REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
JUZGADO DOCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD
Bogotá, D. C., abril primero (01) de dos mil veinte (2020)

REF. ACCIÓN DE TUTELA No.2020-0115 de FREDDY ALEXANDER SILVA MORENO contra MEDIMAS EPS y COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

1º. Petición.

El señor FREDDY ALEXANDER SILVA MORENO instauró acción de tutela en nombre propio en contra de MEDIMAS EPS y COLPENSIONES, con el fin de que se le protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna.

En consecuencia, solicita se le ordene a las accionadas reconocer y pagar las incapacidades médicas que se le adeudan desde el día 181.

2º. Hechos.

Refiere el patente en síntesis que se permite efectuar el Despacho, que actualmente se encuentra incapacitado a causa de una enfermedad.

Hace saber que el único ingreso que tiene para subsistir es su trabajo, pero su condición no le permite hacerlo.

Denota que se encuentra incapacitado desde el 06 de agosto de 2017, inicialmente tuvo un período de 180 los cuales fueron pagados por su EPS.

Señala que a partir del día 181 no ha tenido el reconocimiento de incapacidades.

Alega que se encuentra sin ningún ingreso que le proporcione algún bienestar económico.

3º. Tramite.

Por auto de fecha 10 de febrero del año que avanza, se admitió a trámite la solicitud y se vinculó oficiosamente a ADRES.

COLPENSIONES informa que validando las bases de datos a la fecha no se observa radicación de solicitud de pago y reconocimiento de incapacidades medicas por parte del accionante.

MEDIMAS EPS refiere que el accionante al día 0 de enero de 2019 contó con un acumulado total de 807 días de incapacidad continua, que la eps reconoce hasta el día 180 de incapacidad y a partir del día 181 ese reconocimiento pasa a ser responsabilidad de los fondos de pensiones.

Solicita se declare improcedente la presente acción, por inexistencia de violación o puesta en peligro de los derechos fundamentales del accionante, por parte de esa EPS.

Una vez emitido el respectivo fallo el cual fue impugnado, correspondió por reparto conocer al Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá, donde declararon la nulidad de todo lo actuado a partir de la sentencia proferida el 19 de febrero de 2020, ordenando la vinculación de CAFESALUD EPS EN LIQUIDACION y COMPENSAR EPS.

Motivo por el cual mediante providencia datada 27 de marzo del año en curso se dispuso la vinculación de los citados entes.

COMPENSAR EPS manifestó que durante el periodo de expedición de incapacidades el accionante estuvo afiliado a MEDIMAS EPS y que por ende la obligación de COMPENSAR surge solo a partir del momento de la vinculación del usuario.

Denota que corresponde a la EPS MEDIMAS, a COLPENSIONES y7o a su empleador, el pago de las incapacidades solicitadas.

Pone de presente que a la fecha el accionante no registra incapacidades radicadas ni trámites ante el área de medicina laboral.

CAFESALUD EPS EN LIQUIDACION informó que el accionante estuvo en cobertura de esa entidad hasta el 31 de julio de 2017, en virtud de la aprobación del plan de reorganización institucional consistente en la creación de MEDIMAS EPS.

Comenta que el accionante tuvo cobertura en calidad de cotizante del 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de julio de 2017.

Que se encontró registro de un acumulado de 280 días de incapacidad generados del 12 de septiembre de 2017 hasta el 5 de agosto de 2017, por tanto alrededor del día 18 de marzo de 2017 se cumplía el día 180 de incapacidad y a partir del día 181 es COLPENSIONES quien debe reconocer las incapacidades.

Que teniendo en cuenta que la solicitud del accionante es el pago de incapacidades generadas a partir del día 181, es decir, desde el 19 de marzo de 2017 en adelante, éstas incapacidades corresponden el pago al fondo de pensiones y a partir del día 541 el pago le corresponde a su EPS.

CONSIDERACIONES

Nuestro Máximo Tribunal Constitucional, interpretando el contendido normativo de las disposiciones reseñadas, ha sostenido que la acción de tutela procede no sólo frente a las actuaciones de las autoridades públicas que vulneren o amenacen los derechos fundamentales, sino también frente al actuar de los particulares cuando éstos asumen la prestación de un

servicio público o detentan una posición de autoridad desde la cual producen un desequilibrio a una relación en principio entre iguales, específicamente en los eventos en que el particular se encargue de la prestación de un servicio público, cuando con su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, y cuando el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión respecto de quienes amenazan o lesionan sus derechos fundamentales.

Se tiene dicho en forma reiterada y constante, que la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Carta Política, tiene como fin proteger a los gobernados, mediante un procedimiento preferente y sumario, en sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en este último caso en la forma señalada por la ley.

Procede el Despacho a efectuar el análisis subsiguiente que le servirá de soporte para edificar la determinación que corresponda, en lo que concierne al reconocimiento y pago de las incapacidades médicas.

Sobre el punto ha manifestado nuestro máximo organismo rector en materia constitucional en Sentencia T- 1242 de 2008 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Clara Inés Vargas Hernández, lo siguiente:

"4*. Procedencia excepcional de la acción de tutela para recibir el pago de acreencias laborales contempladas en el Sistema de Seguridad Social Integral.*

Esta Corporación ha reconocido en reiterada jurisprudencia, que corresponde a la jurisdicción ordinaria, mediante el ejercicio de la acción ordinaria laboral respectiva, la competencia para ventilar asuntos relativos a la reclamación de acreencias de orden laboral, tal como se encuentra contemplado en el Código Procesal del Trabajo.

Sin embargo, excepcionalmente cuando la falta de pago de las acreencias laborales, vulnera o amenaza los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital, a la seguridad social y/o a la subsistencia, la tutela procede excepcionalmente para la reclamación efectiva de aquellas que constituyan la única fuente de recursos económicos que permiten sufragar las necesidades básicas, personales y familiares de la persona afectada.

Así entonces, ante la falta de pago de incapacidades de manera oportuna y completa, es indudable que la acción de tutela que se interponga, como una clase de acreencia laboral de aquellas contempladas en el ordenamiento legal, habrá de ser procedente, en tanto que afecte el derecho al mínimo vital y la seguridad social del accionante.

De igual manera, la Sentencia T-1219/04 se refiere al pago de la incapacidad médica el cual reza:

> "*La jurisprudencia de la Corte en esta materia ha sido ampliamente expuesta, dejando en claro que aunque exista otro mecanismo de defensa judicial, excepcionalmente es procedente ordenar por medio de esta vía el pago de una incapacidad, cuando está probado que la negativa de ésta afecta no sólo el mínimo vital de quien lo solicita, sino también el de su familia*".
>
> "*El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus*

labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales".

"Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia".

"Y es que el trabajador tiene derecho a que se le retribuyan sus servicios pero también a que se le otorgue justo trato durante el tiempo en que permanece involuntariamente inactivo por causa de perturbaciones en su salud".

"Así, el llamado "subsidio por incapacidad" surge como cláusula implícita del contrato y obligatoria por ministerio de la ley, en guarda de los derechos mínimos de todo trabajador".

No está, entonces, en discusión que a pesar de que exista otro medio de defensa judicial para hacer efectivo el pago de una incapacidad laboral, en determinados eventos puede un juez de tutela, a través de esta vía, ordenarlo siempre y cuando la omisión de este concepto afecte los derechos fundamentales, de quien la requiere o de su familia al constituirse en la única fuente de ingreso.

Por otro lado y en lo que se refiere a la procedencia de la acción de tutela la Sentencia T-371/07 reza:

"El objetivo de la acción de tutela, conforme al artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, al Decreto 2591 de 1.991 y a la doctrina constitucional, es la protección efectiva y cierta del derecho constitucional fundamental, presuntamente vulnerado o amenazado por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos expresamente señalados por la ley".

"En virtud de lo anterior, la eficacia de la acción de tutela radica en el deber que tiene el juez, en caso de encontrar amenazado o vulnerado un derecho alegado, de impartir una orden de inmediato cumplimiento orientada a la defensa actual y cierta del derecho que se aduce".

Del mismo modo, respecto del reconocimiento y pago de las incapacidades la Sentencia T-742/07 señala:

"En primer lugar, porque el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores. Así, se presume que las incapacidades son la única fuente de ingreso económico con la que el trabajador cuenta para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar, tal como el salario.

En segundo término, por cuanto el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues gracias a su pago, aquél puede recuperarse satisfactoriamente sin tener que preocuparse por reincorporarse anticipadamente a sus

actividades habituales con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia.

Por último, dado que los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador que debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta."

Ahora bien, frente al pago de las incapacidades, la Sentencia T-729/12 ha manifestado lo siguiente:

"Análisis normativo y jurisprudencial de las incapacidades laborales por enfermedad común que superan 180 días.

Con respecto al tema de las incapacidades laborales, éstas se definen como "el estado de inhabilidad física o mental de una persona, que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio"[12]. El ordenamiento jurídico vigente contempla su reconocimiento, liquidación y pago según se generen por los riesgos de accidente de trabajo, accidente común, enfermedad profesional o enfermedad general.

Las incapacidades laborales originadas en enfermedad no profesional constituyen una prestación del Sistema de Seguridad Social consagrada en la normatividad propia de este asunto; con ella se pretende amparar las contingencias surgidas con ocasión de perturbaciones en la salud de los trabajadores dependientes o independientes, a fin de dar cumplimiento a los objetivos de la seguridad social.

Se entiende que la incapacidad tiene origen en enfermedad común cuando la inhabilidad física o mental sobreviene a una enfermedad o accidente no originado por causa o con ocasión de la clase de trabajo que desempeña. Contrario sensu, se considera incapacidad profesional cuando acontece como consecuencia obligada de la clase de trabajo que desempeña el trabajador o del medio en que se ha visto obligado a trabajar.

Ahora bien frente al pago de las incapacidades se ha dicho que este evita que se vean comprometidos los derechos fundamentales de quien padece una disminución de sus habilidades físicas o mentales. En ese sentido esta Corporación ha señalado que:

"[el] no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos.[13]

En consecuencia, dentro del ordenamiento legal se ha contemplado el reconocimiento de incapacidades laborales y se ha determinado igualmente cuándo están a cargo del empleador, las EPS o en su defecto a cargo del Fondo de Pensiones y Cesantías. Concretamente la Ley 100 de 1993 estableció en su artículo 206 lo siguiente:

"Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157[14], el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales

vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras...".

En ese sentido, de la disposición anterior se deriva que las entidades del Sistema de Salud son las responsables, en principio, del pago de las incapacidades originadas en enfermedad general hasta por los primeros 180 días. De igual manera, esta Corte ha interpretado estos preceptos en el sentido de que no le corresponde legalmente a las Entidades Promotoras de Salud asumir el costo de incapacidades temporales originadas por enfermedad general superiores a 180 días.

En efecto, el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, prevé que el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague, hasta por 180 días, un auxilio monetario por enfermedad no profesional, siempre que no se trate de un caso en que la EPS esté obligada a pagarlas: "En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante."

Por otro lado, el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, contempla que en caso de que la incapacidad se mantenga es posible prorrogar el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal, siempre que exista un concepto de rehabilitación favorable, y se reconozca en favor del trabajador un auxilio equivalente a la incapacidad de la que era beneficiario.

Así, interpretando el alcance de la citada norma en concordancia con la jurisprudencia de esta Corporación[15], el pago de las incapacidades laborales mayores a 180 días debe sufragarse por cuenta de la administradora de fondos de pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador, esto es, únicamente para aquellas que se causen a partir del día 181 y hasta que se produzca el dictamen de invalidez, y hasta por 360 días adicionales.
(…)

"Esta Corporación ha reiterado que las incapacidades superiores a 180 días deben ser canceladas por la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el trabajador. La anterior regla se deriva de la lectura del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que dispone que el Fondo de Pensiones tiene la posibilidad de postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días, adicionales a los primeros 180 días de incapacidad reconocidos por la EPS, y en ese lapso, el trabajador deberá recibir un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando, y esta circunstancia ha llevado a la Corte a concluir que es el Fondo de Pensiones el que debe asumir el pago de las incapacidades a partir del día 181, hasta la fecha en que se produzca el dictamen de invalidez. De acuerdo con estas consideraciones, a la entidad accionada le asiste la razón al señalar que le corresponde al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección reconocer al actor las incapacidades generadas a partir del día 26 de julio de 2009 (día 181)"[16]. (…)

Con el propósito de cumplir con el procedimiento, a la administradora de fondos de pensiones y cesantías le corresponde emitir un concepto del servicio de rehabilitación integral del incapacitado, frente al cual, en caso de que sea favorable, es decir que el trabajador se pueda rehabilitar, dicha administradora de fondos de pensiones, previa autorización de la

aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, puede postergar la calificación ante las Juntas de Calificación de Invalidez hasta por un término máximo de 360 días calendario adicionales, tal y como se mencionó anteriormente, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Ahora, si el concepto resulta desfavorable estas entidades deberán remitir los casos a las Juntas de Calificación de Invalidez.

Frente a este punto, se debe anotar que la normatividad vigente consagra el deber de acompañamiento de las E.P.S., en relación con el trámite necesario para obtener el pago de las incapacidades superiores a los primeros 180 días, enviando directamente al fondo de pensiones los documentos que requiere, a efecto de que su solicitud sea estudiada y decidida.[17]

… si el afiliado no alcanza el porcentaje mínimo requerido para consolidar el derecho pensional, y por su estado de salud le siguen ordenando incapacidades laborales, le corresponderá al fondo de pensiones continuar con el pago de aquéllas, siempre que exista un concepto médico favorable de rehabilitación o hasta que se emita, o, hasta tanto se pueda efectuar una calificación de su invalidez. Lo anterior, toda vez que para esta Corporación el reconocimiento de la incapacidad por enfermedad general constituye un mecanismo idóneo para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores dependientes e independientes, en especial de su derecho al mínimo vital y a la salud:

"El pago de las incapacidades laborales mayores a 180 días corre a cargo de la administradora de fondos de pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador esto es, aquellas que se causen a partir del día 181 y hasta que se produzca el dictamen de invalidez, y por lo menos, por 360 días adicionales. En este punto, la Sala debe advertir que a la EPS le corresponde cumplir con el deber de acompañamiento del trabajador, en relación con el trámite necesario para obtener la cancelación de las incapacidades superiores a los primeros 180 días, remitiendo directamente al correspondiente fondo de pensiones los documentos que requiere, a efecto de que su solicitud sea estudiada y decidida o de que, eventualmente, le sea reconocida una pensión de invalidez"[18]*.*

En este supuesto, lo que la jurisprudencia constitucional persigue es radicar en cabeza del fondo de pensiones la obligación de pagar al afiliado una prestación equivalente a la que venía recibiendo por parte de la E.P.S., con el fin de garantizar una protección y estabilidad mínima de los derechos constitucionales fundamentales de los trabajadores incapacitados por más de 180 días que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, bajo amenaza de su derecho al mínimo vital y el de sus dependientes.

En conclusión, en caso de que al trabajador, por causa de su estado de salud, le sean expedidas por su médico tratante, incapacidades y éstas no superen los 180 días; (i) en primer lugar le corresponde a la Empresa Promotora de Salud el pago de las mismas, sin embargo; (ii) en el evento que las mismas sobrepasen los 180 días, el responsable del pago es el fondo de pensiones, ya sea hasta que se produzca un dictamen sobre su pérdida de capacidad laboral o se restablezca su salud.

Así las cosas, si el dictamen finalmente indica que (i) el trabajador presenta una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, se causará en su favor la pensión de invalidez, siempre y cuando cumpla con los demás requisitos legales. Si por el contrario, (ii) el dictamen de pérdida de capacidad laboral

arroja que el trabajador presenta una incapacidad inferior al 50%, y se siguen prescribiendo incapacidades laborales por el médico tratante, le corresponderá al fondo de pensiones seguir pagándolas, por 360 días adicionales, siempre que exista concepto favorable de rehabilitación o hasta que éste se emita, o se pueda efectuar una nueva calificación de su invalidez.

En cualquiera de los dos eventos descritos en los párrafos precedentes, el empleador está obligado a mantener el vínculo jurídico laboral con el trabajador, y a continuar con el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social, conforme con lo que establezca el concepto sobre su rehabilitación.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que en reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha indicado que el pago de las incapacidades superiores a los 541 días, está a cargo de las EPS y no de los fondos de pensiones. Al respecto la Sentencia T-144/16 ha manifestado:

*"**INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 540 DIAS-**Las personas que reclaman el pago de las incapacidades superiores a los 540 días son aquellas que han intentado reintegrarse a la vida laboral, a pesar de la disminución de su fuerza de trabajo*

En el caso concreto es evidente que el estado de salud de la actora ha impedido el éxito total de los pretendidos reintegros, pues a favor de ella se siguen expidiendo certificados de incapacidad laboral. Así mismo, es una persona que no goza de una pensión de invalidez; es decir, está incapacitada medicamente para trabajar, pero no es beneficiaria de ninguna fuente de auxilio dinerario para subsistir dignamente. Ello evidentemente indica que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, y que se vulnera su derecho al mínimo vital y se amenazan otros derechos fundamentales, tales como la vida digna y la salud.

Marco normativo y jurisprudencial entorno a la responsabilidad en el pago de incapacidades superiores a los 540 días.

24. Antes de hacer la presentación de la normativa que rige el presente asunto conviene clarificar el marco conceptual en torno a las incapacidades, compuesto esencialmente por tres elementos complementarios pero diferenciables: el certificado de incapacidad temporal, el auxilio económico y el subsidio por incapacidad.

El certificado de incapacidad temporal es una prestación que resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir que surge de "un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica"[49]. En la emisión de este último "el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada con el fin de proteger los derechos fundamentales a la salud y la vida del paciente"[50].

Éste genera durante los primeros 180 días un auxilio económico a cargo de la EPS, que desde el día 181 se sustituye por un subsidio de incapacidad equivalente al auxilio, pero asumido por el Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador.

25. Tempranamente el Legislador estableció un apartado especial para la regulación de los auxilios económicos por incapacidad laboral. En el

artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo, determinó que los mismos se ofrecerían "en caso de incapacidad comprobada para desempeñar las labores, ocasionada por enfermedad no profesional" y reguló la cantidad por la que serían reconocidos, y aquellas personas obligadas a otorgarlos.

El Decreto 2351 de 1965, aún vigente, prevé en su artículo 16 la obligación del empleador de reinstalar al empleado que se hubiere encontrado incapacitado por causa de enfermedad común. Los dictámenes médicos, conforme a tal norma, determinan si la reincorporación debe darse al mismo puesto de trabajo o a otro compatible con la capacidad física del trabajador.

El Decreto 770 de 1975, sacó de órbita de responsabilidad del empleador el pago de dicho auxilio, para adjudicarlo como una obligación de un agente externo a la relación laboral. En su artículo 9º fijó en cabeza del Instituto de Seguros Sociales la responsabilidad del pago de "un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de[l] (…) salario de base, subsidio que (…) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días". Tal reconocimiento dinerario iniciaba por virtud de dicha norma desde el cuarto día de incapacidad o desde el primer día de hospitalización, si éste ocurría primero.

Pasado el tiempo, la Ley 100 de 1993, contempló la figura de la incapacidad en el artículo 206, conforme el cual los afiliados al régimen contributivo en salud tendrán el reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común.

En 2001 el Decreto 2463[51], en la búsqueda de la rehabilitación del trabajador como objetivo primordial del proceso que lleva a dictaminar su pérdida de capacidad laboral, dispuso que la AFP, previo concepto favorable de recuperación, postergará la calificación de la pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los 180 que debía cubrir la EPS. Esta disposición fue modificada por el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012[52].

***26.** Ahora bien, una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, dependiendo de la prolongación de la situación de salud del trabajador.*

Así, el lapso que hay entre el día 1 y el día 2, competen económicamente al empleador, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, así:

> *"En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.*
>
> *En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.*

Lo anterior tanto en el sector público como en el privado."

Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto-Ley 019 de 2012. Tal obligación está sujeta a la afiliación del trabajador por parte del empleador o del propio independiente[53].

La incapacidad para trabajar que persiste luego de este periodo y trasciende al día 181, puede suscitar debate en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios que genera, y a la exigibilidad de la misma en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación. Lo anterior en virtud del Decreto 2463 de 2001.

27. Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador[54]. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, claramente, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación –superados 180 días de incapacidad– debe ser efectuada y promovida por las AFP, hasta agotar las instancias del caso[55].

Sobre el papel del concepto favorable de rehabilitación, conviene destacar que conforme el Decreto-Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150, a la AFP que corresponda.

En los eventos en que ello no sea así, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. Asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

*La AFP, una vez tenga concepto favorable de rehabilitación, habrá de postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral "hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS"**[56]**. El régimen de calificación prevé como condición, el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador[57]. 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 dejó dicho.*

Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable.

28. Es necesario hacer hincapié en que el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Asegura que el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador[58].

La forma condicionante en que el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto, lleva a pensar que se orienta al equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Da un margen de espera y rehúsa tener por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad, y que se fijaron a cargo de las AFP.

Bajo esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

Incapacidades prolongadas más allá de 540 días.

29. Las eventualidades y responsabilidades en materia de incapacidades que superan los 180 días conducen a una evaluación por parte de las autoridades calificadoras acerca de la pérdida de capacidad laboral. Una vez efectuada la calificación, varios son los resultados posibles: a) No hay pérdida de capacidad laboral relevante para el Sistema General de Seguridad Social, esto es cuando el porcentaje oscila entre 0% y 5%. b) Se presenta una incapacidad permanente parcial, esto es cuando el porcentaje es superior al 5% e inferior al 50%. Y c) cuando el porcentaje es superior al 50%, esto es cuando se genera una condición de invalidez.

30. Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente, se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora bien ¿qué sucede con el empleado que, a pesar de tener una incapacidad permanente parcial, sigue con problemas de salud de tal índole que le impiden médicamente ejercer su trabajo? Es decir, ¿qué pasa cuando agotado todo el proceso antes relatado, el trabajador no obtiene un porcentaje superior al 50% de PCL, pero aun así continúa como acreedor de certificados médicos de incapacidad laboral, pasados los referidos 540 días? Estas preguntas se pueden aclarar desde dos puntos de vista:

31. El primero, que apunta a reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado, en especial frente al concepto de invalidez. Lo anterior, pues según amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia[59], "… la invalidez es un estado que tiene relación directa con el individuo y con la sociedad en la cual se desenvuelve, el criterio de evaluación debe tener patrones científicos que midan hasta qué punto el trabajador queda afectado para desempeñar la labor de acuerdo con las características del mercado laboral"[60].

De lo anterior se puede colegir que una persona que a pesar de no ser considerada técnicamente inválida, sigue incapacitada para trabajar con posterioridad a los 540 días, por motivos atribuibles a la razón primigenia de la incapacidad, debe contar con un mecanismo para reevaluar su porcentaje de habilidad para laborar, pues ese porcentaje está íntimamente relacionado con su labor u oficio. Sobre este punto se hará referencia más adelante.

32. El segundo punto de vista, está relacionado con la desprotección que enfrenta una persona que recibe incapacidades prolongadas más allá de 540 días pues, en principio, no existía una obligación legal de pago de dichos certificados, en cabeza de ninguno de las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social, dejando al trabajador desprotegido. Esta situación fue inicialmente descrita por esta Corte mediante sentencia T-468 de 2010[61], y por su pertinencia se cita in extensu en esta ocasión:

> *"…El trabajador es incapacitado por un término superior a los 540 días.*
>
> *En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación legal en la materia, ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad, situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de Protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo. Ello sin perjuicio de lo estipulado en materia pensional.*
>
> *Se tiene entonces, que en el anterior caso el trabajador quedaría desprovisto del pago de las incapacidades laborales después del día 541 (más no de las prestaciones en salud), por tanto, sin sustento económico para su congrua subsistencia. De igual manera, se vería privado de protección económica en el sistema integral de seguridad social, ante una eventual incapacidad parcial permanente, pues si la misma ha sido de origen común, no tendrá derecho a indemnización, contrario a lo que sucede cuando la incapacidad permanente parcial tiene su origen en una enfermedad de origen profesional o en un accidente laboral.*
>
> *De esta manera quedan plenamente identificadas dos situaciones en las que el Sistema de Seguridad Social Integral contemplado en la Ley 100 de 1993, dejó desamparado al trabajador que sufre una incapacidad prolongada o una incapacidad parcial permanente de origen común; esto configura un déficit de protección legal frente a los principios constitucionales (integralidad especialmente) que deben regir la seguridad social en nuestro Estado Social de Derecho."*

Al resolver el caso concreto, la Corte en esa ocasión indicó que ni la EPS ni la AFP habían vulnerado los derechos fundamentales del entonces accionante, bajo la siguiente argumentación:

> *"A partir de la línea discursiva que se planteó en la parte dogmática de esta providencia, se estableció con meridiana claridad que en Colombia no hay una norma legal que estipule la obligación de reconocer el pago de las incapacidades por origen común que superen los 540 días. Desde este punto de vista se puede considerar que a la señora Torres Sánchez no se le ha vulnerado derecho alguno por parte del Sistema Integral de Seguridad social, ya que se le han reconocido más de los días estipulados en las normas pertinentes…*
>
> *(…)*

No obstante, le asisten a la tutelante otros derechos derivados de la relación laboral vigente, a saber: que se le sigan haciendo los aportes a la seguridad social por parte del patrono y la posibilidad de reintegro una vez alcance su rehabilitación. De igual manera, le asiste la posibilidad de que sea nuevamente valorada para establecer la pérdida real de la capacidad laboral.

Desde esta perspectiva la Sala de Revisión considera que en este caso no hay vulneración de los derechos fundamentales invocados al constatarse que tanto la EPS Coomeva, como la Administradora de Fondos de Pensiones ING S.A., pagaron las incapacidades respectivas. De igual forma se aprecia que la Empresa Casa Limpia S.A., no ha incurrido en ninguna conducta que merezca reparo por parte de esta Corporación, al contrario, ha asumido el pago de las prestaciones sociales a favor de la demandante tal como lo establece el principio de solidaridad que rige nuestro sistema actual de seguridad social integral."

Con posterioridad a esa sentencia la Corte emitió la T-684 de 2010[62], en la cual si bien se hicieron algunas consideraciones en torno al déficit de protección de los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, se decidió negar por improcedente la acción de tutela debido a que el caso concreto había sido resuelto por una sentencia anterior[63].

Aproximadamente tres años más tarde, la Corte profirió el fallo T-876 de 2013[64], en el cual reiteró el referido déficit de protección legal, en un caso en el cual analizó una pretensión que perseguía el pago de incapacidades superiores a los 540 días. Allí se indicó que "… la Sala de Revisión considera que en el sub examine no se configura la vulneración de los derechos fundamentales invocados, dado que tanto Saludcoop E.P.S., como la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., pagaron las incapacidades respectivas". En consecuencia, negó parcialmente el amparo y ordenó una nueva calificación al entonces accionante.

33. Ahora bien ha de indicarse que al momento de resolver el caso concreto, el Juzgado de primera instancia en la presente acción de tutela citó como fundamento la sentencia T-004 de 2014[65], sin embargo, ella no constituye un precedente aplicable al caso concreto debido a que las situaciones fácticas no son equiparables.

Así, en esa ocasión, se amparó el derecho fundamental al mínimo vital de una persona a la cual le han expedido incapacidades laborales por más de 540 días como consecuencia de varios diagnósticos que habían redundado en una pérdida de capacidad laboral del 51.77%, sin que la EPS, la empresa accionada o la AFP hubieren pagado oportunamente las incapacidades prescritas, ni realizado los trámites para reconocer y pagar la pensión de invalidez. En ese caso existía un dictamen que ofrecía certeza de la imposibilidad de rehabilitación del accionante y una negligencia de las entidades en el trámite de su pensión, por tal razón se aplicó una interpretación constitucional del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que condicionaba el pago de las incapacidades superiores a los 540 por parte del fondo de pensiones, al trámite y reconocimiento de la pensión de invalidez a la que tenía derecho el actor.

Como se evidencia, en el presente asunto, el porcentaje de calificación de la invalidez, hasta ahora vigente, no puede ofrecer tal certeza.

34. Ahora bien, retomando lo referente al déficit de protección legal para asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días que no tienen derecho a una pensión de invalidez, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015 –Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, reguló lo referido al pago de las incapacidades superiores a los 540 días y estableció, en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de regular el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, dando soluciones a los dos puntos de vista analizados en los fundamentos 31 y 32 de esta sentencia.

En efecto, el artículo 67 de la referida Ley 1753 de 2015, indicó:

> *"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."*

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[66]–, 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.

Descendiendo al caso que hoy nos ocupa, se observa que el accionante FREDDY ALEXANDER SILVA MORENO actualmente se encuentra desprotegido e incapacitado, en tanto ni COLPENSIONES ni la EPS MEDIMAS han asumido el reconocimiento y pago de las incapacidades que se le adeudan. Adicionalmente, tampoco indicaron si ya procedieron con la emisión del concepto de rehabilitación al actor, en aras de establecer si en definitiva recuperará o no la capacidad laboral, por lo cual debía ser remitida a la calificación de invalidez, y se supone que dicha calificación debe hacerse para que la pensión se comience a reconocer al día 181, pues la incapacidad se reconoce hasta el día 180.

Ahora bien, este Despacho dará aplicación a la Ley 1753 de 2015, basado en el estado de salud que soporta el accionante y que no le ha permitido reintegrarse a sus labores, aunado a que no ha logrado gozar de una pensión de invalidez, estando incapacitado medicamente para trabajar,

pero no es beneficiario de ninguna fuente de auxilio dinerario para subsistir dignamente. Ello evidentemente indica que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, y que se vulnera su derecho al mínimo vital y se amenazan otros derechos fundamentales, tales como la vida digna, la salud y el mínimo vital.

Así las cosas y por cuanto el accionante solicita el pago de las incapacidades generadas a partir del día 180, no existe responsabilidad frente a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACION, dado que las incapacidades que se le hubiesen otorgado por parte de este ente a partir del día 181 y hasta el 540 están a cargo de COLPENSIONES.

Ahora bien, por cuanto el accionante actualmente se encuentra activo en la EPS COMPENSAR, en caso de contar con incapacidades que superen el día 541 deberán ser pagadas ya sea por la EPS MEDIMAS o por la EPS COMPENSAR, dependiendo a la entidad donde se hubiese hecho el pago de los aportes durante el término de la expedición de incapacidades, sin perjuicio de las acciones que cualquiera de éstas entidades puede emprender para el reembolso de los dineros cancelados, en virtud del referido artículo 67 de la Ley 1753 de 2015. Al igual que las que se sigan causando, hasta tanto se revise y califique su pérdida de la capacidad laboral.

En este orden de ideas y ocupándonos del asunto sub lite, se concederá el amparo tutelar invocado, ordenando a COLPENSIONES, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, pague al señor FREDDY ALEXANDER SILVA MORENO, las incapacidades médicas que se le adeudan a partir del día 181 y hasta el día 540.

Igualmente, se ordenará a MEDIMAS EPS y/o COMPENSAR EPS, según corresponda, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, pague al señor FREDDY ALEXANDER SILVA MORENO, las incapacidades médicas que se llegaren a causar a partir del día 541, dependiendo a la entidad donde se hubiesen hecho el pago de los aportes durante el término de la expedición de dichas incapacidades, hasta tanto se revise y califique su pérdida de la capacidad laboral y/o presente una mejoría en su estado de salud.

Por lo expuesto, el JUZGADO DOCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR el derecho al mínimo vital, del señor FREDDY ALEXANDER SILVA MORENO, por las consideraciones expuestas en este fallo.

SEGUNDO.- ORDENAR al ente accionado COLPENSIONES, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, pague al señor FREDDY ALEXANDER SILVA MORENO, las incapacidades médicas que se le adeudan a partir del día 181 y hasta el día 540.

TERCERO.- ORDENAR a los entes accionados MEDIMAS EPS y/o COMPENSAR EPS, según corresponda, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún

no lo han hecho, paguen al señor FREDDY ALEXANDER SILVA MORENO, las incapacidades médicas que se llegaren a causar a partir del día 541, dependiendo a la entidad donde se hubiesen hecho el pago de los aportes durante el término de la expedición de dichas incapacidades, hasta tanto se revise y califique su pérdida de la capacidad laboral y/o presente una mejoría en su estado de salud.

CUARTO.- ORDENAR a los entes accionados COMPENSAR EPS y COLPENSIONES, para que en el término de CUARENTA Y OCHO (48) HORAS, contadas a partir del día siguiente de la notificación del presente fallo, tramiten la calificación de la pérdida de capacidad laboral del accionante, para lo cual el actor deberá radicar la solicitud de calificación con los documentos necesarios para llevar a cabo la valoración respectiva.

QUINTO.- DESVINCULAR a CAFESALUD EPS EN LIQUIDACION, por cuanto no existe responsabilidad alguna frente a esa entidad.

SEXTO.- Contra la presente decisión procederá la impugnación por la vía jerárquica dentro de los tres (3) días siguientes al de su notificación. (Art.31 ibídem). **RELIEVASE** que la impugnación del fallo no suspende el cumplimiento de la presente determinación.

SÉPTIMO.- Si la presente providencia no es impugnada, teniendo en cuenta el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

OCTAVO.- Notifíquese a los interesados por el medio más expedito.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,

FRANCISCO ÁLVAREZ CORTÉS
Juez

Se les hace saber a las partes, que por la coyuntura de emergencia y para efecto del pleno ejercicio del debido proceso, en caso se querer impugnar la anterior decisión, la misma deberá ser enviada al correo institucional del juzgado (cmpl12bt@cendoj.ramajudicial.gov.co)