



JUZGADO VEINTIDÓS CIVIL MUNICIPAL
Bogotá D.C., 30 de septiembre de 2021

Ref.: Ex. No. 110014003-022-2021-00864-00

Se decide la acción de tutela interpuesta por Mauricio Guerrero Sisa contra la E.P.S. Famisanar S.A.S., extensiva a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES-, a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Compañía Manufacturera de Pan Comapan S.A.

ANTECEDENTES

El accionante reclamó la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social, los cuales consideró vulnerados por la entidad promotora de salud accionada, al negarse a cancelar el valor de las incapacidades que le han ordenado sus médicos tratantes, bajo el argumento de ser superiores a 540 días y por haber sido calificado con una pérdida de capacidad laboral del 52.22 %, lo cual lo hace beneficiario de una pensión por parte del fondo al que se encuentra afiliado.

Por lo anterior, el gestor solicitó que se le amparen las garantías superiores descritas, se ordene a su EPS reconocer y pagar las incapacidades que le han sido otorgadas desde el 4 de junio al 19 de septiembre del año que avanza, así como aquellas que se generen a futuro conforme lo dispongan los profesionales de la salud.

RESPUESTA DE LA ACCIONADA

Famisanar EPS señaló que por políticas de la compañía no aplica el reconocimiento de incapacidades post 540 días que exige el tutelante, ya que éste fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 52.22% por enfermedad de origen común, con fecha estructuración del 18 de marzo del año 2020, la cual se encuentra en firme y le da derecho a acceder a la pensión de invalidez ante su fondo de pensiones.

Precisó que una vez se le otorgue la pensión por invalidez al tutelante, esta comenzará a pagarse de forma retroactiva desde la fecha en que se produjo el estado de invalidez o a partir del día siguiente de la última fecha de incapacidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3° del Decreto 917 de 1999, y en el presente caso ello ocurriría desde la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, esto es, desde el 18 de marzo de 2020, por ende con el fin de evitar pagos dobles y velar por la correcta destinación de los recursos asignados, no hay lugar a reconocer el pago reclamado.

RESPUESTAS DE LOS VINCULADOS

Colpensiones señaló que por varios años el legislador guardó silencio sobre quién debía asumir el pago de las incapacidades superiores a los 540 días, circunstancia que, por supuesto, generó largos debates académicos y jurisprudenciales. Sin embargo, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 *“por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 todos por un nuevo país”*, cerró la discusión jurídica al indicar que el Sistema de Salud reconocería dicho crédito social y asignó esa responsabilidad a las Entidades Promotoras de Salud.

Agregó que el Decreto 1333 de 27 de julio de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social, por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, reglamentó el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días y precisó los casos en los que las EPS y las entidades obligadas a compensar reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de las enfermedades generales de origen común.

Puntualizó que la llamada a reconocer y pagar las incapacidades causadas con posterioridad al día 540 es la Entidad Promotora de Salud accionada, que a su vez recibirá de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud la retribución correspondiente, sin importar si existe concepto de rehabilitación favorable, desfavorable o incluso si el afiliado ya fue calificado con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, pues el porcentaje puede ser inferior a 50% caso en el cual ni siquiera habrá lugar a estudiar la prestación de invalidez y sin embargo el trabajador no puede quedar desprotegido.

La **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca** precisó que el señor Guerrero Sisa ha sido calificado en diversas oportunidades, sin embargo se encuentra en curso la solicitud de un dictamen que como prueba anticipada pidió el actor para iniciar un proceso contra el Ejército Nacional, en el cual el usuario fue valorado el pasado 4 de junio y la documentación de su caso es revisada a efectos de ser presentada

por el médico ponente en audiencia privada ante la Sala Tercera de Decisión de la Junta Regional.

La **Junta Nacional de Calificación de Invalidez** manifestó que al revisar su sistema de información halló un solo expediente relacionado con el accionante, en que se profirió dictamen el 14 de noviembre de 2018 con una calificación de pérdida de capacidad laboral del 41.30% y a la fecha no existe trámite pendiente por dirimir.

La **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-** indicó respecto al pago de incapacidades superiores a 540 días, que el Decreto 1333 de 2018 estableció como obligación de las EPS el reconocimiento y pago de las mismas: “**i)** cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico; **ii)** 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; **iii)** cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prologuen el tiempo de recuperación del paciente”.

De manera que de presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, las EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día 541, y para eso el ADRES reconoce y liquida a las EPS por cada afiliado cotizante al régimen contributivo, 3 puntos adicionales al 0.35% que se reconoce por concepto de provisión de incapacidades por enfermedad general.

La **Superintendencia Nacional de Salud** solicitó su desvinculación de la presente acción de tutela, tras considerar que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión que le sea atribuible, lo que a su juicio impone la declaratoria de falta de legitimación en la causa por pasiva frente a la Entidad.

Finalmente, la **Compañía Manufacturera de Pan Comapan S.A.**, en su condición de empleadora del accionante, solicitó que se declare la improcedencia de la presente acción frente a la empresa, como quiera que no ha vulnerado ninguna garantía superior al actor y los llamados a satisfacer sus pretensiones son su EPS o el fondo de pensiones al que se encuentra afiliado.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con los elementos de juicio que obran en el plenario, el problema jurídico a resolver en esta oportunidad consiste en determinar si la E.P.S. Famisanar S.A.S. vulneró las garantías constitucionales invocadas por el tutelante, al negarse a pagarle las incapacidades que le han sido otorgadas por sus médicos tratantes desde el 4 de junio del año que avanza, bajo el argumento de que dicho reconocimiento no aplica por tratarse de

incapacidades post 540 días, y el actor al ser calificado con una pérdida de capacidad laboral superior al 50% debe gestionar la pensión de invalidez ante su fondo de pensiones.

Para definir el problema anotado, es precisó iniciar por recordar que la acción de tutela se ha consagrado como un mecanismo preferente y sumario al que puede acudir toda persona por sí misma o por quien actúe en su nombre, para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en los casos expresamente permitidos, siempre que se hayan agotado por parte del afectado, todos los mecanismos ordinarios de protección que hubiese tenido a su alcance, no disponga a la formulación de la solicitud excepcional, de otro mecanismo de defensa judicial, y se invoque como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En este orden, la tutela solo procede cuando el agraviado no cuente con otro mecanismo de defensa judicial de sus prerrogativas fundamentales, o si aun existiendo, se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el presente caso, el promotor del amparo solicita que se le paguen las incapacidades prescritas por sus médicos tratantes desde el pasado 4 de junio, pues afirma que su EPS se niega a realizar el pago correspondiente.

Con el fin de resolver dicha controversia, memórese que, en principio, no es la acción de tutela el mecanismo adecuado para ordenar el pago y reconocimiento de las incapacidades a favor de un trabajador o afiliado, cuando su empleador o cualquiera de las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social Integral se sustraen de tal obligación, no obstante, la jurisprudencia ha recocado que este mecanismo excepcional puede abrirse paso para el efecto, cuando la negativa en el pago y reconocimiento de la incapacidad afecta gravemente el mínimo vital del solicitante.

Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia T-008 de 2018 recordó:

“Así las cosas, el mecanismo idóneo para solucionar las controversias sobre el reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, corresponde a la justicia ordinaria.

Sin embargo, cuando el pago de incapacidades laborales constituye el único medio para la satisfacción de necesidades básicas, la acción de tutela también se convierte en mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al mínimo vital”.

Así mismo, en la sentencia T-920 de 2009, la Corte Constitucional expuso:

“...esta Corporación ha procedido a ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela, cuando se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador, en la medida en que dicha prestación constituya la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades personales y familiares, ello sobre la base de que los mecanismos ordinarios instituidos para el efecto, 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”. (...)”

Visto de ese modo el asunto, se advierte que en el presente caso es posible estudiar la procedencia del pago de las prestaciones reclamadas por el accionante, pues en el escrito genitor aquel manifestó que el no pago de los periodos de incapacidad que reclama por ésta vía agrava su situación económica y su mínimo vital, pues dichos recursos constituyen su único medio para sobrevivir y poder pagar las obligaciones que le han dejado los momentos de crisis por los que ha atravesado, lo cual pone en evidencia la difícil situación económica que atraviesa el actor, situación que además no fue controvertida de manera alguna por la entidad accionada.

Así las cosas, establecida la facultad de este estrado judicial para resolver la controversia que aquí se presenta, procede el Despacho a emitir el pronunciamiento que en derecho corresponde.

Frente a pago y/o reconocimiento de incapacidades, la Corte Constitucional en sentencia T-401 de 2017 hizo alusión a las normas que regulan dicha prestación y estableció con base en ellas, a quién le correspondía su pago.

Al respecto, manifestó:

*“las **reglas** jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540 son las siguientes:*

*(i) Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente*

*(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las **EPS**.*

*(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las **AFP**, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.*

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente.” (Subrayado intencional del Juzgado).

Ahora bien, respecto de aquellas incapacidades superiores a los 540 días, éstas deben ser asumidas nuevamente por la EPS, quien podrá perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, tal y como lo dispone el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, que prevé:

*“ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. La Entidad administrará los siguientes recursos:
(...)*

Estos recursos se destinarán a:

*a) El reconocimiento y pago a las **Entidades Promotoras de Salud** por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos**. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades”. (Negrilla intencional del Juzgado).*

Por su parte, el Decreto 1333 de 27 de julio de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social, por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, reglamentó las incapacidades superiores a 540 días y dictó otras disposiciones, véase como el Capítulo III Artículo 2.2.3.3.1 relativo al reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días, indica:

*“**Las EPS** y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de **enfermedad general de origen común superiores a 540** días en los siguientes casos:*

- 1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.*
- 2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que origino 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 y uno (541)**”. (Negrilla intencional del Juzgado).*

Así las cosas, de lo anterior se concluye que cuándo la incapacidad sea de origen común, y ésta abarque un periodo de tiempo prolongado, sin que medie interrupción, el pago de los dos primeros días corresponderá al empleador, del día 3 al 180 dicha obligación estará en cabeza de la entidad promotora de salud a la que el trabajador se encuentre afiliado, en caso de que medie concepto de rehabilitación favorable o desfavorable oportunamente expedido, el pago de las incapacidades generadas entre el día 181 y el 540 corresponderá al Fondo de Pensiones correspondiente, y finalmente aquellas incapacidades generadas a partir del día 541 volverán a estar a cargo de la EPS.

Visto de ese modo el asunto, en atención al historial médico del señor Guerrero Sisa, desde ya ha de advertirse que el pago de las incapacidades aquí reclamadas se encuentra a cargo de la E.P.S. Famisanar S.A.S., pues el periodo que se reclama se encuadra dentro de los días que, de acuerdo con las normas y jurisprudencia vigente, están a su cargo.

Nótese que el actor reclama el pago de las siguientes incapacidades, las cuales se encuentran respaldadas en los certificados médicos cuyas copias reposan a folios 26, 30, 34, 38, 41, 73 y 81 del archivo digital “003PruebasAnexos2” del expediente digital de tutela:

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	TOTAL DÍAS
04 – 06 – 2021	07 – 06 2021	04
08 – 06 – 2021	07 – 07 2021	30
08 – 07 – 2021	12 – 07 2021	05
13 – 07 – 2021	11- 08 – 2021	30
12 – 08 – 2021	10 – 09 -2021	30
11 – 09 – 2021	15 – 09 – 2021	04
16 – 09 – 2021	15 – 10 – 2021	30

Los aludidos periodos superan los 540 días previos de incapacidad, lo cual se extrae de la certificación expedida por E.P.S. Famisanar S.A.S., visible a folios 65 al 71 del archivo “003PruebasAnexos2” del expediente digital de tutela, en la que se evidencia que la última incapacidad pagada al accionante fue aquella que inició el 5 de mayo de 2021 y finalizó el 3 de junio de la misma anualidad, dejando la constancia de “*Usuario con incapacidad prolongada (540)*”.

De ahí es claro que si al tutelante se le continúan expidiendo incapacidades por parte de los profesionales de la salud, ello obedece que el paciente no se ha recuperado de las enfermedades que lo aquejan, lo cual suple la exigencia número 2 del artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 27 de julio de 2018 reglamentario de las incapacidades superiores a 540 días.

De manera que en la medida que se encuentra plenamente demostrado que las incapacidades que reclama el promotor de la acción se encuentran debidamente respaldadas en certificados expedidos por sus médicos tratantes y se trata de incapacidades

post 540 días, cuyo pago debe asumir la EPS a la que se encuentra afiliado, el amparo será concedido.

En consecuencia, sin que sea necesario pronunciamiento adicional, se ordenará a la E.P.S. Famisanar S.A.S., que asuma el pago de las incapacidades generadas en favor del afiliado del día 541 en adelante, hasta tanto el usuario sea beneficiario de la pensión de invalidez a la que tiene derecho, debido a que la calificación de su pérdida de capacidad laboral superó el 50%.

Ahora bien, lo anterior no es óbice para que la Entidad Promotora de Salud efectúe revisiones periódicas sobre la evolución del paciente en curso de la incapacidad continua, con el fin de detectar situaciones de abuso del derecho, que podrían acarrear la suspensión del pago de esas incapacidades, conforme lo contempla el decreto atrás referenciado.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Veintidós Civil Municipal de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales invocados por el señor **Mauricio Guerrero Sisa**, los cuales han sido vulnerados por la **E.P.S. Famisanar S.A.S.**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **E.P.S. Famisanar S.A.S.**, que a través de su Representante legal o quien haga sus veces, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, asuma el pago de las incapacidades prescritas al promotor del amparo **del día 541 en adelante**, y hasta que el afiliado sea beneficiario de la pensión de invalidez, como quiera que fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 52.22 %.

Lo anterior, sin perjuicio de que la entidad efectúe revisiones periódicas sobre la evolución del paciente en curso de la incapacidad continua, con el fin de detectar situaciones de abuso del derecho, que podrían acarrear la suspensión del pago de esas incapacidades, conforme lo contempla el Decreto 1333 de 27 de julio de 2018, reglamentario de las incapacidades superiores a 540 días.

TERCERO: Notifíquese ésta decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz, privilegiando el uso de medios digitales.

CUARTO: Remitir lo actuado a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnado este fallo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CAMILA ANDREA CALDERÓN FONSECA
Jueza

(DLGM)

Firmado Por:

Camila Andrea Calderon Fonseca
Juez
Juzgado Municipal
Civil 022
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **196f3fc6c0bf2362bedb3abcaefd7803f9151afac674c85acc66a5d01999a644**
Documento generado en 30/09/2021 08:47:32 PM

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