

JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO

Pereira, Risaralda, julio diecisiete (17) de dos mil diecinueve (2019).

Asunto a decidir

La impugnación de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo de Pequeñas Causa y Competencia Múltiple de esta ciudad, en junio seis del año en curso, dentro de la acción de tutela formulada por la señora Ana Lida Vargas Muñoz, en contra de la AFP Protección.

Antecedentes

El apoderado de la accionante, manifiesta que ésta sufrió un accidente de tránsito el 28 de julio de 2017, el cual le originó una fractura de la epífisis superior de la tibia, por lo que inició un exhaustivo tratamiento médico, el cual viene siendo asumido por el SOAT, y ha sido incapacitada de manera continua e ininterrumpida.

Los primeros 180 días de incapacidad fueron cancelados en debida forma por SURA EPS.

Desde el 28 de enero de 2018 hasta el 29 de septiembre de 2018, las incapacidades generadas fueron asumidas por parte de la AFP Protección S.A.; sin embargo, desde el 30 de octubre de 2018, la AFP se ha negado a cancelar los 105 días otorgados, a pesar de estar en el lapso que por ley le corresponde, es decir del día 181 al 540, argumentando que las incapacidades otorgadas no han sido transcritas por parte de Sura EPS, y esto no ha sido posible, porque su empleador (Camden Town - restaurante bar), dio por terminado el contrato de trabajo, a pesar el estado de salud e incapacidad médica de la accionante, y como consecuencia de la cesación de aportes, fue retirada del sistema.

A la señora Vargas Muñoz, se le ha atendido por la póliza SOAT, pero está en riesgo de que le suspendan, ya que se acerca el tope de la póliza.

Por lo anterior, se presentó el 12 de febrero de 2019, un derecho de petición a la AFP Protección S.A., y se requirió el pago de sus incapacidades, pero a la fecha no se ha pronunciado.

La situación de la señora Ana Lida es delicada, ya que se encuentra desempleada y no está recibiendo suma alguna de dinero.

Pretensión

Se ordene a Colpensiones, cancele los 105 días de incapacidad, y los que en adelante se continúen generando hasta acreditar 540 días.

Actuación del juzgado

La acción de tutela fue admitida el 08 de marzo del año 2019, en contra de la AFP Protección S.A. Se profirió sentencia el 20 de marzo del año en curso, la cual fue apelada, correspondiéndole a este Despacho conocer en segunda instancia, y el 02 de mayo pasado, se decretó nulidad por no haber vinculado a terceros y fue devuelto al juzgado de origen.

Mediante providencia del 08 de mayo, vinculó a la EPS SURA, Camden Town Restaurante Bar, Colpensiones y Salud Total, se profiere fallo el 21 de mayo de 2019, pero por una indebida notificación se decretó una nulidad y se subsanó el impase.

Intervención de la accionada AFP Protección S.A.

El representante legal judicial señala que la accionante se encuentra afiliada al Fondo desde el 02 de octubre de 2006, y que si bien Salud Total EPS S.A., remitió concepto de rehabilitación favorable respecto de la actora, la Administradora no tiene la obligación legal de reconocer el pago de las incapacidades generadas con posterioridad al día 181, ya que dicha remisión se hizo de manera tardía, toda vez que se generó el 28 de enero de 2018 y se recibió el 13 de febrero de 2018; por esta situación, y conforme a los términos del artículo 142 del Decreto 019 de 2012, Protección S.A., procedió con el pago de las incapacidades generadas desde esa fecha hasta el 29 de octubre del 2018, fecha de a última incapacidad aportada con transcripción y requisitos legales.

Así las cosas, se hace necesario que la actora aporte debidamente autorizadas y transcritas por su entidad promotora de salud, las demás incapacidades referidas, las posteriores al 29 de octubre de 2018, para recibir el reconocimiento y pago de las mismas a cargo de Protección S.A., no siendo un requerimiento caprichoso de la Administradora, sino legal para este tipo de asuntos.

Manifiesta que no es competencia de Protección S.A., la transcripción de incapacidades, sino de las EPS, se si no se encuentran transcritas, no son vinculantes para el sistema de seguridad social integral, por lo que una vez se alleguen las incapacidades generadas con acatamiento a este requisito, la AFP procederá a cancelarlas, incluso las que se lleguen a generar hasta el día 540.

Inserta en su respuesta, el marco normativo relacionado con el pago de incapacidades.

Considera que se debe negar la acción, por cuanto no se ha desconocido ningún derecho fundamental e insiste en que las AFP sólo pueden reconocer las prestaciones económicas, una vez se acrediten todos y cada uno de los requisito exigidos por el legislador.

Indica que en esta tutela tampoco se cumple con el requisito de la subsidiariedad, debido a que no se han agotado los procedimientos establecidos para el efecto, como lo es la radicación de la respetiva solicitud de pago de incapacidades.

Intervención de la vinculada Salud Total EPS S.A.

El Gerente de la EPS, señala que la accionante estaba en calidad de cotizante del régimen contributivo y su estado de afiliación es "Suspendido por mora", sin novedad de retiro.

En lo relacionado con el asunto, indica que Salud Tota EPS S.A., realizó el correspondiente proceso de transcripción, liquidación y pago hasta que la parte actora cumplió los 180 días, en estricta observancia de las normas que regulan la materia; y que a partir del 28 de julio de 2018, la usuaria no cuenta con semanas de cotización, tenía contrato laboral vigente y su estado de servicio era MORA, y según el artículo 71 del Decreto 2353 de 2015, que señala que durante los periodos de suspensión por mora no habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones económicas por incapacidades, licencias de maternidad y paternidad por parte del Sistema o de la EPS y su pago estará a cargo del empleador, salvo que haya mediado un acuerdo de pago.

En consecuencia, quien ha desconocido una de sus principales obligaciones es el empleador.

Se refiere a los efectos de la mora en el pago de las cotizaciones y garantía de la atención en salud, solicitando se vincule al empleador como litis consorcio necesario, ya que se presenta falta de legitimación en la causa por pasiva; además expuso sobre la inexistencia de la obligación de cubrir prestaciones económicas por enfermedad general, posteriores a los 180 días continuos de incapacidades por parte de las EPS, señalando que son de competencia de las AFP.

Solicita se deniegue la presente acción, ya que se configura la falta de legitimación en el extremo pasivo y se ordene a la AFP Protección y al empleador, cumplir con su obligación legal respecto al reconocimiento de las pretensiones formuladas por la accionante.

Intervención de la vinculada Colpensiones

La Directora de la Dirección de Acciones Constitucionales, informa que revisada las bases de registro, no se observa petición pendiente por responder a favor de la accionante, y la única que puede responder es la AFP Protección, por lo que solicitan su desvinculación, al presentarse falta de legitimación en la causa por pasiva.

Intervención del vinculado Camden Town -Restaurante Bar

No se pronunció.

Intervención de la vinculada EPS Sura

No se pronunció.

Decisión de primera instancia

El Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Pereira, hace un recuento de los hechos y peticiones narrados por la accionante, de la intervención de la accionada y vinculadas, cita precedente constitucional al respecto, y declara improcedente la acción incoada, ya que lo que se persigue son pretensiones económicas, que deben reclamarse en otra instancia.

Impugnación por parte de la accionante

El apoderado de la actora señala que, incurre en yerro la señora juez ad quo al manifestar que la acción de tutela no es el monismo idóneo a fin de obtener el reconocimiento de incapacidades médicas, dado que es abundante la jurisprudencia emanada al respecto.

Indica que la negativa de la AFP accionada, se basa en argumento meramente formal, al manifestar que las incapacidades no se encuentran transcritas, trámite que la EPS a la cual se encuentra afiliada la señora Vargas Muñoz, no puede realizar porque fue retirada del sistema por parte del empleador.

Expresa que resulta gravoso y violatorio de los derechos fundamentales de la actora, que las incapacidades médicas objeto de la acción constitucional, deben ser cobradas a su empleador en un proceso ordinario laboral, ya que tienen el carácter de fundamental y urgente, ya que reemplaza el salario; además, se debe considerar que la sociedad comercial para la que laboraba la accionante, fue objeto de cierre y su matrícula mercantil no ha sido renovada, por lo que iniciar un proceso ordinario laboral o impartir una orden judicial en su contra, resultaría infructuoso.

Consideraciones

De conformidad con lo establecido por el Decreto 2591 de 1991, esta

célula judicial es competente para conocer de la impugnación formulada ante el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Pereira, que conoció en primera instancia.

En el presente asunto, la parte accionante no estuvo de acuerdo con el fallo proferido dentro de la acción de tutela en la cual fueron negados los derechos fundamentales impetrados.

En este asunto se discute si la señora Ana Lida Vargas Muñoz, tiene derecho al pago de incapacidades, ya que sufrió un accidente en julio de 2017, por el que ha sido viniendo incapacitada.

Existe múltiple jurisprudencia relacionada con el régimen de incapacidades laborales: clasificación y obligación de pago, la sentencia T-200 de 2017, señala:

"(...)

"Incapacidades por enfermedad de origen común

*"De acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia, dependiendo del tiempo de duración de la incapacidad, la remuneración recibida durante ese lapso podrá ser denominada **auxilio económico** si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma; o **subsidio de incapacidad** si se trata del día 181 en adelante. La obligación del pago de incapacidades está distribuida de la siguiente manera:*

"i. Entre el día 1 y 2 está a cargo del empleador según lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.

"ii. Entre el día 3 y 180 a cargo de la EPS según el mismo decreto.

"iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.

"Ahora bien, hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional venía reconociendo y advirtiendo la existencia de un déficit de protección de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días. En su momento, la sentencia T-468 de 2010 de esta Corporación señaló:

"(...)

"En consecuencia, el Gobierno Nacional, a través de la Ley 1753 de 2015, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo comprendido entre 2014 y 2018, dio una solución a este déficit de protección, al otorgar la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS. Según el artículo 67 de la mencionada ley, los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas "al 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."

En este puntual asunto, queda claro que los primeros 180 días fueron asumidos por la EPS de la accionante, a partir del día 181 fueron asumidas por la AFP Protección, hasta el 29 de septiembre del año pasado, pero la situación se complica a partir de esta fecha, pues el empleador de la señora Ana Lida, deja de cotizar a salud, incurriendo en mora, y como consecuencia de ello, su EPS deja de transcribir las incapacidades para adelantar el trámite ante la AFP.

La señora Vargas Muñoz, está siendo atendida por el SOAT, en razón a que sufrió un accidente de tránsito, pero en versión de su apoderado, está por cumplirse el tope de cobertura de la póliza.

De los documentos allegados, se deduce que la parte accionante, supo desde octubre de 2018 que se presentaba la cesación de pagos a salud y como ella misma afirma, su empleador *"en una decisión ilegal y violatoria de sus derechos fundamentales dio por terminado el contrato de trabajo que lo unía con la señora VARGAS MUÑOZ, lo anterior a pesar de su estado de salud e incapacidad médica, y como consecuencia de ello cesó (sic) los aportes que venía (sic) realizando a SURA E.P.S, motivo por el cual mí representada fue retirada del sistema."*

En respuesta allegada por la EPS, anuncia para el caso de la señora Ana Lida, que el estado de la afiliación es suspendida por mora, sin novedad de retiro, con mora de los meses de octubre de 2018 a Mayo de 2019, es decir, lleva más de cinco meses, en los que la actora es consciente de que ni se le ha cotizado por no estar vinculada a una empresa, ni se ha desafiliado para inscribirse al régimen subsidiado.

En estas circunstancias, el Despacho, considera que lo aquí reclamado se traduce en pretensiones económicas, que deben ser reclamadas ante la jurisdicción ordinaria laboral o ante la Superintendencia, por cuanto si bien es cierto, se trata de incapacidades médicas frente a las cuales existe innumerable precedente constitucional, que considera viable la tutela para reclamar dicha pretensión, toda vez que con su no pago, se vulnera el derecho al mínimo vital, lo evidente de este asunto es que la accionante fue desvinculada, por parte de su patrono, del sistema, de lo que surge que no es este trámite preferente, breve y sumario, al que debe acudir, para tal fin.

Al respecto la sentencia T-246 de 2018 ha dicho

"En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política³³, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 y la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la materia, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario. Por lo anterior, solo procede como mecanismo de protección definitivo (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; o (ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales invocados, a la luz de las circunstancias del caso concreto. Además, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, el accionante deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela³⁴ y la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

"La Corporación ha sostenido, que el medio de defensa judicial resulta ser idóneo cuando es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y efectivo, cuando está diseñado para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados³⁵.

"De acuerdo con el sistema normativo colombiano, los recursos ordinarios aptos para ventilar las pretensiones de índole económico, específicamente las tendientes a obtener el pago del subsidio de incapacidades laborales son, la solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, en virtud de su función jurisdiccional, o en su defecto, la acción laboral ante el juez natural de la jurisdicción ordinaria.

"El primer recurso se activa ante la Superintendencia Nacional de Salud, en razón a la función jurisdiccional a ella conferida por el artículo 41 de la Ley 1122 de

2007, adicionado y modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, en concordancia con el artículo 116 de la Constitución Política³⁶, con el fin de garantizar el derecho a la salud de manera efectiva a los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. De acuerdo con las referidas disposiciones, la Superintendencia Nacional de Salud puede conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez en determinados asuntos, siendo uno de ellos el "conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador".

"De conformidad con las disposiciones señaladas, el procedimiento para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia i) es "preferente y sumario", ii) se debe llevar a cabo "con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción", y iii) reviste de las siguientes características: (a) inicia con una solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, en la cual se debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante; (b) la solicitud misma y su presentación no requiere de ninguna formalidad o autenticación, ni es necesario actuar mediante apoderado; (c) puede ser presentada mediante memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual la ley establece que se gozará de franquicia; (d) en el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalece la informalidad y la Superintendencia debe ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes para lograr la efectiva protección del usuario; (e) dentro de los diez (10) días siguientes a la solicitud, la Superintendencia dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento; y iv) dentro de los tres días siguientes a su notificación, el fallo podrá ser impugnado."

Este Despacho considera que el Juzgado de Primera Instancia, en su decisión de 06 de junio pasado, interpretó adecuadamente el criterio que al respecto ha señalado el alto tribunal, por tal motivo se confirmará el fallo emitido por el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad.

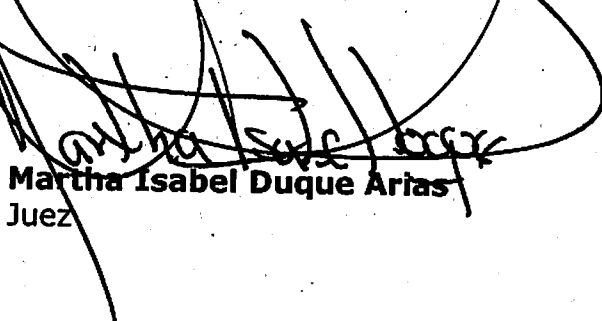
Sin más consideraciones y en mérito de lo ocurrido, el **JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE PEREIRA, RISARALDA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero: confirmar la sentencia de tutela fechada en junio seis de la anualidad en curso, proferida por el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad.

Segundo: Notificadas las partes, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión (artículo 32 decreto 2591 de 1991).

Notifíquese y Cúmplase.


Martha Isabel Duque Arias
Juez