

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA
MOSQUERA CUNDINAMARCA

Diciembre catorce (14) de dos mil veinte (2.020)

I. ASUNTO A TRATAR

En ejercicio de la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, el señor **NELSON ANTONIO CORTES PEÑA**, solicita se le amparen los derechos a la **VIDA, IGUALDAD y MÍNIMO VITAL**, los que estima vulnerados por la **ADMINISTRADORA DE COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

Una vez agotado el trámite señalado en el Decreto 2591 de 1991, el Despacho profiere el presente fallo que pone fin a esta primera instancia.

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS: Se mencionan como fundamentos fácticos los siguientes:

➤ Manifestó el tutelante que el 6 de enero de 2017 sufrió una fractura de *tibia y peroné* en su pierna derecha, siendo catalogada de origen común y razón por la cual se le otorgo incapacidad temporal de 30 días; sin embargo, debido a la lesión las incapacidades se prolongaron hasta el 7 de febrero de 2018.

➤ Adujo el actor que el 18 de noviembre de 2018, fue sometido a una intervención quirúrgica lo que le generó una nueva incapacidad de 30 días más y así sucesivamente, hasta el mes de julio de 2019.

➤ Que por recomendación de su médico tratante 21 de enero de 2020, nuevamente se le realizó un procedimiento quirúrgico, cumpliendo actualmente las incapacidades que se han causado hasta la fecha.

➤ Mencionó, que, las incapacidades que se causaron antes del día 181 le fueron canceladas debidamente.

➤ Que el 17 de julio de 2020 la EPS Famisanar le informó que el concepto de rehabilitación emitido por la EPS fue desfavorable; que Colpensiones una vez notificado de ese concepto desfavorable, mediante comunicación adiada 31 de julio del presente año le indicó al accionante el procedimiento a seguir en aras de obtener el reconocimiento del subsidio de sus incapacidades, el cual fue atendido por el actor.

➤ Señaló que el 5 de octubre elevó petición ante Colpensiones solicitado el subsidio de las incapacidades; no obstante, el 15 del mismo mes obtuvo como respuesta que *“no hay lugar al reconocimiento del subsidio de incapacidades por tratarse de un concepto desfavorable de rehabilitación en el dictamen médico”*

➤ Puso de presente que tiene programada la cita para determinar la pérdida de capacidad laboral para el día 15 de diciembre de 2020.

➤ Por último, manifestó que carece de los recursos económicos para su sostenimiento y el de su familia siendo su único ingreso lo que percibe por concepto del pago de las incapacidades.

2. PRETENSIONES DEL ACCIONANTE: solicita se tutelen los derechos fundamentales incoados y que se ordene el pago inmediato de las incapacidades que se han causado a partir del 18 de julio de 2020 hasta la fecha.

III. CONTESTACIÓN AL AMPARO

ADMINISTRADORA DE COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a recorrer el traslado de la presente acción, a través de **MALKY KATRINA FERRO AHCAR**, obrando en calidad de Directora de la Dirección de Acciones Constitucionales, quien manifiesta que:

“Mediante respuesta con No. de Radicado, BZ2020_9992712-2135260 enviada el día 15 de octubre de 2020 al accionante se le informó lo siguiente:

En atención al trámite de determinación del subsidio por incapacidades iniciado por usted, nos permitimos informarle que una vez efectuada la revisión documental, se evidenció que no hay lugar al reconocimiento de más subsidio por incapacidades a su favor conforme a las causales señaladas a continuación:

CONCEPTO DE REHABILITACIÓN DESFAVORABLE

Según lo establecido en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, el subsidio por incapacidad está sujeto a que el concepto de rehabilitación emitido por la EPS sea favorable...”

Que “[l]o procedente, entonces, es solicitar a la mayor brevedad el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, para lo cual deberá aportar la documentación pertinente”.

Respecto a lo anterior, es importante tener en cuenta que, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones está a cargo del pago de incapacidades por enfermedad general o accidente de origen común, hasta por 360 días calendario, siempre y cuando cuente con CONCEPTO DE REHABILITACIÓN FAVORABLE adicionales a los primeros ciento ochenta 180 días reconocidos por su Entidad Promotora de Salud (EPS), según lo establecido en el art. 142 del Decreto ley 019 de 2012.

En este sentido, igualmente es importante señalar que “el procedimiento que COLPENSIONES lleva a cabo para el reconocimiento y pago del subsidio económico por concepto de incapacidades a cargo de la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones” es que “[e]l afiliado debe presentarse al Punto de Atención al Ciudadano (PAC) de Colpensiones, solicitando atención por medicina laboral, para radicación de incapacidades aportando los siguientes documentos:

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía del afiliado.
- Incapacidades médicas original por enfermedad general o accidente de origen común expedido por la EPS a la cual se encuentra afiliado, junto con sus prórrogas. Que no superen los treinta (30) días.
- Certificado o constancia de la EPS donde relacione o describa el reconocimiento y pago de los primeros 180 días de incapacidad.
- Remisión de la EPS con el concepto de rehabilitación emitido por el médico especialista tratante según el caso.
- Certificación original de la cuenta bancaria con la siguiente información nombre: Titular de la cuenta: afiliado o empresa, tipo de cuenta: ahorros o corriente, número de la cuenta, con fecha de expedición no mayor de 30 días
- En caso de ser la empresa quien cobre las incapacidades debe anexar la autorización del afiliado”

Y que a la fecha no procede el pago de las incapacidades médicas toda vez que no cuentan con la documentación necesaria para realizar el estudio reconocimiento y pago de las incapacidades médicas, más exactamente en lo que concierne al certificado de incapacidades actualizado y las transcritas por la EPS.

IV. RECAUDO PROBATORIO

CLASE DE PRUEBA	QUIEN LO APORTO
Copia del documento de identidad.	ACCIONANTE
Historia clínica	ACCIONANTE
Copia del concepto de rehabilitación expedido por FAMISANAR.	ACCIONANTE
Copia de la respuesta emitida por Colpensiones.	ACCIONANTE
Certificación incapacidades expedido por FAMISANAR.	ACCIONANTE
Formulario determinación del subsidio de incapacidades	ACCIONANTE
Copia del comunicado expedido por Colpensiones mediante el cual se niega el subsidio de incapacidades.	ACCIONANTE
Copia de certificado de incapacidad desde 19 de julio hasta el 17 de agosto de 2020, del 19 de agosto hasta el 17 de septiembre de 2020; del 18 de septiembre hasta el 17 de octubre de 2020; del 21 de octubre hasta el 19 de noviembre de 2020.	ACCIONANTE

Copia del comunicado expedido por Colpensiones mediante el cual se niega el subsidio de incapacidades.	COLPENSIONES
Copia simple Notificación a la AFP de concepto de rehabilitación	COLPENSIONES

V. CONSIDERACIONES

1.- La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo dirigido a proteger en forma inmediata los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos señalados en la ley, y sólo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.- El MÍNIMO VITAL DE SUBSISTENCIA se ha definido como (T-678/17):

"la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional".

Ahora, teniendo en cuenta que la falta de pago de las incapacidades médicas supone una afectación injustificada del mínimo vital para el trabajador, esta prestación económica puede ser reclamada directamente a través de la tutela y, si es del caso, ordenar lo pertinente. Al respecto, la Corte Constitucional señaló que:

"[l]a acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital y la salud cuando el peticionario se ve desprovisto del pago de las incapacidades médicas. Esto, aun cuando el conocimiento de las reclamaciones concernientes a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social Integral corresponda, en principio, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social" (C.C., T-140/16).

En este caso, se asume como cierta la vulneración del derecho al mínimo vital, pues la afirmación del demandante tiene sustento en los documentos donde se relacionan los periodos de incapacidad, aunado a su calidad de trabajador dependiente y la carencia de ingresos adicionales, de ahí que la falta de pago de las incapacidades afecte su sostenimiento.

3.- El artículo 142 del Decreto 0192 de 2012, respecto al reconocimiento de incapacidades por enfermedad común, establece,

"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 (sic) 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”.

Y, respecto del reconocimiento del subsidio o las incapacidades superiores a 540 días, el artículo 67 de la ley 1753 de 2015, planteó en cuanto a la destinación de los recursos que administrara la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud,

“Estos recursos se destinarán a: a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.”

En cuanto a la aplicación del artículo 67 de la ley 1753 de 2015 y su vigencia se refirió la Corte Constitucional, en la Sentencia T 144 de 2016:

“Ahora bien, retomando lo referente al déficit de protección legal para asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días que no tienen derecho a una pensión de invalidez, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015 –Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, reguló lo referido al pago de las incapacidades superiores a los 540 días y estableció, en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de regular el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, dando soluciones a los dos puntos de vista analizados en los fundamentos 31 y 32 de esta sentencia.

En virtud del artículo 67 de la referida Ley 1753 de 2015, **“(ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD).** *La Entidad administrará los siguientes recursos: (...) Estos recursos se destinarán a: a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.”*

En el presente caso, es necesario entonces, tomar en cuenta que a partir de la vigencia de la Ley 9 de junio de 2015, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deben acatar lo normado.

Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

4.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN CON EL PAGO DE INCAPACIDADES SUPERIORES A 180 DÍAS Y 540 DÍAS. SENTENCIA T 401 de 2017:

a) el Decreto 770 de 1975 sustrajo de la órbita de responsabilidad del empleador el pago del auxilio de incapacidad, para radicarlo en cabeza de un agente externo a la relación laboral. De este modo, el artículo 9° de dicha normativa asignó al Instituto de Seguros Sociales la responsabilidad del pago de “un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de (...) salario de base, subsidio que (...) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días”.

b) La Ley 100 de 1993, contempló la figura de la incapacidad en su artículo 206, conforme al cual los afiliados al Régimen Contributivo en salud tienen derecho al reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común. Así mismo, el Decreto 2463 de 2001 dispuso que las AFP, previo concepto favorable de recuperación, tienen la potestad de postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los 180 que se encuentran a cargo de las EPS siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Esta disposición se mantuvo sustancialmente en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, norma que actualmente regula la materia.

c) Reconocimiento de incapacidades laborales superiores a 180 días, una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, lo cual dependerá de la prolongación de la situación de salud del trabajador. Es pertinente señalar que, respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181, se han suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001.

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

❖ 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.

❖ 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.

❖ Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009[98] 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.

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.

Analizado la normatividad y la jurisprudencia referente al caso que nos ocupa, es evidente que la AFP COLPENSIONES si está trasgrediendo los derechos conculcados por el señor **NELSON ANTONIO CORTES PEÑA**, toda vez que, si bien es cierto la EPS FAMISANAR, emitió **UN CONCEPTO NO FAVORABLE DE REHABILITACION**, la misma la envió dentro de los términos establecidos por el legislador para que sea la AFP quien asuma esa carga del pago de incapacidades desde el día 181 hasta el día 540.

Ahora si la AFP accionada se escuda en que el actor no ha aportado la documentación requerida para el pago de las incapacidades, dígame que no es un requisito de ley para su reconocimiento, al efecto, en un caso similiar la Corte sostuvo que:

"se advertirá a Colpensiones acerca de su deber de acatar la jurisprudencia constitucional para que, en lo sucesivo, se abstenga de negar el pago de incapacidades posteriores al día 180 con fundamento en la ausencia de requisitos que no tienen fundamento legal y que suponen una barrera administrativa que vulnera los derechos de las personas con incapacidades que superan los 180 días. Lo anterior, en tanto pudo establecerse que dentro de los requisitos previstos por la Ley para efectos de reconocer el pago de incapacidades, por concepto de enfermedad de origen común, no obra la documentación exigida por el Fondo de Pensiones accionando, lo que a juicio de la Sala supone una dilación injustificada en el goce efectivo de los derechos que invoca el accionante".

Así las cosas, esta falladora atendiendo el análisis jurisprudencial y legal evidencia la clara trasgresión de los presupuesto jurídicos previamente establecidos, procederá al amparo de los derechos fundamentales vulnerados al accionante, pues la encartada no allegó documental que permita establecer que ha realizado todas las gestiones para que el actor sea calificado de acuerdo al concepto desfavorable emitido por la EPS FAMISANAR, infringiendo además lo preceptuado en la Sentencia 401 de 2017, la cual ampliamente señala que esta carga no la debe asumir el afiliado, quien se encuentra en condiciones de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud y debe ser asumida por la AFP hasta que se cumple una de las tres causales a saber:

1. La persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral.
2. o hasta que se determine una pérdida de capacidad laboral superior al 50%.
3. o se completen los 540 días de incapacidad.

Basta con lo anteriormente expuesto para amparar los derechos aquí conculcados.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA - CUNDINAMARCA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY.**

VI. RESUELVE

PRIMERO: TUTELA los derechos a la VIDA Y MÍNIMO VITAL incoados por el señor **NELSON ANTONIO CORTES PEÑA** contra **ADMINISTRADORA DE COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES representada por MALKY KATRINA FERRO AHCAR**, obrando en calidad de Directora de la Dirección de Acciones Constitucionales.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES representada por MALKY KATRINA FERRO AHCAR, y/o quien haga sus veces, que dentro del término perentorio de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes a la notificación de este fallo, proceda si no lo ha hecho al reconocimiento y pago de las incapacidades posteriores al día 181 al señor **NELSON ANTONIO CORTES PEÑA** hasta que se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral, o hasta que se determine una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, o se completen los 540 días de incapacidad, conforme lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: NOTIFICAR VIA CORREO ELECTRONICO lo aquí resuelto al accionante y a la entidad accionada, y de no ser posible utilícese el medio más expedito.

CUARTO: REMITIR las diligencias de no ser impugnada la presente decisión a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Oficiese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

**MARIA DEL PILAR OÑATE SANCHEZ
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 001 CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA**

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:

**ad0f83c64d9276455cb1605ca276f0ea2c3c88bf6f40abd4485bfc90a065f
5b**

Documento generado en 14/12/2020 10:12:42 a.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**