



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**JUZGADO CUARENTA Y UNO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA
MULTIPLE ANTES JUZGADO CINCUENTA Y NUEVE CIVIL MUNICIPAL DE
BOGOTÁ**

Bogotá D.C., veinte (20) de mayo de dos mil veinte (2020)

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
EXPEDIENTE: 11001-40-03-059-2020-00365-00
ACCIONANTE: DANIEL NICOLAS GONZALEZ NAVARRETE
ACCIONADO: COMPENSAR EPS.

1.- ASUNTO

Procede el despacho a proferir la sentencia que en Derecho corresponda para finiquitar el trámite de la acción de tutela de la referencia.

2.- DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

El *petente* no aclaró el derecho fundamental afectado por la entidad demandada, sin embargo, de la lectura del escrito de tutela se extrae que es la afectación del mínimo vital.

3.- OMISIÓN ENDILGADA A LA ACCIONADA

Narra el actor, en síntesis, que se encuentra disfrutando de una incapacidad superior a 180 días, la cual debe ser reconocida por la AFP PROTECCION; la EPS COMPENSAR emitió concepto favorable de rehabilitación hasta el 19 de diciembre de 2019 y lo remitió al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A., quien ha venido cancelando las incapacidades causadas con posterioridad a ese día, no obstante, no ha sido posible el cobro del periodo comprendido entre el 7 al 18 de diciembre de 2019, es decir, 12 días de incapacidad; pues al solicitar el pago ante la AFP le informan que es la EPS la responsable de tal reconocimiento por no haber emitido a tiempo el concepto de rehabilitación y al solicitarlo ante la EPS indica, luego de 3 derechos de petición, que es el fondo de pensiones pues la incapacidad supera los 180 días o su empleador por haber radicado la incapacidad a destiempo.

Todo ello ha venido afectando los gastos que debe cubrir como arriendo y que aún no puede aumentar sus ingresos pues se encuentra incapacitado.

4.- TRÁMITE PROCESAL

La solicitud para el trámite de la acción del Art. 86 Superior, fue admitida el 13 de mayo de 2020 y en dicha providencia se ordenó oficiar a la accionada, concediéndole el término de un (1) día para que, si así lo disponían, se pronunciaran de los hechos y las pretensiones expuestas en la demanda. Lo mismo sucedió con la AFP PROTECCION S.A., AECSA ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN COBRANZAS S.A. y ADRES las cuales fueron vinculadas mediante el citado proveído.

Dichas entidades y el mismo accionante fueron notificados de la acción mediante correo electrónico enviados el 14 de mayo de 2020.

El FONDO DE PENSIONES DE PROTECCION S.A. adujo que el caso del citado señor fue remitido ante la Comisión Médico Laboral, con quien tiene celebrado 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.

Señala que, el pago del subsidio de incapacidad, le corresponde los dos primeros días al empleador, hasta el día 180 debe ser pagado por la correspondiente EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador, ello de conformidad con el artículo 40 del Decreto 1406 de 1999; y posteriormente, conforme lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, las Administradoras de Fondos de Pensiones solo serían responsables del pago de la incapacidad que supere los primeros 180 días, siempre y cuando el accidente o la enfermedad sea de origen común, y adicionalmente se debe contar con pronóstico favorable de rehabilitación. Añade que en el presente caso no le asiste la obligación a Protección S.A. de pagar las incapacidades que reclama el accionante (desde el 7 al 18 de diciembre de 2019), toda vez que la EPS a la cual se encuentra afiliado, 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, con base

en la SANCIÓN establecida, para las EPS, en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

Menciona que revisado el caso del accionante se pudo constatar que la EPS, sólo a partir del 19 de diciembre de 2019, realizó la remisión a Protección S.A. del concepto de rehabilitación del citado señor, por tanto, le corresponde a la EPS COMPENSAR efectuar el pago de las incapacidades del actor, desde el día 181 y hasta esta fecha, con base, en la SANCIÓN establecida en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

Por lo tanto, es menester informar que, en atención a que la EPS, mediante concepto de rehabilitación notificado a Protección S.A. y la comisión médico laboral determinó que el hoy accionante cuenta con un pronóstico favorable de rehabilitación, por ende, Protección S.A. autorizó al señor Daniel Nicolás González Navarrete, el pago de las incapacidades generadas desde el día 19 de diciembre de 2019, fecha de la radicación del concepto de rehabilitación por la EPS y 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.

Por su parte, AECOSA manifestó que el accionante se encuentra vinculado a esa empresa desde el 13 de marzo de 2019 donde de manera cumplida han realizado los aportes a la seguridad social y que conforme con las pretensiones, se debe desvincular a dicha entidad pues es la accionada o el fondo de pensiones, las llamadas a dar respuesta al accionante y realizar el pago de las incapacidades.

La EPS COMPENSAR señaló en su respuesta, que en el caso sub judice existe falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto el pago de incapacidades superiores a 180 días de incapacidad y menos de 540 días debe ser asumido por la AFP PROTECCIÓN, se trate de concepto favorable o desfavorable de rehabilitación. En relación con el pago de incapacidades superiores a 180 días e inferiores a 540, COMPENSAR EPS ha cumplido con la obligación legal de pagar las incapacidades correspondientes.

La ADRES aportó la normatividad frente al reconocimiento y pago de incapacidades.

En consecuencia, es pertinente zanjar la presente acción de tutela, mediante la decisión que en Derecho corresponda, no sin antes atender las siguientes,

5.- CONSIDERACIONES

Como lo establecen la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, toda persona, por sí misma o por quien actúe en su nombre, puede acudir ante los jueces de la República, en todo momento y lugar, para que mediante un procedimiento preferente y sumario se protejan sus derechos fundamentales consagrados en la Carta Política, cuando quiera que éstos sean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por particulares, de conformidad con el Capítulo III de la Ley 1755 de 2015.

Las incapacidades laborales, más allá de tener la naturaleza de una prestación económica, constituyen el salario del trabajador mientras se recupera de una enfermedad que le imposibilita desempeñar sus labores; por esta razón, su reconocimiento y pago se tornan fundamentales al menos mientras persiste el periodo de incapacidad.

Este tema ha sido tratado por la Corte Constitucional en el estudio de casos similares, en los que se ha estipulado que al trabajador que permanece en periodo de incapacidad le asiste una especial protección que debe ser reconocida por el Estado, el empleador, las entidades promotoras de salud, las ARL y los fondos de pensiones. En consecuencia, dichas entidades deben cumplir a cabalidad las funciones que les compete respecto al reconocimiento y pago de las incapacidades para, así mismo, materializar la protección otorgada por la ley y la jurisprudencia al trabajador, que busca solventar la falta de recursos derivada de su estado de salud.

El artículo 206 de la Ley 200 de 1993, el artículo 40 del Decreto 1046 de 1999 y el artículo 23 del Decreto 2346 de 2001 regulan el pago de las incapacidades en el caso del régimen contributivo.

De acuerdo a estas normas, el empleador debe cancelar las incapacidades laborales de origen común que sean inferiores o iguales a tres días, término a partir del cual la EPS debe realizar el pago, hasta que el trabajador complete los 180 días incapacitado. A partir del día 181 las administradoras de fondos de pensiones o las administradoras de riesgos profesionales, dependiendo del origen de la enfermedad, deben remitir a los trabajadores a las juntas de calificación de invalidez, para determinar la pérdida de la capacidad laboral y asumir el pago de las incapacidades causadas.

Este trámite en todo caso debe ser antecedido por un concepto de rehabilitación que, de acuerdo al artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, debe realizarlo la Entidad Promotora de Salud a la que se encuentra afiliado el trabajador, antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal, para así mismo, remitirlo al Fondo de Pensiones antes del día ciento cincuenta (150).

El Decreto Ley 19 adicionalmente incluyó una sanción a las EPS en caso de que dicho trámite no se realice:

"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".

Según esta norma, las administradoras de fondos de pensiones no están obligados a pagar las incapacidades que superen los 180 días cuando las EPS no realicen el trámite correspondiente para expedir el concepto favorable de rehabilitación. Esa disposición, como ya fue reconocido por la Corte en sentencia T-333 de 2013, lejos de imponer un requisito adicional respecto al reconocimiento y pago de las incapacidades, buscó fortalecer el compromiso de los empleadores y las EPS de cara al reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a las que tienen derecho los trabajadores que sufren este tipo de contingencias.

Una vez se surte la realización de este trámite, compete a los fondos de pensiones, en los casos de enfermedades de origen común, responder por las incapacidades dictadas y enviar el caso para que sea calificado por la Junta de Invalidez, actuación para la cual tendrá máximo 360 días.

Cuando la enfermedad tiene un concepto favorable de recuperación, el trabajador conserva el derecho a ser reintegrado en el cargo que venía desempeñando o a ser reubicado en un nuevo cargo que se ajuste a las recomendaciones que expida el médico tratante. Si, en cambio, luego del dictamen de invalidez, se constata que el trabajador tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, hay lugar a solicitar la pensión de invalidez. En cualquier caso, mientras se realiza el dictamen de pérdida de capacidad laboral, compete al fondo de pensiones respectivo, reconocer las incapacidades que se sigan generando.

La Corte Constitucional ha reconocido que la falta de pago de las incapacidades laborales pueden derivar en la vulneración de los derechos a la salud, a la vida digna y

al mínimo vital, en tanto el trabajador deja de contar con una suma que le permitiría recuperarse completamente y, así mismo, pierde los recursos necesarios para garantizar su sostenimiento y el de su familia. En consecuencia, en sentencia T-789 de 2005, el Alto Tribunal estableció una presunción, según la cual se asume que las incapacidades son *"la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizarse su mínimo vital y el de su familia, tal como ocurre con su salario"*.

Por esta razón, la jurisprudencia constitucional ha determinado que en todos los casos es imperativo que alguna de las entidades del Sistema de Seguridad Social asuma la obligación de cancelar estas prestaciones y que, cuando el juez de tutela no tenga claro quién es el responsable, podrá señalar un encargado provisional, el cual podrá posteriormente repetir contra la entidad que tenía el deber de asumir el reconocimiento y pago de las incapacidades.

En el caso concreto, una vez aclarado el sistema de responsabilidades respecto del reconocimiento y pago de las incapacidades, es imperativo analizar las circunstancias especiales que rodean el caso del accionante, para efectos de determinar si le asiste el pago de la incapacidad reclamada y, de ser así, qué entidad debe cancelarlas.

Es fundamental resaltar que, de acuerdo a la amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional, los sujetos que se encuentran incapacitados y que, en consecuencia, no pueden desarrollar su actividad laboral para garantizar su sostenimiento y el de su familia, son sujetos vulnerables a quienes no les son oponibles razones de carácter administrativo para desconocer su derecho al reconocimiento y pago de las incapacidades.

Por esta razón, las entidades del Sistema de Seguridad Social deben solucionar los conflictos respecto de la responsabilidad del pago de las prestaciones reclamadas sin afectar directamente al trabajador; en otras palabras, las diferencias que, sobre este tema, surjan entre los distintos actores del Sistema de Seguridad Social, de ninguna forma pueden implicar la suspensión de los pagos al trabajador que continúa en periodo de incapacidad. Aceptar una postura contraria, necesariamente derivaría en la afectación de las condiciones mínimas de existencia del reclamante quien, en razón de su condición de salud, no se encuentra habilitado para trabajar.

En el caso del accionante, se encuentra probado que sufrió fractura de la epífisis inferior del humero. Así mismo están probadas las incapacidades dictadas por el médico tratante a partir del 10 de junio de 2019, hasta 15 de mayo de 2020, igual que

la cancelación por parte de la EPS, de las incapacidades correspondientes a los primeros 180 días.

De acuerdo con la respuesta de la EPS accionada el concepto de rehabilitación se emitió el 3 de diciembre de 2019 y se le comunicó a la AFP el 16 de diciembre de 2019 para efectos de que dicha entidad asumiera el trámite de reconocimiento y pago de las incapacidades subsiguientes.

En consecuencia, es claro que si bien la EPS dio cumplimiento a la obligación establecida en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, dicho cumplimiento fue parcial, toda vez que el dictamen y la remisión de dicho documento se dieron de manera extemporánea de acuerdo a los plazos estipulados en la norma.

Según las incapacidades médicas anexadas a la acción de tutela y el pago de las mismas por parte de la EPS, los primeros 120 tuvieron lugar entre el 10 de junio de 2019 y el 8 de octubre de 2019 y el dictamen únicamente fue proferido en diciembre del mismo año, es decir, casi 6 meses después de la primera incapacidad. En consecuencia, es claro que hay lugar a aplicar la sanción establecida en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, en virtud de la cual:

"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".

En efecto, al Fondo de Pensiones Protección le correspondería el pago de las incapacidades causadas a partir del día 181 y hasta el 540, desde luego, los 180 días se cumplieron el día 6 de diciembre de 2019, sin embargo, la EPS remitió el concepto de rehabilitación tardíamente, esto es, hasta el 16 de diciembre de 2019, por lo tanto, debe hacerse acreedor a la sanción prevista en el Decreto Ley en mención.

En consecuencia, esta Juzgadora declarará responsable a COMPENSAR E.P.S por el pago de las incapacidades generadas desde el 7 al 18 de diciembre de 2019.

6.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARENTA Y UNO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE ANTES JUZGADO CINCUENTA Y NUEVE CIVIL

MUNICIPAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

7.- RESUELVE

PRIMERO.- CONCEDER el amparo deprecado por DANIEL NICOLAS GONZALEZ NAVARRETE, conforme lo discurrido en la parte motiva.

SEGUNDO.- ORDENAR a la **EPS COMPENSAR** que, a través de su representante legal, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, reconozca y pague a favor del accionante las incapacidades causadas entre el 7 al 18 de diciembre de 2019.

TERCERO.- NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes y demás interesados por el medio más expedito.

CUARTO.- En caso de no ser impugnado el presente fallo, **ENVÍESE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


NELY ENISET NISPERUZA GRONDONA

Juez

ojss