

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS
SANTIAGO DE CALI**

Acción de Tutela

Radicación: 760014303-002-2023-00320-00

Accionante: GLORIA PATRICIA ESTACIO ORTIZ.

Accionado: EPS EMSSANAR, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. Y CLEANER S.A.

Sentencia de primera instancia # **005**.

Santiago de Cali, veintidós (22) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

Procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela instaurada por la señora GLORIA PATRICIA ESTACIO ORTIZ, quien actúa a mutuo propio en contra de EMSSANAR EPS S.A.S., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y CLEANER S.A., mediante la cual solicita la protección de los derechos fundamentales a la SALUD, la VIDA, la SEGURIDAD SOCIAL, la DIGNIDAD HUMANA, el MÍNIMO VITAL y MÓVIL, que considera vulnerado por la entidad accionada.

HECHOS Y PRETENSIONES

Como fundamento de su pretensión, indica que padece de múltiples patologías de origen común “*Síndrome del Túnel Carpiano Bilateral, Lumbago no Especificado; Obesidad Especificada y Trastorno Mixto de Ansiedad y Depresión*” conforme lo han diagnosticado los especialistas.

Aduce que como consecuencia de lo anterior los médicos tratantes le han prescrito incapacidades laborales desde el 16 de febrero de 2023 hasta el 23 de junio de 2023, de forma continua permanente y sin ninguna interrupción.

Manifiesta que en relación a lo anterior la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. no le ha reconocido y pagado las siguientes incapacidades: “26/06/2023 – 25/07/2023 equivalente a 30 días.

Relaciona que en reiteradas oportunidades se ha acercado a la entidad con el fin de obtener la valoración de pérdida de la capacidad laboral debido a que la EPS Emssanar emitió concepto de rehabilitación desfavorable, situación que no ha sido posible porque Protección no la deja radicar la documentación para calificar la pérdida de la capacidad laboral hasta tanto no se le cancela las incapacidades adeudadas por políticas internas de la misma.

Señala que el 03 de noviembre de 2023, presentó ante la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A., derecho de petición con el fin de que le autoricen la radicación de los documentos necesarios para que determine su pérdida de la capacidad laboral.

En consecuencia, solicita TUTELAR sus derechos fundamentales y ordene al accionado el pago de la incapacidad mencionada y de la misma forma proceder a realizar la calificación de pérdida de la capacidad laboral.

ACTUACIÓN PROCESAL.

La presente acción de tutela fue admitida mediante auto T-653 del 12 de diciembre de 2023, en contra de **EMSSANAR EPS S.A.S., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y CLEANER S.A.**, también se ordenó notificar y oficiar a la parte

accionada y a los vinculados **HOSPITAL DEPARTAMENTAL PSIQUIATRICO UNIVERSITARIO DEL VALLE**, para que en el término perentorio de Dos (02) se sirviera dar explicaciones que considerare necesarias respecto a los hechos y pretensiones de la presente acción de tutela.

Mediante auto 012 del 16 de enero de 2024, se ordenó: “1. *DECLARAR LA NULIDAD DE TODO LO ACTUADO, en el expediente de tutela a partir de la notificación del auto T-653 calendado 12 de diciembre de 2023, por lo señalado en la parte considerativa de la presente decisión.* 2. *ORDENAR la notificación de la presente acción a las partes en la forma establecida en el Decreto 2591 de 1.991 y decreto 306 de 1.992....*”

RESPUESTA DEL ACCIONADO ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A

La entidad accionada ejerció oportunamente su derecho de defensa y contradicción, anexando 43 archivos digitales en PDF, ubicados en el consecutivo 13 de la presente tutela.

RESPUESTA DEL ACCIONADO EMSSANAR EPS S.A.S.

La entidad accionada ejerció oportunamente su derecho de defensa y contradicción, anexando 33 archivos digitales en PDF, ubicados en el consecutivo 12 de la presente tutela.

RESPUESTA DEL ACCIONADO CLEANER S.A.

Pese a ser notificado el mismo guardó silencio frente a los hechos y pretensiones de esta acción de tutela.

RESPUESTA DEL VINCULADO HOSPITAL DEPARTAMENTAL PSIQUIATRICO UNIVERSITARIO DEL VALLE

La entidad accionada ejerció oportunamente su derecho de defensa y contradicción, anexando 05 archivos digitales en PDF, ubicados en el consecutivo 07 de la presente tutela.

PROBLEMA JURÍDICO

En atención a lo expuesto, corresponde a este Juez Constitucional determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de incapacidades y, en caso de encontrarse procedente, determinar si la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A** y/o a quien le corresponda ha vulnerado al accionante sus derechos fundamentales, al no reconocerle y pagarle la incapacidad otorgada por enfermedad general Incapacidad que se relacionan a continuación “*del 26/06/2023 al 25/07/2023 (30 días)*” y además de ello que se inicie inmediatamente el proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Sabido es que la acción de tutela está consagrada en la Constitución en su artículo 86, como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales constitucionales de toda persona, cuando han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en casos específicos, cuyo naturaleza residual la hace procedente cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Según lo establece la disposición constitucional, esta acción tiene un carácter subsidiario y residual, por lo que ella solo procede cuando quiera que el afectado no tenga a su alcance otro medio de defensa judicial o cuando, existiendo ese otro medio, la tutela se ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio de carácter irremediable. Adicionalmente, y a partir de lo previsto en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la jurisprudencia constitucional ha

sostenido que ella también resulta procedente –esta vez, como mecanismo de protección definitivo– en aquellos casos en los que la herramienta judicial que prevé el ordenamiento se muestra como ineficaz para garantizar los derechos fundamentales del afectado

Con relación al principio de **subsidiariedad**, la Corte Constitucional en **sentencia T-009/19**, condicionó la procedencia de la acción de tutela, así:

*“(…) **Subsidiariedad** 12. A partir del artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela fue consagrada como un mecanismo judicial subsidiario y residual, que procederá “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”.*

*El carácter subsidiario hace parte de la naturaleza de la tutela, pues la misma **“procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados**, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección.” Lo anterior encuentra sentido en el hecho que este mecanismo constitucional no fue diseñado para suplir los procesos ordinarios a los cuales deben acudir los ciudadanos para dar solución a sus controversias.*

*A partir de lo anterior, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece de manera clara que una de las causales de improcedencia de la acción de tutela ocurre “[cuando] existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.” (Subrayas fuera del texto original) En este sentido, **el juez constitucional deberá analizar las circunstancias específicas del caso objeto de análisis para determinar si los medios o recursos de defensa judicial existentes son idóneos para solucionar la situación del accionante.***

13. No obstante lo anterior, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 ibídem, en los casos en que aun así existan medios principales de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación reconoce dos excepciones a la improcedencia del recurso de amparo por subsidiariedad. Estas salvedades tienen sus respectivas implicaciones respecto de la manera en la que ha de concederse el amparo constitucional, en caso de encontrarlo viable:

*“i) Si bien, en abstracto, **existe otro medio de defensa judicial y el accionante cuenta con él para la defensa de sus derechos**, desde la perspectiva de la relación entre el mecanismo y el fin constitucional perseguido por el actor, aquel no tiene la virtualidad de conjurar un perjuicio irremediable. De tal forma, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, mientras el interesado acude a la vía ordinaria para discernir el caso o esta resuelve definitivamente el asunto y, momentáneamente resguarda sus intereses.*

*ii) Si bien existe otro medio de defensa judicial, **éste no es eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual la tutela procede de manera definitiva.***

El análisis sobre la eficacia del medio ordinario se encuentra determinada por el contraste entre éste y las condiciones particulares del accionante.” (Subrayas fuera del texto original).

*A partir de lo anterior, la Corte ha sostenido que la acción de tutela procederá, así existan medios ordinarios de defensa judicial que se encuentren disponibles, cuando (i) **los mecanismos ordinarios no tienen la virtualidad de conjurar el perjuicio irremediable en el caso del accionante**, para lo cual el amparo procederá de manera transitoria y (ii) **los medios de defensa judicial que existen son ineficaces**, es decir, que no tienen la capacidad de proteger de forma efectiva e integral los derechos de la persona, para lo cual procederá el amparo de manera definitiva.*

Este juzgado es competente para conocer y adelantar la presente acción de tutela, con fundamento en lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, el cual indica en su artículo primero que *“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este decreto”.*

Mediante la acción de tutela se busca la protección inmediata de los derechos constitucionales de carácter fundamental, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión, de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la Ley, razón por la que la Constitución Política de Colombia en su artículo 86, faculta a todas las personas para reclamar ante los jueces, la protección de sus derechos, mediante la acción de tutela y de acuerdo a su Decreto Reglamentario (2591 de 1991).

A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela, debemos detenernos en el derecho fundamental que se predica vulnerado, como el derecho al mínimo vital, salud y vida digna.

Respecto a ello, es importante destacar que cuando una persona natural o jurídica, acude a la administración de justicia en aras de buscar la protección de sus derechos, no puede desconocer las etapas procesales contempladas en el ordenamiento jurídico para el caso específico, y pretender, a través del ejercicio de otra acción (como la tutela), una pronta resolución del conflicto planteado.

Así las cosas, los sujetos procesales están llamados a observar con diligencia y cuidado la Constitución y la ley. En este sentido, las personas deben acudir al proceso que la ley haya determinado para dirimir los diferentes conflictos, de manera que sólo se podrá hacer uso de la acción de tutela, cuando no exista en el ordenamiento otro mecanismo judicial o, cuando existiendo, la misma se utilice para evitar un perjuicio irremediable. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, la tutela tiene dos características que la identifican: la subsidiariedad y la inmediatez.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL PAGO DE INCAPACIDADES

La Corte Constitucional ha reafirmado, que, en principio, las controversias relativas al pago de acreencias laborales deben ser resueltas por la jurisdicción ordinaria o por la SUPERINTENDENCIA Nacional de Salud. Sin embargo, ha admitido que ese criterio no es absoluto, toda vez que frente a la amenaza o vulneración de derechos fundamentales la acción constitucional es procedente, por cuanto el pago requerido puede ser la única fuente de recursos económicos que permitan sufragar las necesidades básicas, personales y familiares del actor¹.

A pesar del carácter subsidiario de la acción de tutela, pueden llegar a reclamarse acreencias laborales, a través de esta acción, siempre y cuando se demuestre que por la ausencia de pago de las mismas se vulnera un derecho fundamental. Al respecto ha dicho la corte:

¹ Sentencia T -138 de 2014

“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”.²

De demostrarse la afectación al mínimo vital por el no pago de las incapacidades laborales. Procede la acción de tutela para ordenarse su pago.

“En suma, ha estimado la Corte que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente.

*Sobre esa base, la jurisprudencia en la materia ha reiterado que **“los mecanismos ordinarios instituidos para reclamar el pago del auxilio por incapacidad”, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz**, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza”³*

NORMATIVIDAD APLICABLE A LAS INCAPACIDADES.

La Constitución de 1991 estableció en los artículos 48 y 49 el derecho a la seguridad social. De igual manera, estipuló los principios que deben regirla y autorizó al legislador para que expidiera las leyes necesarias a fin de lograr el desarrollo integral del Sistema.

Para los fines pertinentes que interesan a esta tutela se puede apreciar que en cuanto a las contingencias que llegare a padecer un trabajador en razón a una enfermedad o lesión que lo incapacite para laborar en forma permanente o temporal, el sistema contempla las distintas situaciones que en cada evento se puedan presentar y los procedimientos a seguir con el único fin de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, según el caso.

Es así como ante una enfermedad o un accidente bien sea de origen común o profesional, el sistema integral de seguridad social prevé el pago de las respectivas incapacidades. En orden a dar claridad a este punto, corresponde establecer quién es la entidad encargada de cancelar las incapacidades para lo cual se debe distinguir entre un suceso de (a) *origen común* o (b) *profesional*.

a. *Incapacidades de origen común.*

Si la incapacidad es igual o menor a tres días, la misma será asumida directamente por el empleador. Así lo establece el Decreto 1406 de 1999, que en su artículo 40 – Parágrafo-1, señala lo siguiente:

“Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las entidades promotoras de salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados”.

A su vez, a la EPS le corresponde pagar las incapacidades de origen común a partir del día cuarto, siempre y cuando la misma no sea prórroga de otra. Cabe advertir que las incapacidades se entienden prorrogadas cuando entre la que se va a liquidar y la anterior no existe un lapso mayor de 30 días y corresponda a la misma enfermedad.

² Sentencia T. 972 de 2003

³ Sentencia T-161-2019.

No obstante, dicho párrafo fue modificado por el Decreto 2943 de 2013, el cual señaló:

“Artículo 1. Modificar el párrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual quedará así:

Parágrafo 1°. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente. En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral. Lo anterior tanto en el sector público como en el privado.”

En conclusión, de las incapacidades por enfermedad de origen común como las que son objeto de la presente acción y su protección mediante la acción de tutela, la Corte Constitucional en reciente jurisprudencia manifestó:

DE LAS INCAPACIDADES POR ENFERMEDAD DE ORIGEN COMÚN.

Respecto del pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, es preciso empezar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabajador percibirá durante ese lapso. Así, cuando se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un auxilio económico y cuando se trata del día 181 en adelante se estará frente al pago de un subsidio de incapacidad.

Ahora bien, en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

i. Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005[81] para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS⁴. (negrilla y subrayado fuera de texto).

Por lo tanto, el Gobierno Nacional, expidió la Ley 1753 de 2015 mediante la cual buscó dar una solución a al aludido déficit de protección. Así, dispuso en el artículo 67 de la mencionada ley, que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas “*al 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.*” **Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS.** (Negrilla y Subrayado fuera de texto original).

⁴ T-161-2019.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

En relación con la presente consideración, se reiterará y se seguirá muy de cerca, lo ya desarrollado por las Salas de Revisión de Tutelas, en Sentencias T- 028 de 2017^[24], T- 378 de 2018^[25], T- 225 de 2018^[26], entre otras, teniendo en cuenta que en ellas se destacó el concepto, la naturaleza y la protección constitucional del derecho a la seguridad social.

El artículo 48 de la Carta Política, dispone que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público en cabeza del Estado, que debe garantizarse a todas las personas “en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”. Para esta Corporación la seguridad social es un derecho de raigambre fundamental, que debe ser definido de la siguiente manera: *“conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”*^[27]

En Sentencia T-628 de 2007, esta Corporación estableció que la finalidad de la seguridad social guarda: *“necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político”*^[28], *donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación*^[29]

Aunado a lo anterior, es necesario destacar que el concepto de “seguridad social” hace referencia a la totalidad de las medidas que propenden por el bienestar de la población en lo relacionado con la protección y cobertura de unas necesidades que han sido socialmente reconocidas; por ello, con respecto al contenido de este especial derecho, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19 destacó que:

“El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo”^[30].

En reiteradas ocasiones, esta Corporación ha señalado que la fundamentalidad de este especial derecho encuentra sustento en su vínculo funcional con el principio de dignidad humana y en la satisfacción real de los derechos humanos, pues, a través de éste, resulta posible que las personas afronten con decoro las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos.^[31]

De igual modo, esta Corporación, en Sentencia T-200 de 2010, destacó que la importancia de este derecho radica en que *“su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional”* y, por tanto, se constituye en un elemento esencial para la materialización del modelo de Estado que hemos acogido y que nos define como una sociedad fundada en los principios de dignidad humana, solidaridad, trabajo y prevalencia del interés general.^[32]

A manera de conclusión, la garantía del derecho a la seguridad social, entendida como el mecanismo a partir del cual es posible asegurar la efectividad de los demás derechos de un individuo, en los eventos en los que éste se ha visto afectado por ciertas contingencias, se constituye en uno de los institutos jurídicos que un Estado que pretenda ostentar la condición de Social de Derecho debe asegurar.

El régimen legal y jurisprudencial que rige el proceso de la calificación de pérdida de capacidad laboral.

El sistema integral de seguridad social en Colombia, desarrollado a partir de la Ley 100 de 1993, constituyó un hito en la materia porque buscó asegurar una cobertura universal e integral en materia de prestaciones sociales. Así, el objetivo principal de este sistema fue el de procurar el bienestar y el mejoramiento de la calidad de vida de la ciudadanía, mediante la protección de algunas contingencias como la enfermedad común o laboral, el estado de invalidez o la muerte, entre otras. Estas contingencias son cubiertas, en general, a partir de los sub-sistemas de pensiones, salud y riesgos profesionales.

Cuando el concepto de rehabilitación es desfavorable lo que procede es que la AFP realice la respectiva calificación de la PCL.

Ese proceso, en términos generales, está regulado por el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, que fue modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012. El inciso segundo de dicho artículo indica que “corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a la **Administradora Colombiana de Pensiones, a las Administradoras de Riesgos Profesionales**, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias”. Así mismo, se indica que si los usuarios del sistema no están de acuerdo con esa calificación inicial podrán acudir a las Juntas de Calificación de la Invalidez, regionales o nacional, para controvertir los dictámenes.

CASO CONCRETO

Pretende el accionante en amparo a sus derechos fundamentales, se ordene a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., y/o a quien corresponda el pago de las incapacidades médicas por enfermedad general otorgada así “del 26/06/2023 al 25/07/2023 (30 días)”, y además de ello que se inicie inmediatamente el proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral.

Por ello, en análisis de la procedencia de esta acción de tutela para el reconocimiento y pago de acreencias laborales, se ha aceptado por la Corte Constitucional su procedencia en procura de la protección de los derechos fundamentales y laborales, cuando este ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia, así se ha expresado en palabras de la Corte:

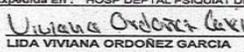
(...) En lo que se relaciona específicamente con el reconocimiento de incapacidades, este Tribunal ha reconocido la procedencia de la acción de tutela, por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone la vulneración de otros derechos fundamentales habida cuenta de que en muchos casos, dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata. (...)

“El 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”⁵.

Luego entonces, atendiendo el pasaje jurisprudencial citado y las pruebas que obran en esta acción constitucional, se tiene que el accionante cuenta con 40 años de edad, así mismo, se expuso en la acción de tutela que no le cancelaron las incapacidades correspondientes al 26/06/2023 al 25/07/2023 (30 días):

“

| Hospital Departamental Psiquiátrico Universitario del Valle | | [ARIncaAF] | |
|---|-------------------------------|---|------------|
| 890304155 | | Fecha: | 26/06/23 |
| CALLE 5 # 80-00- Tel. 2-3223232 | | Hora: | 13:13:38 |
| CERTIFICADO DE INCAPACIDAD | | Página: | 1 |
| | | *5045* | |
| | | 5045 | |
| Nombre: | GLORIA PATRICIA ESTACIO ORTIZ | CC | 31714582 |
| Empresa: | EMSSANAR E.P.S. S.A.S. | Edad: | 40 AÑOS |
| Ocupación: | No Aplica | Fecha de nacimiento: | 30/07/1982 |
| Pabellón: | | | |
| Tipo de Incapacidad: INCAPACIDAD MEDICA | | Historia Clínica: 31714582 | |
| Fecha Inicio: | 26/06/2023 | Fecha Fin: | 25/07/2023 |
| Causa que Motiva la Atención: ENFERMEDAD GENERAL | | Días De Incapacidad O Licencia: | 30 TREINTA |
| Grupo de Servicios: Consulta Externa | | Tipo de Tratamiento: Ambulatorio | |
| Diagnóstico Principal: F332 TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE EPISODIO DEPRESIVO GRAVE PRESENTE SIN SINTOMAS PSICOTICO | | Modalidad de la Prestación del Servicio: Intramural | |
| Diagnóstico Relacionado: G560 SINDROME DEL TUNEL CARPIANO | | Presunto Origen de la Incapacidad: INCAPACIDAD MEDICA | |
| Incapacidad Retroactiva: | | Prorroga: SI | |
| Expedida En: HOSP DEPTAL PSIQUIAT DEL VALLE - | | | |
|  LIDA VIVIANA ORDÓÑEZ GARCÍA Documento: CC 31992973 Reg. 0237-93 PSIQUIATRIA | | | |
| Observaciones de la EPS: Este certificado no implica el reconocimiento de la prestación económica. La validación de la prórroga se verá reflejada en el momento de la liquidación de la incapacidad, siempre y cuando, cumpla con los requisitos. Para acceder al reconocimiento económico se debe solicitar a través de la radicación por parte del empleador. | | | |
| 26/06/2023 | | *** COPIA *** | |
| | | 13:13:38 | |
|  Cleaner Nit. 800.041.433-3 29 JUN 2023 RECIBIDO | | | |

Por consiguiente, se evidencia afectación al mínimo vital lo que convierte el amparo procedente para el pago de las incapacidades, ya que estas sustituyen el salario del trabajador durante el tiempo que por razones médicas estuvo impedido para desempeñar sus labores, puesto que, las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar.

Descendiendo al caso sub examine, se encuentra de los elementos de convicción aportados con la acción de tutela que, la señora GLORIA PATRICIA ESTACIO ORTIZ fue incapacitado por enfermedad general con diagnóstico de “F332 TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE EPISODIO DEPRESIVO GRAVE PRESENTE SIN SINTOMAS PSICOTICO y diagnostico relativo de G560 SINDROME DEL TUNEL CARPIANO”, por lo que, según información allegada al presente libelo le ha sido otorgada unas incapacidades continuas desde el 16 de junio de 2021 hasta el 23 de junio de 2023, para un total de 462 días, expidiendo la entidad EPS EMSSANAR el 10 de marzo de 2023, el concepto médico laboral de rehabilitación no favorable, radicado ante el fondo de pensiones el 15 de marzo de 2023, por tanto al existir el citado dictamen, a quien corresponde cancelar las incapacidades es al citado FONDO DE PENSIONES PROTECCION S.A., recordando a la entidad que le corresponde cancelar hasta el día 540.

A Este respecto, en sentencia T-523 de 2020, expreso:

“...En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181, de acuerdo con la norma citada del Decreto 019 de 2012, **los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.** Si bien esto último fue objeto de debate en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, esta Corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos

⁵ Sentencia T -311 de 1996 (M.P José Gregorio Hernández Galindo), T- 972 de 2013 (M.P Jaime Araujo Rentería), T- 693 de 2017 (M.P Cristina Pardo Schlesinger).

de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador con independencia de la decisión contenida en el concepto...”. (negrita y subraya fuera del texto original)

En consecuencia, corresponde al Despacho de acuerdo a las pruebas adjuntas y la normatividad en cita, determinar a quién corresponde el pago del auxilio económico, a que tiene derecho la señora GLORIA PATRICIA ESTACIO ORTIZ por las incapacidades otorgadas y aquí pretendidas y que corresponderían al citado FONDO DE PENSIONES PROTECCION S.A, por lo tanto, para efectos de brindar una mejor comprensión tratándose de una enfermedad de origen común, quienes están llamados a cancelar las incapacidades del accionante se distribuye de la siguiente manera:

| PERIODO | ENTIDAD OBLIGADA | FUNTE NORMATIVA |
|------------------------------------|--------------------|---|
| Dia 1 a 2 | EMPLEADOR | Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013 |
| Dia 3 al 180 | EPS | Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013 |
| Dia 181 hasta un plazo de 540 días | Fondo de pensiones | Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993. |
| Dia 541 en adelante | EPS | Artículo 67 de la ley 1753 de 2015. DECRETO 1427 del 29 de julio de 2022, Artículo 2.2.3.6.1 Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días |

En conclusión, encuentra el Juzgado procedente ordenar el pago del auxilio económico generado por las incapacidades pendientes de reconocimiento, es decir: “(del 26/06/2023 al 25/07/2023 (30 días)” para un total de **30** días que le fue expedida al accionante, como quiera que no fue controvertido o demostrado por parte del FONDO DE PENSIONES PROTECCION S.A que haya efectuado el desembolso de la incapacidad al accionante. Por lo anterior, dichas conductas son generadoras de vulneración al mínimo vital, lo que corresponde tutelar los derechos Constitucionales invocados.

Ahora bien y respecto a la solicitud de que se inicie inmediatamente el proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral, en virtud del material probatorio obrante en el expediente que la accionante cuanta con un diagnóstico de “*F332 TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE EPISODIO DEPRESIVO GRAVE PRESENTE SIN SINTOMAS PSICOTICO y diagnostico relativo de G560 SINDROME DEL TUNEL CARPIAN, DOLOR LUMBOCIATICO DE CURSO CRONICO*”, según el concepto medico de rehabilitación desfavorable expedido por el Dr. GERARDO ANTONIO CIFUENTES MAYA, médico y cirujano especialista en salud ocupacional de la EPS Emssanar. Por tal razón solicitó la gestora de amparo que se amparen sus derechos fundamentales a la **SEGURIDAD SOCIAL**, al considerar que no se le ha realizado el proceso de calificación de invalidez integral, para determinar su pérdida de capacidad laboral.

Así mismo se observa que la accionante, el 02 de septiembre del 2023 y radicado el 03 de noviembre de 2023, solicitó a ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A, autorización y/o sean recibidos los documentos necesarios para el inicio del procedimiento de calificación de pérdida de capacidad laboral, sin que hasta la fecha de la presente sentencia nada hubiese dicho la entidad accionada, respecto al inicio del procedimiento de calificación de pérdida de la capacidad laboral de la hoy accionante; y, con dicha negativa se conculca el derecho a la seguridad social de la gestora de amparo, razón por la que

tiene vocación de prosperidad la presente petición de amparo constitucional. (se anexa pantallazo de la solicitud a manera de ilustración:

**ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTIAS PROTECCION S.A.
E.S.D.**

Ref. derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Nacional.

GLORIA PATRICIA ESTACIO ORTIZ, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la cedula de ciudadanía No. CC. No. 31.714.582 de Cali - Valle, obrando en nombre propio, respetuosamente solicito que se autorice la radicación de los documentos necesarios para que me determine mi pérdida de capacidad laboral, teniendo en cuenta el concepto médico, expedido por EMSSANAR E.P.S, el cual declara como concepto de rehabilitación desfavorable.

Sumado a esto, es preciso indicar que me he acercado en reiteradas oportunidades a presentar dicha documentación y me indican que no es factible la presentación de mi solicitud hasta tanto no se cargué el concepto de rehabilitación, emitido por la E.P.S.

Atentamente,



Es claro para el Despacho que lo pretendido por la accionante es que se le realice el proceso de calificación de invalidez integral, para determinar su pérdida de capacidad laboral.

De acuerdo a la normatividad, cuando el concepto de rehabilitación es desfavorable lo que procede es que la AFP realice la respectiva calificación de la PCL.

De acuerdo a lo informado por la EPS EMSSANAR en su contestación, a la accionante le fue remitida la siguiente comunicación:

“

Emssanar SEGUIREMOS *Centigo*

San Juan de Pasto, 14 de marzo de 2023

Señores
PROTECCIÓN
Fondo de Pensiones y Cesantías
NIT. 800229739
Área de Medicina Laboral
Calle 49 No. 63-100 Torres Protección
recepciondocumental@proteccion.com.co
paula.granda@proteccion.com.co
MEDELLÍN

REFERENCIA: REMISIÓN CASO
Señora GLORIA PATRICIA ESTACIO ORTIZ
Cédula de ciudadanía No. 31714582

Cordial saludo.
Me permito informales que, realizada Evaluación Medica Laboral de la Historia Clínica de Señora GLORIA PATRICIA ESTACIO ORTIZ, identificada con Cédula de ciudadanía No. 31714582, se constata que se encuentra en incapacidad temporal continúa prolongada por enfermedad general, con concepto No Favorable de rehabilitación.

En razón de lo expuesto, se remite el caso a PROTECCIÓN, para el reconocimiento del subsidio económico por incapacidad temporal a partil del día 181, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 142° del Decreto 0019 de 2012. Se adjunta concepto de rehabilitación, informe consolidado de incapacidades.

”

En este orden de ideas, resulta indiscutible para el Despacho, que la acción de tutela presentada por la ciudadana GLORIA PATRICIA ESTACIO ORTIZ, es procedente desde la dimensión formal por encontrarse acreditados los requisitos de legitimación, inmediatez y subsidiariedad, este último porque al encontrarse afectado el derecho fundamental a la seguridad social resulta desproporcionado que la ciudadana interponga los medios ordinarios de defensa.

Como se señaló líneas atrás, la calificación de pérdida de capacidad laboral es un derecho que le asiste a las personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social, sin distinción alguna, y que cobra gran importancia en tanto medio para acceder a la garantía de los derechos a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital. Como se deriva de los hechos expuestos, en este caso, la falta de calificación de la PCL repercute en la garantía de los derechos constitucionales de la accionante.

En efecto, se **afecta su derecho a la seguridad social**, comoquiera que sin la calificación no puede iniciar otros trámites derivados de la eventual condición de invalidez o discapacidad que se le dictamine. Existe una afectación al debido proceso, toda vez que se le está imponiendo a la actora una barrera injustificada y una carga imposible de cumplir para obtener el dictamen.

De conformidad con lo expuesto se ordenará a LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., que en el término de diez (10) siguientes a la notificación de la presente decisión, efectúe el proceso de calificación de invalidez integral, para determinar su pérdida de capacidad laboral, puesto que son tramites que deben ser realizados de manera interna por parte del Fondo de Pensiones y la EPS.

De encontrarse inconvenientes administrativos el mismo se deberá solucionar directamente con el FONDO DE PENSIONES, esto con el propósito de restablecer el derecho fundamental a la seguridad social.

Al momento de notificar este fallo, se le hará saber a los interesados, el derecho que les asiste a impugnarlo dentro de los tres días siguientes a su notificación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

En caso de que este fallo no fuere impugnado, se remitirán las presentes diligencias, al día siguiente del vencimiento de la ejecutoria formal, a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Por lo expuesto, el Juzgado, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO - TUTELAR el derecho fundamental al **mínimo vital y seguridad social** de la accionante **GLORIA PATRICIA ESTACIO ORTIZ** por las razones indicadas en este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal y/o quien haga sus veces de la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** que en el término perentorio de (48) horas del día siguiente a la notificación de esta sentencia, **reconozca y pague** las incapacidades médicas a la señora **GLORIA PATRICIA ESTACIO ORTIZ**, que se relacionan de la siguiente manera: *“(del 26/06/2023 al 25/07/2023 (30 días)”* para un total de **30** días, a que tiene derecho y con el fin de que pueda seguir disfrutando de sus derechos fundamentales en condiciones dignas.

TERCERO.- ORDÉNASE en consecuencia de lo anterior, que la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, dentro diez (10) siguientes a la notificación de la presente decisión, inicie y efectúe el proceso de calificación de invalidez integral, para determinar su pérdida de capacidad laboral, puesto que son trámites que deben ser realizados de manera interna por parte del Fondo de Pensiones y la EPS; y que de encontrarse inconvenientes

administrativos el mismo se deberá solucionar directamente con el FONDO DE PENSIONES, esto con el propósito de restablecer el derecho fundamental a la seguridad social.

CUARTO: Notifíquese a las partes lo aquí decidido por el medio más expedito y eficaz.

QUINTO: En caso de no ser impugnado este fallo dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: Si este fallo no fuere revisado por la H. Corte Constitucional, una vez excluido **ARCHIVASE.**

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

LUIS CARLOS QUINTERO BELTRAN
JUEZ