



13001-3333-003-2018-00047-01

Cartagena de Indias D. T. y C., siete (07) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA. – IMPUGNACIÓN -
Radicado	13001-3333-003-2018-00047-01
Demandante	VIVERLY DEL CARMEN ACOSTA SANCHEZ
Demandado	COOMEVA EPS-COLPENSIONES-RAMA JUDICIAL- DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS-JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOLÍVAR
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
Tema	SUBSIDIO DE INCAPACIDAD LABORAL

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver las impugnaciones presentadas por las partes, contra la sentencia de tutela del tres (03) de abril de 2018, proferida por el Juzgado Tercero (03) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió conceder el amparo solicitado.

III.- ANTECEDENTES

- Pretensiones. (Fl. 6)

"Que se protejan los derechos fundamentales presuntamente vulnerados: derecho a la salud, debido proceso, protección especial al discapacitado físico en condiciones dignas, vida y mínimo vital y móvil."

- Hechos (Fl. 1-2)

La parte actora señala que presta sus servicios a la Rama Judicial donde desempeña el cargo de Profesional Universitario grado 16 en propiedad, ejerciendo sus funciones en el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena.

A su vez, afirma que desde el día 4 al 7 de octubre de 2016 y posteriormente desde el día 14 de febrero al 12 de marzo de 2017, se encontraba incapacitada por enfermedad general.

Con base en lo anterior, la accionante manifiesta que fue notificada de la suspensión de los pagos derivados de incapacidades medicas superiores a



13001-3333-003-2018-00047-01

180 días, a través del oficio DESAJCAO17-1524 de 26 de septiembre de 2017 del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, Cartagena Bolívar.

Por otra parte, la actora sostiene que Coomeva EPS calificó en primera oportunidad que su pérdida de capacidad tiene origen laboral, por lo que Positiva Compañía de Seguros, presentó inconformidad para que su proceso de pérdida de capacidad laboral sea remitido a la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Así mismo, la accionante señala que el día 12 de febrero de 2018 Coomeva EPS certificó que se han transcrito a nombre de ella, incapacidades por un total de 389 días, desde el 01 de enero de 2016 al 30 de marzo de 2018. Sin embargo, manifiesta que el pago de sus incapacidades se las están efectuando con un retraso aproximado de dos meses, desconociendo así su situación de vulnerabilidad, puesto que, el último pago correspondiente al mes de diciembre, lo recibió el 16 de febrero de 2018.

Por estas razones, la parte accionante solicita que le paguen el subsidio por incapacidad temporal desde el mes de enero 2018 hasta cuando se determine la pérdida de su capacidad laboral en las instancias de calificación e igualmente pretende que la EPS Coomeva se sirva prestarle la asistencia médica sin cobrarle suma alguna de dinero por concepto de copagos hasta tanto le sean pagadas sus incapacidades.

- CONTESTACIÓN

DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE CARTAGENA

Argumenta que no se ha configurado violación alguna a derechos fundamentales por parte de la misma, toda vez que asumió el pago de las incapacidades cuando le correspondía, es decir, hasta el día 180, de conformidad con el artículo 18 del decreto 3135 de 1968, así como lo estipulado en el decreto 1848 de 1969.

De esta manera, esta parte accionada señala que como el actor superó los 180 días de incapacidad, la retribución o derecho que tiene es el pago del subsidio económico por enfermedad por parte del respectivo Fondo de Pensiones o de la Administradora de Riesgos Laborales, mas no para la Rama Judicial, teniendo en cuenta que no ostenta alguna obligación por concepto de prestaciones sociales o demás emolumentos remuneratorios o salariales.

COOMEVA EPS.



No presentó informe.

COLPENSIONES.

La Administradora Colombiana de Pensiones manifiesta en su informe que debe ser desvinculada del proceso de tutela de referencia, por cuanto, carece de legitimación en la causa por pasiva, entendiendo que las incapacidades generadas en favor de la parte actora a partir del día 180, le corresponde asumirla a la Administradora de Riesgos Laborales, puesto que, la calificación de pérdida de capacidad en primera oportunidad tiene origen laboral y no de una enfermedad común, por consiguiente, la accionada argumenta que no tiene nada que ver en el debate constitucional propuesto por Viverly del Carmen Acosta Sánchez.

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS

En cuanto al pago de incapacidades objeto de la tutela, Positiva Compañía de Seguros considera pertinente informar que hasta tanto no se defina la controversia por la Junta Regional de Calificación presentada por esta ARL, contra el dictamen de pérdida de capacidad laboral que expidió la EPS Coomeva en primera oportunidad, corresponde a Colpensiones o Coomeva EPS continuar brindando las prestaciones económicas "pago de incapacidades" que se expidan por dichos diagnósticos en favor de la señora Viverly del Carmen.

Lo anterior lo fundamenta en la sentencia T 177 de 2008 de la Corte Constitucional, en el que manifiesta que existe una presunción de que la responsabilidad debe recaer en el Sistema General de Pensiones, toda vez que toda enfermedad o patología, accidente o muerte, que no hayan sido clasificadas o calificadas como de origen profesional, se consideran de origen común.

En consecuencia, Positiva Compañía de Seguros considera que no es la legitimada en la causa para atender el *petitum* de la tutela, hasta tanto no haya un dictamen definitivo de la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

- Sentencia de Primera Instancia (Fl. 111-120)

El Juzgado Tercero (03) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 03 de abril de 2018, resolvió conceder el amparo solicitado, argumentando entre otras cosas que:



"(...) ante lo argüido y siendo que al momento de encontrarse esta juzgadora fallando el asunto de marras, ya se superaron los 360 días calendario en estado de incapacidad temporal otorgada a la accionante se hace menester imponer a Colpensiones que debe asumir el pago de incapacidades incluso hasta el día 540 en el evento en que continúe dicha actora bajo ese estado de incapacidad y sin que se haya resuelto lo atinente a la calificación de su enfermedad y pérdida de capacidad laboral, si lo hubiere así se declarará en la parte resolutive de este proveído.

Pues bien dado que se está otorgando la presente acción constitucional en favor de la actora e incluso más allá de lo solicitado, en consecuencia carece de fundamento pronunciarse respecto de la pretensión en el sentido que se sirva prestarle la asistencia médica sin cobrarle suma alguna de dinero por concepto de copagos, hasta tanto le sean pagadas las incapacidades o el salario según el caso.

Por último, se exhortará a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, para que dentro del término de quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, tramiten lo pertinente en aras de emitir la calificación respectiva del estado de salud de la accionante a fin de determinar el origen de la enfermedad que padece y su real capacidad laboral".

- **La impugnación.** (Fls.123-126-148)

COLPENSIONES.

En la impugnación concluye que la solicitud impetrada por parte de la accionante relativa al pago del subsidio por incapacidad, no puede ser una obligación a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones, toda vez que existe una calificación en primera oportunidad emitida por Coomeva EPS en la cual se decidió que el origen de las patologías que sufre la accionante son de origen laboral, por lo tanto, hasta que la autoridad competente, Junta Regional de Calificación de Invalidez, no desate dicha controversia, debe ser ARL Positiva la que asuma el pago de incapacidades médicas hasta que dicho dictamen no se encuentre en firme.

De acuerdo con lo anterior, Colpensiones solicita que declare improcedente la presente acción de tutela ante la imposibilidad legal y jurídica y por su falta de legitimación en la causa para asumir el pago de unas incapacidades que están fuera de su competencia.

PARTE ACCIONANTE

La actora impugna la acción de tutela, considerando que si bien la falladora constitucional, evidenció la irregularidad en el pago de las incapacidades por parte de Colpensiones, por los pagos tardíos de hasta dos meses para que dicha entidad los materialice, no dijo nada al respecto en la parte resolutive de la sentencia de tutela de primera instancia, por consiguiente, la accionante señala que están exponiendo a sus hijas y a sí misma, a una situación mucho más lamentable; pues dice que se convierte en un agobio



13001-3333-003-2018-00047-01

más, el suplicio de recibir de manera tardía el auxilio por incapacidad que viene pagando Colpensiones. De manera que sostiene que la mencionada omisión del juzgador permite que Colpensiones continúe con su actuar despiadado en la forma que viene haciendo el reconocimiento de los pagos en el término de duración para realizar la consignación en la cuenta bancaria correspondiente.

Así las cosas, la impugnante arguye que la sentencia de tutela deja abierta la posibilidad de que se continúe con esa conducta que no hace, sino es, someterla a ella y a sus hijas a una situación muy lastimera, pues no se tiene como solventar sus necesidades primarias mientras se surte dicho trámite.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Conforme lo prevé el artículo 207 del CPACA, se efectúa el control de legalidad sobre el cumplimiento de las reglas del debido proceso en esta etapa del diligenciamiento, advirtiéndose por la Sala que no se evidencian vicios que puedan acarrear nulidad.

V.- CONSIDERACIONES

- COMPETENCIA

El Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación de la presente acción, con base en la Constitución Política y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991.

- PROBLEMA JURÍDICO.

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, la Sala 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar deberá determinar si la acción de tutela es procedente de manera excepcional para solicitar el pago de las incapacidades laborales reclamadas en el presente asunto.

En el evento de ser procedente, le corresponde a la Sala resolver: ¿El no pago oportuno de incapacidades laborales comporta afectación a los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y vida digna de la accionante y su núcleo familiar? Y, en tratándose de un empleado de la Rama Judicial ¿cuál es la entidad encargada de realizar el pago de incapacidades superiores a 180 e inferiores a 540 días producidas por una enfermedad en el que su origen se encuentra en estudio por la respectiva Junta Regional de Calificación de Invalidez pero que en primera oportunidad se calificó el origen de las patologías como laboral?

- TESIS



La Sala considera pertinente confirmar la sentencia del *a quo*, dado que de conformidad con la Jurisprudencia Constitucional y la ley 962 de 2005, el no pago oportuno de las incapacidades laborales generadas a la accionante a partir del día 180 hasta el día 540, constituye una afectación a derechos fundamentales al mínimo vital, salud y vida digna por parte del fondo de pensiones quien es la responsable de dicho pago, puesto que el asalariado y su núcleo familiar se ven sometidos a no satisfacer su subsistencia y proyecto de vida, por lo que se hace necesaria la intervención del Juez de Tutela, a fin de neutralizar el perjuicio irremediable que les causaran¹.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

Los artículos 86 de la Constitución Política y 1º del Decreto 2591, establecen que toda persona, por sí misma o por quien actúe en su nombre, podrá ejercer acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares. En este último caso, en los eventos señalados en la Ley.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiaria, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable.

- PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS INCAPACIDADES LABORALES.

La Corte Constitucional sostuvo que en principio, la acción de tutela no sería el recurso adecuado para solicitar el pago de prestaciones laborales como el auxilio económico y el subsidio de incapacidad, toda vez que la jurisdicción laboral tiene competencia para dirimir las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos².

No obstante, el Tribunal Constitucional señaló que a pesar de contar con un recurso ordinario en materia de pago de subsidio de incapacidad, la acción de tutela se torna procedente, siempre y cuando en el examen de

¹ Corte Constitucional. Sentencia T 490 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

² Artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, "Código General del Proceso".



procedencia se concluya que se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Lo que significa que la procedencia del recurso de amparo puede variar, independiente de que la causa pueda ser atendida a través de vías ordinarias.

Con base en lo precedente, la Jurisdicción Constitucional ha fijado el carácter excepcional de la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de derechos de carácter económico, derivados de relaciones laborales. No obstante, esta premisa conduce a la tarea indispensable de evaluar los casos concretos bajo la perspectiva de las condiciones objetivas de quien interpone la acción, así como la naturaleza y relevancia que cobra la incapacidad en la garantía de los derechos fundamentales, al ser un sustituto del salario devengado por quien ha sufrido menoscabo temporal o permanente de su capacidad laboral.

Por esto, el Tribunal Constitucional precisó unas reglas que permiten comprender de mejor manera la naturaleza y fin del pago de las incapacidades:

"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 manifiesta³." (Negritas de la Sala).

Por consiguiente, el pago de las incapacidades tiene un estrecho vínculo con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en el lapso en el que la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan recibir un salario. Por tales motivos, la Corte reconoce implícitamente que sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados.

Adicionalmente, el máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional sentó tres reglas para el análisis de este tipo de casos, a saber:

"i) La necesidad de garantizar la protección reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral, por tener incapacidades prolongadas, pero no son considerados inválidos; ii) La obligación impuesta por el Plan Nacional de Desarrollo, respecto al pago de tales incapacidades, es de obligatorio cumplimiento por todas las autoridades. iii) Podrá concederse una aplicación retroactiva en virtud del principio de igualdad". (Negritas de la Sala).

³ Corte Constitucional. Sentencia T 490 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.



Por las anteriores razones, este Tribunal Constitucional ha sostenido que cuando no se reconoce el pago de las incapacidades laborales, se pueden estar afectando otros derechos fundamentales como la salud, la vida en condiciones dignas, el mínimo vital del trabajador y de su núcleo familiar, ya que en la mayoría de los casos el subsidio por incapacidad representa su único sustento.

De lo anterior puede colegirse que, 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, entre los que pueden destacarse los siguientes, no sin antes aclarar que no son los únicos:

*"(i) **La salud**, en la medida que permite al afiliado disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que en estricto sentido no exista prestación de servicio, circunstancia que contribuirá a la recuperación satisfactoria de su estado de salud, puesto que le permite seguir con el tratamiento prescrito por el médico tratante y guardar el reposo requerido para su óptima recuperación (...).*

*(ii) **El mínimo vital**, por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar.*

*Dentro de este contexto, el derecho al **mínimo vital** no se agota de manera exclusiva en la posibilidad de gozar de un ambiente en el cual las necesidades de subsistencia biológica se encuentren satisfechas, pues tal derecho debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador⁴.*

Así pues, en la medida en que el pago de este tipo de incapacidades procura la consecución de fines constitucionales, se concluye que su creación en el Sistema de Seguridad Social procura la satisfacción de múltiples derechos fundamentales, entre los que pueden destacarse el derecho a la salud, el mínimo vital, y la seguridad social del cual hace parte⁵".

Por tanto, la Corporación Judicial Constitucional ha reiterado que se presume que el pago de las incapacidades laborales constituye la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su subsistencia y la de su familia, tal como ocurre con su salario. Es por ello que a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, cuando éstas no se pagan oportunamente se afectan derechos del orden constitucional, por lo

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T 818 de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T 490 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.



13001-3333-003-2018-00047-01

que se hace necesaria la intervención del juez de tutela a fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar⁶.

En conclusión, la acción de tutela se torna procedente para solicitar el pago de subsidio de incapacidad, pues con el recurso se pretende la protección a los derechos al mínimo vital, salud y vida digna.

- PAGO DE SUBSIDIO DE INCAPACIDAD POR ENFERMEDAD SUPERIOR A 180 E INFERIOR A 540 DÍAS

Habiéndose advertido la procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de pago de incapacidades laborales, corresponde examinar a que entidad le corresponde asumir la responsabilidad de pagarlas en tratándose de incapacidades superiores a 180 e inferiores a 540 días.

Sobre la base de lo previsto en la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

En síntesis, la Corte Constitucional en relación con este tema ha establecido que el origen de la incapacidad determina la hoja de ruta para establecer con claridad cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene la obligación de pagar las incapacidades, en concordancia con las diferentes reglas temporales que operan en los casos de enfermedades de origen común⁷.

En ese mismo orden, las reglas jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540 son las siguientes:

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T 490 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T 200 de 2017. Magistrado Ponente: José Antonio Cepeda Amarís.



13001-3333-003-2018-00047-01

- (I) Los primeros dos días de incapacidad, el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.
- (II) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de la **EPS**.
- (III) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las **AFP**, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable⁸.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior, en el que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades prestadoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del 150, si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

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 explicó previamente.

ENTIDAD RESPONSABLE DEL PAGO DEL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD SUPERIOR A 180 DÍAS E INFERIOR A 540 DÍAS DE ACUERDO AL ORIGEN DE LA ENFERMEDAD

De conformidad con lo señalado anteriormente, se tiene que la responsabilidad en el pago del subsidio por incapacidad laboral superior a 180 e inferior a 540 días recae en el Fondo de Pensiones o en la Administradora de Riesgos Laborales según el origen de la enfermedad.

En ese orden, en este acápite se puntualizará el marco jurídico constitucional que permite trazar en que eventos está obligado el Fondo de Pensiones o la Administradora de Riesgos Laborales.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que *mutatis mutandis*, en materia de pago de incapacidades laborales, la responsabilidad de las Administradoras de Riesgos Profesionales es subsidiaria, circunscrita a situaciones específicas, concretamente a enfermedades o accidentes originados directamente con la actividad laboral del trabajador, de manera que mientras este hecho no se encuentre plenamente acreditado y definido, se entiende que se trata de una causa común y, por tanto, existe un principio

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T 401 de 2017. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.



13001-3333-003-2018-00047-01

de presunción de que la responsabilidad debe recaer en el sistema general de pensiones, a través de cualquiera de sus regímenes⁹.

Ahora bien, el artículo 12 del Decreto 1295 de 1994, dispone expresamente que:

"Toda enfermedad o patología, accidente o muerte, que no hayan sido clasificados o calificados como de origen profesional, se consideran de origen común".

Con base en lo precedente, el Tribunal Constitucional en sentencia T-177 de 2008, estableció lo subsiguiente:

"(...) En este orden de ideas, si una vez establecido el origen del siniestro, éste coincide con la determinación de esta Corporación de imputarle la responsabilidad de la financiación de la prestación económica a la Administradora de Fondos y Pensiones Porvenir S.A., esta entidad debe continuar sufragando la pensión de sobrevivientes. En caso contrario, esto es, de establecerse el origen de la muerte como de carácter profesional, será el sistema de riesgos profesionales en cabeza de la A.R.P. Liberty S.A. quien se hará cargo del pago de la prestación económica pretendida por la actora. En caso de que se materialice este evento, el Fondo de Pensiones Porvenir S.A. podrá recobrar contra la segunda por todos aquellos gastos asumidos con motivo de la presente decisión. No sobra recordar que para efectos de la calificación del origen del accidente, enfermedad o muerte del trabajador, en este caso del cónyuge de la actora, el artículo 12 del Decreto 1295 de 1994 establece cuál es el procedimiento que se debe seguir. Con tales propósitos, el Fondo de Pensiones Porvenir S.A. queda plenamente habilitado para llevar a cabo las gestiones que sean necesarias tendientes a lograr que se califique en forma definitiva el origen de la muerte (...)"

Teniendo cuenta esta *ratio decidendi* de la Suprema Autoridad de la Jurisdicción Constitucional, esta Colegiatura efectúa el subsiguiente razonamiento jurídico aplicable para el caso que nos ocupa.

En este sentido, en el pago de incapacidades superiores a 180 e inferiores a 540 días, una vez establecido el origen de la enfermedad, la responsabilidad de la financiación de la prestación económica será a cargo de la Administradora de Riesgos Laborales, en el evento de tener origen laboral la misma, por el contrario, cuando se establezca que el origen de la enfermedad es común, la responsabilidad recae en el Fondo de Pensiones.

Por consiguiente, hasta tanto no se acredite el origen profesional o laboral de la enfermedad, la Entidad Pensional deberá continuar sufragando el subsidio por incapacidad laboral. En caso de que se materialice el origen laboral de la enfermedad, el Fondo de Pensiones podrá recobrar contra la

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-177 de 2008. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.



Administradora de Riesgos Laborales, por todos aquellos gastos asumidos en el pago de las incapacidades médicas de origen laboral¹⁰.

CASO CONCRETO.

De conformidad con las pruebas allegadas oportuna y regularmente al proceso de tutela de referencia, la Sala consigna por cierto que la parte accionante, Viverly del Carmen Acosta Sánchez, se encuentra vinculada laboralmente a la Rama Judicial, desempeñando el cargo de Profesional Universitario grado 16 en el Juzgado 09 Administrativo de Cartagena.

Así mismo, se tiene que la actora de conformidad con las pruebas documentales que aportó, sufre de trastorno depresivo (Z566), otros problemas de tensión física o mental relacionados con el trabajo (síndrome de burnout), (F430), reacción al estrés agudo, (F412) trastorno mixto de ansiedad y depresión (folios 13 a 15), adicionalmente, se constata que le generaron incapacidades superiores a 180 días, las cuales fueron pagadas por la Administradora Colombiana de Pensiones hasta el día 10 de febrero de 2018 (folio 109), es decir, hasta el día 359 (folio 11).

A pesar de que a la accionante le pagaban el subsidio por incapacidad laboral, la misma sostiene que los pagos los efectuaba Colpensiones de manera tardía con más de (2) meses de retraso, por esta razón, presentó acción de tutela en fecha 12 de abril de 2018, en consecuencia, el Juez de Primera Instancia en sentencia de fecha 3 de abril de 2018, amparó los derechos fundamentales alegados por la actora, ordenando a Colpensiones que pagara las incapacidades correspondientes desde el día 361 hasta el 540.

Dicha decisión del Juez de Tutela fue impugnada por la actora y por la accionada Colpensiones, sin embargo, esta última pese a argumentar en su libelo de impugnación que no es la responsable del pago del subsidio por incapacidad laboral desde el día 181 a 540, remitió informe en el que se coteja que pagó las incapacidades laborales generadas a partir del 11 de febrero de 2018 hasta el 11 de abril del mismo año (folio 162); es decir, que ha asumido la Administradora Colombiana de Pensiones, el pago de incapacidades desde el día 181 hasta el día 419.

De manera aparente podría concluirse una carencia de objeto por hecho superado, dado que las pruebas de las incapacidades laborales que obran en el expediente solamente se generaron hasta el 11 de abril de 2018 (día 419), por lo que consecuentemente no existiría el hecho generador de la

¹⁰ *Ibidem*.



13001-3333-003-2018-00047-01

violación, pues no hay presupuesto para que se ordene el pago de incapacidades que ni siquiera se han originado.

No obstante, es relevante señalar que el debate jurídico se centrará, una vez se declare procedente el recurso de amparo de referencia, en que la accionada Colpensiones ha adoptado la posición de considerar que no es la responsable de asumir el pago de dichas incapacidades, lo que posiblemente pueda catalogarse como una amenaza a los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y seguridad social de la actora.

Teniendo en cuenta el marco fáctico previamente probado, se analizará la procedencia excepcional de la acción de tutela por tratarse de un asunto de competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

En ese orden, como se señala en la *obiter dictum*¹¹ de esta providencia, la Corte Constitucional manifestó que el recurso de amparo es procedente excepcionalmente cuando la accionante pretende el reconocimiento y pago de incapacidades laborales, toda vez que se presume que el pago de las mismas constituye la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su subsistencia y la de su familia, tal como ocurre en el *sub lite*, puesto que la parte accionada no objetó tal presunción *iuris tantum*¹², probando que la actora cuente con ingresos suficientes que le permitan satisfacer sus necesidades básicas de manera independiente al pago de las incapacidades laborales.

Por consiguiente, a pesar de la existencia de la vía judicial ordinaria mediante la cual la accionante puede reclamar sus incapacidades, el no pago oportuno de estas afectan sus derechos de orden constitucional, de tal modo que en el caso que nos ocupa, se hace necesaria la intervención del Juez de tutela, en aras de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido la asalariada, Viverly del Carmen Acosta Sánchez y su núcleo familiar.

Por estas razones, el examen de fondo de la acción de tutela de referencia está llamado a prosperar, considerando que el pago de las incapacidades tiene un estrecho vínculo con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna de la actora, dado que la misma no se encuentra en condiciones apropiadas para efectuar labores que le permitan obtener un salario suministrado por su empleador, como se coteja con las incapacidades médicas que obran en el expediente (folio 11).

¹¹ La *obiter dicta*, "o lo que se dice de paso" en la providencia; esto es, aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión, como las "consideraciones generales", las descripciones del contexto jurídico dentro del cual se inscribe el problema jurídico a resolver o los resúmenes de la jurisprudencia sobre la materia general que es relevante para ubicar la cuestión precisa a resolver. Corte Constitucional. Sentencia C 241 de 2010.

¹² Devis Echandía, H. Compendio de Derecho Procesal, Bogotá: Editorial ABC, 1972, Tomo II, Segunda edición, pp. 479 a 493.



13001-3333-003-2018-00047-01

Habiendo determinado la procedencia de la tutela, esta Corporación examinará el fondo del asunto, de manera que se resolverán los problemas jurídicos de si se han vulnerado los derechos alegados por la accionante por el no pago oportuno de sus incapacidades laborales superiores a 180 días e inferiores 540 días, y de ser así, determinar a quién le corresponde la obligación de asumir el susodicho pago del subsidio de incapacidad laboral.

Dentro de este contexto, la Corte Constitucional sostuvo que el no pago oportuno de las incapacidades laborales genera *per se* vulneración a los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y vida digna del trabajador incapacitado, debido a que constituye la única fuente de ingresos económicos que le permiten al asalariado satisfacer sus necesidades básicas personales y familiares, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario de su proyecto vital.

La anterior situación se configura en el caso *sub examine*, toda vez que se encuentra acreditado en el proceso que la parte accionante detenta inconvenientes de salud que le han imposibilitado laborar en condiciones adecuadas, lo que ha conllevado que Coomeva EPS le expida incapacidades laborales de hasta 30 días inclusive con prorrogas, de tal manera que su derecho al mínimo vital y móvil se halla en un estado de vulnerabilidad, ergo se presume que únicamente depende de dichos ingresos, igualmente, su derecho a la salud está comprometido, puesto que la actora al no disponer de una suma de dinero periódica, la consecuencia es la afectación a una recuperación óptima de su vitalidad¹³.

Así las cosas, la parte accionada por su comportamiento omisivo, violó los derechos fundamentales a la salud, vida digna y mínimo vital y móvil de la señora Viverly del Carmen Acosta Sánchez, por lo que deberá efectuar el pago de las incapacidades emitidas a favor de la parte accionante, hasta el día 540 siempre y cuando continúen emitiéndose incapacidades a su favor, cesando el pago de las mismas, cuando no se generen más incapacidades, por haberse comprobado su rehabilitación satisfactoria y reincorporación laboral como también hasta que se resuelva en forma definitiva el porcentaje y origen de la pérdida de su capacidad laboral ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar.

Ahora bien, es indispensable señalar quién es el responsable de sufragar el subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común de la actora, debido a que de conformidad con la prueba documental de las incapacidades laborales aportadas por la parte accionante, se demuestra que las mismas superan los 180 días, y tanto Colpensiones y Positiva Compañía de Seguros argumentan que no son responsables de pagarlas.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T 490 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.



13001-3333-003-2018-00047-01

En efecto, la Judicatura distingue que le corresponde la responsabilidad de pagar las incapacidades que sobrepasen los 180 días a la entidad pensional, Colpensiones, puesto que el legislador en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 consagró que es la entidad pensional la responsable de sufragar las incapacidades superiores a 180 días e inferiores 540 días, siempre y cuando sean de origen común¹⁴.

Empero, Colpensiones argumenta que no es responsable de sufragar dicha incapacidad laboral superior a 180 días e inferior a 540 días, entendiendo que Coomeva EPS en primera oportunidad dictaminó que las patologías que sufre la accionante son de origen laboral, por consiguiente, arguye que la obligación recae en la Aseguradora de Riesgos Laborales, Positiva compañía de Seguros.

Teniendo en cuenta lo anterior, no le asiste razón a Colpensiones que en el *sub lite*, la obligación del pago del subsidio por incapacidad laboral en favor de la actora está asignada a la ARL Positiva Compañía de Seguros, dado que la calificación de pérdida de capacidad de origen laboral dictaminada en primera oportunidad por Coomeva EPS, no se encuentra en firme por haber sido controvertida mediante inconformidad presentada por Positiva Compañía de Seguros ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Dicho de otra manera, y a voces de la Corte Constitucional, como no se encuentra plenamente acreditado y definido el origen de la enfermedad que padece la señora Viverly del Carmen Acosta Sánchez, por cuanto aún se encuentra en controversia el origen de sus enfermedades ante la Junta Regional, se entiende que se trata de una causa común, por tanto, debe operar la responsabilidad subsidiaria que detentan las Administradoras de Riesgos Laborales, en el que se presume que la responsabilidad en primera instancia recae en el Sistema General de Pensiones¹⁵.

En síntesis, la entidad encargada de efectuar el pago de las incapacidades laborales en favor de la actora hasta el día 540 es Colpensiones, tal como el *a quo* lo afirmó en su proveído.

Por consiguiente, hasta tanto no se acredite el origen profesional o laboral de las patologías que sufre la señora Viverly del Carmen, la entidad Colpensiones deberá continuar sufragando el subsidio por incapacidad

¹⁴ Artículo 67. Ley 1753 de 2015. 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.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-177 de 2008. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.



13001-3333-003-2018-00047-01

laboral. En caso de que la Junta Regional dictamine el origen laboral de las enfermedades, el Fondo de Pensiones podrá recobrar contra la Administradora de Riesgos Laborales, todos aquellos gastos asumidos en el pago de las incapacidades médicas de origen laboral otorgadas a la accionante¹⁶.

Por otra parte, la Sala se pronunciará sobre la solicitud de la actora en su impugnación, la cual sostiene que el hecho generador de la violación a sus derechos fundamentales es el trámite administrativo que lleva a cabo Colpensiones en el pago de sus incapacidades laborales, puesto que, le retrasa la cancelación del subsidio por incapacidad laboral hasta por un periodo máximo de 90 días calendario, al respecto, esta circunstancia fáctica que alega la accionante que atraviesa por cuenta de Colpensiones, se acreditó en el expediente de tutela y a su vez, el *a quo* lo reafirmó en su providencia (folio 118), sin embargo, el Juez de Primera instancia en la parte resolutive de su sentencia, no adoptó una orden que prevenga a la accionada Colpensiones a incurrir en este comportamiento dilatorio.

Por lo previo y modificándose el numeral segundo de la providencia del *a quo*, se decidirá ordenar a la accionada Colpensiones, responsable del pago del subsidio por incapacidad laboral superior a 180 días hasta el día 540, que efectúe el sufragio de las incapacidades generadas en favor de la actora, a más tardar dentro de los primeros (5) días de cada mes, puesto que el no pago oportuno de las incapacidades como conducta dilatoria reiterada a cargo de Colpensiones, perjudica el acceso básico de las condiciones dignas de existencia de la accionante y la de sus dos hijas menores de edad, quienes están involucradas con el mismo grado de afectación, máxime cuando dichos retrasos en el pago de las incapacidades han incidido en la esfera educativa de las hijas de la actora.

Finalmente, esta Corporación Judicial no se pronunciará sobre el pago de las incapacidades superiores a 540 días, toda vez que de ordenarse el pago de las mismas, se estaría presumiendo injustamente que la entidad responsable de la mencionada obligación no las pagará una vez las solicite la parte accionante. En consecuencia, estamos en presencia frente a un hecho no consumado, por lo que no le es dable al Juez de tutela anticipar un supuesto de hecho violatorio de derechos fundamentales máxime cuando aún no se ha concretado en la realidad. De igual manera, no se justifica dicha orden, puesto que, de conformidad con el artículo 83 de la Constitución Política se

¹⁶ *Ibidem*.



13001-3333-003-2018-00047-01

debe presumir de buena fe que la entidad responsable del sufragio de incapacidades superiores a 540, responderá con el pago de las mismas¹⁷.

En este sentido, el pago de las incapacidades laborales superiores a 540 días en el *sub lite*, se encuentra inmerso en una *causa petendi* diferente, puesto que, tanto el fundamento jurídico y el sujeto pasiva varía, entendiendo que le correspondería dicho sufragio no a la Entidad Pensional sino a la EPS, y la base legal no sería el artículo 52 de la ley 962 de 2005, sino el artículo 67 de la ley 1753 de 2015, por consiguiente, en el evento en que la parte accionante continúe enferma y le generen incapacidades superiores a 540 días, debe solicitar el pago de las mismas ante la entidad que sea responsable según la ley, de manera que si la responsable no efectúa el pago de las incapacidades, allí se produciría una nueva omisión violatoria de los derechos fundamentales de la actora, por lo que estaría legitimada de instaurar otra acción de tutela ante el poder judicial.

Resueltos los problemas jurídicos planteados, la decisión que adoptará la Sala, no es otra que la de modificar la orden impuesta por el *a quo* en su providencia y confirmar las demás determinaciones de la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

IV- FALLA

PRIMERO. MODIFÍCASE el numeral segundo de la sentencia de 3 de abril de 2018, quedando así:

"ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBINA DE PENSIONES-COLPENSIONES, por intermedio de su representante legal a quien haga sus veces, que una vez se generen incapacidades médicas en favor de la accionante, pague dentro de los primeros (5) días de cada mes, el subsidio por incapacidad laboral de origen común de la señora Viverly del Carmen Acosta Sánchez correspondiente al día 361 en adelante hasta el día 540, en el evento en que continúe bajo ese estado de incapacidad y sin que se haya resuelto lo atinente a la calificación de su enfermedad y pérdida de capacidad laboral si la hubiere, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia".

¹⁷ Artículo 83. Constitución política de Colombia. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.



SEGUNDO. CONFÍRMASE las demás decisiones adoptadas por el *a quo*, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

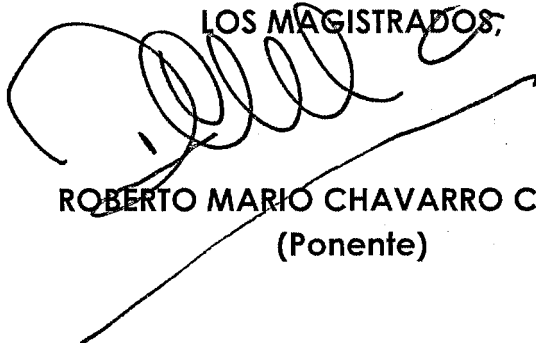
TERCERO. Notifíquese esta providencia a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO. Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen.

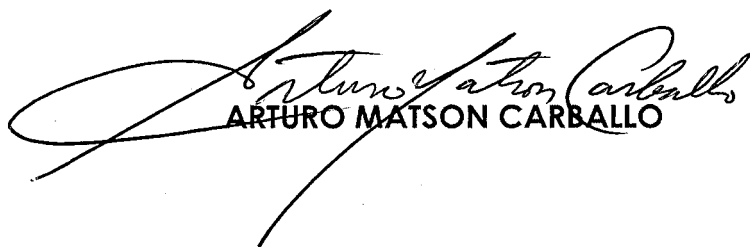
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de Sala de la fecha.

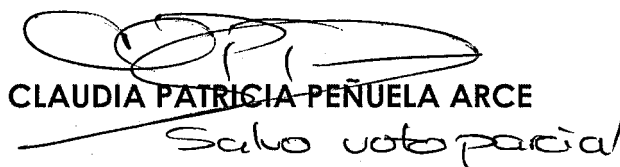
LOS MAGISTRADOS,



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)



ARTURO MATSON CARBALLO



CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Sala voto parcial