

Cartagena de Indias D. T. y C., nueve (09) de noviembre de dos mil veinte (2020).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-005-2020-00116-01
Accionante	DAGOBERTO PADILLA MARTÍNEZ
Accionado	COOMEVA EPS, ARL SURA, COLPENSIONES, EMPRESA SERVIMAC – SERVICIOS INTEGRALES Y MANEJO DE CARGAME y JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.
Tema	<i>Procedencia de la acción de tutela para el cobro de incapacidades, se revoca parcialmente el fallo de primera instancia, por no existir prueba de las incapacidades supuestamente no pagadas, ni prueba de que las mismas se hubieran radicado después del día 180, ante la administradora de pensiones. Se ordena a Colpensiones dar trámite al proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral. En cuanto al derecho a la salud se confirma por no ser objeto de apelación.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Le corresponde a esta Sala¹ decidir sobre las impugnaciones interpuestas por la parte accionada, contra el fallo de fecha veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020), dictado por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro de la acción de tutela adelantada por DAGOBERTO PADILLA MARTÍNEZ contra la Coomeva EPS, ARL Sura, Colpensiones, Empresa Servimac – Servicios Integrales Y Manejo De Cargame y la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

III. ANTECEDENTES

3.1 Pretensiones.

En ejercicio de la acción de tutela, la parte solicitante elevó las siguientes pretensiones:

La parte actora solicita se ordene a EPS COOMEVA o ARL SURA el pago de las incapacidades que los médicos de la EPS expedieron entre el 01 de agosto de 2019 hasta la fecha. Que se le preste el servicio de cita de control médica en su domicilio, así como los medicamentos que no han sido autorizados.

Que se le ordene a la ARL SURA resolver de fondo la remisión a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y cancelar la misma los costos que a la fecha no ha efectuado, dándole traslado de todos los documentos clínicos necesarios para su calificación.

13-001-33-33-005-2020-00116-01

Y por último se ordene a la Junta Regional de Calificación de Invalidez realizar la calificación de origen profesional laboral.

3.2 Hechos.

La parte accionante desarrolló los argumentos fácticos, que se han de sintetizar así:

Que el accionante tiene 67 años de edad y se encuentra afiliado a COOMEVA EPS, ARL SURA Y COLPENSIONES hace más de 10 años en calidad de empleado en la empresa SERVIMAC- Servicios Integrales y Manejo de Cargame.

Que el accionante fue diagnosticado con *“DEMENCIA NO ESPECIFICADA, HEMORRAGIA INTRACEREBRAL EN HEMISFERIO SUBCORTICAL, HIPERTENSIÓN ESENCIAL PRIMARIA Y SECUELAS DE ENFERMEDAD CEREBROVASCULAR NO ESPECIFICADA COMO HEMORRAGIA U OCLUSIVA”*, que, a raíz de esto, tiene incapacidad continúa otorgada por médico tratante por más de 360 días, que a la fecha no ha sido interrumpida y no le han sido canceladas.

Que al momento de presentar las incapacidades en COOMEVA EPS se le informó que no las pagarían ya que el día 7 de octubre de 2019, le dieron traslado a la ARL SURA notificándole la calificación de origen laboral.

Que la ARL SURA el 06 de noviembre de 2019 hace la devolución del reporte de calificación de origen de enfermedad laboral, manifestando que los documentos aportados estaban incompletos, indicando que no tenían el historial clínico completo ni los anexos que soportan la calificación de la presunta enfermedad laboral.

Posteriormente, COOMEVA EPS el día 28 de enero de 2020, entrega todos los documentos solicitados por la ARL SURA.

Finalmente, que las incapacidades generadas desde el 01 de agosto de 2019 hasta la fecha no le han sido canceladas, afectando de manera gravísima su mínimo vital y que además radicó solicitud de entrega de medicamentos que aduce no le han sido entregados.

3.3 CONTESTACIÓN

3.3.1 ARL Sura

Aclara que al demandante no se le ha calificado enfermedad profesional laboral, ni accidente de trabajo, cuya cobertura sí le correspondería a la ARL. Que la enfermedad es de origen común por lo que habría falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.3.2 Coomeva EPS

Coomeva Eps presentó informe mediante escrito radicado electrónicamente el 21 de septiembre de 2020.

En cuanto a los hechos de la presente acción, la entidad alega que el accionante señor DAGOBERTO PADILLA MARTÍNEZ se encuentra afiliado como cotizante en el régimen contributivo y su estado es activo. Que el señor Dagoberto tiene 66 años y tiene diagnóstico de Secuelas de ACV y demencia. Respecto del diagnóstico del accionante la EPS relata de que se trata y los tipos.

En cuanto a los medicamentos la entidad manifestó que:

“Al realizar trazabilidad en el sistema desde el 01/01/2020 se encuentran los siguientes ordenamientos N°22624-1244837 del 18 de agosto de 2020 para dispensación de los medicamentos ESPIRONOLACTONA TABLETA 25 MG, LOSARTÁN TABLETA RECUBIERTAS 50 MG, LOSARTÁN TABLETAS 100 MG, CARVEDILOL TABLETA RECUBIERTA 6.25 MG (Cod. 22943 La Sante), AMLODIPINO TABLETA 10 MG, FENITOINA SUSPENSIÓN ORAL 2.5 G (EQ 125 MG/5ML) (Cod 22768 Pfizer S.A.S., frasco x 240 ml, risperidona tableta 1 mg, ACETAMINOFEN TABLETA 500 MG, ATORVASTATINA TABLETA 40 MG, ESOMEPRAZOL TABLETA 20 MG, QUIETIAPINA TABLETA DE LIBERACIÓN PROLONGADA 50MG, LORAZEPAM 2MG, en estado impreso.

Orden N°23064-143118 del 6/08/2020 para realización de CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN PSIQUIATRIA, en I.P.S, CLINICA SAN FELIPE DE BARAJAS S.A.S., estado aprobado y la N°23064-144807 del 19/08/2020 para realización de CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN NEUROLOGIA, en I.P.S., GESTIÓN SALUD S.A.S., en estado anulado. (...)”

Indica que no hay solicitudes ni órdenes pendientes por autorizar respecto de evaluación por médico general en su domicilio.

En lo que respecta al informe de medicina laboral indica que desde el 06/01/2019 al 28/09/2019 cuenta con 240 días por secuela de enfermedad cerebro vascular como enfermedad general y tiene 15 días más entre el 30/09/2019 al 15/10/2019 que están rechazadas. Que el día 21/09/2020 se revisó el aplicativo de la entidad (Ciklos) y no aparece que Coomeva haya calificado el origen de las patologías del accionante, por lo que según lo anota en Historia clínica su patología es común.

En lo que respecta a las incapacidades que pretende, explica que las mismas son mayores de 180 días, pero reitera solo están radicadas hasta el 15/10/2019 y, por ser mayor a 180 días no le compete a dicha entidad cancelar las mismas, como quiera que el concepto de rehabilitación fue emitido antes del día 180.

Solicita, que se le conceda un término prudencial para que la entidad gestione con la IPS la efectivización de entrega de medicamentos. Además, pide que no se tutelen los derechos de evaluación por médico general en domicilio, por

13-001-33-33-005-2020-00116-01

no existir órdenes y por último no se tutele a dicha entidad al pago de incapacidades por ser mayores a los 180 días indicando que estas le competen a COLPENSIONES.

3.3.3 Junta Nacional de Calificación de Invalidez

Mediante escrito radicado de forma electrónica el 21 de septiembre de 2020, la Junta Regional de Calificación de Invalidez presenta informe indicando que el accionante no tiene caso registrado (expediente).

Que dicha entidad, solo es responsable desde el momento que es radicado el expediente, por lo anterior solicita se declare improcedente la respectiva acción de tutela en su contra, aduciendo que no han vulnerado derecho fundamental alguno.

3.3.4 Servicios Integrales y Manejo De Cargame - SERVIMAC

Mediante escrito radicado el 23 de septiembre de 2020, la empresa SERVIMAC S.A., presenta informe y en cuanto a los hechos de la demanda, señala que es cierto su vinculación con la empresa, desconoce el tiempo de afiliación del accionante con la ARL SURA, COOMEVA EPS y COLPENSIONES.

Que, según el concepto de rehabilitación remitido por COOMEVA EPS, visible a folio 12 de la presente acción, se advierte que la enfermedad es común y que tal situación no tiene relación alguna con estos.

Solicita se despache desfavorablemente las pretensiones de la presente acción, arguyendo que carecen de sustento fáctico y jurídico, que según lo relatado por el accionante esto nada tiene que ver con la empresa.

Concluye que este Despacho debe proceder a desvincular a SERVIMAC S.A., pues las peticiones y hechos no tienen relación con ella.

3.3.5 Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES

Presentó informe de cumplimiento mediante escrito radicado electrónicamente el 18 de septiembre de 2020.

Indica que no tiene competencia frente a las pretensiones de esta acción referentes a la autorización de medicamentos para patologías y pago de incapacidades de origen laboral, indicando que el legitimado para dar respuesta es la ARL SURA a la cual se encuentra afiliado el accionante y que a la fecha dicha administradora no evidencia registro de solicitudes referentes a las pretensiones que enmarcan la presente acción de amparo solicitada.

Indica que el subsidio por incapacidad es una prestación económica cuyo objeto es cubrir a los afiliados el Sistema Integral de Seguridad Social frente a

13-001-33-33-005-2020-00116-01

las contingencias que menoscaban su salud y su capacidad económica.

Que conforme al Decreto 943 de 2013 la responsabilidad en el reconocimiento y pago de la prestación, tiene los siguientes estadios:

1. los dos (02) primeros días de incapacidad por enfermedad general son responsabilidad del empleador.
2. a partir del tercer (3) día y hasta el día 180, de incapacidad, el reconocimiento y pago están a cargo de la EPS, y
3. del día 181 hasta el día 540, la responsabilidad es del Sistema General de Pensiones, sí existe concepto favorable de rehabilitación.

Que a la luz del artículo 142 del Decreto ley 019 de 2012 los requisitos para acceder al subsidio por incapacidad son:

1. Padecer enfermedad de origen común
2. Incapacidad superior a 180 días
3. Concepto favorable de rehabilitación emitido por la EPS, y
4. Encontrarse afiliado a Colpensiones al cumplimiento del día 180 de incapacidad.

Señala que la incapacidad debe probarse con la presentación en original de la licencia otorgada por el médico tratante. Posteriormente la entidad pasa a explicar las etapas internas que surte la solicitud de pago del subsidio de incapacidad.

Solicita se declare la improcedencia de la presente acción de tutela, pues no se probó en que medida la entidad incurre en la vulneración de los derechos fundamentales es alegados; que, subsidiariamente se disponga desvincular a COLPENSIONES en los términos señalados en el numeral 2 del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, reiterando que no han vulnerado derecho constitucional alguno.

3.4 FALLO IMPUGNADO

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, mediante sentencia del 15 de marzo de 2020, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la ARL SURA, SERVIMAC, COOMEVA EPS y LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ respecto del reconocimiento y pago de incapacidades de origen común solicitadas, según lo expuesto.

SEGUNDO: CONCEDER la presente acción de Tutela interpuesta por DAGOBERTO PADILLA MARTÍNEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES-, por violación del derecho fundamental al mínimo vital, vida digna, seguridad social y debido proceso por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES- que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación

13-001-33-33-005-2020-00116-01

del presente fallo, que proceda a reconocer y pagar las incapacidades superiores a 180 días conforme al concepto emitido el 29 de agosto de 2019, así como a darle trámite al procedimiento de incapacidad permanente si a ello hubiera lugar de cara al concepto de rehabilitación no favorable emitido por COOMEVA EPS del 28 de enero de 2020.

CUARTO: ORDENAR a COOMEVA EPS, que agilice, clarifique y entregue los medicamentos ordenados en la historia clínica del paciente y conforme a la orden radicada N° 22624-1244837 de fecha 18 de agosto de 2020, para lo cual se le concederá un plazo de 10 días calendario.

QUINTO: NEGAR las demás solicitudes".

Al respecto, el Juez de primera instancia expuso que, a pesar de que, en principio la tutela no es el mecanismo para lograr el pago de incapacidades laborales, en este caso sí se torna procedente teniendo en cuenta que se infiere que el pago de las incapacidades laborales reclamadas constituye la única fuente de ingreso con que cuenta el señor DAGOBERTO PADILLA MARTÍNEZ para su subsistencia, y que según lo señalado por Coomeva EPS se ha radicado incapacidades hasta el 28/08/2019 equivalente a 240 días por enfermedad general y 15 días más las cuales fueron suspendidas.

Sostuvo que, a pesar de que el accionante cuenta con otros medios de defensa idóneos para reclamar el pago de las incapacidades causadas, aquellos resultaban ineficaces para proteger los derechos del actor, debido al grado de afectación de su derecho fundamental al mínimo vital, teniendo en cuenta que se trata de una persona con una enfermedad general que le ha impedido proveerse los recursos mínimos suficientes para garantizar su vida en condiciones dignas.

Expuso, que Además la empresa empleadora SERVIMAC mediante oficio de fecha 06 de noviembre de 2019 (obra dentro de los anexos de escrito de tutela), le notificó al accionante el cese de pago de salarios por incapacidad superior a 180 días en los siguientes términos: "(...) De acuerdo a lo señalado en el Decreto ley 019 de 2012 nos permitimos informar que nuestra compañía cumplió con sus obligaciones en lo que respecta al pago de sus salarios por incapacidad hasta el 31 de octubre/19, a partir del mes de noviembre/19 deberá acercarse a la Administradora de Fondos de Pensiones para que se haga cargo de sus incapacidades. Dicho fondo de ahora en adelante le deberá cancelar los pagos por el concepto señalado (...)" (Sic).

Se constata mediante el escrito de tutela que las incapacidades generadas después de octubre de 2019 a la fecha no le han sido canceladas. Advierte además que, según el concepto de rehabilitación no favorable emitido por COOMEVA EPS del 28 de enero de 2020, se presume que la impresión diagnóstica de demencia no especificada no le permite ejercer ninguna otra actividad laboral para su propia subsistencia, por lo que las incapacidades constituyen su única fuente de ingreso para el accionante y su grupo familiar.

13-001-33-33-005-2020-00116-01

Presunción constitucional, en los términos de la sentencia T-263 de 2012 de la Corte.

Así las cosas, concluyó que, la Ley 100 de 1993 contempló la figura de la incapacidad en su artículo 206, conforme al cual los afiliados al Régimen Contributivo en salud tienen derecho al reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común. Así mismo, el Decreto 2463 de 2001 dispuso que las AFP, previo concepto favorable de recuperación, tienen la potestad de postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los 180 que se encuentran a cargo de las EPS siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Esta disposición se mantuvo sustancialmente en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012¹, norma que actualmente regula la materia.

3.5 IMPUGNACIÓN

Por medio de memorial radicado con fecha, 5 de octubre de 2020 del año en curso, presentó impugnación del fallo la parte accionada COLPENSIONES, en el cual manifiesta su intención de dar cumplimiento al fallo proferido por el a quo con respecto a esto expone lo siguiente:

“En atención a lo previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 y en respecto de la Ley, a pesar de los reparos en contra de la sentencia proferida, Colpensiones dio cumplimiento del fallo de tutela emitido en primera instancia así:

Que se emitió Oficio del 05 de octubre de 2020 por medio del cual se informa que esta Administradora esta presta a acatar el fallo de tutela y por ello cuenta con toda la disposición para hacerlo, razón por la cual, frente al tema de las incapacidades ordenadas en el fallo de tutela, es procedente informarle que el señor DAGOBERTO PADILLA MARTÍNEZ no ha radicado ninguna solicitud de pago de incapacidades ante esta entidad con el lleno de los requisitos, en cual se pueda tener claridad con los periodos a cancelar tal como lo ordena el fallo de tutela.

Así las cosas, actualmente está Administradora se encuentra imposibilitada materialmente para dar cumplimiento al fallo de tutela, por lo tanto, en aras de dar cumplimiento al fallo de tutela proferido, le informamos que no contamos con la información actualizada necesaria para determinar el derecho que le asista conforme al mandato judicial, de allí que se hace indispensable que el actor allegue a esta Administradora los soportes necesarios actualizados para poder realizar la validación documental y afirmar el derecho que le asiste frente a cada periodo de incapacidad que allegue, para que con ello se puedan determinar los extremos temporales y los periodos a reconocer.

¹ Esta disposición modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y en lo pertinente establece: “Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo a seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

13-001-33-33-005-2020-00116-01

Así las cosas, se le informa que jurídicamente sería procedente únicamente el pago de los subsidios económicos por incapacidades desde el día 181 hasta un plazo máximo de 360, que sumados a los primeros 180 que paga la EPS nos da un total de 540.

*Por ello, para poder proceder a realizar gestión del pago de incapacidades debe entregar en un Punto de Atención al Ciudadano de Colpensiones mediante el trámite de **DETERMINACIÓN DEL SUBSIDIO POR INCAPACIDADES de MEDICINA LABORAL – MEDICINA LABORAL TUTELAS**, los siguientes documentos, reiterando que debe radicarlos tal y como se le informa para que su reconocimiento pueda ser efectivo, consistentes en:*

- a) Certificado de Relación de Incapacidades actualizado – CRI.
- b) Certificado de Incapacidades Individuales transcritas por su EPS, (Mediante concepto No. 2015_7519255 del 21 de agosto de 2015, expedido por Colpensiones, se concluyó que el estado de incapacidad se prueba presentando el certificado de incapacidad original, pues este es el título con fundamento en el cual se hace exigible el pago del derecho),
- c) Concepto de Rehabilitación – CRE, y
- d) Certificación Bancaria Actualizado, expedida a nombre del peticionario, en la cual conste razón social del banco, número, tipo y estado de la cuenta, con fecha de expedición no mayor a 90 días. Si no se posee cuenta bancaria y desea que los valores sean consignados a favor de un tercero, deberá aportar certificación bancaria a nombre del tercero en la cual conste razón social del banco, número, tipo y estado de la cuenta, con fecha de expedición no mayor a 90 días, así como carta autorizando a Colpensiones para realizar el desembolso a favor del tercero.

El documento final de cuenta bancaria, es el más necesario y efectivo para poder realizar la gestión de pago efectiva a favor del afiliado y no obra en el expediente en la actualidad.

Finalmente, se le indica al señor DAGOBERTO PADILLA MARTÍNEZ, que mediante comunicación de fecha 5 de octubre de 2020, se envía comunicación externa dirigida a la entidad prestadora de salud COOMEVA EPS solicitándole que aporte los documentos necesarios para el estudio del reconocimiento y pago de incapacidades, conforme al fallo".

3.6. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto de fecha seis (06) de octubre de dos mil veinte (2020) se concedió la impugnación interpuesta por la parte accionada (COLPENSIONES), posteriormente fue asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el nueve (9) de octubre de la presente anualidad, coincidiendo esta última fecha con, el auto admisorio proferido por esta Corporación.

IV. -CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en

13-001-33-33-005-2020-00116-01

SEGUNDA INSTANCIA, según lo establecido por el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

5.2 Problema jurídico.

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe en primera instancia a determinar si:

¿Procede la tutela, como mecanismo de defensa judicial, para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales?

De superarse el anterior planteamiento, procederá la Sala a estudiar el siguiente

¿Vulneró la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y a la salud y seguridad social de DAGOBERTO PADILLA MARTÍNEZ, al no reconocer los beneficios prestacionales por incapacidad después de los 180 días?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala REVOCARÁ parcialmente la sentencia de primera instancia, en sus numerales segundo y tercero, en cuanto dispuso proteger los derechos fundamentales al mínimo vital y vida digna del actor, en consecuencia, ordenó a Colpensiones el pago de las incapacidades del mismo. Lo anterior, teniendo en cuenta que no existe prueba de cuáles son las incapacidades que en realidad se le adeudan al interesado, cuando fueron otorgadas las mismas, sobre todo, no existen pruebas suficientes para determinar a qué entidad le corresponde su pago. Así las cosas, no está determinado en el proceso cuando vence el día 180, a efectos de poder determinar a cargo de qué entidad estaría la obligación, si de la EPS o del Fondo de Pensiones.

En lo referente a las incapacidades aportadas al expediente, se advierte que las mismas no están transcritas y no existe constancia de haberse reclamado ante ninguna de las entidades accionadas.

Por otra parte, esta Corporación protegerá el derecho a la seguridad social, para ordenar a Colpensiones que inicie el trámite de calificación de pérdida de capacidad del actor, como quiera que ya cuenta con concepto de rehabilitación no favorable.

En lo relativo al numeral cuarto, de proteger el derecho a la salud, como no fue objeto de impugnación, se mantendrá incólume.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para abordar los problemas planteados la Sala estudiará los siguientes temas: i) Generalidades de la acción de tutela; ii) Procedencia de la acción

13-001-33-33-005-2020-00116-01

constitucional para el pago y reconocimiento de incapacidades; iii) Régimen de Seguridad Social en Salud para el pago de incapacidades de origen común - Entidad prestadora con la obligación de correr con la dispensa de esta clase de emolumentos; iv) Legitimación en la causa por activa y por pasiva, v) Caso concreto.

5.4.1 Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

5.4.2 Procedencia de la acción constitucional para el pago y reconocimiento de incapacidades.

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha establecido que el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales adeudadas procede por la vía de la acción de tutela, en aquellos casos en los que el juez constitucional advierta que el no pago de incapacidades pueda generar un detrimento mayor a los derechos del tutelante, toda vez que, existen factores como la edad, el estado de salud, las condiciones económicas, sociales y

13-001-33-33-005-2020-00116-01

familiares, que son aspectos de obligatoria ponderación, pues exigirle a ciertas personas asumir las complejidades propias de los procesos ordinarios, en algunos casos podría redundar en que la vulneración de un derecho fundamental, como la dignidad humana o el mínimo vital, se prolongue de manera injustificada.

Así las cosas, la sentencia T-490 de 2015 fijó una serie de reglas en materia de idoneidad de la acción de tutela para el reconocimiento de las incapacidades médicas laborales por parte de las E.P.S, que se pueden sintetizar en;

“i) El pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar.

ii) El pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta”

En este sentido, menciona el Máximo Órgano de Cierre Constitucional, mediante esta misma sentencia, que;

“Cuando no se reconoce el pago de las incapacidades laborales, se pueden estar afectando otros derechos fundamentales como la salud, la vida en condiciones dignas, el mínimo vital del trabajador y de su núcleo familiar, ya que en la mayoría de los casos el subsidio por incapacidad representa su único sustento”

Por esta razón, se presume que el pago de las incapacidades laborales constituye la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su subsistencia y la de su familia. Es por ello que a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar los beneficios prestacionales, entre ellas las incapacidades, y cuando éstas no se pagan oportunamente se afectan derechos del orden constitucional, por lo que se hace necesaria la intervención del Juez de tutela a fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el solicitante y su núcleo familiar.

Por ello, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital, la salud y la seguridad social, cuando el peticionario se ve desprovisto del pago de las incapacidades médicas. Esto, aun cuando el conocimiento de las reclamaciones concernientes a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social Integral Corresponda, en principio, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social. Esto se hace aún más notable, cuando el Órgano de Cierre Constitucional, en Sentencia T-161 del 2019, expuso que el

13-001-33-33-005-2020-00116-01

trámite que se cierra mediante la jurisdicción ordinaria, o ante la Superintendencia de Salud, tiende a carecer de idoneidad, en razón del tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza, lo cual, habilita a la tutela, para resolver esta clase de litigios, siempre que se cumplan con los principios generales de la acción constitucional.

Entonces, si las incapacidades debidamente certificadas al trabajador no son desembolsadas, de manera oportuna, ello puede generar vulneraciones iusfundamentales, razón por la cual el juez de tutela se ve legitimado para pronunciarse sobre el fondo del asunto con el propósito de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el trabajador, y en algunos casos su núcleo familiar.

En definitiva, cuando se interponga una acción de tutela que pretenda meramente el pago de incapacidades médicas, si bien los accionantes podrían acudir a un proceso laboral ordinario o un proceso abreviado ante la Superintendencia Nacional de Salud, el Juez de tutela no puede dejar de lado que “la ausencia o dilación injustificada de dichos pagos afecta gravemente la condición económica del trabajador, así como sus derechos al mínimo vital y a la salud, pues éste deriva su sustento y el de su familia de su salario, que es suspendido temporalmente en razón a una afectación de su salud. Así la mora en dichos pagos puede situar al reclamante en circunstancias apremiantes, que ponen en riesgo su subsistencia digna”².

5.4.3 Régimen de Seguridad Social en Salud para el pago de incapacidades de origen común - Entidad prestadora con la obligación de correr con la dispensa de esta clase de emolumentos.

Las incapacidades médicas pueden tener origen en una enfermedad y/o un accidente, o ser de procedencia común. En uno u otro caso el sistema integral de seguridad social prevé el pago de las respectivas incapacidades. Sin embargo, dependiendo de cuál sea el origen varía la entidad encargada de cancelar las respectivas incapacidades.

En lo concerniente a las enfermedades de origen común, las incapacidades menores, esto es, que tengan una duración máxima de dos (2) días, serán asumidas directamente por el empleador conforme a lo dispuesto en el Decreto 2943 de 2013. De igual forma, a la EPS le corresponde pagar las incapacidades de origen común a partir del día tres (3), siempre y cuando la misma sea prórroga de otra, y no supere los ciento ochenta (180) días.

Debe anotarse que, el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, establece que son los empleadores quienes deben tramitar el reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad general ante las Empresas Promotoras de Salud, el propósito de la referida norma es no transferirle al trabajador la carga

² Sentencia T-140 de 2016, Corte Constitucional.

13-001-33-33-005-2020-00116-01

administrativa que supone la obtención de dicho reconocimiento prestacional.

En ese estado de la evolución de la incapacidad del afiliado, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral o de la posibilidad de recuperación. Y toma un papel importante el concepto favorable de rehabilitación, por ello, conviene destacar que conforme el Decreto-Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal y remitirlo a la AFP que corresponda antes del día 150.

En los eventos en que las EPS no cumplan lo anterior, les compete pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, es decir, les asistirá el deber de asumir el pago de dichas sumas desde el día 181 y hasta el día en que emitan el concepto en mención.

En caso de que la EPS emita concepto favorable de rehabilitación, la AFP tendrá que postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral hasta por 360 días calendario adicional a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó y pagó la EPS. En este evento se generará el derecho al reconocimiento de un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador que estará a cargo de la AFP a la que se encuentre afiliado.

Entonces, el trabajador encontrará cubiertas sus necesidades económicas con el pago de las respectivas incapacidades, correspondiendo cubrir a la EPS los primeros 180 días y a la AFP hasta por 360 días más, según lo dispone el Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001:

“(...) para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la administradora de fondos de pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador”.

De este modo es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, caso en el cual será la llamada a responder.

Superados los 540 días de incapacidad, si el trabajador continúa recibiendo incapacidades, aunque hubiese sido calificado con una pérdida de capacidad inferior a 50%, surge el interrogante de quién es el llamado al reconocimiento y pago de las mismas. Es así como la Ley 1753 de 2015, con el fin de superar el vacío legal que existía en esta materia, estableció en su artículo 67 ibídem, la obligación de reconocer y pagar las incapacidades por enfermedad de origen común de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en

13-001-33-33-005-2020-00116-01

Salud que superen los 540 días continuos a las EPS.

Seguido, el Decreto 1333 de 2018 por medio del cual se sustituye el Título 3 de la parte 2 de del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, **reglamentó las incapacidades superiores a los 540 días, señalando en su artículo 2.2.3.3.1 que la obligación sobre el pago de dichas incapacidades originadas por una enfermedad general de origen común, corresponde a las EPS.**

En conclusión, se debe indicar que a través de la providencia T-161 de 2019 se sintetizó el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común de la siguiente manera;

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2014

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Hechos Relevantes Probados.

- Concepto de Rehabilitación NO FAVORABLE del actor, expedido por COOMEVA expedido el día **28 de enero del 2020**.
- Certificado de cese de pago de salarios por incapacidad superior a 180 días emitido por SERVIMAC con fecha 6 de noviembre de 2019.
- Certificado de incapacidad emitido por el Centro Médico Buenos Aires en favor del actor, desde el 16 de diciembre de 2019 hasta el 1 de enero del 2020.
- Certificado de incapacidad emitido por el Centro Médico Buenos Aires en favor del actor, desde el 1 de enero del 2020 hasta el 16 de enero del 2020.
- Copia de la historia clínica del actor, del 31 de enero de 2019,
- Certificado de aportes- al Sistema de Seguridad Social.
- Oficio remisorio de concepto de rehabilitación- Coomeva con fecha **29 de agosto de 2019 (no se aporta el concepto)**.
- Solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral emitido por Servimac con fecha 20 de septiembre de 2019.

5.5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

Observa esta Sala de Decisión, que la parte accionante solicita que se protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y a la salud y seguridad social, por considerarlos vulnerados por **COOMEVA EPS, ARL SURA, COLPENSIONES, EMPRESA SERVIMAC – SERVICIOS INTEGRALES Y MANEJO DE**

13-001-33-33-005-2020-00116-01

CARGAME y JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, al negarle el pago de las incapacidades desde 01 de agosto de 2019 hasta la fecha, entre otros aspectos.

Al proceso se trae como pruebas un oficio remisorio de un concepto de rehabilitación expedido en agosto de 2019 por parte de Coomeva, en el que se informa que el mismo es favorable para el actor, y que, a esa fecha, ya habían transcurrido 195 días de incapacidad; sin embargo, no se trajo al proceso el referido concepto.

De otra parte, se halla en el plenario otro concepto de rehabilitación NO FAVORABLE de tutelante, expedido el día 28 de enero del 2020, en el que se afirma que las incapacidades otorgadas a este han sido continuas por el mismo origen (Enfermedad De Origen Común – Demencia No Especificada- Secuelas De Enfermedad Cerebrovascular) y superan los 360 días.

Se aporta un certificado de cese de pago de salarios por incapacidad superior a 180 días emitido por SERVIMAC, como empleador del actor, de fecha 6 de noviembre de 2019, en el que se le manifiesta que las demás incapacidades superiores a 180 días deberán ser asumidas por el Fondo de Pensiones. Igualmente, se trae 2 incapacidades, que se circunscriben a los periodos desde el 16 de diciembre de 2019 hasta el 1 de enero del 2020 y desde el 1 de enero del 2020 hasta el 16 de enero del 2020, las cuales fueron proferidas por la IPS Centro Médico Buenos Aires (sin transcribir).

Pese a lo anterior, no obra dentro del plenario prueba del trámite adelantado por el interesado respecto de las incapacidades que aduce no le han sido canceladas, incluso no se tiene claridad a que número de días corresponderían, o si se tratan de las incapacidades superiores a los 180 días, pues no se demostró desde que día comenzó la incapacidad, ni se conoce desde qué día cesó el pago de las mismas, por lo que se desconoce en realidad cuantas incapacidades se le adeudan al actor, y si las mismas fueron reclamadas ante Colpensiones o ante la EPS Coomeva. Lo anterior, teniendo en cuenta que solo se aportan dos incapacidades, que van desde diciembre del 2019 a enero de este año.

La anterior situación impediría en principio a este Despacho imponer a la entidad correspondiente la obligación del pago de las respectivas incapacidades, pero si puede inferirse que son superiores a 180 días y contaba con concepto de rehabilitación favorable en septiembre de 2019.

Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador³, ya sea que existe concepto favorable o desfavorable

³ Ver entre otras las sentencias T-097 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-698 de 2014,

13-001-33-33-005-2020-00116-01

de rehabilitación⁴; siempre y cuando la EPS haya enviado el concepto de rehabilitación entre los días 120 y 150, pero, en todo caso, antes del 180. En el sub-examine, hay dos conceptos de rehabilitación, uno favorable, de agosto de 2019, y uno desfavorable de enero de 2020. El primero cuando iban 195 días, y el segundo, mucho más allá; pero en todo caso, ambos extemporáneos, lo que, en principio, liberaría a Colpensiones del pago de las incapacidades generadas durante ese periodo (superior a 180, pero anterior a su conocimiento sobre el concepto de rehabilitación); y se le impondría dicha carga a Coomeva.

Por otra parte, tal como lo sostiene Colpensiones en su contestación e impugnación, las incapacidades deben cumplir un procedimiento o requisitos para que sean radicadas ante esa entidad para su pago, entre ellos, que de las incapacidades emitidas por la IPS Centro Médico Buenos Aires se radiquen en la EPS Coomeva, para que esta las legalice o transcriba, y, posteriormente, se alleguen al fondo de pensiones, junto con los otros documentos requeridos, para que se haga el pago.

En el plenario, no existe prueba de cuando empezaron las incapacidades, cuantos días lleva incapacitado el actor, ni hay prueba la radicación de las incapacidades ante el fondo de pensiones, pues el actor incluso manifiesta que lo hizo ante la ARL, porque su padecimiento tiene un origen laboral, lo cual no es cierto. En ese sentido, no puede obligarse a Colpensiones al pago de una deuda por la cual nadie lo ha requerido.

Sin embargo, en atención al estado de invalidez en el que se encuentra el señor DAGOBERTO PADILLA MARTÍNEZ, **se exhortará tanto a COOMEVA EPS, como a COLPENSIONES** para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, instruyan al actor sobre los requisitos y trámites que debe realizar para que se le reconozca el pago de las incapacidades que se le hayan generado y que aún se encuentren sin cobrar y/o no se hayan pagado.

Ahora bien como quiera que está demostrado que el actor cuenta con un concepto de rehabilitación no favorable, la obligación de dar inicio al trámite de calificación de pérdida de capacidad sí se encuentra en cabeza de Colpensiones, motivo por el cual, esta Judicatura **procederá a amparar el derecho a la seguridad social y debido proceso, del señor DAGOBERTO PADILLA MARTÍNEZ**, y se ordenará a ésta entidad que le dé inicio al trámite antes mencionado, dentro de un término de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta providencia. En caso de requerirse un documento adicional, ello se le informará al interesado y a la EPS Coomeva dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a este fallo, a fin de que los aporten.

M.P. Mauricio González Cuervo; T-333 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-485 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁴ Corte Constitucional en Sentencia T-401 de 2017, y con ponencia de la Magistrada Dra. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

En conclusión, esta Corporación revocará parcialmente el numeral segundo y tercero del fallo de primera instancia, para denegar la protección al derecho al mínimo vital y vida digna; así como la orden de pago de incapacidades, toda vez que no se tiene certeza de cuales incapacidades se le adeudan al accionante, no se conocen los periodos en los que se le concedieron las mismas, ni ante qué entidades se reclamaron (EPS, AFP o ARL); por lo anterior, se exhortará tanto a COOMEVA EPS, como a COLPENSIONES para que instruyan al actor sobre los requisitos y trámites que debe realizar para el pago de dichas incapacidades; además, se ordenará a COLPENSIONES que inicie el trámite para la calificación de la pérdida de capacidad laboral del tutelante, en los términos antes expuestos.

Esta Corporación no se referirá de manera concreta al tema del derecho a la salud, como quiera que el mismo no fue objeto de impugnación.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE los numerales segundo y tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, el cual quedará así:

*“**SEGUNDO: CONCEDER** la presente acción de Tutela interpuesta por DAGOBERTO PADILLA MARTÍNEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES-, por violación del derecho fundamental a la seguridad social y al debido proceso por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES- que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a darle trámite al procedimiento de incapacidad permanente si a ello hubiera lugar de cara al concepto de rehabilitación no favorable emitido por COOMEVA EPS del 28 de enero de 2020. En caso de requerirse un documento adicional, ello debe solicitársele al interesado y a la EPS Coomeva dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a este fallo, a fin de que los aporten.*

***PARÁGRAFO ÚNICO: EXHORTAR** tanto a COOMEVA EPS, como a COLPENSIONES para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, instruyan al actor sobre los requisitos y trámites que debe realizar para que se le reconozca el pago de las incapacidades que se le hayan generado y que aún se encuentren sin cobrar y/o no se hayan pagado”.*

13-001-33-33-005-2020-00116-01

SEGUNDO: CONFÍRMESE en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

QUINTO: Por Secretaría del Tribunal, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 075 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



DIGNA MARIA GUERRA PICÓN