



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TRECE (13) LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Nueve (9) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso	Acción de Tutela N° 038
Accionante	FABIÁN DE JESÚS POSADA CARO
Accionada	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES
Vinculada	SURA EPS
Radicado	No. 05-001 31 05-013-2023-00080-00
Procedencia	Reparto Oficina Judicial.
Instancia	Primera
Providencia	Sentencia N° 122 de 2023
Temas	Pago de incapacidades
Decisión	CONCEDER amparo constitucional.

SENTENCIA TUTELA

Dentro de la oportunidad señalada en el artículo 86 de la Constitución Nacional se procede a resolver la presente acción de tutela promovida por el señor **FABIÁN DE JESÚS POSADA CARO** identificado con CC No. 71.678.563, en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, representada legalmente por el doctor Jaime Dussán Calderón o por quien haga sus veces al momento de la presente y como vinculada **SURA EPS**, representada legalmente por el doctor HORACIO HUMBERTO PIEDRAHITA ROLDÁN en calidad de representante legal Regional Antioquia, o por quien haga sus veces al momento de la presente.

ANTECEDENTES

Pretende el accionante mediante la presente acción de amparo constitucional, la protección de los derechos constitucionales fundamentales al mínimo vital y seguridad social, ordenándose a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de los subsidios de incapacidad por enfermedad general a partir del día 181.

Para fundar la anterior solicitud, indicó que:

- ✓ Hace nueve meses tuvo un accidente con fracturas en las vértebras del cuello y a la fecha se encuentra incapacitado.
- ✓ Era trabajador independiente y viajaba a los pueblos de Antioquia, pero no lo ha podido volver a realizar por su estado de salud, encontrándose en proceso para obtener la pensión de invalidez.
- ✓ SURA EPS le realizó el pago de los primeros 180 días y posteriormente radicó ante Colpensiones solicitud de dos meses de subsidios de incapacidad, pero le indicaron que es posible que no le realicen el pago debido a que se encuentra en proceso de la pensión de invalidez.
- ✓ Actualmente subsiste del pago de las incapacidades para cubrir arriendo, servicios públicos y alimentación, vive con su esposa quien nunca ha trabajado.

PRUEBAS APORTADAS

- ✓ Copia de cédula de ciudadanía
- ✓ Copia de record de incapacidades
- ✓ Copia de incapacidad del periodo 5 al 24 de enero de 2023.
- ✓ Copia de incapacidad del periodo 27 de enero de 2023 al 15 de febrero de 2023.
- ✓ Copia de incapacidad del periodo 26 de febrero de 2023 al 7 de marzo de 2023.

TRÁMITE PROCESAL

Por cumplir con los requisitos consagrados en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, se admitió y se ordenó darle trámite preferencial a la presente acción de amparo constitucional, comunicándole a la accionada dicho proveído, y se le solicitó que en el término de dos días informaran lo allí señalado (pág. 1 PDF 04OficioNotificaAdmiteColpensiones, 06OficioNotificaAdmiteSura y pág. 1 a 2 PDF 05ConstanciaEnvioColpensiones y pág. 1 a 4 pdf 07ConstanciaEnvioSura).

INFORME TUTELA COLPENSIONES

Vencido el término legal, COLPENSIONES allegó respuesta en la que manifestó que:

La tutela es un mecanismo de protección de carácter subsidiario y residual frente a los derechos invocados cuando no han sido sometidos a los procedimientos pertinentes e idóneos para su solución; desconociendo así la norma constitucional, ya que este no es el mecanismo para realizar este reconocimiento.

Revisadas las bases de información de la entidad se evidencia en radicado No. 2022_16431067 del 9 de noviembre de 2022, concepto de rehabilitación (CRE) con pronóstico DESFAVORABLE, emitido por la entidad promotora de salud – SURA EPS.

No sería jurídicamente procedente el pago de los subsidios económicos por incapacidades, ya que cuando existe Concepto de Rehabilitación (CRE) que informa pronóstico de recuperación DESFAVORABLE, lo pertinente es llevar a cabo el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional.

El afiliado mediante radicado 2022_16787848 del 16/11/2022 inició trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral. En consecuencia, procedió a proferir dictamen número DML- 4816134 del 10 de febrero de 2023, a nombre de FABIAN DE JESÚS POSADA CARO, a través del cual se le determinó un 52.56% de pérdida de la capacidad laboral, con fecha de estructuración del 27/12/2022, de origen común, el cual fue notificado el 21 de febrero de 2023.

Mediante radicado 2023_2036246 del 8 de febrero de 2023, el afiliado solicitó la Determinación del Subsidio por Incapacidades, el cual fue rechazado por la causal "Concepto de rehabilitación no remitido por la EPS, incapacidades a su cargo", esto teniendo en cuenta que, el concepto de rehabilitación que obra en el radicado 2022_16431067 del 09 de noviembre de 2022 fue aportado por el afiliado y no ha sido remitido por la EPS como lo

estipula la norma, solicitud que fue reiterada por el accionante bajo radicado 2023_2770105 del 21 de febrero de esta anualidad, el cual se encuentra en trámite de validación.

Solicitó denegar por improcedente la acción de tutela contra COLPENSIONES dado que no se cumple el requisito de procedibilidad, tampoco se encuentra demostrado que Colpensiones haya vulnerado los derechos reclamados por el accionante y está actuando conforme a derecho.

INFORME TUTELA EPS SURA

Vencido el término legal, la EPS SURA allegó respuesta en la que manifestó que:

El accionante registra un acumulado de 246 días de incapacidad por la misma patología, de los cuales la EPS pagó 180 días por medio de transferencia a la cuenta No. 31303667400 del Banco Bancolombia, cumpliendo los 180 días el 29 de diciembre de 2022.

Resaltó que EPS Sura realiza remisión al AFP Colpensiones por correo certificado el día 08/11/2022 con concepto de rehabilitación Desfavorable.

Después del reconocimiento de ciento ochenta días (180) por parte de la EPS, se debe iniciar el trámite ante la administradora de pensiones, y en consecuencia es dicha entidad, la encargada de realizar ante la junta de calificación de invalidez, los trámites con el fin de determinar si hay o no invalidez y el grado de la misma; igualmente para el pago de las prestaciones económicas posteriores a los 180 días.

Solicita negar el amparo constitucional y declarar improcedente la acción de tutela por la no vulneración de derechos fundamentales al accionante.

CONSIDERACIONES:

1. COMPETENCIA

La acción de Tutela se encuentra expresamente consagrada en los artículos 86 de la Constitución Nacional y 1° del Decreto 2591 de 1991 como un mecanismo para la protección inmediata de los Derechos Fundamentales Constitucionales cuando quiera que estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública, o de un particular en los casos contemplados por la ley; dicho mecanismo opera siempre y cuando el ciudadano afectado no disponga de otros medios para la protección de los derechos conculcados o, existiendo esos medios, la acción se utilice como instrumento transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico consiste en establecer si las entidades accionadas Colpensiones y SURA EPS, vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, al señor Fabián de Jesús Posada Caro, por el no pago de las incapacidades generadas a partir del día 180.

3. PROCEDENCIA DE LAS TUTELAS INSTAURADAS PARA RECLAMAR EL PAGO DE LAS INCAPACIDADES LABORALES.

Dado el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, excepcionalmente es procedente para obtener el pago de prestaciones económicas del sistema de seguridad

social, por cuanto para tales controversias existen otros mecanismos judiciales, esto es, cuando se trate de un sujeto de especial protección constitucional, o para evitar un perjuicio irremediable, y así fue precisado en Sentencia T-333 de 2013, en la que además, se prevén otras circunstancias determinantes en la procedencia de la acción, así:

"Por eso, la Corte Constitucional ha insistido ampliamente en que el examen de subsidiariedad de la acción constitucional debe establecerse a partir de un análisis exhaustivo del panorama fáctico que sustenta la pretensión de amparo. La edad, el estado de salud, las condiciones económicas y la forma en que está integrado el grupo familiar de quien reclama la protección son algunos de los aspectos relevantes a la hora de determinar si debe acudir al juez laboral o si, en realidad, las dilaciones y complejidades que caracterizan esos procesos judiciales podrían conducir a que la amenaza o la vulneración iusfundamental denunciada se prolongue injustificadamente.¹

Frente al caso específico de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia.

Cuando eso ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, puede conducir a que se trasgreden derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario. En ese contexto, es viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente.

Así, en lugar de descartar la viabilidad de las tutelas instauradas para obtener el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad laboral, la disponibilidad de instrumentos alternativos de defensa exige que el juez de tutela indague en las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, para verificar si la mora en el pago de las incapacidades compromete sus derechos fundamentales o los de las personas a su cargo; si la ausencia de dichos emolumentos los exponen a un perjuicio irremediable o si, en todo caso, su situación de vulnerabilidad descarta la idoneidad y eficacia de los medios judiciales contemplados para el efecto."

4. DEL PAGO DE INCAPACIDADES A PARTIR DEL DÍA 181.

La Corte Constitucional ha establecido en sentencia T-401 de 2017 que es obligación de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES el cancelar las incapacidades laborales a partir del día 180, sin importar si el concepto de rehabilitación es o no favorable:

"Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, como se expondrá a continuación.

Respecto del concepto favorable de rehabilitación conviene destacar que, conforme al Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda. No obstante, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más

¹ Sentencia T-721 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas)

allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

22. Es necesario enfatizar en que el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Este asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador.

La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto indica que el objetivo de dicha norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Por tanto, se otorga un margen de espera y propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad. Durante este período, el Legislador dispuso que los subsidios de incapacidad estuvieran a cargo de las AFP.

Desde esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

23. Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso.

Así mismo, de acuerdo con la normativa citada, el fondo de pensiones podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral "hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS", una vez disponga del concepto favorable de rehabilitación. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador.

24. Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, "el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello".

No obstante lo anterior, es factible que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez y a habersele dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%. Por tanto, es indispensable determinar cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe encargarse del pago de dichas incapacidades.

Al respecto, cabe indicar que la norma legal referida no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la

igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral.

*25. Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, **esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009 que las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%**. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones.*

26. En consecuencia, 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:

(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 las 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 desfavorable.

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 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.

6. CASO CONCRETO

Observa el despacho que en pág. 4 a 5 pdf 02AccionTutela reposa copia de record de incapacidades emitido por SURA EPS, en pág. 6 pdf 02AccionTutela obra copia de incapacidad del periodo 5 al 24 de enero de 2023, en pág. 7 pdf 02AccionTutela milita copia de incapacidad del periodo 27 de enero de 2023 al 15 de febrero de 2023 y en pág. 9 pdf 02AccionTutela reposa copia de incapacidad del periodo 26 de febrero de 2023 al 7 de marzo de 2023.

En la contestación de la Acción de Tutela, Colpensiones informó que revisadas las bases de datos de la entidad se evidencia en radicado No. 2022_16431067 del 9 de noviembre de 2022, concepto de rehabilitación (CRE) con pronóstico DESFAVORABLE, emitido por la entidad promotora de salud – SURA EPS.

No es jurídicamente procedente el pago de los subsidios económicos por incapacidades, ya que cuando existe Concepto de Rehabilitación (CRE) que informa pronóstico de recuperación DESFAVORABLE, lo pertinente es llevar a cabo el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional.

Mediante radicado 2022_16787848 del 16/11/2022 el afiliado inició trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, procediendo a proferir dictamen número DML- 4816134 del 10 de febrero de 2023, a nombre de FABIAN DE JESÚS POSADA CARO, a través del cual se le determinó un 52.56% de pérdida de la capacidad laboral, con fecha de estructuración del 27/12/2022, de origen común, el cual fue notificado el 21 de febrero de 2023.

El afiliado mediante radicado 2023_2036246 del 8 de febrero de 2023, solicitó la Determinación del Subsidio por Incapacidades, el cual fue rechazado por la causal "Concepto de rehabilitación no remitido por la EPS, incapacidades a su cargo".

Por su parte, SURA EPS en su informe manifiesta que el accionante registra un acumulado de 246 días de incapacidad por la misma patología, de los cuales la EPS pagó 180 días por medio de transferencia a la cuenta No. 31303667400 del Banco Bancolombia, cumpliendo los 180 días el 29 de diciembre de 2022.

Resaltó que realizó remisión a la AFP Colpensiones por correo certificado el día 08/11/2022 concepto de rehabilitación Desfavorable.

Aclara el Despacho que Colpensiones reconoce en la respuesta a la acción de tutela que recibió por parte de SURA EPS concepto de rehabilitación Desfavorable el 9 de noviembre de 2022, pág. 3 pdf 12RespuestaColpensiones, concordante con las pruebas de la radicación de concepto de rehabilitación desfavorable, realizada por SURA EPS en pág. 18 del pdf 11RespuestaSura.

Pues bien, el Despacho realizando un análisis minucioso, observa de las incapacidades otorgadas al accionante, que los primeros 180 días fueron pagados por la EPS SURA y las que no han sido pagadas por la accionada Colpensiones, corresponden a los periodos del 5 al 24 de enero de 2023, 27 de enero al 15 de febrero de 2023 y 26 de febrero al 7 de marzo de 2023, como se puede advertir en la pág. 6 a 7 y 9 del pdf 02AccionTutela, incapacidades que son superiores al día 180.

Es menester advertir, conforme los lineamientos de la H. Corte Constitucional, que el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad por parte del fondo de pensiones debe realizarse sin importar si el concepto de rehabilitación es o no favorable, en tal sentido, teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado se concederá el amparo de los derechos fundamentales conculcados por el accionante, quien ve afectado su mínimo vital y subsistencia, en consecuencia, se ordenará al Dr. Jaime Dussán Calderón, en su calidad de Representante Legal de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, **si aún no lo ha hecho**, reconozca y pague al accionante señor Fabián de Jesús Posada Caro, los subsidios de incapacidad generados por el médico tratante y que corresponden a los periodos del 5 al 24 de enero de 2023, 27 de enero al 15 de febrero de 2023 y 26 de febrero al 7 de marzo de 2023 y las demás que le sigan generando hasta que sea ingresado en nómina para el pago de su pensión de invalidez.

De otra parte, se declarará improcedente la presente acción de tutela frente a la EPS SURA por no observar vulneración de derechos fundamentales al accionante.

Si la presente providencia no fuere impugnada dentro del término de tres (3) días señalado en el artículo 31 del Decreto 2561 de 1.991, por la Secretaría se enviarán las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TRECE (13) LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, Administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER el amparo de tutela solicitado por el señor **FABIÁN DE JESÚS POSADA CARO** identificado con CC No. 71.678.563, en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, representada legalmente por el doctor Jaime Dussán Calderón o por quien haga sus veces al momento de la presente, según se explicó en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, representada legalmente por el doctor Jaime Dussán Calderón, en su calidad de Representante Legal, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, **si aún no lo ha hecho**, reconozca y pague al accionante señor Fabián de Jesús Posada Caro, los subsidios de incapacidad generados por el médico tratante y que corresponden a los periodos del 5 al 24 de enero de 2023, 27 de enero al 15 de febrero de 2023 y 26 de febrero al 7 de marzo de 2023 y las demás que le sigan generando hasta que sea ingresado en nómina para el pago de su pensión de invalidez.

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela frente a la EPS SURA por no observar vulneración de derechos fundamentales al accionante.

CUARTO: Si la presente sentencia no fuere impugnada dentro del término de tres (3) días señalado en el artículo 31 del Decreto 2561 de 1.991, por la secretaria se enviarán las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese en legal forma a las partes la presente providencia.

LAURA FREIDEL BETANCOURT
Juez

JDC

Firmado Por:

Laura Freidel Betancourt
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Laboral 013
Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0ed82af627a721ea48a05ef40ba9313e33c69f6a379d96f82f76fcd3886f4849**

Documento generado en 09/03/2023 04:24:04 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>