

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO SESENTA Y CUATRO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.,

(Juzgado Cuarenta y Seis de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple Transitorio)

-Acuerdo PCSJA18-11127-

Bogotá D.C., trece (13) de junio de dos mil veintidós (2022).

Acción de Tutela N° 11001400642022-0075900 de GENARO ANTONIO GUERRERO ALVINO CONTRA COMPENSAR EPS y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS.

ASUNTO

Surtido el trámite de rigor, procede el Despacho a resolver la acción de la referencia, instaurada por la presunta violación de los derechos fundamentales de Gerardo Antonio Guerrero Alvino, por parte de la accionada,

I. ANTECEDENTES

La petición y los hechos

Refiere el accionante en su escrito de tutela que se encuentra vinculado laboralmente con Lenkor Seguridad Limitada y afiliado en el Sistema General de Seguridad Social en salud y pensión en COMPENSAR EPS y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS; que el 22 de noviembre de 2018, sufrió un accidente de tránsito y como consecuencia fue diagnosticado con S821 FRACTURA DE LA EPIFISIS SUPERIOR DE LA TIBIA por lo que se encuentra incapacitado de forma ininterrumpida, teniendo a la fecha más de 540 días de incapacidad.

Indica que en diciembre de 2021 solicitó cita para que el médico le diera nueva incapacidad, pero como no le dieron cita en el mes de enero, no se le expidió la incapacidad del mes de enero de 2022 y por ello la empresa LENKOR seguridad limitada no le pagó la incapacidad de dicho mes, afectando el mínimo vital de él y de su familia, encontrándose en una condición lamentable y vulnerable, puesto que la entidad accionada no está respetando su Dignidad Humana.

II. DERECHOS VIOLADOS Y PETICIÓN

Indicó el promotor del amparo, que la conducta de la accionada, vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna, a la seguridad social y al debido proceso, por lo que solicita al despacho ORDENAR a COMPENSAR EPS. que proceda a expedir la incapacidad del mes de enero de 2022, para que la empresa LENKOR SEGURIDAD LDA. pueda pagarle dicha incapacidad atrasada.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante proveído calendado ocho (08) de junio de dos mil veintidós (2022), se admitió la acción de la referencia, solicitando a las accionadas que en el improrrogable término de un (1) día, contado a partir del recibo de la comunicación, se pronuncie sobre los

hechos en lo que se soporta la presente acción y anexe la documentación pertinente, para la pronta y adecuada resolución de la tutela; igualmente se vinculó a la empresa LENKOR SEGURIDAD LTDA. a efecto de que rinda concepto sobre los hechos de la presente acción constitucional.

En atención al requerimiento del juzgado:

- la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.**, a través de su representante legal señalo que el señor Genaro Antonio Guerrero Alvino, presenta afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A., desde el día 03 de marzo del 2003, como traslado de régimen proveniente del ISS, hoy Colpensiones, y la efectividad de dicha afiliación se presentó el día 01 de mayo de la misma anualidad.

Señala que el accionante presentó ante Protección S.A., solicitud de prestación económica por invalidez y/o subsidio por incapacidad, ducho caso fue remitido ante la Comisión Médico Laboral, con quien se tiene contrato de prestación de servicios, a fin de evaluar su estado de salud y poder determinar si en el evento de contar con un pronóstico favorable de recuperación, debía procederse con la suspensión del trámite de calificación, habiendo lugar al pago de las incapacidades posteriores al día 181; o en caso de contar con un pronóstico desfavorable de recuperación, se debía proceder de inmediato con la calificación de su pérdida de capacidad laboral y determinar si generaría el derecho al pago de alguna de las prestaciones económicas consagradas para el Régimen de Ahorro Individual en caso de invalidez.

Añade que en el presente caso no le asistió la obligación a Protección S.A. pagar las incapacidades generadas con posterioridad al día 181 de incapacidad, toda vez que la EPS Compensar, a la cual se encuentra afiliada, no cumplió con la obligación legal de realizar la remisión formal de su caso, a la AFP Protección S.A., antes de cumplirse el día 150 de incapacidad y, por tanto, esa entidad debe asumir el pago de las incapacidades generadas con posterioridad al día 181, hasta la fecha de remisión del respectivo concepto, puesto que, se pudo constatar que el día 181 de incapacidad es el día 24 de junio del 2019, sin embargo, la EPS Compensar, sólo a partir del 25 de julio del 2019, realizó la remisión a Protección S.A. del concepto de rehabilitación del citado señor; por tanto, le corresponde a dicha EPS efectuar el pago de la incapacidades del actor, desde el día 181 y hasta el 24 de julio del 2019.

Informa que la EPS Compensar, mediante concepto de rehabilitación notificado a Protección S.A. el día 25 de julio del 2019, determinó que el accionante cuenta con un pronóstico favorable de rehabilitación, por ende, Protección S.A. autorizó al citado señor el pago de las incapacidades generadas desde el día 25 de julio del 2019, fecha de la radicación del concepto de rehabilitación por la EPS Compensar, hasta el día 540 de incapacidad, en los términos del artículo 142 del Decreto 019 de 2012 y el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Enfatiza que Protección S.A. pagó al accionante las incapacidades que aportó trascritas y que fueron generadas desde el día 25 de julio del 2019 (por 327 días), pero debido a que el afiliado determinó que ya no contaba con concepto favorable de rehabilitación, se inició el proceso de Calificación, determinando una Pérdida de Capacidad laboral del 27.57%, de origen común, con fecha de estructuración del 23 de noviembre del 2021, del cual al no estar de acuerdo con el dictamen, el accionante presento recurso, el cual será conocido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá / Cundinamarca y la fecha se encuentra en trámite; pero en el evento en que se continúen generando incapacidades con posterioridad al día 540, ese pago no procede con cargo a Protección S.A., en razón a que las mismas, deben ser canceladas por las Entidades Prestadoras de Salud –EPS–.

- **COMPENSAR ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD**, a través de apoderado judicial advierte que los profesionales de la salud gozan de autonomía medica en la expedición de incapacidades y están facultados para la emisión de estas y la parte actora contaba con diferentes canales, tales como: atención por urgencias, cita prioritaria, cita por medicina general o cita por especialista, y así poder obtener la emisión de incapacidades.

Informa que, frente a la expedición de INCAPACIDADES RETROACTIVAS, la Resolución 2266 de 1998, establece que no se puede expedir certificado de incapacidad con vigencia retroactiva en pacientes de atención ambulatoria, luego y bajo ese escenario, en el caso sub judice no se cumplen con los requisitos para la expedición de incapacidades retroactivas.

- la empresa **LENKOR SEGURIDAD LIMITADA**, guardo silencio.

IV. CONSIDERACIONES

LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela, prevista por el artículo 86 de la Constitución Política es un mecanismo procesal específico y directo, cuyo objeto consiste en la efectiva protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública, o de un particular en las situaciones y bajo las condiciones determinadas específicamente en el Decreto 2591 de 1991. La finalidad última de esta acción constitucional es lograr que el Estado, a través de un pronunciamiento judicial, restablezca el derecho fundamental conculcado o impida que la amenaza que sobre él se cierne se configure.

Dentro de las características esenciales de esta acción se encuentran la subsidiariedad y la inmediatez, la primera, refiere a que tan solo resulta procedente instaurarla en subsidio o a falta de instrumento constitucional o legal diferente, susceptible de ser alegado ante los Jueces; esto es, cuando el afectado no disponga de otro medio judicial para su defensa, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; la segunda a que la acción de tutela debe tratarse como mecanismo de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de la violación o amenaza.

Ahora bien, de los hechos expuestos en el escrito de tutela, se desprende que debido a un accidente de tránsito sufrido que el 22 de noviembre de 2018, fue diagnosticado con S821 FRACTURA DE LA EPIFISIS SUPERIOR DE LA TIBIA por lo que se encuentra incapacitado de forma ininterrumpida, teniendo a la fecha más de 540 días de incapacidad, que como quiera que en el mes de diciembre de 2021 solicito cita médica y esta no fue otorgada, por ende tampoco se otorgó incapacidad de ese mes trayendo como consecuencia que la empresa **LENKOR SEGURIDAD LIMITADA**, no le pago dicha incapacidad, por tal razón pretende a través de esta acción que **COMPENSAR EPS** le cancele el valor de la incapacidad del mes de enero de 2022, puesto que el no pago de esa incapacidad le afecta el mínimo vital no solo de él sino de su familia.

Es menester en este momento reseñar las siguientes definiciones:

Incapacidad: Se entiende por incapacidad el estado de inhabilidad física o mental de una persona que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio.

Riesgos que originan la incapacidad: La incapacidad se origina por: Accidente de Trabajo o Accidente Común, Enfermedad laboral o Enfermedad General.

Autonomía médica: Los profesionales de la salud tienen autonomía para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo y dentro de esas facultades está la de expedir incapacidades médicas teniendo en cuenta para ello la historia clínica, la evolución natural de la enfermedad, las pruebas diagnósticas y tratamientos recibidos. Ley 1571 de 2015, artículo 17.

Respecto al PAGO DE INCAPACIDADES, en cuanto a la afectación del MINIMO VITAL, La Corte Constitucional ha reiterado que en cuanto a la acción de tutela es procedente para pagar incapacidades, cuando estas incapacidades son la única fuente de ingreso del trabajador, para garantizar su subsistencia y la de su familia.

Por su parte el Sistema General de Seguridad Social establece la protección a la que tienen derecho aquellos trabajadores que, en razón a la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad de origen común, se encuentran incapacitados para desarrollar sus actividades laborales y, en consecuencia, están imposibilitados para proveerse sustento a través de un ingreso económico. Dicha protección se materializa mediante diferentes figuras tales como: el pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilio y pensión de invalidez contempladas todas estas, en la Ley 100 de 1993^[71], Decreto 1049 de 1999, Decreto 2943 de 2013^[72], la Ley 692 de 2005, entre otras disposiciones. (negrilla fuera del texto)

Las referidas medidas de protección buscan reconocer la importancia que tiene el salario de los trabajadores en la salvaguarda de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. Así lo ha sostenido la Corte al referirse particularmente a la incapacidad, estableciendo que los procedimientos para el pago de las mismas se han creado “(...) en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada”

Bajo esa línea, la Corte mediante sentencia T-490 de 2015 fijó unas reglas en la materia, señalando que:

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

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

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

En consecuencia, durante los periodos en los cuales un trabajador no se encuentra en condiciones de salud adecuadas para realizar las labores que le permitan devengar el pago de su salario, el reconocimiento de incapacidades constituye como una garantía de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. De allí, que la Corte reconozca que, sin dicha prestación, se presume la vulneración de los derechos en mención.

Ahora bien, específicamente con el reconocimiento de incapacidades, la H. Corte ha reconocido la procedencia de la acción de tutela, por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone

la vulneración de otros derechos fundamentales habida cuenta de que en muchos casos, dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata. En palabras de la Corte:

“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”

Además, ha estimado la Corte que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente.

Sobre esa base, la jurisprudencia en la materia ha reiterado que “los mecanismos ordinarios instituidos para reclamar el pago del auxilio por incapacidad], no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza; por lo que considera que mediante la acción de tutela se busca evitar la consumación de un perjuicio irremediable que se materializa en la amenaza grave e inminente sobre el mínimo vital, la cual requiere de medidas urgentes e impostergables para evitar su configuración.

Ahora bien, de otro lado es necesario reseñar que las administradoras de Riesgos Profesionales o ARL (Antiguamente ARP) son entidades legalmente constituidas contratadas obligatoriamente por la empresa, según el Sistema General de Riesgos Profesionales, encargadas de prevenir, proteger y atender a los trabajadores contra todo riesgo profesional que puede haber en un ambiente laboral, es decir, contra todo tipo de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (ATEP).

Entre los objetivos de la ARL tenemos:

- Establecer las actividades de promoción y prevención que mejoren las condiciones de trabajo y salud de los trabajadores, protegiéndola contra los ATEP derivados de la actividad laboral realizada diariamente y las condiciones de trabajo donde se efectúan que pueden provocar riesgos a la salud de los empleados en los lugares de trabajo tales como los físicos, químicos, biológicos, ergonómicos, psicosociales, de saneamiento y de seguridad.
- Fijar las prestaciones económicas y de atención a los trabajadores por incapacidad temporal en caso de ocurrencia de un ATEP.
- Reconocer y pagar a los afiliados las prestaciones económicas por incapacidad permanente, que se deriven de las contingencias de ATEP y muerte de origen profesional.
- (...)

Conforme lo establecido en el Decreto 2943 de 2013 establece que el reconocimiento económico de incapacidades es pagado por el empleador, sea público o privado, por los dos primeros días de la incapacidad cuyo origen sea enfermedad general; después del tercer día de incapacidad y hasta completar 180 días, la responsabilidad de pago por dicho concepto le corresponde a la Entidad Promotora de Salud (EPS) a la cual esté afiliado y de acuerdo al

Decreto 2463 de 2001, en el caso que la incapacidad supere los 180 días y hasta 360 días, será la Administradora de Fondos de Pensiones la que se responsabilice del pago por dicho concepto.

Ahora bien, respecto a la incapacidad reclamada por el accionante se tiene que la misma no fue generada en virtud que la EPS no le dio cita médica a efecto que el galeno tratante expidiera la incapacidad del mes de enero de 2022, a lo que la EPS señaló que, frente a la expedición de INCAPACIDADES RETROACTIVAS, la Resolución 2266 de 1998, establece que no se puede expedir certificado de incapacidad con vigencia retroactiva en pacientes de atención ambulatoria, luego para el presente caso no es posible la expedición de incapacidades retroactivas.

Al respecto vale señalar que el Ministerio de Salud y Protección Social –Minsalud–, mediante Concepto 2019116016083761 de 2019, precisó los eventos y/o excepciones en que la ley permite que los médicos expidan incapacidades días después de que el hecho o el accidente hayan tenido lugar, los cuales se encuentran contenidos en el parágrafo del artículo 12 de la Resolución 2266 de 1998:

*“ARTICULO 12. DE LA EXPEDICIÓN DE CERTIFICADOS DE INCAPACIDAD EN EVENTOS OCURRIDOS CON RETROACTIVIDAD A LA FECHA DE ATENCIÓN.
No se puede expedir certificado de incapacidad con vigencia retroactiva en el caso de pacientes de atención ambulatoria.*

PARAGRAFO. Se exceptúan de esta prohibición aquellos casos en los cuales se determina que el episodio de ausentismo laboral tuvo origen en trastornos de la memoria, confusión mental, desorientación en tiempo y espacio y otras alteraciones de la esfera psíquica, como consecuencia de patología psiquiátrica, causas orgánicas o intoxicación con psicotrópicos y/o alcohol y accidentes de Trabajo que generen politraumatismo severo. En estos eventos el certificado lo puede expedir únicamente el médico especialista tratante y su retroactividad no debe ser superior a treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de expedición.

Así mismo se exceptúan aquellos casos de atención ambulatoria plenamente justificados, siempre y cuando la retroactividad no sea superior a tres (3) días calendario, dejando el médico tratante expresa constancia del hecho en la historia clínica.”

Luego y de acuerdo con lo señalado anteriormente, es evidente que no es competencia del juez constitucional pronunciarse sobre la validez de las incapacidades que se otorgaron en algunos casos por periodos retroactivos, debido a que la norma expresamente está disponiendo una prohibición respecto a la expedición de incapacidades de forma retroactiva; de manera que será competencia del procedimiento ordinario ante el juez laboral, quien debe resolver sobre si se cumplieron con los presupuestos señalados en dicho parágrafo para que excepcionalmente se valide la expedición de la incapacidad del mes de enero de 2022, esto es con efectos retroactivos.

En esa medida, concluye esta sede judicial que la presente acción de amparo, resulta improcedente para reclamar el pago de la incapacidad solicitada por el accionante, esto es la incapacidad del mes de enero de 2022 referida en el escrito de tutela, debido que no es posible que el juez de tutela resuelva sobre la validez del concepto médico que ordena una incapacidad retroactiva, en razón a que se escapa de su competencia, pues la controversia no

se limitaría únicamente sobre la afectación del mínimo vital sino sobre la validez de los certificados de incapacidad.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Juzgado Sesenta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá D.C., (Juzgado 46 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple Transitorio), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela invocada por GENARO ANTONIO GUERRERO ALVINO, conforme a las razones indicadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta providencia a las partes por el medio más expedito

TERCERO: Si el presente proveído no es impugnado, remítase el presente expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LILIAM MARGARITA MOUTHON CASTRO
JUEZ

Firmado Por:

Liliam Margarita Mouthon Castro
Juez
Juzgado Municipal
Civil 064
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **ea47ebe83d8316d37efc68f8fe37a31bbb403f4dd63ea56569e4e5721e4d7d69**

Documento generado en 13/06/2022 04:26:27 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>