



## JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI

### SENTENCIA No. 002

Santiago de Cali, diecinueve (19) de enero de dos mil dieciocho (2018).

### OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Corresponde al despacho proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela incoada en nombre propio por el señor Jhon Jairo González Zuluaga en contra de la Nueva E.P.S., y la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, trámite al que fue vinculada en calidad de accionada la empresa Gaseosas Posada Tobón S.A. (Postobón s.a.).

### I. ANTECEDENTES

#### 1.1. HECHOS

Señaló el actor que es trabajador de la empresa Postobón y se encuentra afiliado a la Nueva EPS y a COLPENSIONES como A.F.P.

Relata que desde hace varios años presenta varios quebrantos de salud, entre ellos insuficiencia mitral, arritmia ventricular, petrusión del anillo fibroso del disco intervertebral C3 y C4, insuficiencia aortica y enfermedad coronaria con stent; afirma que su evolución médica es cada día más desfavorable y que no cuenta con las capacidades motrices o de movilidad suficientes para intentar ejercer cualquier actividad, menos laboral.

Agrega que el último diagnóstico de pronóstico de recuperación laboral fue calificado como desfavorable.

Explica que se encuentra incapacitado ininterrumpidamente desde el 28 de noviembre de 2016, esto es, desde hace 376 días sin poder ser reintegrado a su trabajo, que las incapacidades otorgadas le fueron reconocidas por la Nueva EPS hasta el día 14 de agosto de 2017, fecha a partir de la cual su eps le informa que corresponderá a su fondo de pensiones (Colpensiones) el pago de las mismas.

Informa que una vez se dirigió a Colpensiones para radicar las incapacidades faltantes le informaron que no era viable atendiendo que estaba pendiente el trámite de calificación de invalidez, por lo que asegura desde el 15 de agosto de 2017 no recibe dicha prestación económica, afectando su mínimo vital.

Insiste en que las condiciones de salud en que se encuentra son muy difíciles imposibilitándole acceder al mercado laboral, además de ello el no pago de sus incapacidades lo afecta considerablemente a él y a su familia, pues es padre cabeza de hogar y de él derivan su sustento su esposa e hijos, informando también que se le ha imposibilitado de igual manera el pago de los servicios públicos y obligaciones crediticias que tiene a su cargo, para finalizar manifestando que ante la imposibilidad de recibir el pago de dichas incapacidades, familiares cercanos han salido a ayudarlo, lo que de igual manera le acongoja pues siempre se ha bastado por si solo para tales menesteres.

Finalmente relata que Colpensiones calificó su pérdida de capacidad laboral en valor de 28.6%, decisión que tras serle notificada, apeló. Posteriormente la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca mediante dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional de fecha 29 de noviembre de 2017 calificó su PCL en 30.25%, informe que refiere también apeló el día 11 de diciembre de 2017, sin que a la fecha le haya sido resuelto el recurso impetrado.

## **1.2. PRETENSIONES**

Se pretende por este medio la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social e igualdad y que en consecuencia se ordene el pago de las incapacidades no canceladas a partir del día 15 de agosto de 2017 así como las reconocidas en lo sucesivo por su condición de salud, igualmente que se le reconozca de manera transitoria el derecho a una pensión de invalidez hasta que se decrete definitivamente mediante la Junta Nacional de Calificación o bien mediante proceso ordinario laboral, teniendo en cuenta que a la fecha está pendiente la apelación presentada.

## **II. TRÁMITE PROCESAL**

Al reunir los requisitos previstos en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, la solicitud de tutela fue admitida por medio del Auto Interlocutorio N° 884 de 18 de diciembre de 2017, concediéndosele a dichas entidades un término de 3 días para que se rindiera informe documentado sobre los hechos que motivan la acción, decisión que les fue notificada en debida forma<sup>1</sup>.

## **III. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS**

### **NUEVA EPS<sup>2</sup>**

Indicó que el actor presentó al 26 de mayo de 2017, 180 días continuos de incapacidad como consecuencia del diagnóstico I255, y que a partir de dicha fecha la responsabilidad pasa a ser del fondo de pensiones en el cual se encuentra afiliado el usuario, agrega que la entidad que representa ya emitió concepto de rehabilitación, remitiendo al accionante a Colpensiones, para que sea ésta última

---

<sup>1</sup> Folios 89 a 91.

la que asuma el pago de incapacidades superiores a 180 días, de ahí que concluya que frente a su actuar, obró con apego a la ley.

Agrega que las pretensiones del actor están dirigidas a una entidad distinta a la EPS lo que desvirtúa que ésta haya incurrido en acciones u omisiones que vulneren los derechos fundamentales del señor González Zuluaga, solicitando entonces frente a esta entidad se declare improcedente la acción de tutela, en caso contrario se indique que la orden impuesta debe cumplirse siempre y cuando el usuario continúe afiliado, se encuentre vigente activo ó su afiliación al S.G.S.S.S. a través de la eps esté vigente, así como se ordene también el recobro ante el Ministerio de Salud y Protección Social por concepto del valor de las incapacidades reconocidas..

### **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES<sup>3</sup>**

Manifiesta que el accionante en modo alguno ha realizado petición formal ante esta entidad pretendiendo se le reconozca la pensión que en sede de tutela invoca, señala que no es dable para el Juez Constitucional despachar favorablemente lo pedido por el actor amen que existen otros mecanismos o medios de defensa judicial por medio de los cuales puede dirimir la controversia pensional que alega y por tanto solicita de esta instancia se declare improcedente la queja constitucional que nos ocupa.

### **IV. RESPUESTA DE LA ENTIDAD VINCULADA**

#### **GASEOSAS POSADA TOBON S.A.<sup>4</sup>**

Informa a esta instancia judicial que efectivamente el accionante es un empleado de su empresa vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de junio de 1993.

Refiere que durante la vigencia del contrato de trabajo el actor ha presentado incapacidades por diferentes patologías, siendo la última por motivo del diagnóstico I255 “*Cardiomiopatía / Isquemia y R074 dolor en el pecho N*”, la cual se viene prorrogando ininterrumpidamente desde el 28 de noviembre de 2016 hasta la fecha.

Refiere que a la compañía no le constan los tratamientos que ha recibido el actor en atención a su diagnóstico, sin embargo precisa que la empresa en su calidad de empleadora reconoció y pagó directamente al trabajador todas las incapacidades que le fueron prescritas y prorrogadas desde dicha fecha hasta cumplir los 180 días de incapacidad, esto aconteció el 15 de mayo de 2017.

---

<sup>2</sup> Folios 75 a 85

<sup>3</sup> Folios 86 a 88

<sup>4</sup> Folios 92 a 121

Recalca que no le consta si el actor se dirigió a la Nueva EPS ó a Colpensiones a reclamar el pago de las incapacidades posteriores al día 180 como tampoco si hubo alguna respuesta por parte de estas accionadas en tal sentido, no obstante considera que a la luz de la normatividad vigente en su calidad de empleador no le corresponde continuar pagando los auxilios de incapacidad que se hayan generado posteriormente a los 180 días, toda vez que a su juicio tal mandato es una obligación de las entidades que integran el sistema de seguridad social en salud y pensión.

Respecto del estado de salud, tratamientos y padecimientos de su entorno familiar manifiesta no constarle toda vez que pertenecen a su esfera personal.

En lo atinente a su responsabilidad en calidad de empleador, expresa que ha cumplido integralmente con su obligación laboral con el accionante y que no está a su cargo el pago de las prestaciones económicas relacionadas por el accionante en el escrito de tutela pues conforme a la normatividad en materia de seguridad social, las administradoras de salud y riesgos profesionales son las llamadas a garantizar la prestación de los servicios de salud a sus afiliados así como el reconocimiento y pago oportuno de las mismas

Finalmente concluye que por su parte no se le ha vulnerado derecho fundamental alguno al señor González Zuluaga.

## **V. CONSIDERACIONES**

**5.1. PRESUPUESTOS PROCESALES.** Los requisitos indispensables para la válida conformación de la relación jurídica procesal deben ser motivo de estudio antes de centrarse en el fondo del presente asunto litigioso.

Respecto de la competencia no existe reparo alguno, toda vez que este Despacho es competente para resolver sobre la protección constitucional solicitada, conforme a lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, y el párrafo 2° del numeral 1° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000.

La capacidad para ser parte, para obrar procesalmente, se manifiestan ostensiblemente en el caso de autos, tanto en el accionante quien se encuentra facultado de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, así como por las accionadas quienes son entidades tanto de derecho público como privado, con personería jurídica y pueden comparecer al proceso.

Con relación a la solicitud, se atempera a los requisitos legales.

**5.2. NORMAS LEGALES APLICABLES.** Los derechos objeto de protección en el presente asunto se encuentran regulados entre otros, en los artículos 13, 29, 48 y 53 de la Constitución Política.

**5.3. EL PROBLEMA PLANTEADO.** De acuerdo con los hechos fundamento de la solicitud de tutela corresponde a este despacho dar respuesta al interrogante, a saber:

¿Se encuentra probada la vulneración de los derechos fundamentales del accionante a la seguridad social, vida digna, salud, mínimo vital e igualdad y en consecuencia hay lugar i) a ordenar el pago de las incapacidades pretendidas con cargo a las entidades accionadas y ii) reconocer de manera transitoria la pensión de invalidez en favor del actor?

#### **5.4. FUNDAMENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.**

##### **5.4.1. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL**

La Corte Constitucional en sentencia T – 729 del 19 de septiembre de 2012, M.P. Alexei Julio Estrada, sobre el tema señaló:

*“La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente:*

*“La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.  
Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...).”*

*La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por las Naciones Unidas en 1966, aprobado en Colombia mediante Ley 74 de 1968 y ratificado por el Estado colombiano el 29 de octubre de 1969 afirma que:*

*“Artículo 9. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.*

*De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado al ordenamiento jurídico colombiano por Ley 319 de 1996 prescribe:*

*“Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.*

De la lectura de las normas transcritas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que les permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral.

##### **5.4.2. DERECHO AL MÍNIMO VITAL Y VIDA DIGNA**

Frente a este derecho la Corte Constitucional ha indicado que es *“el que tienen todas las personas a vivir bajo unas condiciones básicas o elementales que*

*garanticen un mínimo de subsistencia digna (..)<sup>5</sup>*, derecho que también ha indicado no puede ser evaluado desde un punto cuantitativo sino también cualitativo, es decir, su evaluación y aplicación no es general sino que se debe adecuar al caso en concreto, verificándose *“el nivel de vida”* de quien deprecia su amparo, lo que constituyen para aquel sus necesidades básicas y sí su insatisfacción detenta contra el derecho a la dignidad humana (*Consúltase la Sentencia T-581 A del 25 de julio de 2011 M.P: Mauricio González Cuervo*).

En efecto, la Alta Corporación en materia constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que el mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, pues *“constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”<sup>6</sup>*.

#### **5.4.3. DERECHO A LA IGUALDAD**

La Corte Constitucional ha dicho que *“La igualdad cumple un triple papel en nuestro ordenamiento constitucional por tratarse simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental”<sup>7</sup>*.

La aludida Corporación en la sentencia C-250 del 28 de marzo de 2012, con ponencia del Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, frente al principio – derecho a la igualdad sostuvo:

*“(…) De los diversos contenidos del principio general de igualdad, surgen a su vez el derecho general de igualdad, cuya titularidad radica en todos aquellos que son objeto de un trato diferenciado injustificado o de un trato igual a pesar de encontrarse en un supuesto fáctico especial que impone un trato diferente, se trata entonces de un derecho fundamental que protege a sus titulares frente a los comportamientos discriminatorios o igualadores de los poderes públicos, el cual permite exigir no sólo no verse afectados por tratos diferentes que carecen de justificación sino también, en ciertos casos, reclamar contra tratos igualitarios que no tengan en cuenta, por ejemplo, especiales mandatos de protección de origen constitucional (…)*”.

### **VI. DESARROLLO DEL PROBLEMA.**

#### **6.1. PRUEBAS.**

Se aportaron los siguientes medios de pruebas:

6.1.1. Copia parcial del historial clínico del actor proveniente del hospital Piloto Jamundí E.S.E. de fecha 26 de noviembre de 2017 con diagnóstico de *“cervicalgia y limitación para movimientos hipreflexión rotación e hiperextensión cuello”*. (folio 1)

<sup>5</sup> Ver entre muchas, sentencias SU-111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-1735 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-054 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-552 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>6</sup> Sentencia T-184 de 2009.

<sup>7</sup> Sentencia C-818 del 13 de octubre de 2010, magistrado ponente Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

6.1.2. Copia de historia clínica del Centro de Endoscopia Digestiva y Cirugía Ambulatoria de fecha 27 de octubre de 2017 con diagnóstico de ingreso "*cardiomiopatía no especificada*" (folio 2).

6.1.3. Copia del concepto de rehabilitación y pronóstico expedida por el médico Hugo Duque Romero – MD Internista – Cardiólogo, adscrito a la Nueva EPS, con pronóstico de recuperación funcional cuando termine el tratamiento pendiente "*desfavorable*" de fecha 15 de agosto de 2017 (folio 3 y 4).

6.1.4. Copia de historial clínico de la Clínica de la Visión del Valle S.A.S. adiado 13 de julio de 2017 con concepto de valoración por Oftalmología recomendando adecuado control del actor por hipertensión (folio 5).

6.1.5. Copia de valoración médica en la Clínica DESA CALI del 15 de junio de 2017 atendiendo "*paciente con dolor del flanco derecho del abdomen*" (folio 6).

6.1.6. Copia de orden médica para "radiografía de columna torácica" (sic) del 12 de mayo de 2017 proveniente de la clínica Nuestra (folio 7).

6.1.7. Copia de historial médico de urgencias de la Clínica de Occidente adiado 28 de diciembre de 2016 donde se atendió al actor por presentar ahogamiento, dolor en el pecho, cansancio y taquicardia (folios 8 a 20).

6.1.8. Copia de historial médico de la Fundación Valle del Lili de fecha 16 de julio de 2015 donde se atendió al actor por "accidente de tránsito" y presentar "cervicalgia" (folios 21).

6.1.9. Copia de lectura de resonancia nuclear magnética de columna cervical de fecha 7 de julio de 2015 con concepto médico de "*incipiente protrusión del anillo fibroso del disco intervertebral C3-C4 sin compresiones radiculares, sin hernias discales y sin signos de mielopatía*" (folios 22).

6.1.10. Copias de 5 certificados de incapacidad otorgadas al actor por parte de la Nueva EPS, detalladas de la siguiente manera: (folios 23 a 40)

Origen: Enfermedad General.

|                           |                         |                      |
|---------------------------|-------------------------|----------------------|
| Fecha Inicial: 04/12/2017 | Fecha Final: 18/12/2017 | Días autorizados: 15 |
| Fecha Inicial: 11/11/2017 | Fecha Final: 18/11/2017 | Días autorizados: 08 |
| Fecha Inicial: 28/10/2017 | Fecha Final: 10/11/2017 | Días autorizados: 14 |
| Fecha Inicial: 13/10/2017 | Fecha Final: 27/10/2017 | Días autorizados: 15 |
| Fecha Inicial: 28/09/2017 | Fecha Final: 12/10/2017 | Días autorizados: 15 |

6.1.11. Copia de la notificación personal de fecha 29 de noviembre de 2017 que la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca hiciera al actor, por medio de la cual se le puso de presente la calificación obtenida en valor de 30.25%, así como el contenido de dicho dictamen (folio 42 a 45)

6.1.12. Copia de la comunicación del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral del accionante por medio del cual Colpensiones le notifica la calificación obtenida en valor de 28.6%, así como el contenido de dicho dictamen (folio 46 a 51)

6.1.13. Copia de comunicación proveniente del Citibank dirigida al actor informándole del estado actual de su obligación crediticia así como extracto de Fenalco haciendo alusión a otra obligación dineraria (folio 52 a 53)

6.1.14. Copia del registro civil de nacimiento y de contraseña del señor Christian David González Montenegro, hijo del accionante. (folio 54 a 55)

6.1.15. Registro de incapacidades varias otorgadas por la Nueva EPS al señor González Zuluaga (folio 79 a 84)

6.1.16. Copia del oficio No. GRSO-GRS-ML-1350-17 de fecha 1 de marzo de 2017 donde se radica en Colpensiones el día 3 de marzo de 2017 concepto de rehabilitación y remisión expedido con pronóstico de "**Favorable**"; y orden de remisión del paciente para que le sea definido el pago de incapacidades a partir del día 180 y le sea establecido el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración de la misma. (folio 85)

6.1.17. Certificado de existencia y representación legal de la empresa Gaseosas Posada Tobón S.A. (folio 103 a 105)

6.1.18. Cláusula adicional por cesión del contrato de trabajo celebrado entre el señor Jhon Jairo González Zuluaga y su empleador (folio 106).

6.1.19. Comprobantes de pago de nómina realizados al actor entre el periodo de mayo de 2016 a mayo de 2017 (folio 107 a 117).

6.1.20. Formato de afiliación a la Nueva EPS del señor González Zuluaga (folio 118).

6.1.21. Comprobantes de pago al sistema de seguridad social y parafiscales correspondientes a los periodos de octubre, noviembre y diciembre de 2017 (folio 119 a 121).

## **6.2. CASO EN CONCRETO**

### **6.2.1. DE LAS INCAPACIDADES RECONOCIDAS Y NO PAGADAS.**

De conformidad con las pruebas aportadas al proceso, particularmente con el contenido de la comunicación No. GRSO-GRS-ML-1350-17 de fecha 1 de marzo de 2017 donde la Nueva EPS radica ante Colpensiones el día 3 de marzo de 2017 concepto de rehabilitación y remisión expedido con pronóstico de "**Favorable**"; y ordena de remisión del actor para que le sea definido el pago de incapacidades a partir del día 180 y le sea establecido el porcentaje de la pérdida de capacidad

laboral y la fecha de estructuración de la misma. (folio 85), ratificando con ello lo dicho por el actor en su escrito de tutela y por la vinculada Gaseosas Posada Tobón, al tenerse por cierto que efectivamente se han superado los 180 días de incapacidad ininterrumpida en favor del accionante; de igual manera no hay debate frente a la remisión y envío por parte de la Nueva EPS del concepto de rehabilitación “favorable” del actor a Colpensiones, no solo por la referencia que se hace del oficio que fue radicado ante el fondo de pensiones sino del silencio guardado por Colpensiones frente a este tópico.

En este orden de ideas, el Despacho debe determinar la viabilidad de ordenar el pago de las incapacidades solicitadas y en cabeza de qué entidad está la obligación legal de efectuar dicho pago.

Frente a lo aquí pretendido, deben hacerse algunas acotaciones en cuanto a (i) la procedencia excepcional de la acción tutela en casos de cobro de incapacidades, y (ii) el reconocimiento y pago de incapacidades que superen los 180 días.

La Corte Constitucional<sup>8</sup> ha sido reiterativa en considerar que la acción de tutela de manera excepcional, resulta procedente para reconocer el pago de incapacidades médicas bajo el entendido de que al no contar el trabajador con otra fuente de ingresos para garantizar su sostenimiento y el de las personas que dependan de él, la negativa frente al pago de las mismas puede redundar en una vulneración a los derechos al mínimo vital, seguridad social y vida digna, caso en el cual es imperativa la intervención del juez constitucional.

En cuanto al pago de prestaciones sociales por esta vía se ha dicho por la H. Corte Constitucional<sup>9</sup> que no es procedente ordenar vía tutela pago alguno por concepto de acreencias laborales, pues quien exija su pago cuenta con los mecanismos judiciales ordinarios para obtener el mismo; excepcionalmente se podrá acceder a este tipo de peticiones siempre y cuando en el plenario esté debidamente acreditado la ocurrencia de un perjuicio irremediable en el evento que no se acceda, o se vea afectado el derecho fundamental al mínimo vital.

Aclarado lo anterior, considera el Despacho que en el presente asunto dado que el actor viene presentado incapacidades ininterrumpidas desde el 28 de noviembre de 2016<sup>10</sup> a la fecha es posible entrar a pronunciarse frente al pago de los derechos económicos que por tal padecimiento deben ser reconocidos, teniendo en cuenta que su estado de salud lo coloca en una situación de indefensión que hacen posible analizar su caso por esta vía.

Entonces, en aras de clarificar la procedencia de lo pretendido, resulta imperioso precisar las pautas y/o lineamientos fijados por la jurisprudencia constitucional en cuanto a las incapacidades de origen común que superan los 180 días, tal y como acontece en el sub lite.

<sup>8</sup> Ver entre otras Sentencia T-643 de 2014.

<sup>9</sup> Ver Sentencia T 157 -14 del 14 de marzo de 2014, expediente T 4138084, Magistrada Ponente Maria Victoria Calle Correa.

<sup>10</sup> Ver incapacidades obrantes a folios 79 al 81

En la sentencia T – 245 de 2015 la Corte Constitucional puntualizó lo siguiente:

***“4. Reconocimiento de incapacidades laborales de origen común superiores a los 180 días***

*El artículo 48 Superior consagró el derecho a la seguridad social, los principios que deben regirla y autorizó al legislador para que expidiera las leyes necesarias a fin de lograr el desarrollo integral del sistema.*

*En cuanto a las contingencias que llegare a padecer un trabajador en razón a una enfermedad o lesión que lo incapacite para laborar en forma permanente o temporal, el legislador contempló distintas situaciones que en cada evento se pueden presentar y los procedimientos a seguir, con el único fin de garantizar que la persona afectada no interrumpiera sus tratamientos médicos o que pudiera percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, según el caso.*

*Así, la obligación del empleador de asumir el auxilio monetario correspondiente a la incapacidad comprobada para cumplir sus labores fijada en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, fue trasladada por la Ley 100 de 1993, en principio, a la entidad promotora de salud a la cual se encontrare afiliado el trabajador.*

*Ahora bien, habida cuenta del desarrollo normativo posterior de dicha disposición, se advierte que la entidad responsable del reconocimiento y pago de la referida prestación económica depende de la duración del cese de labores por razones médicas.*

*En efecto, si la incapacidad es igual o menor a dos días, será asumida directamente por el empleador, como lo establece el Decreto reglamentario 1406 de 1999 recientemente modificado por el Decreto reglamentario 2943 de 2013.*

*Por su parte, a la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador le corresponde realizar lo propio a partir del tercer día y hasta el día 180, siempre y cuando la misma no sea prórroga de otra. Cabe advertir que las incapacidades se entienden prorrogadas cuando entre una y otra no existe un lapso mayor a 30 días y corresponden a la misma enfermedad. En relación con este deber la Corte Constitucional ha determinado algunas situaciones excepcionales en que esa competencia se traslada al empleador.*

*En ese periodo, la entidad promotora de salud debe emitir el concepto favorable de rehabilitación antes del día 120 de incapacidad temporal y remitirlo a más tardar el día 150 al fondo de pensiones al cual se encuentre cotizando la persona. En caso de que omita dicha obligación y se hayan agotado los primeros 180 días de incapacidad, la EPS deberá continuar con el pago de los días posteriores hasta tanto expida el correspondiente concepto. En este caso, compete al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades ante la EPS.*

*Entregado el referido dictamen, corresponde a las administradoras de pensiones reconocer las incapacidades a partir del día 181 hasta por 360 días adicionales, como lo dispone el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012...*

***Teniendo en cuenta que en ese lapso la persona también se encuentra cesante, la norma protegió su mínimo vital disponiendo que el fondo de pensiones al cual se encuentre cotizando sea quien asuma el pago de un valor equivalente a la prestación que le canceló la EPS durante los primeros 180 días.***

*Al respecto, se destaca que la intención del legislador se circunscribe a que en dicho término el trabajador dependiente o independiente se recupere o se pensione, para lo cual es menester que se califique la pérdida de su capacidad de manera que se determine si fueron superadas las patologías que imposibilitaban su desempeño o, si por el contrario, su condición impide de forma permanente que se reincorpore a sus tareas habituales, lo cual haría procedente el reconocimiento de la respectiva pensión de invalidez.*

***La Corte ha manifestado que la obligación de pago a cargo del fondo de pensiones se puede extender cuando: “el afiliado no alcance el porcentaje requerido de invalidez o se le haya dictaminado una incapacidad permanente***

**parcial, y por sus precarias condiciones de salud se sigan generando incapacidades laborales, le corresponde... hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez".**

*En suma, la Corte advierte que para obtener el pago de las incapacidades otorgadas entre el día 181 y el 540, se requiere: i) contar con el concepto de rehabilitación favorable expedido por la entidad promotora de salud y, ii) que la persona se encuentre activa y afiliada a una entidad administradora del sistema general de seguridad social en pensiones.*

*En relación con la remisión a la AFP en la cual se encuentre afiliada la persona, esta Corporación ha considerado que la EPS debe adelantar el acompañamiento necesario, para lo cual está en la obligación de enviar directamente los documentos correspondientes al fondo de pensiones correspondiente, para que este inicie el pago de las incapacidades y promueva la calificación del trabajador.*

*Lo anterior tiene sustento en que no es admisible constitucionalmente que el empleado enfermo tenga que soportar cargas administrativas o trámites adicionales que no tiene por qué asumir. De tal forma, todas las entidades que hacen parte del sistema general de seguridad social deben actuar armónicamente, para que se le garantice al afiliado la resolución oportuna y efectiva, sin que se pongan en riesgo sus condiciones mínimas de subsistencia". (Subrayas y negrilla del Despacho).*

Entonces, retomando lo dicho por la Corte Constitucional y la ley en especial el Decreto 019 de 2012 en su artículo 142 los dos primeros días de incapacidad deben ser cubiertos por el empleador, a partir de ese momento y hasta los 180 días siguientes debe ser cubierta por la EPS, quien antes del día 120 debe emitir concepto frente a la recuperación del afiliado y remitirlo a la AFP antes del día 150 de la incapacidad, so pena de continuar con la obligación de cancelar las incapacidades.

En el evento en que se remita el concepto de recuperación por parte de la EPS y éste sea favorable, como en efecto ha acontecido, deberá la administradora de pensiones postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días y cancelar las incapacidades que se expidan a partir del 181 día.

De conformidad con lo anterior la Corte Constitucional ha consolidado un precedente según el cual el pago de las incapacidades laborales por enfermedades generales que se causan a partir del día 181 corre por cuenta de la AFP, hasta tanto el trabajador se recupere o su enfermedad sea valorada por la junta de calificación de invalidez. Ello, por cuanto no es posible dejar desprotegido al trabajador y las normas deben interpretarse de conformidad con el principio de solidaridad<sup>11</sup>, así quedó expuesto en sentencia T-140 de 2016 donde se dijo:

*"En conclusión, los pagos por incapacidades superiores a los primeros 180 días deben ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por 360 días adicionales, sin importar que ya se haya realizado la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuando este siga presentando afectaciones a su estado de salud que le impidan trabajar. Por lo anterior, el pago de estas incapacidades deberá continuarse después de transcurridos los 180 días iniciales hasta que el médico tratante emita un concepto en el que se determine que la persona está en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %.*

<sup>11</sup> Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-980 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba); T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza); T-137 de 2012 (M.P. Humberto Sierra) y T-263 de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio). Sentencia T-419 de 2015.

“Teniendo en cuenta la normatividad citada, se entiende que la obligación de pago de las incapacidades temporales por enfermedad o accidente de origen común están en cabeza del empleador o de las diferentes entidades del Sistema de Seguridad Social Integral en función del tiempo transcurrido desde la primera incapacidad hasta la recuperación del trabajador o la calificación de la pérdida de la capacidad laboral tal y como se muestra en el siguiente cuadro:

| <b>Días de incapacidad / valor del subsidio</b>                                                                                 | <b>Encargado</b>                      | <b>Norma</b>                                    | <b>Comentario.</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------|-------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1 a 2 / dos terceras partes del salario.                                                                                        | Empleador                             | Decreto Reglamentario 2493 de 2013, artículo 1. | El empleador deberá asumir el pago de las incapacidades y en general de todas las prestaciones garantizadas por el Sistema de Seguridad Social Integral cuando no haya afiliado al trabajador o cuando a pesar de haber sido requerido por las entidades del sistema, se haya encontrado en mora en las cotizaciones al momento de ocurrir el siniestro. Sentencia T-723 de 2014.                                                                                  |
| 3 a 180 / dos terceras partes del salario durante los primeros 90 días y la mitad a partir del día 91 y por el tiempo restante. | Entidad Promotora de Salud            | Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227.    | Antes de cumplirse el día 120 de incapacidad, la EPS deberán emitir un concepto médico donde se determine si el trabajador va a recuperarse o no y enviarlo a la AFP antes del día 150. Si tal concepto no es emitido, la EPS deberá asumir el pago de las incapacidades superiores a 180 días y hasta que el mismo sea expedido. En todo caso, la regla general es que las EPS no asumen el pago de incapacidades superiores a 180 días. Sentencia T-729 de 2012. |
| 181 a 540 / la mitad del salario.                                                                                               | Administradora de Fondos de Pensiones | Ley 100, artículo 41, inciso 5.                 | Aun cuando exista calificación de la pérdida de la capacidad laboral y al trabajador se le haya decretado la incapacidad permanente parcial, la AFP deberá asumir el pago de las incapacidades que se sigan generando y que sean posteriores a los primeros 180 días que fueron cubiertos por la EPS. Sentencia T-920 de 2009.                                                                                                                                     |

Con fundamento en lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias citadas frente al cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Ley 019 de 2012 tenemos que:

El actor ha sido incapacitado de forma continua desde el 28 de noviembre de 2016; a quien según su propio dicho, la EPS accionada le pagó sus incapacidades hasta el 14 de agosto de 2017 y por tanto reclama el pago de las generadas a partir del 15 de agosto de 2017 y hasta tanto éstas continúen en virtud de ello se deberá analizar a quien corresponde tal pago; para lo cual se pasa a verificar si ya se cumplió con el día 180 de incapacidad, así:

| Fecha inicial      | Fecha final: | Días otorgados: |
|--------------------|--------------|-----------------|
| 28/11/2016         | 27/12/2016   | 30              |
| 28/12/2016         | 11/01/2017   | 15              |
| 12/01/2017         | 26/01/2017   | 15              |
| 27/01/2017         | 31/01/2017   | 5               |
| 01/02/2017         | 02/03/2017   | 30              |
| 03/03/2017         | 16/03/2017   | 14              |
| 17/03/2017         | 15/04/2017   | 30              |
| 16/04/2017         | 15/05/2017   | 30              |
| 16/05/2017         | 30/05/2017   | 11              |
| <b>Total días:</b> |              | <b>180</b>      |

Conforme al cuadro anterior el Despacho advierte que existe continuidad en las incapacidades otorgadas desde el 28 de noviembre de 2016, por tanto los 180 días de incapacidad se cumplieron el 30 de mayo de 2017 (fl. 85); la EPS remitió el concepto de rehabilitación a la AFP el día 3 de marzo de 2017, ante ello se logra evidenciar que cumplió con su deber legal; así las cosas solo estaba obligada a pagar las incapacidades del actor hasta el día 180, a partir del día 181, tal como lo indicó la jurisprudencia antes trascrita y la normatividad que rige la materia corresponde a la AFP su pago hasta el día 540 de incapacidad.

En este orden de ideas, conforme la normativa legal aplicable al caso, las directrices jurisprudenciales trazadas por la Corte Constitucional y con fundamento en las circunstancias que resultaron probadas en el trámite de la presente acción constitucional, esto es, el estado de salud del actor, las incapacidades que se le han otorgado, es evidente que se han vulnerado los derechos fundamentales de éste al mínimo vital, seguridad social y salud, siendo entonces procedente el amparo constitucional reclamado y por tanto el Despacho ordenará a Colpensiones pagar al actor, si aún no lo ha hecho, las incapacidades aquí reclamadas y que le fueron otorgadas entre el **15 de agosto de 2017 hasta el 3 de diciembre de 2017**, si posterior a dicha fecha ha sido incapacitado y no ha habido interrupción superior a 30 días deberá la AFP continuar cancelándolas hasta tanto que se cumpla el día 540 de incapacidad.

Cabe aquí indicar que no se hace pronunciamiento frente a las incapacidades otorgadas desde el 31 de mayo de 2017 al 14 de agosto de 2017, pues no son reclamadas por el actor, infiriendo entonces esta operadora judicial que le fueron canceladas.

**6.2.2. DEL RECONOCIMIENTO PENSIONAL.**

Como quiera también que lo pretendido en el presente asunto es que se ordene de manera transitoria el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en favor del accionante entre tanto se defina su pérdida de capacidad laboral o bien se pronuncie la jurisdicción ordinaria, es preciso puntualizar lo siguiente.

No se desconoce en esta instancia judicial que excepcionalmente por vía de tutela, es posible ordenar el reconocimiento y pago de derechos pensionales, tal y como se extrae de la siguiente cita jurisprudencial<sup>12</sup>:

*“3.6 Con relación al reconocimiento de derechos pensionales por medio de la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha considerado que teniendo en cuenta que existen otros medios de defensa judicial ordinarios para garantizar este tipo de pretensiones, por regla general, la misma es improcedente. No obstante, tratándose de la pensión de sobrevivientes la jurisprudencia constitucional ha construido un conjunto de sub-reglas que determinan la procedencia de la acción de tutela, las cuales están sintetizadas en la sentencia T-471 de 2014 y se enuncian a continuación: (i) su falta de reconocimiento y pago ha generado un alto grado de afectación de los derechos fundamentales del accionante, en particular de su derecho al mínimo vital; (ii) se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos; y (iii) aparece acreditado –siquiera sumariamente– las razones por las cuales el medio de defensa judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata e integral de los derechos fundamentales presuntamente afectados o, en su lugar, se está en presencia de un perjuicio irremediable. En todo caso, cuando el amparo se solicita por un sujeto de especial protección constitucional (persona de la tercera edad, madre o padre cabeza de familia, persona en situación de discapacidad), el juicio de procedencia de la acción de tutela debe hacerse menos riguroso.*

*A los requisitos previamente expuestos, la Corte ha adicionado (iv) la necesidad de acreditar en el trámite de la acción de tutela –por lo menos sumariamente– que se cumplen con los requisitos legales para acceder a la prestación reclamada.*

*3.7 Una vez valorada la situación fáctica del accionante y de cumplirse los requisitos anteriores que permitan inferir la procedencia del amparo, corresponderá definir si el mismo se concede en forma definitiva o como mecanismo transitorio.*

*3.8 El amparo será transitorio, por ejemplo cuando pese a tener un alto grado de certeza sobre la procedencia de la solicitud se encuentre que existe discusión sobre la titularidad del derecho reclamado o sobre el cumplimiento de los requisitos para obtener el derecho. En tal caso, deberá procederse a evaluar el cumplimiento de los demás requisitos necesarios para sustentar la ocurrencia de un perjuicio irremediable adoptando una decisión temporal mientras se define el fondo la controversia.*

*3.9 Por el contrario, excepcionalmente el amparo será definitivo en casos en los que quien pretenda el reconocimiento pensional sea un sujeto de especial protección constitucional que por su condición económica, física o mental se encuentre en debilidad manifiesta lo que permite otorgarle un tratamiento especial y diferencial más digno y proteccionista que el reconocido a otras personas, tal y como se dispone en los artículos 13 y 46 de la Carta. Así, la tardanza o demora en la definición de los conflictos relativos al reconocimiento y reliquidación de la pensión a través de los mecanismos ordinarios de defensa, sin duda puede llegar a afectar los derechos de las personas de la tercera edad al mínimo vital o a la salud, lo que en principio justificaría el desplazamiento excepcional del medio ordinario y la intervención plena del juez constitucional, precisamente, por ser la acción de tutela un procedimiento judicial preferente, breve y sumario de protección de los derechos fundamentales.*

Acorde con lo anterior y teniendo en cuenta que se pretende el reconocimiento y pago de un derecho pensional, el Despacho debe verificar la concurrencia de los

---

<sup>12</sup> Sentencia T-281 de 2016.

requisitos antes señalados a fin de precisar si procede o no el amparo en los términos pretendidos y si el mismo se reconoce en forma transitoria o definitiva.

Con relación a los aludidos requisitos, debe indicar el Despacho que si bien el accionante ha probado encontrarse en una situación de debilidad manifiesta frente a su estado de salud habida cuenta que se encuentra incapacitado, no sucede lo mismo con lo referente a su calificación de pérdida de la capacidad laboral, situación misma que a la fecha se encuentra en proceso de trámite a efectos de determinar el grado de tal pérdida, mismo que tal como ha sido expuesto por el propio actor en su escrito de tutela aún no se encuentra en firme, pues ejerciendo su derecho de contradicción apeló el pasado 11 de diciembre el dictamen que la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca emitió el pasado 29 de noviembre.

Ahora, bien ha de recordarse que en el presente proveído la condición de salud del actor y el cese en el pago de sus incapacidades fue en párrafos anteriores objeto de estudio por parte de esta Juzgadora para justipreciar que efectivamente los derechos fundamentales del señor González Zuluaga debían ser protegidos, y por tanto en ese puntual aspecto –pago de incapacidades- el amparo constitucional deprecado se tornó en idóneo ordenándose el pago de las mismas; sin embargo, no sucede igual con la pretensión pensional, veamos.

No se acredita, conforme lo indica la jurisprudencia en cita, que se cumplan con los requisitos para acceder al derecho pensional reclamado, recordemos que la jurisprudencia ya memorada exige *“la necesidad de acreditar en el trámite de la acción de tutela –por lo menos sumariamente– que se cumplen con los requisitos legales para acceder a la prestación reclamada”*, y a vuelta de ser repetitivos, aún no se encuentra en firme la calificación (30.25%) de la pérdida de capacidad laboral del señor Jhon Jairo, estando a la espera el actor de los resultados del recurso de apelación interpuesto, por tanto esta instancia judicial no tiene certeza de que en efecto al actor le pueda ser reconocida la pensión, debiendo recordar que la Ley 100 de 1993 artículo 38 señala como requisito para tal prestación tener un 50% o más de pérdida de la capacidad laboral.

Sumado a lo anterior, tampoco se sabe cuántas son las semanas de cotización al sistema general de pensión y el actor no acreditó que hubiese, frente a este puntual aspecto, adelantado trámites en vía administrativa para lograr su reconocimiento.

Además tenemos que, como la controversia planteada por el actor versa sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez, el accionante luego de agotar el trámite administrativo respectivo y si el resultado del mismo no es conforme a su pretensión puede incoar la acción judicial correspondiente para ventilar sus pretensiones ante la jurisdicción ordinaria laboral y de seguridad social, sin que existan en el plenario circunstancias que indiquen que dicho mecanismo no es eficaz en el presente asunto.

Debe recordarse que este especial mecanismo de protección constitucional está instituido con el fin de amparar de manera urgente y efectiva a quien considere que uno de sus derechos fundamentales se encuentra en inminente peligro, pero bajo ninguna circunstancia está llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales que el ordenamiento jurídico tiene previstos para su protección, máxime tal como se ha venido pregonando, el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral del señor González Zuluaga aún no ha quedado en firme.

En conclusión, esta juzgadora no cuenta con elementos de juicio suficientes para, de manera excepcional analizar la viabilidad del reconocimiento pensional pretendido, pues de la actividad probatoria desplegada por la parte accionante, ninguna circunstancia excepcional se acreditó que haga viable el amparo en los términos solicitados, por tanto en este aspecto la tutela será rechazada por improcedente.

Por último, debe indicarse que no se evidencia por parte de la empresa Gaseosas Posada Tobón y de la Nueva E.P.S vulneración a derecho fundamental alguno del actor y por tanto serán desvinculadas de las resultas del proceso.

En mérito de todo lo anteriormente expuesto, el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO.** TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y salud del señor Jhon Jairo González Zuluaga identificado con CC. N° 16.826.599, vulnerados por Colpensiones.

**SEGUNDO.** Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** que COLPENSIONES pague al señor Jhon Jairo González Zuluaga identificado con CC. N° 16.826.599, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de ésta sentencia, si aún no lo ha hecho, las incapacidades que le fueron otorgadas entre el **15 de agosto de 2017 hasta el 3 de diciembre de 2017**, si posterior a dicha fecha ha sido incapacitado y no ha habido interrupción superior a 30 días deberá la AFP continuar cancelándolas hasta que se cumpla el día 540 de incapacidad.

Para el adecuado seguimiento al cumplimiento del presente fallo de tutela, la orden se extenderá hasta la obligación de la entidad accionada Colpensiones de informar a este Despacho Judicial, en el término de la distancia, sobre el acatamiento a lo aquí dispuesto (artículo 27 del Decreto 2591 de 1991).

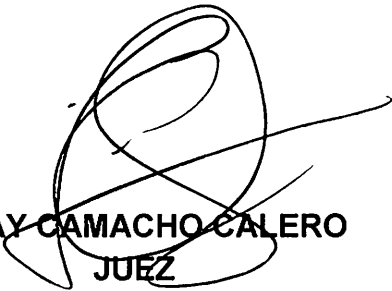
**TERCERO:** Rechazar por improcedente la tutela frente a la pretensión de reconocimiento pensional.

**CUARTO:** ORDENAR la desvinculación de la empresa Gaseosas Posada Tobón S.A. y la Nueva EPS en la presente acción de tutela, por el motivo referido en el cuerpo de este proveído.

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA  
ACCIONANTE: JHON JAIRO GONZALEZ ZULUAGA  
ACCIONADO: COLPENSIONES Y OTRA  
RADICACIÓN: 76 001 33-33-006-2017-00339-00

**QUINTO:** **ENVIAR** la presente actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si NO fuere impugnada, tal como lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ZULAY CAMACHO CALERO**  
**JUEZ**