguridad Social contempla en la Ley 100 de 1993, los Decretos 692 de 1994, 1748 de 1995, 1406 de 1999 y 2943 de 2013, postulados que propugnan por el amparo de los trabajadores que, en virtud de un accidente o una enfermedad de origen común, adviertan la imposibilidad de desempeñar sus labores u oficios y por ende ven frustrada la posibilidad de percibir la remuneración correspondiente y que les facilita la manutención de sus necesidades.

Según la Jurisprudencia de este Tribunal, con relación a la falta capacidad laboral existen tres tipos de incapacidades: “(...) (i) temporal, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología;

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS
RADICADO: 170014003002-2021-00511-00

(ii) permanente parcial, cuando se presenta una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) permanente (o invalidez), cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50% (...)”.

De igual forma, ha señalado la Corte que las incapacidades según su origen obedecen a dos tipos:

(i) Por enfermedad de origen laboral: Con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales. Estas incapacidades son asumidas y pagadas por las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL-, en atención a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.

Se ha dicho que este pago se efectuará (...) hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez.

(ii) Por enfermedad de origen común: De conformidad con los Artículos 227 del Código Sustantivo del Trabajo y 23 del Decreto 2463 de 2001, el tiempo de duración de la incapacidad incide en la denominación que se le dé a la remuneración que se perciba durante la vigencia de dicha incapacidad. Es así como, dentro de los primeros 180 días se reconocerá el pago de un auxilio económico y en tratándose del día 181 en adelante, se causará el pago de un subsidio de incapacidad.

Respecto de quien debe asumir el pago de incapacidades, este se efectúa conforme la siguiente explicación:

| <i>Término</i> | <i>Responsable</i> | <i>Norma que reglamenta</i> |
|-----------------------------------|---------------------------|-----------------------------|
| <i>2 primeros días</i> | <i>Empleador</i> | <i>Decreto 2943 de 2013</i> |
| <i>Del día 3 hasta el día 180</i> | <i>E.P.S.</i> | <i>Decreto 2943 de 2013</i> |
| <i>Del día 181 al 540</i> | <i>Fondo de Pensiones</i> | <i>Ley 962 de 2005</i> |
| <i>Del día 541 en adelante</i> | <i>E.P.S.</i> | <i>Ley 1753 de 2015</i> |

Con relación al pago de las incapacidades que superan los 540 días, esta Corte reconoció hasta antes del año 2015, que no se evidenciaba protección con relación a quienes tuvieran concepto favorable de rehabilitación y/o calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y seguían incapacitados por la misma causa más allá de los 540 días.

Con el fin de superar este vacío, se expidió la Ley 1753 de 2015, que en el artículo 67 estableció que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se destinaran, entre otros: (...) 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

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS
RADICADO: 170014003002-2021-00511-00

Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. Es así como se fijó la obligación a cargo de las E.P.S. de asumir y pagar las incapacidades generadas con posterioridad al día 540.

Para la Corte no existe duda que es obligatorio el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, por lo que, en los casos en que se reclame el reconocimiento y pago de incapacidades superiores al día 540, las E.P.S. deberán asumir la carga prestacional.

En efecto, en la Sentencia T-144 de 2016, la Sala Quinta de Revisión estudió la acción de tutela interpuesta, en la cual, una mujer reclamaba el pago de incapacidades superiores a los 540 días, las cuales le fueron generadas por virtud de un accidente de tránsito severo y adicionalmente le emitieron dictamen de Calificación de Invalidez que no superaba el 50% de PCL. La Corte Consideró que en atención a lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, la E.P.S. a la que se encontraba afiliada la peticionaria debía asumir las incapacidades.

"En el caso concreto es evidente que el estado de salud de la actora ha impedido el éxito total de los pretendidos reintegros, pues a favor de ella se siguen expidiendo certificados de incapacidad laboral. Así mismo, es una persona que no goza de una pensión de invalidez; es decir, está incapacitada medicamente para trabajar, pero no es beneficiaria de ninguna fuente de auxilio dinerario para subsistir dignamente. Ello evidentemente indica que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, y que se vulnera su derecho al mínimo vital y se amenazan otros derechos fundamentales, tales como la vida digna y la salud".

En esta misma sentencia, se estableció lo siguiente para la aplicación del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 en casos similares: *"(i) existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%; (ii) el deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y, (iii) la referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad".*

De igual manera, en la Sentencia T-161 de 2019, al estudiar la acción de tutela interpuesta por el señor Ricardo Barahona contra Colpensiones, por la negativa en el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a los 180 días, generadas como consecuencia de un trasplante de codo que le impidió reintegrarse a sus labores, la Corte consideró que el referido fondo de pensiones deberá responder por el pago del subsidio de incapacidad a partir del día 181 hasta el día 540 y que, con relación a las incapacidades que superan los 540 días, la obligación de pago recae sobre la E.P.S. Precisó la Corte en este fallo: *"(...) Por todo lo anterior, y con base en la obligación impuesta por la Ley 1753 de 2015, se le ordenará a la EPS SOS realizar el pago de las incapacidades que excedan los 540 días hasta que cese su emisión en favor del actor(...).*

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS
RADICADO: 170014003002-2021-00511-00

Decreto 1333 de 27 de julio de 2018:

El Ministerio de Salud y Protección Social expidió el Decreto 1333 de 27 de julio de 2018. Dicho Decreto reguló el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días de la siguiente manera:

"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)".

Del recuento Jurisprudencial y normativo anteriormente expuesto, se denotan las reglas mediante las cuales se orienta la atribución del pago de las incapacidades generadas, ya sean por el origen de dicha incapacidad o a los diferentes parámetros de temporalidad que operan en los casos de enfermedades de origen común.

Resolución del caso concreto

El señor Germán Fandiño interpuso acción de tutela contra Nueva E.P.S., con el fin de que se amparen sus derechos fundamentales, los cuales considera violados ante la negativa en el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas por más de 180 días. Dentro del trámite se ordenó la vinculación de Colpensiones, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Agronegocios de la Sabana S.A.S.

Con ocasión al estado de salud en que se encuentra el accionante, la E.P.S. le ha expedido sendas incapacidades en distintos periodos, desde el 14 de febrero de 2014 hasta el 2 de noviembre de 2019. Coinciden las partes en señalar que las incapacidades generadas por los primeros 540 días fueron reconocidas y canceladas al accionante conforme a las disposiciones legales pertinentes. No obstante, afirma el actor que las incapacidades generadas con posterioridad al día 540 no han sido reconocidas y pagadas por la E.P.S.

Los jueces de instancia concedieron el amparo invocado y resolvieron "ordenar a Colpensiones que dentro del término de cuarenta y ocho (48)

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS
RADICADO: 170014003002-2021-00511-00

horas, reconozca y cancele, previa la acreditación correspondiente de su expedición, al señor GERMÁN FANDIÑO las incapacidades médicas posteriores al día 180 y las que generen con posterioridad al día 540, hasta el momento en que reciba la pensión de invalidez”.

Ahora bien, con el fin de adoptar una decisión de fondo y en atención al material probatorio que obra en el expediente, particularmente de la prueba recaudada en sede de revisión, la Sala deberá delimitar el asunto aclarando que en el presente proceso concurren tres situaciones que merecen ser debidamente diferenciadas: (i) existen incapacidades que se pagaron antes de la presentación de la acción de tutela (que van desde el día 181 hasta el día 540); (ii) hay incapacidades que se pagaron como consecuencia del cumplimiento de la orden judicial de primera instancia (que también van desde el día 181 en adelante); y (iii) algunas incapacidades que se reclamaron en sede de revisión y son posteriores a la solicitud de amparo y a los fallos de instancia (que son posteriores al día 540).

Frente al primer grupo de incapacidades, que corresponden a las generadas entre los días 181 y 540, encuentra la Sala que fueron pagadas por Colpensiones previa presentación de la acción de tutela, puesto que, en la contestación allegada indica que mediante oficio BZ2018_5905776 de 12 de junio de 2018 le precisó al accionante que el pago de las incapacidades causadas entre el año 2014 y 2015 por concepto de los primeros 360 días, se tramitó mediante la Resolución 731 de agosto de 2016. Es claro que, la acreditación del pago de dichas incapacidades no solo fue hecha por el Fondo en mención en su escrito de contestación y en las intervenciones arribadas, sino que fue reconocido debidamente por el peticionario, quien en sede de revisión hizo referencia al oficio BZ2016_11742745 de 12 de octubre de 2016, en el cual Colpensiones le reiteró que ya había efectuado dicho pago mediante la Resolución 731 de agosto de 2016.

Teniendo en cuenta que la acción de tutela se presentó el 14 de junio de 2019, resulta claro que para esta fecha ya se había satisfecho cualquier pretensión de pago frente a dichas incapacidades.

En este escenario, no puede hablarse de responsabilidad constitucional alguna frente a Colpensiones, pues es claro que esta entidad procedió de conformidad frente al reconocimiento de estas prestaciones económicas en concreto, tal y como lo informaron las mismas partes del proceso. De tal suerte que no hay discusión alguna en torno a su efectiva cancelación y menos que de ello se derive una violación iusfundamental.

Con relación al segundo grupo de incapacidades, esto es, las que se pagaron con ocasión al cumplimiento de la orden judicial impartida por el a quo, la Sala manifiesta que comparte las decisiones de instancia, por cuanto efectivamente Colpensiones vulneró los derechos fundamentales invocados por el actor, dadas las siguientes razones:

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS
RADICADO: 170014003002-2021-00511-00

(i) El hecho de que no se reconozcan y paguen las incapacidades médicas expedidas al señor Germán Fandiño vulnera sus derechos fundamentales, toda vez que se trata de una persona que únicamente cuenta con el ingreso de su salario y al no percibirlo por su condición de salud que le ha acarreado la expedición de incapacidades que superan los 541 días, se le causa un perjuicio irremediable.

(ii) Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, sobre el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a los 540 días, del cual, es diáfano el entendimiento que dichas incapacidades serán asumidas por las E.P.S., siempre y cuando se cumplan con los presupuestos establecidos en el precitado artículo. En el caso objeto de análisis, no se observa el cumplimiento del presupuesto establecido en el numeral 1 del referido artículo, cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.

Esta inobservancia se fundamenta así: (i) en sede de Revisión se pudo establecer que, según la prueba documental allegada por la accionada, el 14 de septiembre de 2017 Nueva E.P.S. emitió concepto desfavorable de rehabilitación con relación a las siguientes patologías: Radiculopatía, otras degeneraciones específicas de disco intervertebral, osteo artrosis primaria generalizada, enfermedad de reflujo gástrico sin esofagitis, hiperplasia de la próstata, gastritis crónica superficial, hipertensión esencial primaria y asma no especificada, de origen común. Lo anterior indica que, no se cumple con el presupuesto establecido en el numeral 1 del artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, puesto que, en este se establece con claridad que las Empresas Promotoras de Salud pagarán las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a los 540 días, siempre y cuando exista concepto favorable de rehabilitación, hecho que no ocurre, pues se desvirtuó con suficiencia. Y (ii) Es claro que, para la fecha en que se emitieron las incapacidades, ya existía concepto desfavorable de rehabilitación. Es así como, se sustrae de la norma la obligación que en principio se radicó en cabeza de la E.P.S.

En relación con el concepto desfavorable de rehabilitación de 14 de septiembre de 2017, debe precisarse que, aunque es el único que a la fecha se conoce que le haya sido emitido al accionante y pese a que éste solo coincide con 3 de las 8 patologías calificadas al actor por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, es decir, gastritis, otras degeneraciones específicas de disco intervertebral e hipertensión esencial primaria, desconociéndose el estatus de las demás patologías incluidas en el concepto desfavorable emitido por la E.P.S y si frente a algunas existe una probabilidad de recuperación o mejoría, basta con este concepto para que en esta ocasión resulte procedente en todo caso atribuir el pago de las incapacidades a Colpensiones, teniendo en cuenta que la jurisprudencia Constitucional ha señalado que se debe establecer un responsable provisional del pago de las incapacidades cuando

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS
RADICADO: 170014003002-2021-00511-00

no exista certeza de cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe pagarlas.

En efecto, en la Sentencia T-004 de 2014 resaltó: La jurisprudencia constitucional ha sostenido 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 de pagarlas o de lo contrario se causaría al trabajador una afectación a su mínimo vital, por lo cual es juez de tutela debe (sic) 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.

En la sentencia T-418 de 2006 la Corte decidió que no era constitucionalmente viable postergar el pago de mesadas cuando no se tiene certeza legal y reglamentaria de cuál es la entidad que está obligado a hacerlo, pues se le vulneran derechos fundamentales a una persona en condición de debilidad manifiesta, así se estableció que:

(...) la Corte ha considerado que la carga que conlleva la incertidumbre entre distintas entidades sobre cual de ellas debe asumir el pago de obligaciones pensionales ciertas e indiscutibles, no puede ser trasladada al titular del derecho. Menos aún, como se ha manifestado, cuando dicho titular depende del pago de la mesada a la que tiene derecho, para satisfacer el derecho al mínimo vital suyo y de su familia.

La anterior consideración podría ser aplicable a casos en los cuales, entidades del Sistema General de Seguridad Social, por ausencia de reglamentación eluden el pago de incapacidades laborales y dilata el goce efectivo del derecho al mínimo vital, así, como lo consagró la sentencia T-404 de 2010, 'lo que corresponde en esos casos es resolver la solicitud ciudadana con la salvedad de no tener certeza acerca de quién debía pagar la correspondiente

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS
RADICADO: 170014003002-2021-00511-00

prestación, y luego repetir contra quien se considera que es el realmente responsable de satisfacer los derechos invocados (...).

Aunado a ello, la jurisprudencia constitucional ha señalado: "Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación 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%".

En el mismo sentido, también se ha sostenido que "el trabajador que es calificado y supera el 50% de pérdida de capacidad laboral, ante la disminución física que padece, las entidades del Sistema les corresponde actuar con solidaridad y diligentemente reconocer y pagar una suma de dinero con la cual pueda satisfacer sus necesidades básicas; razón por la cual mientras se decide definitivamente sobre el reconocimiento y el pago de la pensión de invalidez, el Fondo de Pensiones deberá costear las incapacidades laborales".

Finalmente, en la sentencia T-144 de 2016 se dijo: "Así, en esa ocasión, se amparó el derecho fundamental al mínimo vital de una persona a la cual le han expedido incapacidades laborales por más de 540 días como consecuencia de varios diagnósticos que habían redundado en una pérdida de capacidad laboral del 51.77%, sin que la EPS, la empresa accionada o la AFP hubieren pagado oportunamente las incapacidades prescritas, ni realizado los trámites para reconocer y pagar la pensión de invalidez. En ese caso existía un dictamen que ofrecía certeza de la imposibilidad de rehabilitación del accionante y una negligencia de las entidades en el trámite de su pensión, por tal razón se aplicó una interpretación constitucional del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que condicionaba el pago de las incapacidades superiores a los 540 por parte del fondo de pensiones, al trámite y reconocimiento de la pensión de invalidez a la que tenía derecho el actor (...)"

En este caso, el accionante cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación expedido por la E.P.S. y adicionalmente, cuenta con calificación del porcentaje de pérdida de su capacidad laboral superior al 50%, por lo que, se ratifica que es Colpensiones quien debe asumir dicha carga prestacional hasta que se surta el trámite definitivo que le reconozca la pensión de invalidez.

Por lo anterior, y en atención a las precisiones anteriores, la Sala confirmará parcialmente la decisión proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Civil-, que confirmó el fallo emitido por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de esa misma ciudad, mediante el cual se protegieron los derechos fundamentales al mínimo vital, vida en condiciones dignas, dignidad

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS
RADICADO: 170014003002-2021-00511-00

humana, salud y seguridad social del señor Germán Fandiño y en consecuencia se ordenó a Colpensiones "que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, reconozca y cancele, previa la acreditación correspondiente de su expedición, al señor GERMÁN FANDIÑO las incapacidades médicas posteriores al día 180 y las que generen con posterioridad al día 540, hasta el momento en que reciba la pensión de invalidez."

Ahora bien, Colpensiones informó que, mediante oficio de 18 de septiembre de 2019, se le reconoció subsidio económico al accionante por concepto de 1780 días de incapacidad médica temporal desde el 19 de septiembre de 2014 hasta el 3 de septiembre de 2019, haciéndole el pago específico de los periodos de 25 de abril de 2018 a 3 de septiembre de 2019, dando así cumplimiento al fallo de primera instancia. No obstante, afirma el accionante en sede de revisión, que Colpensiones no ha reconocido las incapacidades comprendidas entre el 4 de septiembre de 2019 a 13 de septiembre de 2019, de 14 de septiembre de 2019 a 23 de septiembre de 2019 y de 24 de octubre de 2019 a 31 de octubre de 2019.

Frente a este último grupo de incapacidades superiores a los 540 días, que se reclamaron en sede de revisión y son posteriores a la solicitud de amparo y a los fallos de instancia, se hacen las siguientes precisiones: (i) no ha existido negativa de reconocimiento por parte de Colpensiones, pues esa entidad advirtió que en caso de existir incapacidades posteriores al 3 de septiembre de 2019 debían ser allegadas por el interesado para su pago y (ii) no hay prueba de que el actor haya radicado solicitud de cancelación.

No obstante, esta Corporación considera que en tratándose de enfermedades de origen común como ocurre en el caso sub examine y teniendo como fundamento la legislación y jurisprudencia en materia de incapacidades previamente abordada en esta providencia, quien está llamado a reconocer y pagar las incapacidades del señor Germán Fandiño es el Fondo de Pensiones." (negrillas del juzgado).

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:

En el presente caso, se tiene que la parte accionante pretende que se tutelen sus derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social y en consecuencia, se ordene a EPS SALUDTOTAL, el pago del auxilio por incapacidad en los periodos comprendidos entre el 15/07/2021 al 13/08/2021, 14/08/2021 al 17/08/2021, 19/08/2021 al 27/08/2021, 26/08/2021 al 04/09/2021, 05/09/2021 al 04/10/2021, 12/10/2021 al 10/11/2021.

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS
RADICADO: 170014003002-2021-00511-00

En virtud de los principios de eficiencia, celeridad e informalidad de la acción de tutela, con el fin de ampliar la información, se procedió a tomar declaración al señor CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA a través de llamada telefónica, que bajo la gravedad del juramento respondió:

"PREGUNTADO: ¿A qué se dedica? CONTESTÓ: Nada por ahora no puedo trabajar.

PREGUNTADO: ¿De que dependen sus ingresos? CONTESTO. De mis incapacidades.

PREGUNTADO: ¿Indique qué lo motivó a presentar acción de tutela? CONTESTÓ: El no pago de mis incapacidades y me dicen que se tardan más de 4 meses en el reconocimiento de mi pensión y yo no puedo esperar a veces me han dicho que hasta seis meses.

PREGUNTADO: ¿Indíqueme al despacho frente al reconocimiento de su pensión que se indica por parte de la AFP? CONTESTO: Esta pendiente.

PREGUNTADO: ¿Con quién vive y a qué se dedican sus familiares? CONTESTÓ: con mi mamá y yo veo por ella.

PREGUNTADO: ¿Quién le ayuda económicamente? CONTESTÓ: mi papá, pero no es mucho

PREGUNTADO: ¿Cuáles son sus gastos? CONTESTO: Alimentación, servicios, transporte, cuotas, medicamentos

PREGUNTADO: ¿Vive en casa propia o arrendada? CONTESTÓ: es familiar, de mi mamá

PREGUNTADO: ¿Recibe ayuda de algún familiar? CONTESTÓ: solo de mi papá.

PREGUNTADO: ¿Declara renta o tiene bienes que le generen ingresos? CONTESTÓ: No

PREGUNTADO: ¿Tiene deudas? CONTESTÓ: si muchas por que tengo que rebuscarme con que vivir"

Visto lo anterior es claro que el presente caso cumple con los presupuestos planteados por la corte en cuanto a la subsidiaridad de la acción de tutela, pues el subsidio por incapacidad es el único medio de subsistencia con el que cuenta el accionante, al no poderse proveer de ingresos para su subsistencia a raíz de su patología de TUMOR MALIGNO DEL ENCEFALO, PARTE NO ESPECIFICADA, y que según manifestaciones de las Entidades convocadas ha

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS
RADICADO: 170014003002-2021-00511-00

ocasionado la prórroga de sus incapacidades por más de 540 días habiendo cesado el pago por parte de la AFP PROTECCION SA, pues dicha entidad aseguró que después de ese periodo no tenía obligación legal y de igual manera, la EPS Salud Total explicó que ha respetado los procedimientos médicos y legales en el caso concreto, por lo cual, considera, que no ha vulnerado ningún derecho fundamental.

Lo expuesto, sumado a los certificados de incapacidades allegados por el accionante donde se acreditan los periodos del 15/07/2021 al 13/08/2021, 14/08/2021 al 17/08/2021, 19/08/2021 al 27/08/2021, 26/08/2021 al 04/09/2021, 05/09/2021 al 04/10/2021, 12/10/2021 al 10/11/2021, es prueba de que en efecto no se le ha reconocido el subsidio por incapacidad al señor MOYA BONILLA lo que trae como consecuencia la vulneración de su mínimo vital pues el no pago genera una presunción de afectación a dicho derecho, en la medida en que es la única fuente de ingreso del trabajador y su núcleo familiar, pues sustituye el salario mínimo que recibía como trabajador.

El juzgado advierte que SALUDTOTAL EPS tiene razón, cuando indica que no es el responsable del pago de las incapacidades, pues según lo dispuesto en el artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, sobre el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a los 540 días, las EPS son responsables del pago de incapacidad, si existe concepto favorable de rehabilitación, situación que no se aplica en el subjuicio, pues el accionante ya cuenta con calificación del porcentaje de pérdida de su capacidad laboral superior al 50%.

De ahí que no es de recibo el argumento dado por el fondo de pensiones según el cual por el hecho de que el concepto fue desfavorable y se encuentra calificado con una pérdida de capacidad laboral superior al 50% no le compete el pago de las incapacidades, pues según lo expuesto ante la disminución física que padece el accionante, a las entidades del Sistema les corresponde actuar con solidaridad y diligentemente reconocer y pagar una suma de dinero con la cual pueda satisfacer sus necesidades básicas; razón por la cual mientras se decide definitivamente sobre el reconocimiento y el pago de la

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS
RADICADO: 170014003002-2021-00511-00

pensión de invalidez, el Fondo de Pensiones deberá costear las incapacidades laborales reclamadas, tal cual lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia citada.

Sin embargo, no se puede pasar por alto lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia T-140/16, veamos:

"No está de más, llamar la atención sobre el hecho de que las calificaciones de pérdida de la capacidad laboral pueden llegar a postergarse antes de que un trabajador le sea reconocido el estado de invalidez. En estos casos, la Sala considera que las incapacidades generadas en los periodos de espera para los dictámenes de las juntas regionales y nacional de calificación, deben ser pagadas al afiliado incluso después de transcurridos los primeros 180 días de incapacidad y hasta por los 360 días adicionales ordenados por la ley, en cuyo caso estas prestaciones estarán a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones correspondiente, a menos que la EPS haya omitido su deber de emitir el concepto de rehabilitación. Lo anterior, con el fin de evitar la afectación del mínimo vital del trabajador que espera la calificación de la pérdida de su capacidad laboral.

Con todo, se debe tener en cuenta que si la pensión de invalidez es reconocida, esta será pagada desde la fecha de estructuración de la enfermedad de origen común, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que "La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado" por lo que los pagos por incapacidades posteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad podrán ser descontados del retroactivo generado en favor del trabajador en caso de reconocerse la pensión de invalidez puesto que una y otra prestación (incapacidad y pensión) son incompatibles toda vez que ambas reconocen la imposibilidad de la persona de prestar sus servicios, la primera temporalmente y la segunda de forma definitiva, pero ambas derivadas de una misma contingencia que es la afectación en la salud del individuo.

Ante este panorama normativo, se tiene que la pensión de invalidez sería incompatible con el pago de incapacidades por enfermedad temporal, habiendo lugar a solo una de estas prestaciones por la afectación del estado de salud del actor, lo que significa que no habría lugar al pago de incapacidades en los periodos que llegaren a ser cubiertos por la pensión de invalidez desde la fecha de estructuración de la enfermedad de origen común ya que de lo contrario se estaría obligando a la parte accionada a hacer dos pagos por un mismo hecho, esto es, la pérdida de la capacidad laboral del afiliado."

Dado lo anterior, y como lo enseña la Corte Constitucional, la pensión de invalidez es incompatible con el pago de incapacidades por enfermedad temporal, habiendo lugar a solo una de estas prestaciones por la afectación

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS
RADICADO: 170014003002-2021-00511-00

del estado de salud y ante un eventual pago doble, de incapacidad y de la pensión, se dispondrá que el fondo de pensiones podrá descontar del retroactivo generado en favor del trabajador en caso de reconocerse la pensión de invalidez los pagos por incapacidades posteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad, tal cual lo autoriza la jurisprudencia constitucional (T-140/16).

En conclusión, se accederá a las peticiones del señor CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA y se tutelaran sus derechos ordenando al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. que en el término perentorio de CUARENTA Y OCHO HORAS posteriores a la notificación de esta providencia realice el pago al accionante del auxilio por incapacidad a que tiene derecho por los periodos correspondientes a los periodos del 15/07/2021 al 13/08/2021, 14/08/2021 al 17/08/2021, 19/08/2021 al 27/08/2021, 26/08/2021 al 04/09/2021, 05/09/2021 al 04/10/2021, 12/10/2021 al 10/11/2021 y las incapacidades que se generen hasta el momento en que reciba la pensión de invalidez.

DECISIÓN:

Por lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Manizales, Caldas, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: TUTELAR a favor de CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA CC 1.053.807.132, los derechos al mínimo vital y seguridad social vulnerados por PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. que en el término perentorio de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS posteriores a la notificación de esta providencia realice el pago al accionante del auxilio por incapacidad a que tiene derecho por los periodos correspondientes a 15/07/2021 al 13/08/2021, 14/08/2021 al

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CRISTIAN ADRIAN MOYA BONILLA
ACCIONADA: SALUDTOTAL EPS
RADICADO: 170014003002-2021-00511-00

17/08/2021, 19/08/2021 al 27/08/2021, 26/08/2021 al 04/09/2021, 05/09/2021 al 04/10/2021, 12/10/2021 al 10/11/2021 y los que se causen, hasta el momento en que reciba la pensión de invalidez.

Se dispone que el fondo de pensiones podrá descontar del retroactivo generado en favor del trabajador en caso de reconocerse la pensión de invalidez, los pagos por incapacidades posteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad, tal cual lo autoriza la jurisprudencia constitucional (T-140/16).

TERCERO: NOTIFICAR el contenido de ésta decisión a las partes indicándoles que contra la misma procede la impugnación dentro de los (3) días siguientes al recibo de la notificación.

CUARTO: ORDENAR la remisión del expediente ante la Corte Constitucional para su eventual revisión, sino fuere objeto de impugnación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUIS FERNANDO GUTIÉRREZ GIRALDO
JUEZ