



JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL

Girardot, Cundinamarca, seis de octubre de dos mil veintidós

REF: **Radicado:** 2530740030012022-00-00408-00
 Solicitud: ACCIÓN DE TUTELA
 Accionante: LUIS CARLOS GARCIA VASQUEZ
 Accionado: CONSORCIO SUBESTACION
 CONGEMA
 Vinculada: FAMISANAR EPS
 PORVENIR S.A.
 Sentencia: **0132 (Dº. Mínimo Vital)**

El señor **LUIS CARLOS GARCIA VASQUEZ**, identificado con c.c. No. 11.321.194, acude en ejercicio de la Acción de Tutela con el fin de solicitar a este Despacho la protección de sus Derechos Fundamentales, que considera vulnerados por **CONSORCIO SUBESTACION CONGEMA** y/o las vinculadas **FAMISANAR EPS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, ello al no realizar el pago de las mensualidades de mayo, junio, julio, agosto y septiembre del 2022, y al no efectuar el trámite administrativo para el proceso de reclamación de la pensión por incapacidad medica por haberse cumplidos los 180 días de incapacidad.-

ANTECEDENTES

El accionante fundamenta la petición de tutela en síntesis los siguientes hechos:

1. Soy trabajador de la empresa **CONSORCIO SUBESTACION CONGEMA**, desde el 25 de mayo de 2021 hasta la fecha. –
2. Presenté el 29 de agosto de 2021, un AVC accidente cardiovascular en el trabajo, y desde dicha época a la fecha, he tenido incapacidades por mas de 250 semanas, y en la actualidad el médico tratante conceptuó que no podía reintegrarme a laborar por las secuelas de la enfermedad que padezco. -
3. En la actualidad la empleadora no ha resuelto la situación laboral, toda vez que desde el mes de mayo de 2022 y hasta la fecha no me han pagado el salario, como tampoco me han apoyado en el proceso de gestionar ante el fondo de pensiones PORVENIR, lo relativo a la pensión por incapacidad médica, toda vez que a la fecha la E.P.S no me ha resuelto lo relativo al problema de salud que padezco en donde además de tener enfermedad cerebro vascular no especificada, secuelas del accidente vascular, encelico no especificado, apnea del sueño, secuelas de otras borracheras, trastornos, mareos periféricos, perdida de la memoria, ansiedad entre otros, tal como lo certifica la historia clínica y el medico tratante.-

4. Así las cosas, considero que se me está violando el derecho al trabajo en conexidad con la vida digna, la seguridad social, mínimo vital, pues de un lado, desde el mes de mayo de 2022 no recibo sueldo, debo asumir las citas medicas dentro del proceso médico con la EPS FAMISANAR, quien me cita para el 30 de septiembre de 2022 a las 2:30 P.M, en la ciudad de Bogotá. -

5. Soy padre de familia, los miembros de mi familia dependen económicamente de mí, esposa ANA MILENA CERQUERA GALINDO, hijas ANA LUCIA GARCIA GALINDO, ANGEL SAMUEL GARCIA GALINDO, quienes son menores de edad 17 y 10 años respectivamente y estudian actualmente, en la escuela Manuel Elkin Patarroyo Barrio Diamante de la ciudad de Girardot, tengo obligaciones en los bancos Davivienda, tarjetas de crédito Bancolombia y BBVA, los cuales no se han podido pagar precisamente por falta de pago del empleador, ocasionándome un perjuicio irremediable, por lo que se acude a la acción de tutela a fin de proteger los derechos fundamentales reclamados.-

DERECHO FUNDAMENTAL SUPUESTAMENTE VIOLADO POR LA ACCIONADA

Alega el accionante que le han violado los siguientes derechos:

Derecho al trabajo
Derecho a la vida digna
Derecho a la seguridad social
Derecho al mínimo vital

TRAMITE:

A este despacho correspondió la presente acción por Reparto del 26 de septiembre de 2.022, y por auto de la misma fecha, se ordenó dar trámite de ley, oficiando a la accionada y vinculada a efecto que se pronunciaran sobre los hechos expuestos por el accionante. -

La accionada **CONSORCIO SUBESTACION CONGEMA**, a través de su representante legal, quien, por intermedio de apoderada, se pronunció a las pretensiones de la acción de tutela, así;

“Con base en lo expuesto, nos oponemos a cada una de las pretensiones del actor y solicitamos se rechace por IMPROCEDENTE la presente acción de tutela en contra de mi representada, toda vez que no existe ningún derecho fundamental vulnerado por cuenta del CONSORCIO SUBESTACIONES CONGEMA, y por el contrario se demuestra fehacientemente que mi representada ha actuado en todo momento de buena fe y bajo los parámetros de ley, apoyando al actor en toda la diligencia a pesar de no contar con ninguna clase de operación comercial.

CONGEMA "CONSORCIO SUBESTACIONES CONGEMA". ha actuado de buena fe, de manera diligente y aplicando siempre los preceptos de solidaridad con el señor García, Es la EPS FAMISANAR luego de que nuestro empleado cumplió los 120 días de incapacidad, quien debe resolver su situación médica con miras a ser trasladado por cuenta de Fondo de pensiones Protección.

Por otro lado, no es cierto que no ha recibido apoyo en el proceso, ya se ha demostrado lo contrario.

El consorcio continúa a la espera de que sea resuelta la situación médica por cuenta de la EPS y con el fin de que el fondo pueda proceder como se establece en la ley. Lo anterior a fin de resolver la situación laboral vigente con el señor Luis Carlos García.

Por lo anterior solicita, se integre a la presente acción de tutela interpuesta por el señor LUIS CARLOS GARCÍA, a la EPS FAMISANAR, con el fin de ratificar o dar claridad sobre los argumentos expuesto por el tutelante. Ya que es dicha entidad la llamada a realizar los pagos solicitados por el accionante y determinarlas reales patologías que posiblemente tenga en el Trabajador y de conformidad con lo indicado en la ley. Consideramos que la EPS en mención, ha dilatado el proceso y el procedimiento indicado por la ley, pues aún continúa realizando exámenes pendientes y que requiere para ser presentado ante el fondo, tal como lo ha indicado en los audios el accionante. No es claro para el consorcio si la EPS FAMISANAR ha emitido concepto favorable o desfavorable de manera oficial al fondo, pues la prueba aportada por el tutelante no ha sido notificada al Consorcio, ni el fondo a notificado sobre la continuidad en el proceso como siempre lo hace en estos casos."

La vinculada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A**, a través de la Directora de Acciones Constitucionales, DIANA MARTINEZ CUBIDES, manifestó: " que la entidad promotora de salud EPS FAMISANAR notificó concepto de rehabilitación a esta Sociedad Administradora, por tanto, el accionante debe presentar solicitud de pago de incapacidades donde se adjunte autorización de conocimiento de la historia clínica, resumen de historia clínica, certificación bancaria, certificado de pago de incapacidades para determinar con exactitud el día 181 y las incapacidades transcritas por la EPS.

Sin embargo, a la fecha de radiación de la presente acción constitucional, la documentación necesaria para estudiar su viabilidad no ha sido radicada, razón por la cual no ha sido posible estudiar la procedencia del pago de subsidio de incapacidades pretendida en el escrito de tutela.

Vale la pena aclarar que la documentación solicitada se hace necesaria por cuanto con la misma se determinara si el concepto de rehabilitación fue notificado en términos o si fue extemporáneo, esto teniendo en cuenta que según lo

Juzgado Primero Civil Municipal
Girardot – Cundinamarca

Página | 4

establecido en el artículo 142 de la ley 19 de 2012, en el evento de ser extemporáneo será la EPS quien deberá asumir con recursos propios el pago del subsidio de incapacidad solicitado.

Ahora bien, revisado el caso del señor LUIS CARLOS GARCIA VASQUEZ se tiene el accionante no ha radicado la documentación solicitada.

Es evidente entonces, que el pago del subsidio al que hemos hecho referencia no tiene el carácter de obligatorio para las EPS o compañías aseguradoras con la cual se tiene contratado el seguro de invalidez y muerte de los afiliados, sino única y exclusivamente cuando se dan los siguientes presupuestos:

- Que se trate de una enfermedad o accidente de origen común
- Que el concepto de rehabilitación haya sido emitido por la EPS a la cual se encuentra afiliado el trabajador antes de cumplirse el día 120 de incapacidad temporal.
- Que el concepto emitido por la EPS haya sido remitido a la Administradora de Pensiones correspondiente, antes de cumplirse el día 150 de incapacidad."

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Es competente este Despacho para conocer de la presente acción, en desarrollo de las facultades conferidas en el artículo 86 de la Constitución Política, y de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, inciso tercero del numeral del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000, y se está emitiendo fallo dentro del término perentorio y preferencial de diez (10) días, previsto en el inciso 4º de la citada disposición constitucional y en el artículo 15 del Decreto en mención.

ASPECTOS FORMALES

La solicitud se acomoda a las exigencias de los artículos 13 y 14 del decreto 2591 de 1991.-

ASPECTOS MATERIALES

Establece en el artículo 86 de nuestra carta política: "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quién actué a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por lo acción o la omisión de cualquier autoridad pública".

“.... Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

La tutela tiene dos de sus caracteres distintivos esenciales, los de la subsidiaridad y la inmediatez, el primero por cuanto tan solo resulta procedente instaurar la acción cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable; el segundo, puesto que no se trata de un proceso sino de un remedio de aplicación inmediata urgente que se hace preciso suministrar en guarda de la efectividad, concreta y actual del derecho sujeto a la violación o amenaza.

De igual manera la Honorable Corte Constitucional, en reiterados fallos de tutela, ha dicho: “La acción de tutela ha sido instituida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la trasgresión o amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental (..)”

De acuerdo con lo consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política, en armonía con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en el presente asunto se encuentra acreditada la legitimación por activa del señor **LUIS CARLOS GARCIA VASQUEZ**, quien actúa en causa propia.

La legitimación por pasiva se cumple a cabalidad, toda vez que a las entidades que fungen como demandadas en el presente asunto se les atribuye la vulneración de los derechos alegados por el peticionario. Por consiguiente, se encuentran legitimadas para resolver la reclamación.

Frente al principio de inmediatez, previene el precitado artículo 86 de la Carta Política, que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales.

El máximo Tribunal de cierre constitucional ha sostenido que “cuando se pretende el reconocimiento de un derecho de carácter pensional, el requisito de inmediatez debe tenerse por cumplido siempre, dado que se trata de ‘una prestación periódica de carácter imprescriptible’ que

compromete de manera directa el mínimo vital de una persona. Por consiguiente, las solicitudes relacionadas con su ‘reconocimiento guardan constante actualidad y se pueden efectuar en cualquier tiempo’¹”, máxime, cuando se trata de personas en estado de invalidez para quienes el acceso a una prestación es una necesidad apremiante, dado que “por su condición ven menguada la posibilidad de acceder al mercado laboral, de satisfacer su mínimo vital y, a la vez, la posibilidad de garantizar el acceso a un tratamiento de salud riguroso y constante, como por lo general exige su discapacidad²”. En tal sentido, se ha señalado que “resultaría desproporcionado privar a sus destinatarios de la posibilidad de buscar su respeto en cualquier momento, sometiéndolos, por el contrario, a un perpetuo estado de desamparo que atentaría contra la dignidad humana³”.

El asunto puesto en conocimiento por vía constitucional plantea la vulneración de los derechos fundamentales de paciente con padecimiento de secuelas de un accidente cardiovascular generado en su lugar de trabajo.

El artículo 13 de la Constitución Política le impone al Estado la obligación de proteger de manera especial a las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que se realicen contra ellas.

Asimismo, el artículo 47 de la Carta le impone al Estado adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, proporcionándoles la atención especializada que requieren. Y el artículo 54 superior estipula que: *“es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”*.

De otro lado, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 dice:

“En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así, mismo ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que

¹ Sentencia T-721 de 2016.

² Sentencia T-774 de 2015.

³ Ídem.

medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueron despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrá derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren". (Subrayas fuera del texto)

La H. Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de la norma invocada, en sentencia C-531 de 2000 declaró su exequibilidad pero "bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2º y 13), así como de especial protección constitucional a favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato".

Por ello, teniendo en cuenta las normas constitucionales y el desarrollo legislativo y jurisprudencial referido, la Corte Constitucional ha verificado la existencia en la órbita de las relaciones laborales de un verdadero derecho *fundamental a la estabilidad laboral reforzada*⁴ de aquellos individuos que por sus condiciones físicas, sensoriales o psicológicas están en circunstancia de debilidad manifiesta.⁵

Igualmente, la Corte Constitucional estipuló que la estabilidad laboral reforzada "constituye un derecho constitucional, igualmente predicable de otros grupos sociales...". Agregó que "con esa estabilidad laboral reforzada se garantiza la permanencia en el empleo del discapacitado luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral"⁶.

Además, en providencia T-198 de 2006 la Corte Constitucional ha extendido la protección de las personas que se encuentra en una situación de discapacidad: "puede afirmarse que la protección otorgada por la Constitución y desarrollada por la Ley 361 de 1997 se encuentra dirigida a la

⁴ Sentencia T-132 de 2011.

⁵ Sentencia T-263 de 2009.

⁶ Sentencia C-531 de 2000.

discapacidad, y no solamente a la invalidez”.

Por otra parte, debe referirse al concepto de discapacidad debido a que en un comienzo el legislador hizo referencia al estado de invalidez más no al de discapacidad, atendiendo el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, que reza: *“Se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”.*

Puestas de presente las especiales condiciones del tutelante, así como la posición jurisprudencial frente al tema en debate, debe tenerse por cumplido el requisito de inmediatez.

Siguiendo los parámetros constitucionales de protección especial a personas con alteración grave en sus condiciones de salud, la Jurisdicción Constitucional en su máxima Colegiatura ha sido reiterativa respecto del carácter fundamental del derecho a la seguridad social susceptible de protección por vía de tutela solo cuando *“(i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; (ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental al punto que impide llevar una vida digna; y (iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos y respecto de todos los derechos fundamentales”*⁷. Tratándose de derechos de carácter prestacional y particularmente de la pensión de invalidez, se ha determinado que en los casos de sujetos de especial protección constitucional *“los mecanismos ordinarios carecen de idoneidad y eficacia debido a la carga económica y al prolongado paso del tiempo que implican, criterios bajo los cuales se ha concluido la idoneidad de la tutela para el estudio del reconocimiento de la prestación o beneficio de que se trate”*⁸.

En efecto, someter e imponer una carga procesal –judicial y administrativa, cuando no resulta idónea para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta desproporcionado y supone agravar las condiciones socioeconómicas de una persona en situación adversa. Así las cosas, la Corte Constitucional ha concluido que *“exigir idénticas cargas procesales [tanto a las] personas que soportan diferencias materiales relevantes [como a las que] no se encuentran en estado de vulnerabilidad alguno, puede resultar discriminatorio y comportar una infracción constitucional al acceso a la administración de justicia en igualdad de condiciones”*⁹. Por esta razón la Corte Constitucional ha precisado que el juez constitucional puede

⁷ Sentencia T-164 de 2013.

⁸ Sentencia T-716 de 2015.

⁹ Sentencia T-074 de 2015.

conceder el reconocimiento y pago de prestaciones económicas que derivan de una pensión, de manera definitiva, **si del material probatorio se puede concluir** que “(i) el actor es sujeto de especial protección constitucional¹⁰, (ii) lo pretendido constituye el único sustento del peticionario y su núcleo familiar de tal manera que al negarlo se comprometería de manera grave su mínimo vital¹¹, y (iii) los requisitos legales exigidos para el reconocimiento prestacional se cumplen en el caso concreto¹²”.

Tras evaluar los criterios expuestos, resulta para este despacho que la acción de tutela interpuesta por el señor **LUIS CARLOS GARCIA VASQUEZ** procede como mecanismo definitivo por cuanto: (i) acreditan su condición de paciente con diagnóstico de accidente cardiovascular (ACV), con secuelas, circunstancias que permiten catalogarlo como sujeto de especial protección constitucional; (ii) es evidente el estado de debilidad manifiesta del tutelante, teniendo en cuenta que las limitaciones significativas en su salud han menguado su capacidad para laborar, lo que impide el acceso a una fuente de ingresos propia para solventar sus necesidades básicas, de manera que negarles la prestación que reclama por vía constitucional afecta de manera continua y directa sus derechos fundamentales; (iii) sin embargo, ruega acotar que con el material probatorio aportado se pueda determinar el cumplimiento de los requisitos legales, que entre otros se pueda determinar el porcentaje de invalidez superior al 50%, y los aportes realizados al sistema.

En la sentencia T-194 de 2016, la Corte Constitucional señaló: “la pensión de invalidez protege a quienes han cotizado al sistema o que se encuentran realizando aportes y sufren una pérdida de su capacidad laboral en la proporción que la ley establece, para que tengan derecho a acceder a una fuente de ingresos que les permita solventar sus necesidades vitales”.

PROBLEMA JURÍDICO:

En el presente caso, se deberá establecer por parte del Despacho si el no pago de las incapacidades médicas afecta el derecho fundamental al mínimo vital del accionante, al no realizar el pago de las mensualidades de mayo, junio, julio, agosto y septiembre del 2022, y al no efectuar el trámite administrativo para el proceso de reclamación de la pensión por incapacidad medica por haberse cumplidos los 180 días de incapacidad

¹⁰ Sentencias T-063 de 2009.

¹¹ Sentencia T-075 de 2015.

¹² Sentencia T-063 de 2009.

La honorable Corte Constitucional en sentencia T- 612/10 dijo:

“i. El derecho fundamental a la seguridad social. Reiteración de jurisprudencia.

La seguridad social se instituye 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: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad 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 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 le permitan llevar a cabo una vida digna a causa de la vejez, el desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral.

Como se puede apreciar, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe ocurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social.

De acuerdo a la clasificación ampliamente difundida en la doctrina que se ha ocupado de los derechos fundamentales, la cual toma como base el proceso histórico de surgimiento de estas garantías como parámetro de consulta para establecer la naturaleza de tales derechos, la seguridad social es un derecho que se inscribe en la categoría de los derechos de segunda generación –igualmente conocidos como derechos sociales o de contenido económico, social

y cultural-.

En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional – incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional-, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela. Los segundos, desprovistos de carácter fundamental por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, la acción de tutela resultaba, en principio, improcedente.

Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó “tesis de la conexidad”.

Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos – políticos, civiles, sociales, económicos y culturales – es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).

(...).

De esta forma queda claro que el derecho a la seguridad social – dentro del cual se inscribe el derecho al pago de incapacidades por enfermedad general-, es un derecho fundamental y que, cuando se presenten alguno de los eventos descritos, la acción de tutela puede ser usada para protegerlo, siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal.

iii. La incapacidad laboral por enfermedad general.

Las incapacidades laborales originadas en enfermedad no profesional constituyen una prestación del Sistema de Seguridad Social consagrada en la normatividad propia de este asunto; con ella se

pretenden amparar las contingencias surgidas con ocasión de perturbaciones en la salud de los trabajadores dependientes o independientes, a fin de dar cumplimiento a los objetivos de la seguridad social.

La incapacidad laboral es entendida como el estado de inhabilidad física o mental de una persona que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio, y puede tener origen en accidente de trabajo, accidente común, enfermedad profesional o enfermedad general.

Se entiende que la incapacidad tiene origen en enfermedad general cuando la inhabilidad física o mental sobreviene a una enfermedad o accidente no originado por causa o con ocasión de la clase de trabajo que desempeña.

El pago de incapacidades por enfermedad general hace parte del régimen de Seguridad Social y está a cargo de las instituciones que hacen parte del sistema. Concretamente la Ley 100 de 1993 estableció en su artículo 206 lo siguiente:

“Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras...”.

El pago de las incapacidades evita que se vean comprometidos los derechos fundamentales de quien padece una disminución de sus habilidades físicas o mentales. En ese sentido esta Corporación ha señaló:

“[e]l no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo, sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”

De allí que el reconocimiento de la incapacidad por enfermedad general constituya un mecanismo idóneo para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores dependientes e independientes, en especial del derecho al mínimo vital a la salud.

En relación con el derecho al mínimo vital, esta Corporación ha señalado que el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, además se presume que el pago de ellas se constituye en la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su sustento y el de su familia.

Frente al derecho a la salud, el pago de las incapacidades médicas constituye una garantía para el trabajador, pues gracias a su pago, aquél puede recuperarse satisfactoriamente sin tener que preocuparse por reincorporarse anticipadamente a sus actividades habituales con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia.

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 salvaguarda de los mencionados derechos de los trabajadores que padecen una inhabilidad para desarrollar sus actividades laborales.

La Constitución Política establece, en su artículo 48, que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, cuyo acceso debe garantizarse a todas las personas. El Sistema de Seguridad Social se encuentra integrado, entre otros, por el Sistema General de Salud, cuya regulación se enmarca en el artículo 49 Superior, la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la Ley 100 de 1993, la Ley 1122 de 2007, la Ley 1438 de 2011 y la Resolución No. 5521 de 2013, entre otras disposiciones.

En principio, se consideró que el alcance del derecho a la salud se limitaba a su órbita prestacional, de ahí que su materialización era programática y progresiva y su desarrollo dependía de las políticas públicas implementadas para su ejecución a través de actos legislativos o administrativos¹³. Posteriormente, fue reconocido jurisprudencialmente como un derecho fundamental.

Por medio de la sentencia T-760 de 2008, la Corte Constitucional estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo *“en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”* El legislador reconoció a la salud como derecho fundamental mediante la Ley

¹³ Sentencia T-082 de 2015.

1751 de 2015, en cuyo Artículo 2º se especifica que es un derecho autónomo e irrenunciable y debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad.

En el marco de regulación del Sistema de Seguridad Social Integral se encuentra la Ley 100 de 1993, orientada a *“garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan”* (art. 1º).

El servicio público esencial de seguridad social *“se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación”* (artículo 2), en aras de *“garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema”* (artículo 6, literal 1).

Esa garantía de protección se refleja en el reconocimiento económico ante una contingencia generada por accidente de trabajo, o una enfermedad profesional o general que incapacite al trabajador. Cuando esto sucede, el auxilio otorgado como subsidio por incapacidad se convierte en un sustituto del salario del trabajador durante el tiempo en el cual se encuentra al margen de sus labores.

Nuestra máximo Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que *“las sumas líquidas de dinero reconocidas como subsidio por incapacidad, vienen a sustituir el salario”,* pues *“constituyen la garantía de que el tiempo necesario para su recuperación transcurrirá de manera tranquila al no tener que preocuparse por la procura de los ingresos necesarios para el sostenimiento personal o de su grupo familiar, garantizando de paso su subsistencia en condiciones dignas, tal como lo establece el artículo 53 de la Carta Política¹⁴”*. Esta posición jurisprudencial se ha establecido en salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores dependientes e independientes a la vida digna, a la salud, a la seguridad social y al mínimo vital.

Ahora bien, para el reconocimiento y pago de dicha incapacidad se debe tener en cuenta el criterio médico¹⁵ para definir el número de días que estará cesante el trabajador y, de acuerdo con ello, precisar a cargo de quién se encuentra esa contraprestación.

¹⁴ Sentencia T-468 de 2010.

¹⁵ Sentencia T-401 de 2017.

En ese entendido y de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013 al párrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, compete al empleador cubrir los dos (2) primeros días de inhabilidad laboral y a las EPS¹⁶ del día 3 hasta el día 180. Según dispone el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012 *“el trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS.”*

Cuando persiste la incapacidad y excede los 180 días, señala el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012 que *“corresponde a la EPS examinar al afiliado y emitir concepto de rehabilitación, antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150) a la AFP donde se encuentre afiliado el trabajador, de no hacerlo, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.”*

Si el concepto de rehabilitación es favorable, la AFP, *“con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador (artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012).* Se determina, por el contrario, que, si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad.

Con base en las disposiciones expuestas, la Corte Constitucional consolidó un precedente ante la situación de desprotección que presentaban los asegurados con incapacidades superiores a los 540 días, toda vez que la norma no contempló este evento.

¹⁶ Ley 100 de 1993, artículo 206.

En sentencia T-468 de 2010, la Corte Constitucional resolvió varios expedientes acumulados sobre incapacidades. En una de ellas el actor presentaba más de 540 días de incapacidad y, pese a que había sido calificada su pérdida de capacidad laboral con un porcentaje del 33,65%, los médicos seguían prescribiéndole incapacidades. Esa Honorable Corporación indicó que ni la EPS ni la AFP habían vulnerado los derechos fundamentales del entonces accionante, por considerar que no existía ninguna norma legal que estipulara la obligación de reconocer el pago de incapacidades de origen común que excedieran los 540 días. No obstante, aclaró que le asistían otros derechos derivados de la relación laboral vigente, entre los que se encontraban: (i) que su empleador mantenía el deber de hacer aportes a la seguridad social en su beneficio; (ii) la posibilidad de reintegro una vez se alcanzara su rehabilitación; y (iii) la oportunidad de que su pérdida de capacidad laboral fuera nuevamente valorada.

En la sentencia T-684 de 2010, se reiteró que existía una desprotección legal en un caso en el cual se perseguía el pago de incapacidades superiores a los 540 días. En esa providencia, esa Corporación estimó que no se vulneraban los derechos fundamentales del tutelante, por cuanto la EPS y la AFP habían pagado las incapacidades respectivas. En consecuencia, negó parcialmente el amparo y ordenó una nueva calificación al entonces accionante.

En la sentencia T-876 de 2013, se reiteró que existía una desprotección legal en un caso en el cual se perseguía el pago de incapacidades superiores a los 540 días. En esa providencia, esa Corporación estimó que no se vulneraban los derechos fundamentales del tutelante, por cuanto la EPS y la AFP habían pagado las incapacidades respectivas. En consecuencia, negó parcialmente el amparo y ordenó una nueva calificación al entonces accionante.

En la sentencia T-004 de 2014, se ampara el derecho fundamental al mínimo vital de una persona a la cual le han proferido incapacidades laborales por más de 540 días cuando la EPS, ni el fondo administrador de pensiones haya pagado oportunamente las incapacidades prescritas ni realizado los trámites para reconocer y pagar la pensión de invalidez, porque se genera una vulneración al derecho al mínimo vital pues el no pago de las prestaciones económicas que surge como consecuencia de las incapacidades genera una presunción de afectación a dicho derecho, en la medida en que es la única fuente de ingreso del trabajador y su núcleo familiar, pues sustituye su salario mínimo que recibía como trabajador.

En la sentencia T-144 de 2016, se ordenó a la EPS Salud Total, pagar algunos periodos de incapacidad, sin perjuicio de las acciones que esa entidad puede emprender para el reembolso de los dineros cancelados, en virtud del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

No obstante, ese vacío legal fue advertido por el Congreso de la República, y a través de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015 –Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, se adaptó la política de atención integral en salud, que contempló como garantía para el adecuado manejo y flujo de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la creación de una entidad de naturaleza especial del nivel descentralizado del orden nacional asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado encargada de administrar los recursos del Sistema, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, y patrimonio independiente.

Los recursos serán destinados, entre otros, 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.”¹⁷ (Subrayado propio).

Regulada la restricción normativa para el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a los 540 días, se deja claro que el legislador atribuyó esa responsabilidad a las EPS, sin perjuicio de que puedan adelantar el recobro de las sumas reconocidas por ese concepto ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Sin embargo, la Corte Constitucional advirtió que la norma no previno un régimen de transición que permitiera solucionar la situación de los afiliados a los que se les causó incapacidad con anterioridad a la promulgación de la Ley 1753 de 2015. En esa medida, la Corte Constitucional consideró que la aplicación del artículo 67 de la norma en cita genera un trato desigual para las personas cuya incapacidad fue emitida con anterioridad a su vigencia, y aquellas con incapacidad expedida con posterioridad.

Acorde con lo expuesto, la Corte Constitucional, en sentencia T-144 de 2016, ordenó la “aplicación retroactiva del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015,

¹⁷ Ley 1753, literal a, artículo 67, aparte destinación de recursos.

basada principalmente en el principio de igualdad material ante un déficit de protección previamente advertido por la Corte Constitucional". En su análisis consideró que "el déficit de protección anunciado por las distintas Salas de Revisión de Tutelas sí advertía que esa situación normativa, dejaba a ciertas personas en condiciones de vulnerabilidad y exclusión". En esa medida señaló: "(...) [la] situación de desigualdad tiene un fundamento legal que es entendible desde el punto de vista de las reglas de vigencia y aplicación de las leyes. Sin embargo, genera una tensión constitucional que no puede ser omitida por la Corte, pues a la luz del principio de igualdad material, no hay razón para diferenciar y beneficiar sólo a un grupo de personas, en virtud de una consideración temporal, a sabiendas de que la situación se evidenciaba con anterioridad. Es decir, no hay una justificación constitucionalmente válida para fijar tal diferencia en la posibilidad de protección legal."

Según establece el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, se considera *inválida* la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

De conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 y el Decreto 019 del 10 de enero de 2012, el estado de invalidez *"será determinado con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral"*. Corresponde a Colpensiones, a las administradoras de riesgos profesionales -ARP, a las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud -EPS-, en una primera oportunidad, definir la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias.

La determinación de que trata el anterior aparte, respecto a la pérdida de capacidad laboral, se determina con base en la evolución de las secuelas que ha dejado la enfermedad, y la fecha de estructuración de la invalidez, cuya definición es de particular importancia, por cuanto precisa el momento en el cual se consolida el derecho a exigir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, de acuerdo a la normatividad vigente.

En este punto es importante resaltar que el régimen de seguridad social contempla dos requisitos generales para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común. El primero tiene que ver con la calidad de inválido, esto es, que el afiliado haya perdido su capacidad laboral en más de un 50% y

no pueda desarrollar una actividad productiva y, por lo tanto, requiera de la asistencia del sistema para poder atender sus necesidades. Como segundo requisito se estipula una exigencia de cotización mínima de cincuenta (50) semanas al sistema, dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración (artículo 1º de la Ley 860 de 2003).

Ahora bien, puede ocurrir que la disminución de la capacidad laboral se ocasione por una enfermedad o un accidente común que afecta de manera inmediata las capacidades productivas de una persona. En tal caso, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho, lo cual no genera ningún problema cuando se trata de determinar el cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión de invalidez. Pero cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, puede diferir la fecha en la que se pierde la aptitud para trabajar de la fecha en que comenzó la enfermedad u ocurrió el accidente que causó esta mengua.

Cabe precisar que la Corte Constitucional, en consideración al trato preferencial que ampara a las personas con un diagnóstico como el evidenciado en el señor **LUIS CARLOS GARCÍA VÁSQUEZ**, esto es, accidente Cerebrovascular (ACV), son reconocidas como sujetos de especial protección constitucional, por su condición de debilidad manifiesta o indefensión como consecuencia de padecimientos físicos, sensoriales o psicológicos, el beneficio de una “estabilidad laboral reforzada” garantizándoles *“la permanencia en el empleo (...) luego de haber adquirido la respectiva limitación (...), como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral”*¹⁸.

De lo expuesto se deduce la existencia de una protección especial a este grupo de personas, que les garantiza la permanencia en el trabajo con el objeto de protegerles su dignidad humana y los derechos a la seguridad social y a la igualdad. Cabe recordar que la estabilidad laboral reforzada no solo la ostentan quienes padecen invalidez o discapacidad, sino también las personas que han padecido graves deterioros en su estado de salud y se encuentran en una situación de debilidad manifiesta¹⁹. En este sentido la sentencia T-198 de 2006 indicó:

“En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud

¹⁸ Sentencia C-531 de 2000.

¹⁹ Sentencias T-132 y T-121 de 2001.

les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitado”.

Además la jurisprudencia constitucional ha señalado que la estabilidad laboral reforzada de las personas que se encuentran discapacitadas o afectadas en su estado de salud, opera sin importar el tipo de relación laboral existente²⁰. De acuerdo a ello, el empleador solo podrá desvincular al trabajador que presenta disminución física o psíquica, cuando medie autorización del inspector del trabajo y por causa distinta a la de su padecimiento²¹. Se puede así concluir que se trata de un tipo de protección *relativa y no absoluta*, puesto que en la hipótesis de que el trabajador incurra en causal de justa causa para dar por terminado unilateralmente su contrato de trabajo, el empleador se encuentra facultado para tramitar la autorización de despido ante la autoridad competente.

De lo anterior, se concluye que los trabajadores que están afectados en su salud tienen derecho al reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada sin importar el vínculo laboral adoptado por las partes, mientras el inspector o autoridad competente no autorice su desvinculación. En virtud de ello tiene *“el derecho a permanecer en su cargo hasta tanto se configure una causal objetiva que extinga la relación laboral, circunstancia que de todas formas debe ser verificada y autorizada por el inspector del trabajo”*²². Así como también podrá obtener el pago de la indemnización contemplada en el inciso 2º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en el caso en que la desvinculación laboral se realice sin previa autorización.

Finalmente, es importante reiterar que el beneficio de la estabilidad laboral reforzada, no solo debe entenderse como el mecanismo que impide terminar con la relación laboral al trabajador que se halle en condición de debilidad manifiesta, sino además como garantía que implica el derecho a la reubicación en un puesto de trabajo adecuado a su condición de salud en el que *“pueda potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente”*²³. Sin embargo, ha de agregarse que en aquellos casos en se evidencie que existe un principio de razón suficiente que lo exonere de efectuar dicha obligación, puede eximirse de cumplirla²⁴.

Con fundamento en lo anterior, la Corte Constitucional recordó las reglas que deben ser tenidas en cuenta por las AFP al momento de estudiar la

²⁰ Sentencia T-065 de 2010.

²¹ Sentencia T-292 de 2011.

²² Sentencias T-663, T-132 de 2011 y el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

²³ Sentencias T-504 de 2008 y T-663 de 2001.

²⁴ Sentencias T-1040 de 2001 y T-663 de 2011.

solicitud de reconocimiento del derecho pensional de una persona con una enfermedad como la diagnosticada al señor **LUIS CARLOS GARCÍA VÁSQUEZ**, esto es, accidente Cerebrovascular (ACV).

“31.1. Cuando la solicitud pensional proviene de personas a las que se les ha calificado una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y se les ha establecido como fecha de estructuración una que coincide con el momento del nacimiento, con uno cercano a éste, con la fecha del primer síntoma o con la del diagnóstico, la Administradora de Fondos de Pensiones no puede limitarse a hacer el conteo mecánico de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a ese momento.”

Por lo general, en estos casos, las personas cuentan con un número importante de semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración que fijó la autoridad médico laboral. Por ello, la Corte Constitucional ha precisado que, una vez se determina que la solicitud fue presentada por una persona con una enfermedad crónica, como la padecida por el señor **LUIS CARLOS GARCÍA VÁSQUEZ**, corresponde a las Administradoras de Fondos de Pensiones, verificar que los pagos realizados después de la estructuración de la invalidez *“(i) hayan sido aportados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del interesado y (ii) que éstos no se realizaron con el único fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social.”*

Una vez el fondo de pensiones verifica (i) que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad crónica, (ii) que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificará el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir que la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración.

La sentencia de unificación emitidas por los Tribunales de Cierre enfatiza la fuerza vinculante de la jurisprudencia constitucional y señala que *“La jurisprudencia proferida por los órganos de cierre de cada jurisdicción, tiene fuerza vinculante para los jueces, en la medida en que, es proferida en ejercicio de la función constitucional de unificación, con la finalidad de darle coherencia y seguridad al ordenamiento. Ahora bien, esta Corte ha advertido en diferentes oportunidades que, además de resultar vinculante para las autoridades judiciales, la jurisprudencia proferida por las Altas Cortes del país también es vinculante para las demás autoridades públicas, en tanto que, estas últimas están obligadas a cumplir y a respetar cada uno de los principios consignados en la Constitución, dentro de los cuales se*

encuentran la igualdad ante la Ley, el debido proceso, el principio de legalidad y, por supuesto, la supremacía de las normas consignadas en la Constitución Política²⁵."

Se concluye, entonces, que cuando las personas con enfermedades crónicas, solicitan el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez (independientemente del régimen pensional), corresponde a Colpensiones o las administradoras de fondos de pensiones verificar (i) que la solicitud pensional fue presentada por una persona que padece una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa; (ii) que con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez fijada por la autoridad médico laboral, la persona cuenta con un número importante de semanas cotizadas; y, (iii) que los aportes fueron realizados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual. Corroborado ello, deberá elegir el momento desde el cual aplicará el supuesto establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, tal y como fue modificado por la Ley 860 de 2003, esto es, la fecha en la que debe realizar el conteo hacia atrás de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores, para determinar si la persona tiene o no derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez. Dicho instante podrá corresponder al momento en que (i) se realizó la última cotización; (ii) el de la solicitud pensional; o (iii) el de la calificación, decisión que se fundamentará en el análisis previo de la situación particular y en garantía de los derechos del reclamante.

Caso en concreto

Hechas las anteriores precisiones, se tiene que el accionante **LUIS CARLOS GARCÍA VÁSQUEZ**, se encuentra afiliado al sistema de seguridad en salud en FAMISANAR E.P.S., que se encuentra afiliado al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., siendo su empleador el CONSORCIO SUBESTACIÓN CONGEMA, desde el 25 de mayo de 2021, de igual forma, que desde el 21 de 29 de agosto de 2021 le fueron expedidas incapacidades laborales hasta el 12 de mayo de 2022. Así mismo, se tiene que en julio de 2022, FAMISANAR E.P.S. notificó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., concepto favorable de rehabilitación, de igual forma, que el día 27 de febrero se cumplieron los 180 días de incapacidad laboral, por lo que a partir del día 28 de febrero de 2022, es decir el día 181, el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. le correspondía asumir la carga prestacional del señor **LUIS CARLOS GARCÍA VÁSQUEZ**, por concepto de incapacidades, sin embargo como se ha evidenciado sólo fue hasta el 17

²⁵ Ver sentencias SU-917 de 2010, C-816 de 2011, C-898 de 2011, SU-053 de 2015, entre otras.

de julio de 2022, que FAMISANAR E.P.S. emite concepto favorable de rehabilitación.

El artículo 142 del Decreto 019 de 2012, dispone: “...
ARTÍCULO 142. Calificación del estado de invalidez. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así:

La calificación se realizará con base en el manual único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, vigente a la fecha de calificación, que deberá contener los criterios técnicos-científicos de evaluación y calificación de pérdida de capacidad laboral porcentual por sistemas ante una deficiencia, discapacidad y minusvalía que hayan generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente. (Adicionado inciso por el Artículo 18 de la Ley 1562 de 2012)

... Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.”

Por lo que el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., manifiesta que el concepto presentado por FAMISANAR E.P.S., resulta extemporáneo debiéndosele aplicar el contenido de la norma antes referida, en el entendido de que será la EPS quien deberá asumir dicha carga, adicionando que el señor **LUIS CARLOS GARCÍA VÁSQUEZ**, “no ha radicado la documentación solicitada”, las cuales relaciona de la siguiente forma:

1. Anexo G completamente diligenciado.
2. Fotocopia del documento de identidad del afiliado.
3. Original de las Incapacidades transcritas por la EPS a partir del día 181, anexando concepto médico de cada incapacidad.
4. Carta de Autorización de conocimiento de historia clínica con firma y huella dactilar del afiliado.
5. Resumen de historia clínica o epicrisis.
6. Certificación de la EPS sobre el pago de las incapacidades generadas hasta el día 180.
7. Concepto de rehabilitación. (Puede utilizarse la carta proforma definida).
8. Certificación bancaria o carta del afiliado informando cuenta bancaria para efectuar el pago.

Sin embargo, en audio suministrado por la empresa accionada, se escucha al señor **LUIS CARLOS GARCÍA VÁSQUEZ**, informando que se acercó a PORVENIR S.A., pero no le recibieron la documentación, teniendo en cuenta que faltaba en ella el concepto de rehabilitación, documento éste que reconoce el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., fue notificada por FAMISANAR E.P.S.

En cuanto a la vinculada FAMISANAR E.P.S., ésta no emitió respuesta alguna al requerimiento realizado por el despacho, con el objeto que informare sobre los hechos denunciados en la acción de tutela, razones que conlleva a la aplicación del artículo 20 del decreto 2591 de 1991, sobre la presunción de veracidad.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, encuentra el despacho que la petición de tutela incoada por el señor **LUIS CARLOS GARCÍA VÁSQUEZ**, contra la accionada **CONSORCIO SUBESTACIÓN CONGEMA**, donde fueron vinculadas **FAMISANAR EPS**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, está llamada a prosperar, toda vez que, si bien es cierto, la entidad vinculada **FAMISANAR EPS** ha venido reconociendo y pagando incapacidades desde el 29 de agosto de 2021, no es menos cierto que para antes del día 28 de diciembre de 2021 (120 días) debió emitir el concepto favorable de rehabilitación y enviarlo a la AFP antes del 28 de enero de 2022, pues de emitirse por fuera de esos plazos deberá asumir la consecuencia establecida en el artículo 142 del decreto 019 de 2012, hasta cuando sea emitido el concepto, esto es después de los 180 días, que se cumplieron el 28 de febrero de 2022, cierto es que el concepto se materializó el 17 de julio de 2022, posteriores a los plazos establecidos en la norma.

Por otro lado, tenemos que la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, fue notificada del concepto favorable de rehabilitación, en julio de la presente anualidad, exculpando su responsabilidad en el hecho que el señor **LUIS CARLOS GARCÍA VÁSQUEZ**, no ha radicado documentos necesarios para su trámite pensional, sin

embargo, accionada **CONSORCIO SUBESTACIÓN CONGEMA**, aportó el audio con registro **14AUDIOTRAMITEANTEELFONDO.ogg**, audible en el expediente digital de esta acción constitucional, donde referencia que: “... *imagínese que yo fui a porvenir a llevar los papeles que yo tenía porque faltaba únicamente la incapacidad, sin saber, y ahora salieron con otro pero allá en Porvenir, imagínese que falta un papel por la EPS que me lo tiene que entregar FAMISANAR, no se si es un examen o un documento pero no hay que es, es el mismo que dice que la rehabilitación, pero yo le mostré pues el papel de rehabilitación que dice que nos es apto para laboral y todo eso, me dijo si eso es aceptable y que eso lo aceptan, pero que necesitan otro documento que da FAMISANAR, yo fui a FAMISANAR, y allá no conocen ese papel, me gustaría que si ustedes me hacían el favor ya que estaba con la EPS, y les hable de ese papel para ver si ellos saben algo sobre eso, ya le mando el nombre que me dio PORVENIR, que lo pidieran, es un examen o que es lo que es, pero para que me hicieran el favor ustedes por el lado suyo, alla en FAMISANAR, para ver si saben algo de ese documento...*”, del cual se intuye que los referidos documentos a los cuales hace alusión el señor **LUIS CARLOS GARCÍA VÁSQUEZ**, corresponden a los relacionados por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, en su contestación, es decir, que efectivamente el accionante si compareció a ante PORVENIR S.A., a radicar documentos, donde sin que los mismos fueran recibidos por PORVENIR S.A., sin que se indicare en la contestación que éste presentaba los documentos incompletos o que los presentados no correspondían al trámite que está gestionando.

Por otro lado, se tiene que al accionante se le siguió generando incapacidades, posteriores al 28 de febrero de 2022 (180 días), las cuales fueron emitidas con posterioridad al día 181, pues como lo ha manifestado la accionada **CONSORCIO SUBESTACIÓN CONGEMA**, la vinculada **FAMISANAR EPS**, hasta el 12 de mayo de 2.022 le han reconocido y pagado incapacidades mediante diagnóstico **PACIENTE CON SECUELAS DEL EVENTO ISQUÉMICO CON VÉRTIGO**, que teniendo en cuenta que FAMISANAR EPS, emitió el concepto con una extemporaneidad superior a los 180 días, corresponderá a esta asumir el pago de incapacidades hasta cuando notificó el concepto favorable de fecha 17 de julio de 2022, después de esa fecha le corresponde a la entidad **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, asumir dicho pago.

Así las cosas, para este despacho resulta evidente que FAMISANAR EPS y el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, no le ha cancelado la suma de dinero correspondiente a las incapacidades del accionante, máxime la existencia de un concepto favorable en relación al

padecimiento sufrido por el accionante, donde se indica que su rehabilitación es mayor de un (1) año por lo que el proceder de estas dos entidades ha generado la vulneración del derecho constitucional fundamental al mínimo vital, toda vez que si el pago de incapacidad laboral sustituye el salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, y para el caso del señor **LUIS CARLOS GARCÍA VÁSQUEZ**,, quién manifiesta estar afectado por la omisiones en el no pago de los meses de mayo, junio, julio, agosto y septiembre, razón por la cual no queda duda para el despacho, que el pago de la incapacidad constituye elemento indispensable, para su subsistencia, y en razón a ello se ordenará al gerente y/o representante legal FAMISANAR EPS y al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., que directamente o por intermedio del funcionario correspondiente, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, so pena de ser sancionados, conforme al artículo 52 del Decreto 2591/91, en concordancia con el artículo 9 del Decreto 306 de Febrero 19 de 1992, realice el pago de las incapacidades generadas a favor del accionante **LUIS CARLOS GARCÍA VÁSQUEZ**, identificado con c.c. 11.321.194, así:

1. En lo que corresponde a FAMISANAR EPS desde el 13 de mayo de 2022, inclusive, hasta la fecha de notificación del concepto favorable de fecha 17 de julio de 2022, por concepto de incapacidades por *subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal dispuesta en el artículo 142 del decreto 19 de 2012.*
2. En lo que corresponde al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., desde la fecha de recepción del concepto de rehabilitación favorable hasta el día 540, si a ello hubiere lugar.

Conforme a lo anteriormente expuesto, se tiene que la tutela no prospera contra la accionada **CONSORCIO SUBESTACIÓN CONGEMA**, habida consideración que esa entidad ha cumplido con sus cargas como empleador del señor **LUIS CARLOS GARCÍA VÁSQUEZ**.

Por lo anteriormente expuesto, el JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE GIRARDOT CUNDINAMARCA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN EL NOMBRE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que **FAMISANAR EPS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, le ha vulnerado al señor **LUIS CARLOS GARCIA VASQUEZ**, identificado con c.c. 11.321.194, el derecho al mínimo vital, conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior determinación se ordena al gerente y/o representante legal de **FAMISANAR EPS**, realice el pago de las incapacidades generadas a favor del accionante **LUIS CARLOS GARCÍA VÁSQUEZ**, identificado con c.c. 11.321.194, desde el 13 de mayo de 2022, inclusive, hasta la fecha de notificación del concepto favorable de fecha 17 de julio de 2022, por concepto de incapacidades por *subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal dispuesta en el artículo 142 del decreto 19 de 2012*, so pena de ser sancionada conforme al artículo 52 del Decreto 2591/91 en concordancia con el artículo 9 del Decreto 306 de Febrero 19 de 1992.

TERCERO: Se ordena al gerente y/o representante legal de **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, realice el pago de las incapacidades generadas a favor del accionante **LUIS CARLOS GARCÍA VÁSQUEZ**, identificado con c.c. 11.321.194, desde la fecha de recepción del concepto de rehabilitación favorable hasta el día 540, si a ello hubiere lugar, so pena de ser sancionada conforme al artículo 52 del Decreto 2591/91 en concordancia con el artículo 9 del Decreto 306 de febrero 19 de 1992.

CUARTO: Negar la petición de la tutela contra la accionada **CONSORCIO SUBESTACIÓN CONGEMA**, conforme a lo expuesto en las consideraciones.

QUINTO: Notifíquese este proveído conforme a lo establecido por el artículo 30 del Decreto 2591/91.

SEXTO: ADVERTIR a las partes que este fallo puede ser impugnado dentro de los (3) días siguientes a su notificación sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.



Juzgado Primero Civil Municipal
Girardot – Cundinamarca

Página | 28

SÉPTIMO: REMITIR el expediente digitalizado a la Honorable Corte Constitucional, dentro de los tres (3) días siguientes a su ejecutoria, si éste no fuere impugnado, ello para la eventual revisión del fallo conforme a los parámetros establecidos en el Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de Julio de 2020, conforme a las medidas de emergencia sanitaria tomadas en atención a la pandemia COVID 19.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

EL JUEZ

JEFFER ALFONSO CUELLO LÓPEZ

Firmado Por:
Jeffer Alfonso Cuello López
Juez
Juzgado Municipal
Civil 001
Girardot - Cundinamarca

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: **479f014d637f90374a0b3d7cfd3bfb31c88cb44c18d8218c224bef38bdea4a0f**

Documento generado en 06/10/2022 10:54:20 AM

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