

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA -
RISARALDA**

SALA DE DECISION PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, dos (2) de septiembre de dos mil once (2011)
Proyecto aprobado por Acta No. 582
Hora: 6:00 p.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

1.1 Corresponde a la Sala resolver lo pertinente en relación con la impugnación interpuesta por la directora de sede de la E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD, contra el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela iniciada por el señor ALIRIO DE JESÚS CAÑAS LEÓN en contra de esa entidad y de la A.R.P. POSITIVA.

2. ANTECEDENTES

2.1 El accionante en nombre propio, interpuso acción de tutela en contra de la E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD y de la A.R.P. POSITIVA, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital en conexidad con la vida digna y con calidad.

2.2 El supuesto fáctico de la demanda de tutela se sintetiza así:

- El día 4 de octubre de 2010 el señor ALIRIO DE JESÚS CAÑAS LEÓN tuvo un accidente laboral en el vivero Jubilar, ubicado en el kilómetro 2 vía Cerritos.
- Luego de ocurrido el accidente, el actor quedó incapacitado para laborar.
- El día 6 de junio de 2011 el accionante fue sometido a una cirugía de columna.
- La A.R.P. POSITIVA, por ser la entidad competente, realizó los pagos correspondientes a los períodos de incapacidad.

- La A.R.P. POSITIVA efectuó el último desembolso el día 19 de mayo de 2011.
- El peticionario se acercó a la A.R.P. POSITIVA con el fin de averiguar sobre un pago que se encontraba pendiente, entidad en la que le informaron que la incapacidad debe ser costeada por la E.P.S. S.O.S., ya que en la última historia clínica su enfermedad fue reportada como de origen general.
- En la E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD le entregaron al tutelante unos certificados de incapacidad sin subsidio, con el fin de que los entregara en la A.R.P. POSITIVA y allí se le cancelaran las incapacidades que se encontraban pendientes.
- Luego de allegar la documentación a la A.R.P. POSITIVA, se le informó al demandante que debía esperar veinte días.
- La situación del señor CAÑAS LEÓN es precaria. Sus cuatro hijos y su compañera permanente dependen económicamente de él, y es su deber comprar los alimentos, pagar el arriendo pagar los servicios, etc.

2.2 El accionante solicita que le sean tutelados sus derechos fundamentales, y que se ordene a la A.R.P. POSITIVA y /o E.P.S. S.O.S. que autoricen los pagos de las incapacidades, haciendo los mismos de manera oportuna y durante el tiempo que lo requiera.

2.3 Anexó al escrito de tutela copia de los siguientes documentos: i) cédula de ciudadanía; ii) historia clínica; iii) formulario de informe para accidente de trabajo del empleador contratante; iv) certificados de incapacidades; y v) oficio expedido por la A.R.P. POSITIVA a través del cual se le informa al accionante que la enfermedad que padece es de origen común, la cual debe ser tratada a cargo de la E.P.S. a la cual se encuentra afiliado.

2.4 Mediante auto del 30 de junio de 2011, la *a quo* avocó el conocimiento y dispuso la vinculación de de las entidades accionadas, y corrió el respectivo.

3. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

3.1 E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD

3.1.1 La directora de sede de la E.P.S. Servicio Occidental de Salud allegó respuesta en los siguientes términos:

- El señor ALIRIO DE JESÚS CAÑAS LEÓN se encuentra activo en la empresa Asociación de Bienestar Social, y como independiente presenta notificaciones en el aplicativo de salud como seguimiento de incapacidad continua prolongada con accidente de trabajo, con fecha de inicio el 4 de octubre de 2010, con un acumulado de 284 días de incapacidad.
- El accionante fue valorado en la Unidad de Medicina de Trabajo y se remitió el caso a la A.R.P. POSITIVA.
- El actor se encuentra afiliado al sistema de seguridad social a través de la E.P.S. S.O.S. en calidad de cotizante, y al sistema de riesgos profesionales a la A.R.P. POSITIVA.
- El señor CAÑAS LEÓN presentó incapacidades por enfermedad general desde el 22 de julio de 2008 y fecha final 09 de diciembre de 2008, con diagnóstico de lumbago, con un acumulado de 134 días. Generó también incapacidad por el diagnóstico de contusión de la región lumbosacra del 14 de abril de 2011, por el término de 19 días, la cual fue rechazada. Finalmente produjo incapacidades con contingencia de accidente de trabajo del 5 de octubre de 2010 al 02 de julio de 2011 por morbilidad traumatismo de cadera y del muslo, con un acumulado de 284 días.
- Las incapacidades expedidas a favor del accionante superan los 180 días. La entidad asumió los primeros 180 días de incapacidad de manera oportuna.
- La incapacidad superior a 180 días legalmente no le corresponde al sistema de seguridad social en salud, debiendo ser asumidas por el sistema general de pensiones, a través de los diferentes fondos, en el caso del señor CAÑAS LEÓN, a la A.R.P. POSITIVA.
- La E.P.S. S.O.S. remitió escrito a la A.R.P. POSITIVA para que se hiciera cargo de las incapacidades, asimismo remitió comunicación al afiliado informándole del trámite a realizar ante la A.R.P.
- La E.P.S. accionada dio cubrimiento a los primeros 180 días de incapacidad, de conformidad con lo establecido la siguiente normatividad: artículo 31 del Decreto 1818 de 1996, modificado por el artículo 3 del Decreto 2136 de 1997; artículo 40 del Decreto 1406 de 99; artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo; artículo 8 del Decreto 1919 de 1994; y artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

- No existe normatividad que obligue a la E.P.S. hacer remisiones a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, o a realizar el pago de las incapacidades superiores a 180 días. Dicha remisión sólo prospera cuando se requiere saber el origen de la invalidez o la muerte. En el caso del actor, no procede la remisión porque su contingencia es de origen común.
- Las incapacidades por enfermedad general y licencia de maternidad, son de obligatorio cumplimiento, no obedecen a la voluntad de las E.P.S. En atención a lo dispuesto en el Decreto 1406 de 1999, dichas prestaciones económicas deben ser cubiertas oportunamente en su totalidad.
- El Ministerio de Protección Social a través del concepto jurídico 1191 de 2006, hizo referencia a la obligación del empleador de continuar con el auxilio económico por incapacidad después de los 180 días que reconoce el sistema general de seguridad social en salud.
- La normatividad vigente para el sector público referente al auxilio por enfermedad no profesional establece que la incapacidad que se genere por ese concepto y que supere 180 días, no es responsabilidad de la E.P.S. continuar con su reconocimiento.
- Las incapacidades no suspenderán el contrato de trabajo, por ello no son descontables para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales.
- En aquellos casos en los que medie concepto favorable de rehabilitación, la A.R.P. podrá postergar el trámite de calificación hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal otorgados por la E.P.S., siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

3.1.2 Solicita que no se conceda la acción de tutela incoada, ya que la E.P.S. S.O.S está acatando la normatividad vigente del sistema de seguridad social. También pide que se vincule al presente trámite al ISS, fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado el accionante, para que realice el pago de las incapacidades superiores a 180 días.

3.1.3 Aportó copia de los siguientes documentos: i) historia clínica del señor ALIRIO DE JESÚS CAÑAS LEÓN; ii) valoración por parte de medicina laboral al accionante; iii) oficio por medio del cual la A.R.P. POSITIVA notifica la calificación de la pérdida de la capacidad laboral al petente; iv) formulario de dictamen para la calificación de la capacidad laboral y determinación de la invalidez; v) escrito a través del cual el accionante sustenta el recurso de apelación frente a la Junta Regional de Calificación de Invalidez; vi) oficio

expedido por la A.R.P. POSITIVA informa al área de medicina de trabajo de la E.P.S. S.O.S. que el manejo de la patología de origen común no es responsabilidad de esa entidad; vii) oficio dirigido a la Junta de Calificación Regional, en el que se solicita la evaluación del trabajador Cañas León; viii) formulario de dictamen para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez; ix) relación de incapacidades radicadas por el accionante, x) formulario de reporte de accidente de trabajo de empleado; y xi) certificado de registro mercantil de la E.P.S. S.O.S.

3.2 A.R.P. POSITIVA

3.2.1 La apoderada del representante legal de la A.R.P. POSITIVA, remitió escrito en el que dio respuesta a la acción de tutela en los siguientes términos:

- El señor ALIRIO DE JESÚS CAÑAS LEÓN presentó acción de tutela ante el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, la cual está radicada con el número 2010-19205, a través de la cual solicitó el cubrimiento de prestaciones asistenciales y económicas.
- La Junta Regional de Invalidez emitió dictamen el 8 de febrero de 2011 con radicado No. 14530, en el que calificó como de origen común la enfermedad que padece el accionante, con una pérdida de la capacidad laboral del 28.50%, y señala que se configura una incapacidad permanente parcial de origen común.
- Mediante oficio SAL-56426 del 10 de junio de 2011, esa entidad le informó al actor que atendiendo lo conceptuado por la Junta Regional de Invalidez y al origen de su patología, la E.P.S. a la cual está afiliado, es la llamada a darle tratamiento.
- La E.P.S. está en la obligación de reconocer y suministrar tanto las prestaciones económicas como las asistenciales a favor del accionante, en razón a ello, la A.R.P. POSITIVA no está legitimada para responder por la presunta vulneración de derechos.

3.2.2 Pide que se declare que esa empresa no ha violentado las garantías constitucionales del tutelante, y que se ordene la desvinculación de su representada del presente trámite.

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo del 14 de julio de 2011, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, se abstuvo de tutelar los derechos invocados por el accionante, por

considerar que la enfermedad diagnosticada al accionante es de origen común, la E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD, es la entidad llamada a responder por las incapacidades que genere la patología del actor, aclarando que si con posterioridad varían las condiciones de la calificación, el actor podrá repetir contra la entidad correspondiente, bien sea ante la A.R.P. POSITIVA o ante el fondo de pensiones, por concepto de las prestaciones asistenciales y económicas que se generen.

La decisión fue impugnada por la E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

5.1 La directora de sede de la E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD, remitió escrito de impugnación en iguales términos en los que dio respuesta al escrito de tutela.

En el memorial realizó las siguientes peticiones: i) que se declarara que esa E.P.S. no ha vulnerado derecho alguno al demandante; ii) que se revocara en todas sus partes el fallo proferido por el "juzgado tercero municipal con funciones de control de garantías" (sic); iii) que se otorgue la facultad de recobro ante el Fosyga o A.R.P. POSITIVA por el 100% de los dineros reconocidos al afiliado por concepto de la prestación económica reclamada; que en caso de que se cambie el origen del padecimiento de accionante, se sostenga el recobro ante la entidad a la que le corresponda el pago de las incapacidades; que una vez se hayan cancelado las incapacidades hasta por 180 días, se ordene la remisión al fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado el petente para que continúe con el pago de las prestaciones.

6. CONSIDERACIONES

6.1 Esta Sala es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 reglamentario del artículo 86 de la C.N. A su vez se cumplen los requisitos de legitimación por activa y por pasiva, previstos en los artículos 10 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

5.2 En consecuencia se debe establecer si la E.P.S. SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD es la entidad llamada a responder por las incapacidades expedidas a favor del señor ALIRIO DE JESÚS CAÑAS LEÓN, teniendo en cuenta que el origen de su enfermedad es de origen común, de conformidad con lo establecido en el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

5.3 La acción de tutela es institución consagrada en la Constitución de 1991 para proteger los derechos fundamentales de las personas de lesiones o amenazas de vulneración por parte de una autoridad pública o particulares que presten servicios públicos. Se trata de un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario.

El objetivo de la acción de tutela es procurar una defensa inmediata ante la vulneración de un derecho constitucional fundamental, mediante una orden judicial para que aquel respecto de quien se solicitó la tutela actúe o se abstenga de hacerlo. Entonces, la persona que considere que se le están violando o amenazando sus derechos fundamentales puede acudir a la acción de tutela en procura de la protección de los mismos, siempre que no cuente con otro medio idóneo de defensa judicial, a menos que se solicite como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

5.4 Si bien es cierto, la acción de tutela inicialmente resulta improcedente frente al el reconocimiento de un derecho prestacional o laboral, la Corte Constitucional que de manera excepcional ese mecanismo puede ser eficaz para la protección de las garantías fundamentales de aquellas personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta. En ese sentido esa Corporación ha señalado lo siguiente:

" (...)

Procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de acreencias laborales. Reiteración de jurisprudencia.

4. 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 dirimir controversias relativas a la reclamación de acreencias de orden laboral, tal como se encuentra contemplado en el Código Procesal del Trabajo.

5. Sin embargo, cuando el no pago de las acreencias laborales vulnera o amenaza los derechos fundamentales como la vida digna, el mínimo vital, la seguridad social, y/o la subsistencia, la tutela procede por vía de excepción, para la reclamación de aquellas prestaciones que constituyan la única fuente de sustento o recursos económicos que permiten sufragar las necesidades básicas, personales y familiares de la persona afectada.

6. Bajo esta línea argumentativa, en materia de incapacidades por enfermedad debidamente certificada, la Corte en la Sentencia T-311 de 1996, manifestó:

“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. 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...”².

5.5 De conformidad con lo anteriormente enunciado, en el presente caso se tiene que el núcleo familiar del señor ALIRIO DE JESÚS CAÑAS LEÓN está compuesto por cuatro hijos y su compañera permanente, por quienes vela, y además está en la obligación de sufragar los gastos de su alimentación, arrendamiento, servicios públicos, entre otros, razón por la cual requiere el pago de las incapacidades objeto de la presente acción.

5.6 Los hechos narrados en el escrito de tutela hacen inferir que al señor CAÑAS LEÓN no ha recibido el pago de sus incapacidades, situación que genera una vulneración a sus derechos fundamentales al mínimo vital y la vida en condiciones dignas, en consecuencia, era viable que un juez de tutela interviniera salvaguardar dichas garantías y solucionar la problemática del actor.

5.7 Contrario a lo que establece la entidad accionada en su impugnación, las incapacidades superiores a 180 días, expedidas como consecuencia de una enfermedad de origen común, son de cobertura de las entidades promotoras de salud, ello en atención a lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley de 1993.

5.8 Totalmente acertada es la interpretación que la juez de primera instancia al caso concreto, cuando establece:

“... Efectivamente, como lo señaló la EPS accionada, la normatividad laboral que regula el sistema de seguridad social en salud indica que la EPS debe asumir los primeros 180 días de incapacidad del afiliado y con posterioridad lo hará el fondo de pensiones o A.R.P., hasta tanto se observa si la persona debe tramitar

² Corte Constitucional. Sentencia T-212 de 2010.
Página 8 de 11

pensión de invalidez o la patología tiene un origen profesional; circunstancia que no aplica en el presente caso, toda vez que, se itera, esta en firme el dictamen que aclara que la incapacidad permanente parcial, por cuanto no esta a cargo del fondo de pensiones porque no es viable la incapacidad por invalidez, y que la enfermedad es de origen común exonerando de responsabilidad a la ARP Positiva Compañía de Seguros..."

5.9 En un caso similar al que es objeto de análisis, esta Sala de decisión con ponencia del Magistrado Jorge Arturo Castaño Duque, enunció lo siguiente:

"...Adicionalmente, contrario a lo expuesto en la impugnación, en el caso del señor JORGE WILMAR no existe claridad en relación con el origen de su accidente, y es ese precisamente el tropiezo que se ha tenido para reconocer su asistencia en salud y sus prestaciones, por tanto, teniendo en cuenta el criterio expuesto en la jurisprudencia relacionada por la funcionaria de primer nivel, la cual ha sido reiterada por la H. Corte Constitucional en varias de sus providencias³, la decisión que adoptó la instancia resulta acertada y aunque es claro que existe una normatividad que regula la materia, la persona que se encuentra afectada con la indefinición tiene derecho a que se dé prioridad a la delicada situación que padece, y no al interés netamente económico que persiguen las involucradas, quienes con posterioridad pueden acudir a las vías legales para demostrar sobre quien recae la responsabilidad, para ello quedó claro que se trata de una definición provisional y que si con posterioridad al fallo de tutela se indica de manera definitiva que el origen del accidente sufrido por el actor fue de carácter laboral, la EPS SALUD TOTAL puede repetir contra la ARP POSITIVA.

En la providencia a la que hizo referencia la juez de primer nivel se expresó entre otras cosas:

"(...) 3.3. La tutela es, entonces, procedente en ciertos casos para obtener el pago de incapacidades laborales. Cuando lo es, la tutela debe ser resuelta con una

³ Cfr. Sentencias T-346 de 2008 y T-212 de 2010
Página 9 de 11

definición provisional acerca del sujeto que en principio está obligado al pago de las referidas incapacidades. Pero, la definición que al respecto pueda dar el juez de tutela en nada determina el verdadero y real origen que, de acuerdo con la ley y los reglamentos correspondientes, tienen la enfermedad o el accidente sufrido por el tutelante. Si alguna provisión se adopta en ese sentido, está justificada porque del pago de las incapacidades depende la garantía del mínimo vital del peticionario y de su familia. De manera que si el sujeto destinatario de las órdenes con las que concluyan las sentencias de tutela en esta materia, estima que es otro sujeto el que debe correr con ellas, debe iniciar el correspondiente trámite regular que el ordenamiento dispone para la definición del origen de las enfermedades o los accidentes, y para la consecuente determinación del sujeto legal y reglamentariamente obligado al pago de la prestación.

3.4. Ahora bien, el hecho de que la definición transitoria sea provisional, no significa que pueda ser arbitraria. La ley y los reglamentos, tal como han sido interpretados por la jurisprudencia constitucional, ofrecen todo un haz de reglas para determinar prima facie cuáles sujetos están obligados al pago de las incapacidades laborales de los trabajadores dependientes. En esta sentencia no se pretende hacer una referencia exhaustiva de las mismas. Pero, ciertamente, de una lectura de la normatividad correspondiente puede decirse cuando menos lo siguiente:

A la Entidad Promotora de Salud -EPS- le corresponde correr con las prestaciones económicas derivadas de la incapacidad laboral en que incurra un trabajador dependiente, por regla general, cuando la enfermedad que la ocasiona sea de origen común. Esto se deriva, especialmente, del texto del artículo 206 de la Ley 100 de 1993, cuando dispone: “[p]ara los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes...”

La sumatoria de todas las consideraciones anteriores, permite a esta Sala

confirmar la sentencia materia de impugnación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de decisión Penal, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución y la ley.

FALLA

PRIMERO: CONFIRMA la sentencia de tutela proferida por la señora Juez Segunda Penal del Circuito de Pereira Risaralda, en cuanto fue materia de impugnación.

SEGUNDO: Por secretaría se remitirá el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ
Magistrada

JAIRO ALBERTO LOPEZ MORALES
Secretario