



INFORME SECRETARIAL. Bogotá D.C. veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020).
En la fecha, pasa al despacho del Señor Juez la Acción de tutela **2020 - 00184**. Sírvase proveer.

Bogotá D. C., veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020).

ACCIÓN DE TUTELA No. 110013105033 2020 00184 00			
ACCIONANTE	José Elbar Bustos	DOC. IDENT.	19.494.883
ACCIONADA	MEDIMAS Y COLPENSIONES		
DERECHO(S)	MÍNIMO VITAL, SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL		
PRETENSIÓN	1. Ordenar a las accionadas el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales del accionante. 2. Ordenar a MEDIMAS el pago de las incapacidades causadas desde el 25 de enero de 2019 hasta el 26 de junio de 2020. 3. Ordenar a Colpensiones atender sus obligaciones frente a la situación del actor.		

ANTECEDENTES

JOSÉ ELBAR BUSTOS, presentó solicitud de tutela contra MEDIMAS EPS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, invocando la protección de sus derechos fundamentales al **MÍNIMO VITAL**, la **SALUD** y la **SEGURIDAD SOCIAL**, los cuales considera vulnerados por cuanto las accionadas suspendieron el pago de las incapacidades laborales del accionante desde el 24 de enero de 2019, es decir, a partir del día 541.

Para fundamentar su solicitud, la accionante relata los siguientes:

I. HECHOS.

1. Que el accionante se vinculó laboralmente a través de contrato a término fijo renovable cada año, desde el 16 de enero de 2010, con la empresa Vigilancia y Seguridad Privada Antares Ltda, con Nit. 830.034.499-9, en el cargo de guarda de seguridad.
2. Que el 30 de julio de 2017, a las 16:15, cuando se dirigía a su trabajo para desempeñar el turno nocturno, se dirigía en bicicleta por la doble vía del barrio El Codito de Bogotá, cuando un bus alimentador de la empresa Transmilenio invadió el carril y lo atropelló causándole múltiples fracturas, 7 costillas del lado izquierdo, 3 fracturas en el hombro izquierdo, escápula, clavícula y acromion, el codo izquierdo quedó prácticamente fuera de servicio, heridas en el rostro, boca y la parcial de su dentadura superior se partió en 3, afectación con deformidad en dos dedos de la mano izquierda, y a la fecha ha desarrollado otras patologías como úlceras varicosas, trombos sanguíneos y las hemorroides internas y externas que venía padeciendo se le agudizaron ocasionándole permanentes dolores en el recto, al igual que mucho dolor de cabeza y desorientación.
3. Que todos esos padecimientos le han impedido retomar sus labores y por tal motivo sigue incapacitado hasta la fecha completando 1078 días.
4. Que, hasta el 24 de enero de 2019, fecha en que se cumplieron los 540 días de incapacidad, Medimás y Colpensiones le pagaron las incapacidades, pero por trámites internos de las dos entidades, desde esa fecha le suspendieron el pago de las incapacidades hasta la fecha y aunque en reiteradas oportunidades ha realizado la solicitud de pago de las mismas, ambas entidades han respondido negativamente.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

5. Que, por lo tanto, Medimás le adeuda las incapacidades generadas a partir del día 25 de enero de 2019 y hasta el 26 de junio de 2020.
6. Que, frente a su estado de invalidez, Colpensiones inicialmente lo calificó con 17.8, pero por la severidad de su estado de salud apeló y el 24 de enero de 2020 Colpensiones envió un oficio a la Junta Regional de Calificación de Bogotá y Cundinamarca, pero a la fecha no le han asignado fecha para la valoración.
7. Que actualmente es cabeza de familia, adeuda cuentas por alimentación, está atrasado con el pago de servicios públicos y por la severidad de su estado de salud no ha podido retomar labores.

II. INTERVENCIÓN DE LA ACCIONADA.

Admitida la tutela el 8 de julio de 2020, de ella se dio traslado a las entidades accionadas, a fin de que ejercieran el derecho de defensa, solicitándoles informaran sobre las pretensiones del accionante, frente a lo cual COLPENSIONES guardó silencio y en consecuencia frente a ella se dará aplicación al artículo 20 del decreto 2591 de 1991 que establece: *“PRESUNCION DE VERACIDAD. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.”*, por su parte, MEDIMÁS EPS allegó escrito de contestación vía correo electrónico, en los siguientes términos:

Respuesta MEDIMÁS

Mediante escrito enviado a la dirección electrónica del despacho el 11 de julio de 2020, MEDIMÁS EPS informó que el señor JOSÉ ELBAR BUSTOS -C.C. No. 19494883, obtuvo incapacidades de manera continua por un periodo de 909 días hasta el 01 de abril de 2020.

Que las empresas promotoras de Salud están obligadas a reconocer hasta 180 días de incapacidad **consecutivos** por una misma enfermedad (DIAGNOSTICO); a partir del día 181, este reconocimiento pasa a ser responsabilidad de los Fondos de Pensiones, al igual que la remisión a la junta de Calificación, donde se determina el grado de pérdida de Capacidad y si hay lugar a reconocimiento de mesada pensional por invalidez.

Que el Artículo 142 del Decreto -Ley 019 de 2012, establece:

“(...) Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias (...)

“(...) 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 al 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 (...)”

Adicional a lo mencionado anteriormente respecto al pago de incapacidades luego del día 541 se hace con ciertas pautas y requisitos los cuales son:

Según el Decreto 1333 de 2018, es necesario hacer llegar a esta EPS, la calificación de pérdida de capacidad laboral emitida por el Fondo de Pensiones, así como las recomendaciones y



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

actividades relacionadas con el reintegro laboral e informar si han sido atendidas por el usuario. (en caso de ser retomados los pagos de incapacidades luego del día 541)

Adicionalmente en cumplimiento del último Decreto citado, es necesario que el trabajador continúe sus atenciones médicas y valoraciones con los médicos tratantes de la EPS; hasta que se defina su situación de invalidez o recuperación y reintegro laboral... (en caso de ser retomados los pagos de incapacidades luego del día 541)

A su vez, el Decreto 1333 de 2018 expedido por el 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, se reglamenta las incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones", señala que la EPS debe reconocer y pagar incapacidades superiores a 540 días, en los siguientes casos:

Artículo 2.2.3.3.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días (...)

1. *Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.*
2. *Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.*
3. *Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente..."*

De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541), motivo por el cual para atender su solicitud y dar cumplimiento al Decreto 1333 de 2018, es necesario hacer llegar a esta EPS, la calificación de pérdida de capacidad laboral emitida por el Fondo de Pensiones, así como las recomendaciones y actividades relacionadas con el reintegro laboral e informar si han sido atendidas por el usuario.

Por último, se indica al despacho que se envió el concepto de rehabilitación a COLPENSIONES en debido momento el cual se encuentra con fecha de recibido del 17 de julio de 2018 por dicha entidad adicional a lo mencionado se informa al despacho que en la actualidad el usuario se encuentra en estado **RETIRADO** de **MEDIMAS EPS** y **ACTIVO** en **COMPENSAR EPS** desde el 01 de junio de 2020.

PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde al Despacho determinar si existe violación a los derechos fundamentales al **MÍNIMO VITAL**, la **SALUD** y la **SEGURIDAD SOCIAL** del señor **JOSÉ ELBAR BUSTOS**, tal como lo plantea su apoderado.

Así mismo, es del caso establecer si es la Acción de Tutela el mecanismo idóneo para resolver la solicitud de **JOSÉ ELBAR BUSTOS**.

Con lo anterior se procede a resolver previas las siguientes;

CONSIDERACIONES

Conforme al art. 86 de la Constitución Política y el Decreto reglamentario de la acción de tutela (art. 1º. del mencionado Decreto), ésta procede contra la acción u omisión de las autoridades públicas y de los particulares, sobre estos últimos, según lo establece la ley (art. 42 del mismo Decreto) que vulneren o amenacen cualquiera de los derechos constitucionales



fundamentales y que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Establece por previsión supra legal la concepción de la acción de tutela, un instrumento jurídico que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando se ven vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos que le señale la ley, siempre que para la protección del derecho que busca el amparo de tutela no exista otro mecanismo de defensa judicial para protegerlo, o existiendo, al ejercitarse la acción se pretenda evitar un perjuicio irremediable, para lo cual su procedencia sería posible como mecanismo transitorio dada su inmediatez para la protección del derecho constitucional violado.

Además, el Decreto 306 de 1.992, por medio del cual se reglamenta el 2591 referido, establece en su artículo 2º que la acción de tutela protege exclusivamente los derechos constitucionales fundamentales y que no puede ser utilizada para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquier otra norma de categoría inferior, como así lo tiene interpretado y definido la jurisprudencia reiterada de nuestro máximo Tribunal (Corte Constitucional) de la jurisdicción de tutela.

El juez de tutela está instituido para la guarda de los derechos fundamentales, por esa razón se ha reiterado que incluso no es necesario que en forma particular se indique la vulneración de algún precepto, considerando que si al efectuar el análisis de la controversia que le es planteada, encuentra quebrantado alguno de los principios de orden constitucional, deberá adoptar las medidas tendientes a garantizar la guarda del derecho que encuentre conculcado, si la situación fáctica como las pruebas que sustentan la acción dan cuenta de ello, o incluso si la acción de tutela está dirigida a obtener el amparo de otro derecho que no es el que se afirma vulnerado.

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Menciona la jurisprudencia de la Corte Constitucional que al analizar el requisito de inmediatez de la acción de tutela por la inminencia de un perjuicio irremediable tal componente debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno, tal como lo expresa entre otras en la sentencia T 245 de 2015 en los siguientes términos:

“La inmediatez es un principio orientado a la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros, y no una regla o término de caducidad, posibilidad opuesta a la literalidad del artículo 86 de la Constitución. La satisfacción del requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en atención a las circunstancias de cada caso concreto. Esa razonabilidad se relaciona con la finalidad de la acción, que supone a su vez la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental. (...)

La acción de tutela sería procedente cuando fuere promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que:

- i) Exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros;*
- ii) La inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión;*
- iii) Exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados, o*



- iv) *Cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos continúa y es actual."*

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Como bien es sabido, la acción de tutela fue creada como un mecanismo cuya finalidad es garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas que están siendo vulnerados o amenazados. Dicha acción tiene un carácter residual, en tanto que la misma procede únicamente ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales que contrarresten la inminente vulneración de los derechos fundamentales de las personas. (Sentencia T-132 de 2006).

Bajo este postulado, el inciso 4º del Art. 86 de la C.P. establece que *"esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*. (Subrayado fuera de texto).

A su vez, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece que dicha acción será improcedente cuando existan otros medios de defensa judiciales como arriba se mencionó, no obstante, esta acción será procedente excepcionalmente, siempre y cuando dichos medios no resulten eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante. Para tal efecto, el Juez constitucional deberá analizar el caso en concreto con la finalidad de determinar la eficacia de los medios de defensa judicial existentes y las circunstancias específicas en que se encuentra el accionante para invocar la protección de sus derechos a través de la tutela.

En tal sentido, la acción de tutela procede como mecanismo principal y definitivo de protección de los derechos fundamentales cuando el accionante ha acreditado que no cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, o que, existiendo, éstos no resultan idóneos para resguardar los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados (Sentencia T-079 de 2016). De presentarse dicho evento, el Juez Constitucional deberá evaluar las circunstancias específicas en las que se encuentra el accionante, para determinar si en el caso en concreto los medios existentes resultan ineficaces para la protección de sus derechos.

Por su parte, esta acción constitucional procede como mecanismo transitorio en aquellos casos en los que, pese a existir otros medios de defensa alternativos, el accionante busca evitar consumación de un perjuicio irremediable, caso en el cual la orden de tutela tendrá efectos temporales y producirá efectos hasta tanto la autoridad competente decida de fondo el respectivo caso.

De tal manera, se tiene entonces que existen dos excepciones al requisito de subsidiariedad de la acción de tutela (Sentencia T-029 de 2017), una de las cuales se encuentra estrechamente ligada con la existencia de un perjuicio irremediable. Así pues, en cuanto a la naturaleza de este perjuicio y cómo identificar la existencia de éste en un determinado caso, la Corte Constitucional ha establecido las características propias de esta figura de la siguiente manera:

- i. *Inminente, es decir, por estar próximo a ocurrir,*
- ii. *Grave, por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante;*
- iii. *Que requiera medidas urgentes para conjurarlo; y*
- iv. *Que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad". (Sentencia T- 538 de 2013.)*



No obstante, en tratándose de sujetos de especial protección como lo son los menores de edad que se encuentran dentro del grupo que compone la primera infancia, y los adultos mayores, la Corte ha dispuesto que el juez constitucional debe realizar un juicio de procedibilidad de la acción menos estricto, pues, *“existen situaciones especiales en las que el análisis de procedencia de la acción debe desatarse de manera más amplia y permisiva, en atención a la especial naturaleza de las personas que solicitan la protección de sus derechos constitucionales fundamentales.”* (Sentencia T-515 de 2006)

De tal forma, se tiene que la acción de tutela procede de manera excepcional en los siguientes casos contemplados en la sentencia T 336 de 2009:

- i. *Cuando los medios ordinarios de defensa no sean lo suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados o amenazados.*
- ii. *Cuando a pesar de que tales medios de defensa sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.*
- iii. *Cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas) y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela.”* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA

La Corte Constitucional ha encontrado a lo largo de nuestra carta política, derechos que están en el marco de protección fundamental a pesar de que no estén enunciados taxativamente, están en el ámbito de protección de conformidad con el artículo 93 cuando enuncia que *“Los derechos y deberes consagrados en esta carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”* y 94 *“La enunciación de los derechos y garantías contenidas en la Constitución y convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como la negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente el ellos”* dando paso a los derechos fundamentales innominados identificando en esta categoría el derecho fundamental a la dignidad humana.

La Corte, en la sentencia T-881/02 ha delimitado el objeto de protección de este derecho siendo así:

*“... (i) La autonomía individual, (ii) las condiciones materiales para el logro de una vida digna y (iii) la integridad física y moral que resulte necesaria para lograr la inclusión social de una persona excluida o marginada. **En resumen, lo que protege el derecho a la dignidad humana es el derecho a vivir como se quiera, el derecho a tener una vida digna y el derecho a vivir sin humillaciones”**”*

Siguiendo el lineamiento anterior, lo más común es que este derecho se proteja por vía de tutela cuando está relacionado estrechamente con otros derechos de índole fundamentales tales como la vida, el trabajo o la igualdad entre otros.

DERECHO AL PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES

Frente a este respecto, la Sentencia T 333 de 2013 de la Corte Constitucional establece:

“Frente al caso de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 – 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia. Cuando eso ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, puede conducir a que se trasgreden derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario. En ese contexto, es viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente. Así, en lugar de descartar la viabilidad de las tutelas instauradas para obtener el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad laboral, la disponibilidad de instrumentos alternativos de defensa exige que el juez de tutela indague en las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, para verificar si la mora en el pago de las incapacidades compromete sus derechos fundamentales o los de las personas a su cargo; si la ausencia de dichos emolumentos los exponen a un perjuicio irremediable o si, en todo caso, su situación de vulnerabilidad descarta la idoneidad y eficacia de los medios judiciales contemplados para el efecto”.

Así mismo contempla en lo referente a las incapacidades causadas a partir del día 181, que es el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 quien regula tal aspecto.

“La responsabilidad en el pago de las incapacidades causadas después del día 180, que es lo que se reclama en la acción de tutela, se rige, a su turno, por las pautas previstas en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

La norma, que regula el trámite previo a la solicitud de la calificación de la invalidez, les asigna a las administradoras de fondos de pensiones (AFP) y a las administradoras de riesgos profesionales (según se trate de incapacidades de origen común o laboral, respectivamente) la función de remitir a sus afiliados a las juntas de calificación, previo concepto de rehabilitación integral.

Por regla general, tal remisión debe efectuarse antes de que se cumpla el día 150 de incapacidad temporal. No obstante, el Decreto 2463 permite que la AFP postergue el trámite de calificación hasta por 360 días calendario, adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal que otorgó la EPS, si el mencionado concepto de rehabilitación es favorable y con la condición de que “otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador”.

Vale agregar, de cara a los argumentos de defensa planteados por la AFP accionada en el presente asunto, que el artículo 23 del Decreto 2463 vincula la posibilidad de postergar el aludido trámite de calificación a “la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente”. La norma contempla, también, que las entidades que incumplan el pago de los subsidios por incapacidad temporal serán sancionadas por la autoridad competente, de conformidad con lo señalado en la ley.

4.4. Interpretando las disposiciones mencionadas, **la Corte ha mantenido el criterio pacífico de que el pago de las incapacidades laborales por enfermedad general que se causan a partir del día 181 corre por cuenta de la AFP, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se califique la pérdida de su capacidad laboral.** (Sentencias T-980 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba); T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza); T-137 de 2012 (M.P. Humberto Sierra) y T-263 de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio).

REGLAS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA EL PAGO DE INCAPACIDADES POR ENFERMEDAD DE ORIGEN COMÚN DEL DÍA 1 AL 540:

Frente a este aspecto, la Sentencia T 401 de 2017 la Corte Constitucional plantea las mencionadas reglas en los siguientes términos:



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

“En consecuencia, 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 ¹.

(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.

RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES A PARTIR DEL DÍA 541:

Para empezar, la Ley 1753 de 2015 establece en su artículo 67:

“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. (...)”

Frente a este mismo aspecto la Sentencia T 401 de 2017 menciona:

“Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 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.

¹ Es indispensable aclarar que el empleador deberá asumir el pago de las incapacidades y en general de todas las prestaciones garantizadas por el Sistema de Seguridad Social Integral cuando no haya afiliado al trabajador o cuando a pesar de haber sido requerido por las entidades del sistema, se haya encontrado en mora en las cotizaciones al momento de ocurrir el siniestro. Ver: sentencias T-146 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-723 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa).



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

Igualmente, conviene aclarar que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que, se reitera, está en cabeza de las EPS) no se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada.

33. Con fundamento en esta 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 y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social deberán acatar lo dispuesto en dicho precepto legal. (...)"

ARTÍCULO 142. Decreto 19 de 2012. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así:

"Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad.

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 al 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.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

PARÁGRAFO 1. Para la selección de los miembros de las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, el Ministerio del Trabajo tendrá en cuenta los siguientes criterios:

La selección se hará mediante concurso público y objetivo, cuya convocatoria se deberá hacer con no menos de dos (2) meses de antelación a la fecha del concurso e incluirá los criterios de ponderación con base en los cuales se seleccionará a los miembros de estos organismos. La convocatoria deberá publicarse en un medio de amplia difusión nacional.

Dentro de los criterios de ponderación se incluirán aspectos como experiencia profesional mínima de cinco (5) años y un examen escrito de antecedentes académicos sobre el uso del manual de pérdida de capacidad laboral y de invalidez, el cual se realizará a través de una entidad académica de reconocido prestigio. Los resultados del concurso serán públicos y los miembros de las Juntas serán designados por el Ministro del Trabajo, comenzando por quienes obtuvieran mayor puntaje.

La conformación de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez podrá ser regionalizada y el manejo de sus recursos será reglamentado por el Gobierno Nacional de manera equitativa. El proceso de selección de los integrantes de las juntas de calificación de invalidez se financiará con recursos del Fondo de Riesgos Profesionales.

PARÁGRAFO 2. Las entidades de seguridad social, los miembros de las Juntas Regionales y Nacional de Invalidez y los profesionales que califiquen serán responsables solidariamente por los dictámenes que produzcan perjuicios a los afiliados o a los Administradores del Sistema de Seguridad Social Integral, cuando este hecho esté plenamente probado".

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE AL PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES

A este respecto ha sentado la Corte Constitucional su posición en el sentido de que la acción de tutela procede para el reconocimiento, reliquidación y pago de las incapacidades laborales cuando éstas constituyen el único medio de sustento del accionante.

"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. En síntesis, la Corte Constitucional ha reconocido que la interposición de acciones de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales es procedente, aun cuando no se han agotado los medios ordinarios de defensa, cuando de la satisfacción de tal pretensión dependa la garantía del derecho fundamental al mínimo vital." (Sentencia T 008 de 2018 Corte Constitucional)

Así mismo expresa la sentencia en estudio:

"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.



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.

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.

El caso en concreto.

Para el presente asunto, en el que la pretensión de la accionante consiste en que MEDIMÁS EPS responda por el pago de sus incapacidades laborales a partir del día 25 de enero de 2019 y hasta el 26 de junio de 2020, y que Colpensiones adelante las gestiones necesarias para que el accionante pueda obtener su calificación de pérdida de capacidad laboral, entrará el despacho a establecer si la presente acción cumple los requisitos de procedibilidad y si efectivamente los derechos fundamentales invocados por la accionante han sido vulnerados en manera alguna por las accionadas.

Frente al requisito de Inmediatez

Considera el despacho que, toda vez que hasta la fecha las incapacidades siguen sin ser canceladas, nos encontramos frente a una situación que permanece en el tiempo, en especial por cuanto el accionante continúa con incapacidades lo que le impide desempeñarse en el ámbito laboral, por consiguiente, se considera que la presente acción cumple a cabalidad el requisito de inmediatez y en tal sentido, es procedente adelantar el trámite de la misma.

Frente al requisito de Subsidiariedad

- i. En lo que a este requisito respecta, si bien puede existir otro mecanismo, lo cierto es que el accionante es un sujeto de especial protección constitucional por su estado de debilidad manifiesta con ocasión de los diferentes padecimientos que presenta y la edad con la que cuenta, que es de 58 años.
- ii. Aunado a ello, la situación que atraviesa el país en la actualidad con ocasión de la pandemia generada por el COVID 19 y las medidas de aislamiento que en consecuencia ha tenido que adoptar el Gobierno Nacional, con las cuales se han visto afectados todos los sectores de la economía y públicos como la administración de justicia, la cual ha tenido que implementar herramientas tecnológicas en busca de alcanzar la virtualidad para continuar y mejorar la prestación de sus servicios, situación esta que está en curso, puede demorar en consolidarse y por lo tanto para este caso en particular, ante la actual contingencia, podrían significar mayor demora en la restitución de los derechos fundamentales del accionante, quien como claramente mencionó adeuda cuentas de alimentos y servicios públicos por ser cabeza de familia, por consiguiente, de conformidad con lo manifestado por la Corte Constitucional, "(...) 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.", considera el despacho que dicho mecanismo no es lo suficientemente idóneo para satisfacer los derechos



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

reclamados y por tanto, el accionante requiere *medidas urgentes para conjurarlos*, en consecuencia, se encuentra igualmente cumplido el presente requisito.

De los derechos invocados

Para el caso sub examine, toda vez que la pretensión del accionante es que se condene a MEDIMÁS EPS a cancelar las incapacidades médicas correspondientes al periodo comprendido entre el 25 de enero de 2019 y el 26 de junio de 2020, y a Colpensiones a adelantar las gestiones necesarias para que el accionante obtenga su calificación de pérdida de capacidad laboral, procederá el despacho a tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- 1) Que el accionante presenta fracturas en 7 costillas del lado izquierdo, 3 fracturas en el hombro izquierdo, escápula, clavícula y acromion, atrapamiento cubital izquierdo a nivel del codo, fractura interfalángica del pulgar izquierdo, alteración en la configuración anatómica del cuerpo de la escapula por fractura en hombro izquierdo e insuficiencia arterial periférica, según historia clínica visible a folios.
- 2) Que el pago de las incapacidades médicas son su único medio de subsistencia toda vez que su situación de salud no le permite trabajar, lo que configura un perjuicio irremediable.
- 3) Que las incapacidades se dejaron de cancelar en enero de 2019 lo que indica que el perjuicio irremediable se está prolongando en el tiempo.
- 4) Que una vez revisada la contestación allegada por Medimás EPS en la cual manifiesta que el accionante se encuentra actualmente afiliado a Compensar EPS, el despacho procedió a verificar en el RUAF y se encontró que efectivamente se encuentra afiliado a Compensar EPS desde el 1 de junio de 2020.
- 5) Que de acuerdo con el certificado de incapacidades allegado por Medimás la última incapacidad emitida por la EPS venció el 1 de abril de 2020.
- 6) Que Medimás manifiesta haber notificado a Colpensiones el concepto de rehabilitación en tiempo y allegó copia del mismo con sello de recibido por Colpensiones el 17 de julio de 2018.
- 7) Que Medimás EPS menciona que si el accionante se encuentra dentro de las situaciones contempladas en el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018, procederá a hacer el pago de las incapacidades tan pronto tenga la calificación de pérdida de capacidad laboral emitida por el Fondo de Pensiones, así como las recomendaciones y actividades relacionadas con el reintegro laboral e información de si las mismas han sido atendidas por el usuario.
- 8) Que, de acuerdo con lo expresado por el accionante en su escrito de tutela, Colpensiones calificó su PPCL en un 17.8%, pero que el mismo fue apelado por el accionante y el 24 enero de 2020 Colpensiones envió el expediente a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y al momento de la presentación de la presente acción no cuenta con fecha para la calificación.
- 9) Que efectivamente el accionante se encuentra dentro de las circunstancias contempladas en el artículo 2.2.3.3.1 del decreto 1333 de 2018, por cuanto tiene concepto favorable de rehabilitación, lo cual MEDIMÁS conocía desde julio de 2018, fecha en que ella misma manifiesta haber hecho entrega del mismo a Colpensiones.
- 10) Que a la luz de la ley y la jurisprudencia estudiadas quedó establecido que el



REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

pago de las incapacidades corresponde a:

Periodo	Obligado	Fuente Normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 Decreto 2943 de 2013
Día 181 a 540 si es el caso	Fondo de Pensiones	Artículo 52 Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 Ley 1753 de 2015, Art. 2.2.3.3.1. Decreto 1333 de 2018 y Sentencia T 008 de 2018 Corte Constitucional

- 11) Que el decreto 1333 de 2018 no establece que para que la EPS continúe con el pago de las incapacidades a partir del día 541 requiera la documentación que MEDIMÁS EPS está requiriendo en su contestación.

En consecuencia, está demostrado que la llamada a responder por el pago de las incapacidades generadas a partir del día 25 de enero de 2019 y sin la exigencia de requisito previo, es MEDIMÁS EPS, pues como se mencionó, conocía de primera mano el concepto favorable de rehabilitación del accionante, y no es admisible que esté exigiendo requisitos adicionales que no se encuentran contemplados en la norma, por consiguiente, MEDIMÁS EPS está vulnerando los derechos fundamentales del accionante al mínimo vital, la salud y la seguridad social, y eventualmente podrían verse vulnerados otros, toda vez que al encontrarse actualmente incapacitado como consecuencia de los padecimientos que presenta, es claro que no está percibiendo salario alguno, razón por la cual no cuenta con los recursos mínimos para sustentar su mínimo vital y el de su familia, lo que como consecuencia le impide el disfrute de una vida digna.

De otro lado, respecto de las pretensiones incoadas en contra de Colpensiones, procederá el despacho a negar la prosperidad de las mismas toda vez que el mismo accionante manifestó que ésta ya emitió el PPCL y remitió la apelación a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, en consecuencia, es dicha entidad la que debe continuar con el proceso de calificación del accionante.

Así las cosas, se ordenará a MEDIMÁS EPS reconocer y pagar las incapacidades médicas generadas a JOSÉ ELBAR BUSTOS a partir del 25 de enero de 2019 y hasta el 30 de mayo de 2020 inclusive, si fuera el caso, teniendo en cuenta que a partir del 21 de junio de 2020 se encuentra afiliado a Compensar EPS.

DECISIÓN

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y TRES LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: **NEGAR** la presente acción en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES por las razones expuestas.

SEGUNDO: **TUTELAR** los derechos fundamentales de JOSÉ ELBAR BUSTOS a la VIDA DIGNA, LA SALUD Y LA SEGURIDAD SOCIAL, por las razones expuestas.



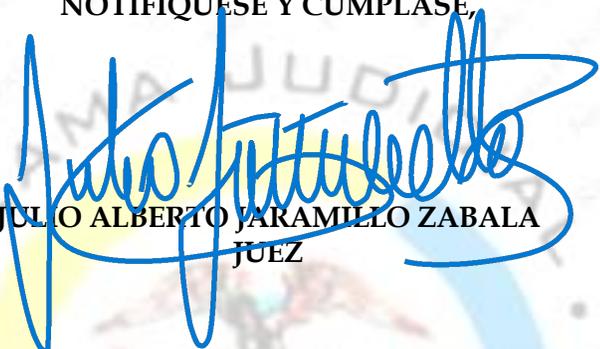
REPÚBLICA DE COLOMBIA
Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá D.C.
Edificio Nemqueteba - Calle 12C No. 7 - 36 Piso10
jlato33@cendoj.ramajudicial.gov.co

TERCERO: ORDENAR a MEDIMÁSS EPS que en el término de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a cancelar en favor del accionante JOSÉ ELBAR BUSTOS identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.494.883, el valor de todas y cada una de las incapacidades médicas que le fueron generadas desde el 25 de enero de 2019 y hasta el 30 de mayo de 2020, si fuera el caso.

CUARTO: NOTIFIQUESE a las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en el evento de no ser impugnado el fallo; de lo contrario, deberá enviarse el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, para que sea sometida a reparto entre los Magistrados de todas y cada una de las Salas que lo conforman.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE,


JULIO ALBERTO JARAMILLO ZABALA
JUEZ