

REPUBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL DE CALI
SENTENCIA No. 77**

Santiago de Cali, cuatro (04) de junio de dos mil veinte (2020).-

PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : YOSLANI MUÑOZ MUÑOZ C.C. 31.936.597
ACCIONADOS : COMFENALCO VALLE EPS
RADICADO : 760014003009-2020-00207-00

Agotado el trámite de la instancia se procede a dictar sentencia.

ANTECEDENTES

La petición de Amparo

Pretende la accionante se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso e igualdad, presuntamente vulnerados por COMFENALCO VALLE EPS, al no realizar el pago de las incapacidades médicas generadas con fecha de inicio del 29 de julio de 2019, 26 de diciembre de 2019 y 25 de enero de 2020. En consecuencia, solicita se ordene a la entidad tutelada proceder con el pago de las incapacidades en comento.

Como fundamento de sus pretensiones, manifiesta que se encuentra afiliada a COMFENALCO VALLE EPS como dependiente de la compañía SPATARO NAPOLI S.A.S., que debido a su estado de salud, permaneció incapacitada desde el 18 de febrero de 2018 hasta el 25 de febrero de 2020; cumpliendo los 540 días de incapacidad continua el 29 de junio de 2019, por lo que su empleador radicó ante la EPS accionada las incapacidades que ahora se deprecia su pago.

Informa que como consecuencia de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Sexto Penal Municipal con Funciones de Garantía de Cali, el 16 de enero de 2020 COMFENALCO VALLE EPS efectuó un pago parcial de dichas incapacidades, por lo que su empleador radicó un derecho de petición ante la mencionada EPS con el fin de obtener el pago de las restantes, sin embargo, aduce que a la fecha aún no se le han sido reconocidas, situación que la afecta pues depende de este ingreso para poder subsistir.

Trámite Procesal

Mediante auto No. 939 del 22 de mayo de 2020 se admitió la acción de tutela contra COMFENALCO VALLE EPS, se vinculó a COLPENSIONES, a SPATARO NAPOLI S.A.S., a la ADRES y se les requirió para que allegaran copia del record de incapacidades expedidas a la señora YOSLANI MUÑOZ MUÑOZ; providencia notificada a través de correo electrónico según constancia de entrega emitida por el servidor.

Por otra parte, en virtud de lo informado por COLPENSIONES, mediante auto No.941 del 29 de mayo de 2020, se ofició al Juzgado Sexto penal Municipal con función de Control de Garantías, para para que allegara copia de la sentencia de tutela proferida dentro del radicado No. 2019-00248-00, en la cual figura como accionante la señora YOSLANI MUÑOZ MUÑOZ en contra de COMFENALCO VALLE EPS, informando si la sentencia fue confirmada en el caso de haber sido impugnada, y si se ha iniciado incidente de desacato con el fin de obtener el pago de los subsidios por incapacidad.

Contestaciones de la entidad accionada y los vinculados:

COMFENALCO VALLE EPS, manifestó que una vez verificada la información, en el caso de la señora YOSLANI MUÑOZ MUÑOZ, se evidencia una notificación de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y ocupacional realizada en ultima oportunidad por esta EPS con un porcentaje del 51.4%, con fecha de estructuración 31/07/2019 y origen de la enfermedad general, la cual fue notificada al fondo de pensiones COLPENSIONES y SURA, por ello, se debe solicitar a la AFP el reconocimiento de la pensión de invalidez, y el pago de la mesada pensional de manera retroactiva a la fecha de estructuración, es decir desde el 31/07/2019.

Por otra parte, puso en conocimiento el oficio No. 4098 del 27 de diciembre de 2019, por medio del cual se le notificó el fallo de tutela proferido por el Juzgado Sexto Penal Municipal con funciones de control de garantías dentro del radicado No. 2019-00248-00, donde figura como accionante la señora YOSLANI MUÑOZ MUÑOZ en contra de COMFENALCO VALLE EPS, en el que se resolvió tutelar los derechos fundamentales de la accionante y se ordenó a esta EPS reconocer y pagar las siguientes incapacidades: *“fecha de inicio 28 de agosto de 2019 fecha final 26 de septiembre de 2019 por 30 días, fecha de inicio: 27 de septiembre de 2019 pro 30 días, Fecha de inicio: 27 de octubre de 2019 por 30 días, Fecha de inicio: 26 de noviembre de 2019 por 30 días”*.

Finalmente, insiste en que la accionante tiene una fecha de estructuración de pérdida de capacidad laboral a partir del 31 de julio de 2019, por lo que tendría derecho al pago retroactivo de pensión de invalidez desde esta fecha, sin embargo, como la EPS pagó dichas incapacidades por orden del Juez constitucional, la usuaria ha perdido este derecho ante el sistema pensional, razones por las que solicita se declare improcedente la presente acción de tutela.

COLPENSIONES, informó que la accionante adelantó una acción de tutela ante el Juzgado Sexto Penal Municipal con función de garantías de Cali, por lo tanto algunos de los periodos solicitados en esta acción constitucional ya fueron objeto de pronunciamiento en el mentado fallo, indica además que según el conteo de incapacidades se determinó que el día inicial de incapacidad fue el 12/02/2018, que el día 180 fue el 15/08/2018 y el día 540 fue el día 10/08/2019, caso en el cual procederían las incapacidades del día 180 a 540 siempre que se cuente con concepto favorable de rehabilitación emitido por la EPS y notificado a Colpensiones.

Agregó, que los periodos solicitados por la accionante y que no fueron objeto de amparo en la anterior acción constitucional, corresponden a incapacidades superiores al día 540, por lo tanto la llamada a reconocerlas y pagarlas es la EPS, que a su vez recibirá de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud la retribución correspondiente.

Finalmente, indicó que esta AFP emitió dictamen de calificación de PCL en favor de la accionante, el 22 de mayo de 2020 DML 3681906, que se encuentra en proceso de calificación.

ADRES, respecto al caso en concreto indicó que es función de la EPS y no de esta Administradora el pago de las incapacidades superiores a 540 días, no obstante, reitera que según el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, el artículo 41 de la ley 100 de 1993, el artículo 67 de la ley 1753 de 2015 y el Decreto 1333 de 2018, establecen de forma precisa que entidades deben asumir el pago de las incapacidades teniendo en cuenta la duración de la misma. Pone de presente que con fundamento en el artículo 6 de la Resolución 6411 del 2016, el ADRES reconoció y liquidó a las EPS por cada afiliado cotizante al régimen contributivo, a

partir del proceso de compensación del mes de octubre de la vigencia 2017, 3 puntos adicionales al 0.35% que se venía reconociendo desde enero, por concepto de provisión de incapacidades por enfermedad general, el cual se justifica por el riesgo que el legislador les atribuyó en el artículo 67 de la ley 1753 de 2015, razón por la cual dicha entidad no ha vulnerado derechos fundamentales a la tutelante.

SPATARO NAPOLI S.A.S., por conducto de su Representante Legal, indicó que la accionante se encuentra vinculada laboralmente con esta empresa desde el 16 de noviembre de 2016, que desde el inicio de la relación laboral ha efectuado los aportes correspondientes a la Seguridad Social Integral, que es cierto que la accionante se encuentra incapacitada desde el 18 de febrero de 2018 cumpliendo los 540 días de incapacidad el 29 de junio de 2019.

Manifiesta que mediante acción de tutela proferida por el Juzgado Sexto Penal Municipal con funciones de Garantías, se ordenó a COMFENALCO VALLE EPS pagar a la accionante las incapacidades, sin embargo, una vez realizada las validaciones pertinentes se evidenció que quedaban pendientes de pago las incapacidades de fecha 26 de diciembre de 2019 y 25 de enero de 2020, así mismo en la tutela referenciada no se incluyó aquella correspondiente al 29 de julio de 2019. Sostiene que esta empresa no ha vulnerado los derechos fundamentales a la accionante pues ha realizado todas las gestiones encaminadas a su reconocimiento y pago.

Finalmente, el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de garantías atendiendo el oficio emitido por el Despacho allegó la sentencia de tutela 254 dentro del radicado No. 2019-00248-00, del 27 de diciembre de 2019, en el que figura como accionante la señora YOSLANI MUÑOZ MUÑOZ en contra de COMFENALCO VALLE EPS.

CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

El problema jurídico puesto a consideración del Despacho, consiste en determinar, si a la luz de los criterios determinados por la jurisprudencia constitucional, procede la acción de tutela para ordenar el pago de las incapacidades médicas prescritas a la accionante, y en caso afirmativo, determinar quién es el encargado de su reconocimiento.

Para responder el problema jurídico planteado, es pertinente recalcar que dado el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, ésta solo procede en aquellos casos en que no existan otros medios de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales o que aun existiendo estos no resultan idóneos para garantizar dichas prerrogativas, de este modo, respecto a la procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales, la Corte Constitucional ha sostenido que “en principio, a la jurisdicción ordinaria le corresponde resolver las controversias laborales, y que la procedibilidad de la acción de tutela resulta justificada cuando la falta de pago de acreencias de esa índole genera amenaza o vulneración de derechos fundamentales como al mínimo vital y a la vida digna cuando constituye la única fuente de ingresos del afectado y su núcleo familiar¹”.

Así, **en sentencia T-246 de 2018** la Corte Constitucional reiteró la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de incapacidades, en los siguientes términos:

“Así las cosas, 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

¹ T-020 de 2018.

en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza³⁸. (subrayado fuera de texto).

“En otros términos, las discusiones que versan sobre el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, como son los subsidios de incapacidad, deben ser controvertidas en principio en el natural espacio de debate de la jurisdicción laboral o contencioso administrativa, o ante la Superintendencia Nacional de Salud, según el caso, y sólo de manera excepcional a través de la acción de tutela, siempre y cuando, el medio de defensa judicial previsto en el ordenamiento jurídico, apreciado en concreto, no resulte eficaz para la protección del derecho fundamental invocado – como el mínimo vital-, y que las circunstancias específicas del caso hagan necesaria la intervención del juez de tutela”.

Aunado a lo anterior, también ha considerado que es necesario que se cumpla con el requisito de INMEDIATEZ, debido a que “...La finalidad de la acción de tutela es garantizar una protección efectiva, actual y expedita frente a la transgresión o amenaza inminente de un derecho fundamental, motivo por el cual, entre la ocurrencia de los hechos en que se funde la pretensión y la presentación de la demanda, debe haber transcurrido un lapso razonable. En el evento en que no se cumpla con el requisito de inmediatez, se puede causar inseguridad jurídica frente a situaciones ya consolidadas, con lo que, a su vez, se puede afectar a terceros sobre los cuales recaiga la decisión e incluso el juez constitucional podría estar acolitando una conducta negligente de quienes se consideran afectados en sus derechos fundamentales...”².

EL PERJUICIO IRREMEDIABLE. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA (Sentencia T 020 de 2018).

“Recientemente esta Corte puntualizó acerca de las dos hipótesis que conducen a que pese al incumplimiento del supuesto de subsidiariedad enlistado, la acción de tutela sea procedente en el caso concreto. Se configuran: (i) cuando se utiliza como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable y (ii) cuando se concluye que las vías ordinarias son ineficaces para la protección del derecho.

De la configuración del perjuicio irremediable, se adujo que precisa verificarse: “(i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de los derechos en riesgo.” Adicionalmente, se aclaró que: “...cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como (...) personas en condición de discapacidad, (...) entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos...”.

De lo anterior resalta esta Sala que existen dos excepciones a la aplicación del principio de subsidiariedad en materia de tutela, son: (i) la utilización del medio constitucional de forma transitoria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, y (ii) la aplicación de forma definitiva cuando los medios ordinarios existentes no resulten idóneos para conjurar la acción vulneradora. Estos criterios se ven matizados cuando la persona implicada precisa especial protección constitucional, y cuando la afectación a los derechos fundamentales impone que incluso en la primera hipótesis mencionada puede decidirse un amparo definitivo”.

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES MÉDICAS DE ORIGEN COMÚN (Sentencia T- 447 de 2017)

“... Las incapacidades médicas pueden tener origen en una enfermedad o en un accidente, que a su vez pueden tener origen común o profesional. 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. Entonces, teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, así como las particularidades del caso objeto de revisión, tan solo se indicarán las normas vigentes para el pago de incapacidades de origen común.

² Corte Constitucional. Sentencia T-246 de 2018.

En primer lugar, 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, que modificó lo que originalmente se disponía en la materia, en el Decreto 1406 de 1999. De igual forma, a la EPS le corresponde pagar las incapacidades de origen común a partir del día tres, siempre y cuando la misma no sea prórroga de otra, y no supere los ciento ochenta (180) días, lo anterior de conformidad con el artículo 206 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, si se advierte que el empleador no ha afiliado a sus trabajadores al Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá este responder con un auxilio monetario por los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad, según lo dispuesto en el Artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo.

En el mismo sentido, para poder acceder al reconocimiento y pago de enfermedades de origen común, el empleador debió haber realizado como mínimo, y de forma completa, sus cotizaciones durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores, según lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999. Por su parte, los trabajadores deberán haber cotizado como mínimo cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completas antes de la estructuración o diagnóstico de la incapacidad consecuencia de una enfermedad de origen común, según lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto 783 de 2000.”

El pago de las incapacidades generadas con posterioridad a la calificación de pérdida de capacidad laboral. Reiteración de jurisprudencia. (Sentencia T-008 de 2018)

“Como regla general, cuando un trabajador presenta pérdida de capacidad laboral inferior al cincuenta por ciento (50%) debe ser reincorporado al cargo que venía desempeñando, o si ello no fuere posible a otra actividad que no sea incompatible con su situación de discapacidad, siempre que los dictámenes médicos determinen que es apto para ello.

No obstante, esa regla tiene su excepción cuando el trabajador, a pesar de presentar un porcentaje de PCL inferior al 50%, no puede reincorporarse a su puesto de trabajo o a otra actividad, debido a que sus problemas de salud persisten y le generan nuevas incapacidades médicas. Esta situación no fue contemplada en la Ley 100 de 1993, ni en sus decretos reglamentarios, razón por la cual la jurisprudencia constitucional ha llenado ese vacío normativo.

En efecto, este Tribunal en sentencia T-140 de 2016, reconstruyó la línea jurisprudencial sobre la materia y concluyó que “los pagos por incapacidades superiores a los primeros 180 días deben ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por 360 días adicionales, sin importar que ya se haya realizado la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuando este siga presentando afectaciones a su estado de salud que le impidan trabajar.”.

Sobre el particular, la Corte en sentencia T-920 de 2009 sostuvo:

“En el evento en que el afiliado no alcance el porcentaje requerido de invalidez o se le haya dictaminado una incapacidad permanente parcial, y por sus precarias condiciones de salud se sigan generando incapacidades laborales, le corresponde al Fondo de Pensiones continuar con el pago de las mismas hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez”.

A su vez, en sentencia T-729 de 2012, señaló: “En el caso en el que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, **no obstante haber sido evaluado por la Junta de Calificación de Invalidez y se dictamine una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50 %**, la Corte ha interpretado, conforme con la Constitución Política y el precitado artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que le corresponde al fondo de pensiones el pago de las incapacidades superiores a los primeros 180 días, a menos que; i) se expida el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, que le permita consolidar el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez o ii) que se emita un nuevo concepto por parte del médico tratante que establezca que el actor se encuentra apto para reanudar labores”. (Énfasis agregado).

De esta manera, el pago de esas incapacidades debe realizarse, incluso, después de que se realice el dictamen de pérdida de capacidad laboral, “hasta que el médico tratante emita un concepto en el que se determine que la persona está en condiciones de

reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %.”.

Así las cosas, el pago de incapacidades no puede suspenderse cuando se realiza el examen de pérdida de capacidad laboral, sino hasta el momento en que la persona pueda reintegrarse a su puesto de trabajo o en su defecto le sea reconocida pensión de invalidez.

Sin embargo, es preciso determinar quién es el responsable del pago por incapacidades generadas luego del día 540. El artículo 67, inciso segundo, literal A de la Ley 1753 de 2015, resuelve tal inquietud en los siguientes términos:

Estos recursos [esto es, los que administra la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES–] 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.

Esto lleva a concluir que el pago de las incapacidades generadas con posterioridad a los 540 días continuos deba ser asumido por las EPS, quienes a su vez podrán reclamar ante la ADRES el reembolso de los pagos realizados por tales conceptos como lo expuso la Corte en Sentencia T-144 de 2016:

“Teniendo presente esta nueva normativa, es claro que en todos los casos futuros; esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la Ley –9 de junio de 2015–, el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar lo normado. Como se puede observar en la norma transcrita, **el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes podrán 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, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.**”.

En síntesis el pago de incapacidades médicas laborales por enfermedad de origen común está a cargo de la EPS durante los primeros 180 días. A partir del día 181 y hasta el día 540, los pagos deben ser realizados por la Administradora de Pensiones. Luego, a partir del día 541, corresponde a la EPS asumir tales costos, sobre los cuales podrá solicitar el respectivo reembolso ante la ADRES de conformidad con las previsiones legales y pronunciamientos judiciales expuestos en este acápite”.

Caso concreto

Descendiendo al caso concreto, advierte el Despacho que mediante la presente acción constitucional, la señora **YOSLANI MUÑOZ MUÑOZ**, solicita se ordene a COMFENALCO VALLE EPS, pagar las incapacidades que le fueron otorgadas con fecha 29 de julio de 2019, 26 de diciembre de 2019 y 25 de enero de 2020, que según aduce no le han sido reconocidas por la entidad accionada.

Como pruebas anexa el oficio No. CL62035 por medio del cual COMFENALCO VALLE EPS informa a SPATARO NAPOLI S.A.S, que respecto al reembolso de la prestación económica de la señora YOSLANI MUÑOZ MUÑOZ, la entidad no se puede asumir dicho costo debido al concepto de rehabilitación no favorable, por lo que las incapacidades superiores a los 540 días deben ser asumidas por la AFP COLPENSIONES y las relaciona así:

Numero de documento	Numero de incapacidad	Fecha de inicio	Fecha fin	Días de incapacidad	Días acumulados
31936597	55616919	2020/01/25	2020/02/23	30 días	735
31936597	55613892	2019/12/26	2020/01/24	30 días	705

31936597	55588598	2019/07/29	2019/08/12	15 días	540
----------	----------	------------	------------	---------	-----

Así mismo, en su respuesta a la acción de tutela COMFENALCO VALLE EPS, detalló en un cuadro anexo las incapacidades prescritas a la accionante y específicamente de las que reclama se sintetizan de la siguiente manera:

No. documento	Numero	Estado	Fecha inicio	Fecha fin	Es prorroga	Días de incapacidad	Días acumulados
31936597	55616919	No autorizada – PCL 51.4%	25/01/2020	23/02/2020	S	30	735
31936597	55613892	No autorizada PCL 51.4%	26/12/2019	24/01/2020	S	30	705
31936597	55588598	No autorizada – PCL 51.4%	29/07/2019	12/08/2019	S	15	540

Por lo anterior, según lo corrobora la EPS cuestionada y conforme al record de incapacidades aportadas al expediente, se puede concluir las incapacidades que reclama la señora YOSLANI MUÑOZ MUÑOZ a través de esta acción constitucional superan los 540 días, mismas que fueron radicadas ante la EPS COMFENALCO VALLE pero que no fueron autorizadas.

Ahora bien, el Juzgado Sexto Penal Municipal con función de Garantías, conoció de la tutela instaurada por la señora YOSLANI MUÑOZ MUÑOZ en contra de COMFENALCO VALLE EPS, dentro del radicado No. 2019-00248-00, que pretendía el pago de las incapacidades correspondientes a los días 28 de agosto, 27 de septiembre, 27 de octubre y 26 de noviembre de 2019, profiriendo sentencia No. 254 del 27 de diciembre de 2019, donde se resolvió:

“SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal de la entidad COMFENALCO VALLE EPS, o a quien haga sus veces, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de la presente providencia, si aún no lo hubiese hecho, **RECONOZCA Y CANCELE DIRECTAMENTE** a la Sra. YOSLANI MUÑOZ MUÑOZ identificada con cédula de ciudadanía No. 31.936.597, los siguientes subsidios por incapacidad:

- Fecha de inicio: 28 de agosto de 2019, fecha final: 26 de septiembre de 2019 por 30 días.
- Fecha de inicio: 27 de septiembre de 2019 por 30 días.
- Fecha de inicio: 27 de octubre de 2019 por 30 días
- Fecha de inicio 26 de noviembre de 2019 por 30 días.

De la parte motiva y resolutive del fallo, se concluye que las incapacidades reclamadas en esta acción constitucional no fueron debatidas en el trámite de la acción de tutela conocida por el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de garantías, pese a ello, se advierte que **la incapacidad de fecha 29 de julio de 2019 no cumple con el requisito de inmediatez**, pues casi un año después de su causación se reclama el pago, y no se advierte una justificación válida para que la misma no hubiere sido reclamada en la acción de tutela que conoció el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de garantías. Recuérdese que la procedencia de la acción de tutela se encuentra condicionada al cumplimiento del requisito de inmediatez, es decir, debe invocarse en un plazo razonable y oportuno entre la ocurrencia del hecho generador y la interposición de la petición de amparo, pues aun cuando no existe un término de caducidad ello no debe entenderse como una facultad para promoverla en cualquier tiempo.

Sentado lo anterior, como no existe discusión en cuanto a que las incapacidades solicitadas son de origen común y superan los 540 días, es menester remitirse al siguiente marco legal³:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 181 hasta 540	Fondo de Pensiones	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y Artículo 2.2.3.3.1 del decreto 1333 del 2018

En este punto es pertinente resaltar que, si bien COMFENALCO VALLE EPS relacionó un dictamen de pérdida de capacidad laboral que determina la invalidez de la señora YOSLANI MUÑOZ MUÑOZ en un 54,1%, que por cierto desconoce el despacho si se encuentra en firme, y que el mismo data del 24 de febrero de 2020, fecha posterior a la emisión de las incapacidades que ahora se reclaman, **jurisprudencialmente se ha decantado que el trabajador que es calificado y supera el 50% de pérdida de capacidad laboral, 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 básicas, esto mientras se decide definitivamente sobre el reconocimiento y el pago de la pensión de invalidez.** Así, en sentencia T- 004 de 2014, la Honorable Corte Constitucional señaló:

“En el segundo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que si la fecha de estructuración de la invalidez coincide con el momento en que las incapacidades laborales se causan, se debe reconocer el derecho pensional y como éste se paga retroactivamente, “no hay lugar al pago simultáneo de la prestación por concepto de incapacidad y por concepto de pensión según lo establecido en el artículo décimo de la ley 776 de 2002”. Igualmente, 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”.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, no significa que necesariamente haya de reconocerse a favor del interesado la pensión de invalidez porque para tales efectos, deben concurrir otros requisitos legales, de ahí que la suspensión del pago de las incapacidades, con sustento en la existencia de una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, cuyo dictamen desconoce el despacho si se encuentra en firme, no se compadece con la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra la señora YOSLANI MUÑOZ MUÑOZ, a quien se le ha vulnerado su mínimo vital con la ausencia del pago de las incapacidades, quedando desprotegida por todo el tiempo en que el derecho pensional eventualmente le sea reconocido, pues el porcentaje que le fue otorgado, le impide trabajar y por ende, devengar ingresos para solventar sus necesidades básicas. A lo anterior se agrega, que COLPENSIONES allegó otro dictamen de pérdida de capacidad laboral efectuado el 22 de mayo de 2020, donde se otorga a la accionante un porcentaje del 18.64%,

³ Cuadro tomado de las sentencias referidas en la nota de pie de página anterior, con una actualización normativa respecto de las incapacidades superiores 540 días.

lo que quiere decir que no existe unanimidad en lo que al porcentaje de pérdida de capacidad laboral concierne.

Refuerza esta postura la repetida jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha señalado: *“reiterando las sentencias T-920 de 2009 y T-182 de 2011, T-097 de 2015 y T-140 de 2016, la Sala considera que el reconocimiento de incapacidades laborales generadas por enfermedad procede en sede de tutela cuando se evidencia la afectación del derecho fundamental al mínimo vital, y que incluso puede concederse el amparo de manera definitiva cuando hay suficientes elementos de juicio para la declaración y protección de un derecho, en virtud del principio de economía procesal.*

*De otra parte, con fundamento en las sentencias T-920 de 2009, T-729 de 2012, T-140 de 2016, T-144 de 2016, concernientes a la determinación de las entidades obligadas al pago de incapacidades, la Sala reitera que: (i) hasta el día 180, el pago debe hacerlo al EPS, (ii) **entre el día 181 al 540, corresponde asumir el costo a las Administradoras de Fondos Pensionales**, y finalmente (iii) desde el día 541 hasta cuando se recupere el afiliado **o hasta que se le reconozca pensión de invalidez, el pago por concepto de incapacidad corresponde a la EPS.**”⁴*

En ese orden, de la postura jurisprudencial sentada por la Honorable Corte Constitucional, se concluye que el pago de incapacidades no puede suspenderse cuando se realiza el examen de pérdida de capacidad laboral, sino hasta el momento en que la persona pueda reintegrarse a su puesto de trabajo o, en su defecto, le sea reconocida pensión de invalidez.

Esbozado lo anterior, insiste el despacho que en el presente caso la tutela propuesta está llamada a prosperar en razón a la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital de la parte actora, por parte de COMFENALCO VALLE EPS, por la falta de reconocimiento y pago de las incapacidades superiores a los 540 días. En consecuencia se ordenará a la EPS accionada que en el término de cuarenta y ocho (48) contados a partir de la notificación de la presente providencia reconozca y pague a la accionante las incapacidades otorgadas por el médico tratante que sean superiores a los 540 días de incapacidad, y que dieron origen a la presente acción constitucional.

Finalmente, conviene precisar que no debe entenderse que mediante la presente acción constitucional, la suscrita funcionaria está avalando un doble pago a cargo del sistema de pensiones y del sistema de salud, pues en el evento en que a la señora YOSLANI MUÑOZ MUÑOZ le sea reconocida pensión de invalidez, nada obsta para que las entidades encargadas, realicen los descuentos respectivos (de ser procedente).

Sin más consideraciones la suscrita Juez Novena Civil Municipal de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital de la señora YOSLANI MUÑOZ MUÑOZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 31.936.597, vulnerado por la COMFENALCO VALLE EPS, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a COMFENALCO VALLE EPS, que a través de su Representante Legal, o quien haga sus veces, que si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, pague a la accionante las siguientes incapacidades: **1.** La Incapacidad del 26 de diciembre de 2019 al 24

⁴ Sentencia T-008 de 2018

de enero de 2020, por 30 días, **2.** la incapacidad del 25 de enero al 23 de febrero de 2020, por 30 días.

TERCERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE, el pago de la incapacidad de fecha 2019/07/29 conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes por el medio más expedito.

QUINTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional en caso de no ser impugnado el fallo dentro de los tres días siguientes a su notificación.

SEXTO: Una vez regrese el expediente de la Corte Constitucional, se **OBEDECE Y SE CUMPLE** con lo dispuesto y en consecuencia se **ORDENA** el **ARCHIVO**.

Notifíquese y cúmplase.



LINA MARITZA MUÑOZ ARENAS
Juez





JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL DE CALI
Carrera 10 No. 12-15, Palacio de Justicia, Piso 10
j09cmcali@cendoj.ramajudicial.gov.co
Tel. 8986868 ext. 5092

Santiago de Cali, 04 de junio de 2020
Oficio No.796

Señor(a)
YOSLANI MUÑOZ MUÑOZ
linavasquez@spatarol.com.co

Señor(es):
COMFENALCO VALLE EPS

Señor(es):
ADRES

Señores:
COLPENSIONES

Señores:
SPATARO NAPOLI S.A.S.

PROCESO:	ACCIÓN DE TUTELA
RADICADO:	76-001-40-03-009-2020-00207-00
ACCIONANTE:	YOSLANI MUÑOZ MUÑOZ C.C. 31.936.597
ACCIONADO:	COMFENALCO VALLE EPS

Para los fines pertinentes, me permito comunicarle, que dentro del proceso de la referencia se dictó sentencia No. 77 que en lo pertinente reza: **“PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital de la señora YOSLANI MUÑOZ MUÑOZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 31.936.597, vulnerado por la COMFENALCO VALLE EPS, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: ORDENAR a COMFENALCO VALLE EPS, que a través de su Representante Legal, o quien haga sus veces, que si aún no lo ha hecho, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, pague a la accionante las siguientes incapacidades: 1. La Incapacidad del 26 de diciembre de 2019 al 24 de enero de 2020, por 30 días, 2. la incapacidad del 25 de enero al 23 de febrero de 2020, por 30 días. TERCERO: NEGAR POR IMPROCEDENTE, el pago de la incapacidad de fecha 2019/07/29 conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes por el medio más expedito. QUINTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional en caso de no ser impugnado el fallo dentro de los tres días siguientes a su notificación. SEXTO: Una vez regrese el expediente de la Corte Constitucional, se OBEDECE Y SE CUMPLE con lo dispuesto y en consecuencia se ORDENA el ARCHIVO. Notifíquese y Cúmplase, (FDO) LINA MARITZA MUÑOZ ARENAS Juez.”**

Atentamente,

YAMILET VALENCIA FLOREZ
Secretaria