

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO
ACCIONADA: EPS SURAMERICANA S.A.
RADICADO: 170014003002-2021-00519-00



JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE MANIZALES

Manizales, Caldas, cinco (5) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA: 189

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO
ACCIONADA: EPS SURAMERICANA S.A.
RADICADO: 170014003002-2021-00519-00

OBJETO DE LA DECISIÓN E INTERVINIENTES

Se pronunciará el fallo que en derecho corresponda a la acción de tutela instaurada por PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO CC 30.394.633, presenta acción de tutela contra EPS SURAMERICANA S.A. trámite en el que se dispuso la vinculación de AFP PROTECCION S.A.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

PRIMERO: Tutelar el derecho fundamental a la salud por conexidad con el derecho fundamental a la vida, integridad humana y mínimo vital en consecuencia
SEGUNDO: Ordenar a la EPS SURA, que transcriba dicha incapacidad para que el empleador pueda proceder con dicho pago, el cual es vital para mi subsistencia y la de mi hijo.

Las basa en los siguientes hechos:

1. Soy madre cabeza de hogar, vivo sola con mi hijo de 14 años y asumo yo sola los gastos de mi hijo.
2. Dependo económicamente de mi salario mensual.
3. Estoy calificada por una junta médica, con un 56.88% de pérdida de capacidad laboral.
4. Para que la empresa donde trabajo que es PROTECCION S.A, que es también mi fondo de pensiones, me haga mi correspondiente pago, debo entregarle la incapacidad correspondiente.
5. La EPS no me quiere transcribir dicha incapacidad, porque en esta ocasión, su argumento es que ya estoy calificada con una pérdida superior al 50%. Y que quien la expide es un médico particular, (al que tuve que acudir por los hechos anteriormente mencionados).

DERECHOS VULNERADOS

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

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO
ACCIONADA: EPS SURAMERICANA S.A.
RADICADO: 170014003002-2021-00519-00

CONTESTACIÓN

A través de su Representante Legal Judicial la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. informó:

- Ahora bien, en lo que respecta a los hechos que fundamentan la presente acción de tutela ha de indicarse, que la EPS SURA le remitió a esta administradora concepto de rehabilitación con pronóstico DESFAVORABLE el 30 de marzo de 2017.
- De acuerdo con lo anterior, el caso de la citada señora 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 a la accionante una pérdida de capacidad laboral del 56.88 % de origen común, con fecha de estructuración de 3 de mayo de 2019.

En concordancia con lo anterior y teniendo en cuenta que la accionante no cuenta con pronóstico favorable de rehabilitación, y toda vez que ya fue calificada y su solicitud de invalidez ya fue radicada, analizada y definida la prestación económica, reconociéndole la pensión de invalidez en comunicación del 26 de octubre de 2021, la cual anexa a este documento y será notificada en los próximos días a la accionante y a todas las partes correspondientes, NO ES PROCEDENTE EL PAGO DE INCAPACIDADES, PUES SEGÚN LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 142 DEL DECRETO 019 DE 2012 ES PRESUPUESTO INDISPENSABLE PARA DICHO PAGO QUE EL AFILIADO CUENTE CON CONCEPTO FAVORABLE DE REHABILITACIÓN Y SE POSTERGUE EL TRÁMITE DE CALIFICACIÓN, LO QUE EN SU CASO NO SE CUMPLE TENIENDO PRESENTE QUE COMO SE INDICÓ ANTERIORMENTE YA SE CALIFICÓ LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL.

(...)

RESPECTO A LA SOLICITUD DE PRESTACIÓN ECONÓMICA POR INVALIDEZ:

- Establecido lo anterior y estando en firme el mencionado dictamen, **la afiliada radicó solicitud de prestación económica por INVALIDEZ el 30 de septiembre de 2021**, por lo que esta Administradora procedió con el análisis de los demás requisitos consagrados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, para tener derecho a la pensión de invalidez de origen común, los cuales son:
- De conformidad con lo anterior, para tener derecho a la **pensión de invalidez** la actora debe acreditar además de la calidad de **inválido**, **cincuenta (50) semanas de cotización dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.**
- Así las cosas, esta Administradora se encuentra actualmente realizando la notificación del reconocimiento de la pensión de vejez de la accionante, ya que, su solicitud de invalidez ya fue radicada, analizada y definida la prestación económica, reconociéndole la pensión de invalidez en comunicación del 26 de octubre de 2021, la cual anexa a este documento y será notificada en los próximos días a la accionante y a todas las partes.

La EPS SURAMERICANA S.A. a través de su Representante Legal Judicial contestó:

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO
ACCIONADA: EPS SURAMERICANA S.A.
RADICADO: 170014003002-2021-00519-00

Es de aclarar que según nuestros sistemas de información la señora **PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO** cuenta con una acción de tutela previa e interpuesta en contra de mi representada ante el **JUZGADO 5 PENAL MUNICIPAL FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTIAS DE MANIZALES** bajo el radicado **2021-0024**, con los mismos hechos y pretensiones que hoy se debaten en la nueva acción de tutela. Así mismo se cuenta con fallo de primera y segunda instancia, lo cuales se adjuntan al presente escrito.

Lo anterior, se resalta a fin de advertir la configuración de **TEMERIDAD** del accionante puesto que se configura los presupuestos legales del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, donde se dispone que existe una actuación temeraria cuando **"...sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales"**, en consecuencia de dicho proceder las solicitudes de tutela, serán rechazadas o decididas desfavorablemente.

(...)

2- Cabe indicar que las pretensiones del accionante es la generación de incapacidades desde el **23-09-2021** en adelante, Las cuales dice la accionante que no le fueron generadas.

3-Frente a lo anterior, se debe manifestar que la señora **PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO** identificada con el documento **CC 30394633** no registra en nuestro sistema de información incapacidades generadas o transcritas por el equipo de salud para las fechas indicadas en el escrito.

Así mismo, es de indicar que la accionante presenta ya una **pcl mayor del 50% en firme**, es decir que ya registra una discapacidad permanente por lo cual el empleador puede exigir incapacidades temporales.

Además, es necesario aclarar que la generación de incapacidades depende exclusivamente de la autonomía médica del profesional tratante de la paciente, por lo que la **EPS** no tiene injerencia en ello.

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: PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO
ACCIONADA: EPS SURAMERICANA S.A.
RADICADO: 170014003002-2021-00519-00

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 SURAMERICANA S.A. y la Entidad vinculada han vulnerado los derechos que le asisten a la accionante al negarse a cancelar las incapacidades generadas en el periodo comprendido entre el 25/08/2021 al 23/09/2021 expedidas por médico particular, aún cuando existe una calificación que determinó una pérdida de capacidad laboral del 56.88% estructurada el 27/02/2019.

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.

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

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO
ACCIONADA: EPS SURAMERICANA S.A.
RADICADO: 170014003002-2021-00519-00

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 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."

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO
ACCIONADA: EPS SURAMERICANA S.A.
RADICADO: 170014003002-2021-00519-00

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; (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.

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO
ACCIONADA: EPS SURAMERICANA S.A.
RADICADO: 170014003002-2021-00519-00

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 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(...).*

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.

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO
ACCIONADA: EPS SURAMERICANA S.A.
RADICADO: 170014003002-2021-00519-00

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) 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 arrojadas, sino que fue reconocido debidamente por el peticionario, quien en sede de revisión hizo referencia al oficio BZ2016_11742745

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO
ACCIONADA: EPS SURAMERICANA S.A.
RADICADO: 170014003002-2021-00519-00

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:

(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

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO
ACCIONADA: EPS SURAMERICANA S.A.
RADICADO: 170014003002-2021-00519-00

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 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 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%".

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO
ACCIONADA: EPS SURAMERICANA S.A.
RADICADO: 170014003002-2021-00519-00

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 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.

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO
ACCIONADA: EPS SURAMERICANA S.A.
RADICADO: 170014003002-2021-00519-00

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 SURAMERICANA, el pago del auxilio por incapacidad en el periodo comprendido entre el 25/08/2021 al 23/09/2021:

Xenia Historia Clínica Especializada

CERTIFICADO DE INCAPACIDAD MEDICA
DRA. BEATRIZ ELENA ARIAS OSORIO
ESPECIALISTA EN TERAPIAS ALTERNATIVAS
UMB
carrera 24n 64A-15 telefono 8851853 - 3207145717

Paciente	Paula Loaiza	44 Años	Historia N°	30394633
Entidad	Particulares	Fecha	jueves, 9 de septiembre de 2021	

Diagnóstico: M797 Fibromialgia
Tipo Incapacidad: Enfermedad General
Fecha expedición miércoles, 25 de agosto de 2021
Fecha iniciación miércoles, 25 de agosto de 2021
Fecha terminación jueves, 23 de septiembre de 2021
Duración Incapacidad: 30 Día(s) **Prórroga SI**
Especificación de la Incapacidad:
paciente en valoración por eps ultimo control con fisitria, periste dolor en cello, reg esternal marcada fatiga, fisiatría sugiere ampliar incapacidad hasta la resolución de la pensión, se amplia incapacidad por 30 días


DRA. BEATRIZ ELENA ARIAS OSORIO

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 a la señora PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO C.C. 30.394.633 a través de llamada telefónica, quien bajo la gravedad del juramento respondió:

"PREGUNTADO: ¿A qué se dedica? CONTESTÓ: Soy economista, actualmente no trabajo.

PREGUNTADO: ¿Cuáles son sus ingresos? CONTESTO. Mis incapacidades \$3.800.000 mensuales

PREGUNTADO. ¿Concretamente indique cuales fueron los hechos que lo llevaron a interponer la acción de tutela? CONTESTO. (fechas de incapacidades) por una incapacidad del 23 de agosto al 25 de septiembre que me formulo medico particular al que tuve que acudir porque la EPS no me había expedido incapacidades y a los médicos les prohíben formular incluso el médico me mostro el correo donde les prohíben, por la enfermedad de HIPERTENSION, TIROIDES, TUNEL CARPIANO, HERNIAS DISCALES, OSTEOARTRITIS Y OTROS.

"PREGUNTADO. ¿Informe al despacho cuando puso en conocimiento de la EPS la incapacidad formulada por medico particular? CONTESTO. Lo puse en conocimiento a través de desacato en el Juzgado Penal y luego me dijeron que no que porque es un médico particular.

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO
ACCIONADA: EPS SURAMERICANA S.A.
RADICADO: 170014003002-2021-00519-00

PREGUNTADO. ¿Informe desde que fecha no recibe pagos por incapacidades? CONTESTO. Desde el 23 de septiembre de 2021, en este mes me piden la incapacidad de la EPS para cancelarme el total de la incapacidad.

PREGUNTADO. A cuanto ascienden sus ingresos? CONTESTO. Por incapacidades \$3.800.000.

PREGUNTADO: Informe si ya le fue notificada resolución que reconoce pensión por invalidez? CONTESTO: si me notificaron no recuerdo cuando.

PREGUNTADO: ¿Qué edad tiene usted? CONTESTÓ: 44

PREGUNTADO: ¿Qué otros ingresos tiene? CONTESTÓ: Ninguno

PREGUNTADO: ¿Cómo está compuesto su núcleo familiar? CONTESTÓ: soy madre soltera de un hijo, vivo con el.

PREGUNTADO: ¿vive en casa propia o arrendada? CONTESTÓ: familiar es de mi papá.

PREGUNTADO: ¿Qué gastos tiene? CONTESTÓ: alimentación, servicios, predial, colegio, medicamentos, cuotas moderadoras.

PREGUNTADO: ¿Tiene familiares que le ayuden? CONTESTÓ: No.

PREGUNTADO: ¿Tiene deudas? CONTESTÓ: Si, tarjetas de crédito

PREGUNTADO: ¿Declara renta? CONTESTÓ: Si, no recuerdo a cuanto ascendió la última pero no pague por declarar.

PREGUNTADO: ¿Tiene bienes de fortuna o que le generen ingresos? CONTESTÓ: No"

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 ingreso con el que cuenta la accionante, al no poderse proveer de otros medios para su subsistencia a raíz de sus patologías de origen común y que según manifestaciones de las Entidades convocadas ha 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 explicó que ha respetado los procedimientos médicos y legales en el caso concreto, por lo cual, considera, que no ha vulnerado ningún derecho fundamental y que su personal médico es autónomo en las prescripciones que realiza.

No obstante, lo expuesto, sumado a lo referido por la accionante quien adujo que debió acudir a médico particular para que fuera valorado su estado de salud y en tal virtud se le prescribió incapacidad por el periodo comprendido entre el 25/08/2021 al 23/09/2021 la cual no ha sido transcrita por su EPS, es prueba de que en efecto no se le ha reconocido el subsidio por incapacidad 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

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO
ACCIONADA: EPS SURAMERICANA S.A.
RADICADO: 170014003002-2021-00519-00

de ingreso de la trabajadora y su núcleo familiar, pues sustituye el salario que recibía como trabajadora.

El juzgado advierte que SURAMERICANA 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 subjuice, pues la accionante ya cuenta con calificación del porcentaje de pérdida de su capacidad laboral superior al 50%. Pero no ocurre lo mismo cuando afirma que no existe violación alguna toda vez que ha cumplido con lo que es de su resorte, concretamente frente a la valoración médica realizada a la señora LOAIZA GALLEGO el 09/09/2021 por médico particular donde se prescribió incapacidad pues frente a los cuales no se ha demostrado lo contrario por parte de la Entidad prestadora del servicio de salud, pues dicha opinión médica no ha sido descartada en valoración del médico adscrito a la EPS, pese a que tal eventualidad fue puesta en conocimiento de EPS a través de trámite judicial surtido ante el Juzgado 05 Penal Municipal Funcion Control Garantias y ningún pronunciamiento médico se ha realizado al respecto, de manera que la opinión médica particular no ha sido descartada por galeno adscrito a la EPS, y el concepto médico externo vincula a la entidad prestadora del servicio, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, por lo que se le ORDENARÁ realizar las valoraciones médicas necesarias y salvo criterio en contrario deberá autorizar la incapacidad referida, comoquiera que su no realización repercuta negativamente sobre los derechos de la accionante. De manera que se concederá el amparo implorado en tal sentido y en el evento de no haberlo hecho la EPS deberá proceder en la forma indicada.

En lo que concierne al reconocimiento del subsidio por incapacidad 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 la accionante se encuentra calificada con una pérdida de capacidad laboral del 56.88% no le compete el pago de las incapacidades, pues según lo expuesto ante la disminución física que padece, 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; razón por la cual mientras se decide definitivamente sobre el pago de la pensión de invalidez que le fue reconocida, el Fondo de Pensiones deberá costear las incapacidades laborales reclamadas, tal cual lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia citada.

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

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO
ACCIONADA: EPS SURAMERICANA S.A.
RADICADO: 170014003002-2021-00519-00

"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 ha señalado la Corte Constitucional (Sentencia T-140/16), 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 del estado de salud y ante un eventual pago doble, de incapacidad y de la pensión, se dispondrá que el fondo de pensiones pueda descontar del retroactivo generado en favor de la trabajadora 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.

En conclusión, se accederá a las peticiones de la señora PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO y se tutelarán sus derechos ordenando al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. que en el término perentorio de DOS (2) DIAS posteriores a la transcripción de la incapacidad por parte de la EPS realice el pago a la accionante del auxilio por incapacidad a que tiene derecho por el periodo comprendido entre el 25/08/2021 al 23/09/2021.

En lo que respecta a la acción temeraria alegada por la EPS SURAMERICANA S.A. no quedó probada la misma pues la presentación de dos o más acciones de tutela no constituye automáticamente una actuación temeraria, sino que deben verificarse las circunstancias que rodean el caso particular para inferir que se

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO
ACCIONADA: EPS SURAMERICANA S.A.
RADICADO: 170014003002-2021-00519-00

configura temeridad, razón por la cual se debe entender esta figura como una alternativa procesal con la que cuenta el juez constitucional de manera muy excepcional, pues ante todo debe asegurar la garantía efectiva de los derechos fundamentales. Es decir, que la sola concurrencia de identidad de los sujetos procesales, el objeto que da lugar a la controversia y la pretensión, no es suficiente para concluir que se trata de una actuación contraria al principio constitucional de buena fe. Aclarado lo anterior, al proceso fueron allegas providencias del Juzgado 5 Penal Municipal Funcion Control Garantias, autoridad que fallo en acción constitucional promovida por la accionante frente a la EPS SURAMERICANA:

SEGUNDO: ORDENAR a la EPS SURAMERICANA S.A., que: i) en adelante se abstenga de obstaculizar el reconocimiento de incapacidades médicas a la señora PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO por parte de los galenos de su red asistencial, **ii)** en el término máximo de -48- horas siguientes a la notificación de esta decisión, proceda sin dilaciones a la transcripción de la prórroga de incapacidad expedida por la Dra. Natalia Valencia G. – medicina física y rehabilitación, entre el 29-03-2021 y el 27-04-2021, y, **iii)** en el caso en que se sigan prorrogando las incapacidades de manera ininterrumpida por parte del médico tratante a favor de la accionante, estas deberán ser igualmente transcritas sin dilación, hasta cuando la accionante se encuentre efectivamente devengando la pensión de invalidez.

Y en posterior trámite incidental se resolvió:

Al efecto se aclara a la incidentante que lo dispuesto por parte de este Despacho Judicial en sentencia No. 035 del 19 de abril de 2021, se limitó a ordenar a la EPS SURA, abstenerse de proceder con la transcripción y reconocimiento de incapacidades médicas por parte de la EPS, siempre y cuando ya hayan sido expedidas por médicos tratantes adscritos a la red prestadora de servicios de la entidad; situación ésta última que es precisamente la que en esta oportunidad brilla por su ausencia. Y si bien aporta la incidentante, incapacidad médica suscrita por la Dra. Beatriz Elena Arias Osorio el pasado 09 de septiembre, de la misma se advierte claramente que dicha atención fue particular; de ahí que no resulte exigible a la entidad a través del trámite que nos ocupa.

En ese orden de ideas, estima el Despacho, que debe cesar el presente trámite y en consecuencia, disponer el archivo definitivo de lo actuado por ausencia de vulneración de derechos fundamentales en cabeza de la EPS incidentada. Lo anterior, atendiendo que no obra pretensión pendiente a materializar por parte de la incidentada, como quiera que, se repite, no cuenta la incidentante con incapacidad médica alguna pendiente por transcribirse y reconocerse por parte de la EPS SURA.

Por Secretaría, entérese del presente auto a la **EPS SURA** y a la incidentante, advirtiendo que en contra de la decisión no procede ningún recurso conforme lo tiene determinado, de tiempo atrás, la jurisprudencia constitucional:

(...)

Lo cual da cuenta que la accionante no contaba con otra vía judicial para hacer valer el derecho que hoy reclama y en razón a lo cual se realiza el presente pronunciamiento decantado lo anterior.

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO
ACCIONADA: EPS SURAMERICANA S.A.
RADICADO: 170014003002-2021-00519-00

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 PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO CC 30.394.633, los derechos al mínimo vital y seguridad social vulnerados por EPS SURAMERICANA S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la EPS SURAMERICANA S.A. a través de su Representante Legal, que en el término perentorio de dos días, posteriores a la notificación de esta providencia realice valoración médica a la señora PAULA ISABEL LOAIZA GALLEGO y salvo criterio médico en contrario, transcriba la incapacidad prescrita por médico particular el 09/09/2021 por el periodo comprendido entre el 25/08/2021 al 23/09/2021, según lo expuesto en precedencia.

TERCERO: ORDENAR A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. que en el término perentorio de DOS (02) DIAS posteriores a la radicación de la incapacidad, en caso de que fuera transcrita por la EPS SURAMERICANA S.A., realice el pago a la accionante del auxilio a que tiene derecho por el periodo comprendido entre el 25/08/2021 al 23/09/2021.

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

CUARTO: 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.

QUINTO: 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