

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TREINTA Y UNO DE FAMILIA
BOGOTÁ D. C.

Bogotá D.C, Noviembre nueve (9) de dos mil veinte (2020)

PROCESO: TUTELA

RADICADO: 31-2020-00388

ACCIONANTE: FLOR CIRENIA ROA OSORIO

**ACCIONADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES.**

A N T E C E D E N T E S:

Procede el despacho a desatar la acción de tutela instaurada por la señora **FLOR CIRENIA ROA OSORIO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES S.A.**, a fin de que se le amparen sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna.

Entre otros se citaron los siguientes hechos:

- Tiene 54 años y lleva cotizando al Sistema de Seguridad Social en Pensiones más de 20 años, en calidad de trabajadora, se encuentra afiliada a la Nueva EPS y para pensiones al Fondo COLPENSIONES-
- Desde el día 13 de mayo de 2019, le fue diagnosticado “*Tumor maligno de la mama parte no especificada*” . EL día 12 de julio de 2019, le fue practicada mastectomía radical derecha, estando incapacitada por muchos meses de manera ininterrumpida, superando ya los 180 días, n total fueron 210 días.
- El día 25 de septiembre de 2019 fue emitido por la EPS NUEVA EPS el concepto de rehabilitación ante COLPENSIONES, el cual fue desfavorable, lo cual significa que el pronóstico de mejorar su delicada enfermedad es malo y no tiene muchas esperanzas de mejorar.
- Que ante ello, la NUEVA EPS le generó más incapacidades correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2019 y enero de 2020, los cuales fueron radicados para su reconocimiento

ante COLPENSIONES en radicado No. 2020-2037345, las que a la fecha no han sido canceladas .

- Que como tal pago es el único medio de subsistencia, presentó ante COLPENSIONES una solicitud, pidiendo su reconocimiento y obteniendo respuesta el día 14 de septiembre de 2020, informándole que una vez validado el expediente se evidencio que la NUEVA EPS, remitió concepto de rehabilitación desfavorable y de acuerdo a las normas aplicables al caso no le asistía el derecho de reconocimiento y pago de las incapacidades posteriores al día 180, que lo que procede es determinar la pérdida de capacidad laboral. Que el día 13 de febrero del año en curso, inició proceso de calificación, en razón a ello dicha Administradora de Pensiones emitió dictamen DML 3882887 del 8 de junio de 2020, el cual tuvo el 31.30% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración el día 4 de junio de 2020 y fue debidamente notificado”.
- Que el único sustento y el de su familia proviene de su trabajo, careciendo de recursos para suplir sus necesidades, poniéndola en situación de vulnerabilidad COLPENSIONES, al dar excusas salidas de todo contexto legal.
- Que su trabajo lo realizaba en casas de familia por días y durante s incapacidad ha tenido que recurrir a muchos préstamos para poder subsistir, solicitando la efectiva protección de sus derechos fundamentales de orden constitucional, vulnerados por COLPENSIONES, quien abusando de su posición dominante la ha sometido a una serie de trámites inexplicables, con el fin de no reconocerle, ni pagarle la incapacidad a que tiene derecho por ley.
- Que ya ha acudido a las diferentes entidades buscando asesoría, la superintendencia de Salud y la Personería de Bogotá, le han explicado que así cuente con concepto desfavorable para su rehabilitación, desde que continúe su delicado estado de salud y los médicos tratantes sigan expidiendo incapacidades, la ley los protege y ha dispuesto el reconocimiento de las incapacidades por parte del Fondo de Pensiones, hasta que se cumpla una de estas tres situaciones: 1) Que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral 2) o hasta que se determine una perdida de capacidad laboral superior al 50% 3) o se completen los 540 días de incapacidad,, situaciones que a la fecha ella no ha cumplido ninguna, ya que los médicos tratantes e siguen expidiendo incapacidades, su perdida de capacidad laboral no supera el 50%, en consecuencia es el Fondo de Pensiones el responsable de pagar el subsidio de incapacidades , que le corresponden como único sustento para su supervivencia y la de su familia.

La peticionaria solicita:

“ORDENAR al FONDO DE PENSIONES COLPENSIONES que procedaa reconocer y pagar las incapacidades medicas correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2019 y enero de 2020, radicadas ante COLPENSIONES, con radicado No. 2020-2037345 , dada mi precaria situación económica y de salud, lo cual es indispensable para mi subsistencia y la de mi familia”.

La mencionada acción fue admitida por auto del veintisiete (27) de octubre de 2020, en el que se ordenó la notificación a la entidad tutelada y se vinculó a la NUEVA EPS..

Se encuentra el presente asunto para decidir y a ello se procede, observándose que no se ha incurrido en causal de nulidad que invalide lo actuado, previas las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S :

La acción de tutela en nuestro sistema jurídico es una innovación del Constituyente de 1991, que la introdujo como mecanismo preferente y sumario para lograr la protección y aplicación de los derechos fundamentales consagrados Constitucionalmente. De suerte que, por medio de ésta, se faculta a las personas en cualquier momento y lugar para asegurar la eficacia de los derechos denominados fundamentales, que hayan sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de particulares o de entidades públicas.

Sobre el tema la H. Corte Constitucional se ha referido en los siguientes términos: **“La acción de tutela consagrada en el citado artículo 86 de la Carta Política de 1.991, es, en este sentido una clara expresión de las nuevas competencias de la justicia Constitucional con fines concretos enderezada por razones ontológicas y doctrinarias a la protección jurisdiccional de las libertades de origen Constitucional y de rango fundamental, que comprende en determinadas situaciones el conjunto de funciones tradicionales y propias de los jueces de la República para asegurar la vigencia procesal específica del conjunto de los derechos constitucionales fundamentales.”.** (Negritillas del Despacho).

En el caso que nos ocupa, se indica como vulnerado por parte COLPENSIONES y COLFONDOS-PENSIONES Y CESANTIAS, los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, al no haberle pagado a la accionante sus incapacidades laborales de los meses de noviembre y diciembre de 2019 y enero de 2020.

La accionante aporta como documental la siguiente:

Oficio fechado 10 de octubre de 2019, dirigido a la señora FLOR CIRENIA ROA OSORIO por la NUEVA EPS, a través de la Coordinación de Medicina Laboral,

mediante el cual le remiten comunicación y remisión de concepto de rehabilitación, indicándole que el día 25 de septiembre de 2019, le enviaron a la Administradora de Fondo de Pensiones COLPENSIONES , a fin de que le sea definido el pago de las incapacidades a partir del día 181 (si llegara a superarlo) y le sea establecido el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional y la fecha de estructuración de la misma. Le indican que debe presentarse a su AFP a cumplir los 181 continuos de incapacidad, si su pronóstico es favorable en el concepto de rehabilitación emitido, si por el contrario el pronóstico es desfavorable debe presentarse a su AFP de forma inmediata, presentando este documento con sus anexos copia de la historia clínica, incluyendo resultados de ayudas diagnósticas.

Una vez la AFP emita el dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional, debe comunicar o informar dicho resultado dentro de los 8 días hábiles, a Medicina Laboral Regional de Bogotá de NUEVA EPS S.A.

Concepto de pronóstico de rehabilitación de la accionante, Desfavorable, emitido el día 25 de septiembre de 2019, por la NUEVA EPS.

Consulta de Certificado de incapacidades o licencias, a nombre de FLOR CIRENIA ROA OSORIO, desde el 9 de agosto de 2019 al 7 de enero de 2020, con indicación de días aprobados y días pagados, a si como su valor.

Certificados de Incapacidad –Emisión de incapacidad a nombre de la accionante.

Incapacidad de 30 días.	Fecha de inicio	Fecha de terminación
	Nov. 8 de 2019	Dic. 7 de 2019
	Diciem. 8 de 2019	Enero 6 de 2020
	Enero 7 de 2020	Febrero 5 de 2020

Notificadas las entidades accionadas, así como los despachos vinculados, le dieron contestación en los siguientes términos:

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-

A través de la Directora de la Dirección de Acciones Constitucionales, manifiesta que teniendo Una vez revisado el histórico del actor se evidencia el Certificado de Rehabilitación (CRE) expedido por la NUEVA EPS del 10 de octubre de 2019, notificado a esta Administradora Concepto de Rehabilitación el 17 de octubre respecto a sus patologías con pronóstico DESFAVORABLE, de acuerdo a ello, no es procedente continuar con el reconocimiento de los subsidios reclamados por parte de esta administradora. Todo lo anterior se puso en conocimiento de la accionante a través de las comunicaciones del 14 de septiembre de los corrientes, el cual añade que se encontró que el 13 de febrero del año en curso inició proceso de calificación, en razón a ello, esta Administradora de Pensiones emitió dictamen DML 3882887 del 08 de junio de 2020 el cual obtuvo el 31.30% de pérdida de capacidad laboral con fecha de

estructuración del 4 de junio de 2020, y fue debidamente notificado, los cuales nos permitimos anexara a la presente. 3. El accionante promueve acción de tutela con el fin de que se protejan los derechos fundamentales al mínimo vital y móvil en conexidad con la viuda, la salud y la vida digna, supuestamente vulnerados por esta administradora con ocasión de la negativa del reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad correspondiente a los periodos indicados en el numeral 1.

indica que el auxilio por incapacidad, en palabras de la Corte Constitucional, tiene por objeto que **“el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico”**¹, es decir, que esta procede, cuando exista un concepto de rehabilitación favorable.

Si por el contrario, el concepto de rehabilitación es desfavorable, la misma sentencia T-144 de 2016, señaló que *“Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable.”*

Así pues, es evidente que Colpensiones, actuando bajo el amparo de la Ley, ha resuelto las peticiones indicando la inexistencia del derecho al reconocimiento y pago de las mesadas, como lo establece el artículo 142 del Decreto Ley 019 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 (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”.

Así mismo, indica que:

“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.

¹ T-144 de 2016. MP

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.”

En tal virtud, para que la Administradora de Fondos de Pensiones otorgue el subsidio por incapacidad conforme a la Ley, se hace necesario que el afiliado (i) padezca una enfermedad de origen común; (ii) que la incapacidad sea continua y supere los 180 días y (iii) se emita concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, iv) que al momento de cumplirse el día 180 se encuentre afiliado a Colpensiones, y que v) el afiliado tenga cotizaciones a pensión dentro de los 30 días anteriores a la fecha de incapacidad reclamada, supuestos concurrentes que no se cumplen en esta oportunidad.

Es por lo anteriormente mencionado, que la acción de tutela contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política Nacional carece de objeto, al no haber derechos fundamentales violados por parte de esta entidad, ya que se ha demostrado que Colpensiones ha actuado con diligencia frente a la petición

Que la presente acción, desconoce el carácter subsidiario, pues lo solicitado por el accionante en el acápite de pretensiones, , tal como lo consagra el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 se torna improcedente al existir otros recursos o medios de defensa judicial, razón por la cual, en concordancia con el numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, toda controversia que se presente en el marco del Sistema de Seguridad Social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administradoras deberá ser conocida por la jurisdicción ordinaria laboral.

Que no es competencia del Juez Constitucional realizar un análisis de fondo frente a lo pretendido, además en este caso el actor pretende desnaturalizar la acción de tutela pretendiendo que, por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y subsidiaridad, sean reconocidos derechos que son de conocimiento del juez ordinario competente a través de los mecanismos legales establecidos para ello. Así las cosas, de los documentos que obran en la acción de tutela se vislumbra que el actor no ha demostrado la amenaza de un eventual perjuicio irremediable, por lo que tampoco sería posible acceder vía tutela una protección transitoria.

Por lo anterior, solicita que la tutela sea negada por improcedente.

CONTESTACION DE LA NUEVA EPS

Alega falta de legitimación en la causa por pasiva , toda vez que el asunto versa respecto de incapacidades de competencia del Fondo de Pensiones por ser superiores a 180 días.

Improcedencia de la tutela para el reconocimiento de derechos de contenido económico, razón para que deba denegarse el amparo solicitado a este respecto, considerando la ineficacia de la acción de tutela para obtener reembolsos económicos, citando jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Que la tutela se torna improcedencia por ser de carácter residual transitorio, por lo tanto, no se puede pretender que a través de la acción de Tutela se reconozcan derechos que deben discutirse en instancia, lo cual ocurre en el caso en concreto. En ese sentido, tampoco se evidencia una vulneración a un derecho fundamental.

SE RESUELVE ASI:

El Decreto 2591 de 1991, artículo 1, señala:

*" 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 a su nombre, **la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, 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 que señala este Decreto.** Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela. La acción de tutela procederá aún bajo los estados de excepción. Cuando la medida excepcional se refiera a derechos, la tutela se podrá ejercer por los menos para defender su contenido esencial, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción. (Negrilla fuera de texto).*

Es claro que lo pretendido por el accionante es que por parte de COLPENSIONES se le paguen las incapacidades totalidad de 22 incapacidades médicas que le fueron expedidas desde el día 16 de junio de 2018, prorrogadas cada 30 días, hasta el 6 de junio de 2020.

Pues bien, verificado el contenido de la contestación que hicieron las entidades accionadas, en primer lugar, se procede a resolver si le asiste o no razón a las entidades al peticionar la improcedencia de esta acción ante la existencia de otros mecanismos judiciales.

Frente al tema la Corte Constitucional en sentencia ST920 de 2009, dijo:

3. Problema Jurídico.

Con fundamento en la reseña fáctica expuesta y las decisiones de tutela adoptadas por los jueces de instancia, en esta oportunidad, le compete a la Sala de Revisión analizar, si las entidades accionadas han vulnerado los derechos fundamentales a la vida digna, a la seguridad social y al mínimo vital del actor, al no efectuar el pago de las incapacidades laborales expedidas por su médico tratante, superiores a 180 días, y que se generaron con posterioridad al dictamen de invalidez, que determinó una pérdida de capacidad laboral del 36.57%, generada por enfermedad de origen común.

Concretamente, debe establecer si es jurídicamente posible el pago de incapacidades laborales superiores a 180 días y, dado el caso, quien tiene a cargo la asunción de dicha prestación.

Para efectos de resolver la controversia planteada, la Sala abordará los temas relacionados con: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de acreencias laborales, y (ii) el régimen legal aplicable en materia de incapacidades laborales.

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de acreencias laborales. Reiteración de la jurisprudencia.

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, fue instituida como un mecanismo de defensa judicial, al cual puede acudir cualquier persona, para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por las acciones u omisiones de las autoridades públicas, o por los particulares, en los casos expresamente señalados en la ley.

A su vez, el referido precepto establece que "sólo procederá la acción de tutela cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".[1] En este aspecto, conviene precisar que la posibilidad de que existan diversos medios de defensa judicial debe ser analizada por el juez constitucional en términos de idoneidad y eficacia, frente a la situación particular de quien invoca el amparo constitucional, como quiera que una interpretación restrictiva de la norma, conllevaría la vulneración de derechos fundamentales, sí con el ejercicio de los dichos mecanismos no se logra la protección efectiva de los derechos conculcados.

En aplicación de dicho mandato, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en principio, la acción de tutela resulta improcedente para reclamar el pago de acreencias de orden laboral, como es el caso de las incapacidades, por cuanto dicha discusión debe ventilarse ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa laboral. No obstante, de manera excepcional, se ha admitido su procedencia, según las especificidades de cada caso, cuando los medios ordinarios no resultan lo suficientemente idóneos y eficaces para alcanzar el fin propuesto; cual es la protección inmediata de los derechos fundamentales.

De esta manera, el pago de las incapacidades laborales adquiere especial importancia y se justifica, por cuanto sustituye el salario del trabajador durante el tiempo en el que éste, en razón de su enfermedad, se encuentra imposibilitado para ejercer su profesión u oficio. Por tanto, hay lugar a su protección por vía de tutela, cuando su no reconocimiento y pago, afecta el derecho al mínimo vital, al constituir aquel la única fuente de ingresos para garantizar su subsistencia y la de su familia, y no es posible que dicha protección se logre de manera oportuna, a través de los mecanismos ordinarios de defensa. Al respecto, la Corte ha manifestado lo siguiente:

"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]

Así las cosas, esta Corporación ha procedido a ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela, cuando se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador, en la medida en que dicha prestación constituya la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades personales y familiares, ello sobre la base de que los mecanismos ordinarios instituidos para el efecto, 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.

Con un criterio meramente enunciativo, teniendo en cuenta los casos recurrentes conocidos por esta Corporación, la Corte ha encontrado que hay lugar al pago de incapacidades laborales por vía de tutela, en los siguientes casos:

(i) cuando tales prestaciones constituyen el único medio de subsistencia de quien las solicita (afectación del mínimo vital).

En este punto, es importante resaltar que el derecho fundamental al mínimo vital, surge como manifestación directa del Estado Social de Derecho y guarda una estrecha relación con los principios de dignidad humana y solidaridad que rigen nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido, ha sido considerado como el derecho que tienen todas las personas a vivir bajo unas condiciones básicas o elementales que garanticen un mínimo de subsistencia digna, a través de los ingresos que les permitan satisfacer sus necesidades más urgentes como son la alimentación, el vestuario, la vivienda, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la atención en salud, la educación, entre otras.

Por tanto, este derecho debe ser analizado de manera cualitativa y no cuantitativa, a partir de las circunstancias particulares de cada caso concreto, mediante la

ponderación de las necesidades que demanda la persona y los recursos económicos que posee para satisfacerlas, para así definir la procedencia del amparo constitucional.

(ii) cuando se afecta el derecho a la salud de quien se encuentra incapacitado y dada la ausencia de pagos, es abocado a reincorporarse a sus actividades de manera anticipada sin que pueda recuperarse satisfactoriamente.

El no pago de una incapacidad laboral, puede generar no sólo el desconocimiento del derecho fundamental al mínimo vital del trabajador, sino también, la vulneración de su derecho a la vida digna y a la salud. Ello es evidente, cuando la persona, al no recibir ingreso alguno se ve obligada a interrumpir su periodo de incapacidad para reincorporarse a sus actividades laborales, aún cuando no se encuentra en condiciones físicas para ello, con el ánimo de obtener los recursos económicos que le permitan solventar sus necesidades básicas y las de su familia. En estos casos, el trabajador se expone a que su salud no se restablezca o se empeore por no surtir el periodo necesario de quietud y convalecencia recomendado por el médico tratante.

(iii) cuando las E.P.S. se niegan a cancelar las incapacidades bajo el argumento de que no se pagaron oportunamente los respectivos aportes al sistema. [3]

En este punto, aplica la teoría de allanamiento a la mora, tantas veces debatida por la jurisprudencia constitucional, y que consiste en el pago extemporáneo o tardío de los aportes al sistema por parte del empleador o trabajador independiente, el cual, es aceptado sin objeción alguna por la Entidad Promotora de Salud. Con este actuar, se entiende que la entidad se allana a la mora y no puede excusarse en esta circunstancia para negar la prestación reclamada y trasladarle la responsabilidad a quien efectuó la cotización.

5. Disposiciones constitucionales y legales aplicables en materia de incapacidades laborales.

Dentro del amplio catálogo de derechos y garantías que consagra la Constitución Política para todos los habitantes del territorio nacional, se desprende del artículo 13 Superior, la protección especial que debe brindar el Estado a aquellas personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por motivo de su condición económica, física o mental, como es el caso de los inválidos, discapacitados, y quienes tienen alguna limitación física, psíquica o sensorial.

En armonía con el mandato anterior, los artículos 47 y 54 del mismo ordenamiento precisan que el Estado debe adelantar políticas encaminadas a la previsión, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, y brindarles la atención especializada que requieran, así como garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.

Conforme con las reglas constitucionales referidas a la especial protección de las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, el artículo 48 Superior consagra la seguridad social, definiéndola como un derecho irrenunciable de todas las personas y como un servicio público de carácter obligatorio que debe ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en acatamiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En desarrollo y aplicación de dicho precepto, el legislador expidió la Ley 100 de 1993, "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral", entendido como "el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad".[4] Dicho Sistema está conformado, a su vez, por cuatro subsistemas, que comprenden los regímenes de salud, pensiones, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios.

Dentro de los objetivos del Sistema de Seguridad Social Integral, se encuentra el "garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema"[5]. Por tanto, dentro de ese grupo de prestaciones se encuentran aquellas que surgen de la incapacidad que pueda presentar un trabajador dependiente o independiente para el desempeño de sus funciones. Dicha "incapacidad" ha sido definida como "el estado de inhabilidad física o mental de una persona que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio"[6].

Se desprende de lo anterior, que el estado de incapacidad puede ser de tres tipos: (i) temporal, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) permanente parcial, cuando se presenta una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) permanente (o invalidez), cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%.

Bajo esta perspectiva, dependiendo del origen de la incapacidad, el Sistema de Seguridad Social ha previsto una reglamentación específica para regular la forma en que se garantiza a los trabajadores incapacitados los ingresos que les permitan subsistir de forma digna, ante la imposibilidad de ejercer sus labores.

Así, en tratándose de la incapacidad laboral generada por **enfermedad profesional o accidente de trabajo**, se creó el Sistema General de Riesgos Profesionales, cuyos principios se encuentran consagrados en la Ley 100 de 1993 y regulados en el Decreto Ley 1295 de 1994[7] y la Ley 776 de 2002[8], que lo definen como "el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades

y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencias del trabajo que desarrollan".[9]

En este régimen, se le atribuye a la Administradora de Riesgos Profesionales (A.R.P.), a la cual se encuentre afiliado el trabajador, la obligación de garantizar íntegramente todas las prestaciones asistenciales y económicas que se deriven de dicho evento, incluyendo el pago de las incapacidades mayores a 180 días. Lo anterior de conformidad con lo establecido en los artículos 1, 5 y 7, de la Ley 776 de 2002[10].

Frente a la incapacidad laboral generada por **enfermedad de origen común o no profesional**, como sucede en el caso que ocupa la atención de la Sala, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, dispone que "Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157[11], 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. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto".

El anterior precepto, al referirse a "las disposiciones legales vigentes", se entiende que debe ser armonizado con el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que prevé un auxilio monetario por enfermedad no profesional, en los siguientes términos: "En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante", sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo legal vigente[12].

De las normas en cita se puede concluir, que las Entidades Promotoras de Salud (E.P.S.) son las inicialmente obligadas a asumir el pago de las incapacidades laborales generadas por enfermedad de origen común o no profesional, pero sólo durante los primeros 180 días de incapacidad.

De esta manera, surge el interrogante, si tratándose de incapacidad derivada de enfermedad de origen común o no profesional, hay lugar al pago de incapacidades mayores a 180 días, y por cuenta de quién, tal y como sí ocurre en el Sistema General de Riesgos Profesionales, en cuanto a la incapacidad generada por enfermedad de origen profesional.

Sobre este particular, el artículo 23 del Decreto 2461 de 2001, "por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez" establece que, en tratándose de una enfermedad de origen común o no profesional, en la que exista concepto favorable de recuperación, la

Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador, con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro provisional de invalidez, tiene la potestad de postergar el trámite de calificación ante las Juntas de Calificación de Invalidez, hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad otorgada por la E.P.S., para lo cual, le debe conceder al trabajador un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando y que estaba a cargo de dicha entidad. Al respecto, la norma en cita señala lo siguiente:

"ARTICULO 23.-Rehabilitación previa para solicitar el trámite ante la junta de calificación de invalidez.

(...)

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la administradora de fondos de pensiones 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**" (Negrilla fuera de texto).

Interpretando el alcance de dicha norma, la jurisprudencia constitucional ha señalado, que el pago de las incapacidades laborales mayores a 180 días corre a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador.

Lo anterior, por cuanto el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, al señalar que es posible postergar el trámite de calificación de invalidez, hasta por 360 días, y que en dicho lapso, el fondo de pensiones debe otorgarle al trabajador un subsidio equivalente al de la incapacidad que venía disfrutando por parte de la respectiva E.P.S., lleva a concluir que es al fondo de pensiones a quien le corresponde asumir el pago de las incapacidades a partir del día 181 hasta la fecha en que se produzca el dictamen de invalidez, por lo menos, por 360 días más.

El anterior criterio, ha sido esbozado por la jurisprudencia de esta Corte en los siguientes términos:

"La interpretación sistemática de los preceptos citados[13] permite concluir que, en la actualidad, las Entidades Promotoras de Salud no pueden legalmente cubrir con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud prestaciones económicas derivadas de incapacidad temporal generada en enfermedad general, por más de 180 días.

Cumplidos los 180 días continuos de incapacidad temporal, será al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliado la persona a quien corresponde el pago de la prestación económica, mientras se produce la calificación de invalidez por parte de la Junta de Calificación de Invalidez, en los términos del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001".[14]

En este aspecto, conviene precisar que a la Entidad Promotora de Salud le asiste un deber de acompañamiento y orientación al usuario en cuanto al trámite para obtener el pago de las incapacidades superiores a 180 días, en el sentido de remitir directamente los documentos correspondientes ante el Fondo de Pensiones respectivo, para que éste haga el estudio de la solicitud y decida acerca del pago de la prestación reclamada o el reconocimiento de una eventual pensión de invalidez. Ello, en razón a que, no es constitucionalmente admisible que al trabajador incapacitado se le someta a tramites adicionales o a cargas administrativas que no está en la obligación, ni en condiciones de asumir. Sobre el particular, en la Sentencia T-980 del 10 de octubre de 2008[15], la Corte dijo lo siguiente:

"El que legalmente a la EPS no le corresponda asumir el pago de incapacidades superiores a 180 días no significa que pueda abandonar al paciente enfermo a quien le ha sido extendida la incapacidad. Al hacer parte del Sistema de Seguridad Social, la EPS debe actuar armónicamente con las demás entidades que lo integran en aras de satisfacer efectivamente los derechos a la seguridad social del incapacitado.

Por esa razón, es la propia EPS a la que esté afiliado el paciente la que oficiosamente debe, una vez advierta que enfrenta un caso de incapacidad superior a 180 días, -por supuesto con la información que requiera por parte del enfermo-, remitir los documentos correspondientes para que el Fondo de Pensiones respectivo inicie el trámite y se pronuncie sobre la cancelación o no de la prestación económica reclamada debiendo esta administradora no sólo dar respuesta oportuna a dicha solicitud, sino que, en caso de ser negativa, estar debidamente justificada tanto normativa como fácticamente indicándole al paciente las alternativas que el Sistema de Seguridad Social le brinda para procurarse un mínimo vital mientras dure la incapacidad y no se tenga derecho a la pensión de invalidez".

Ahora bien, una vez el fondo de pensiones inicia el trámite de calificación respectivo, se obtiene el dictamen invalidez, que según el resultado, puede generar situaciones jurídicas distintas.

En efecto, si del resultado del dictamen se concluye que el trabajador presenta una disminución de su capacidad laboral superior al 50%, se hace acreedor al reconocimiento de la pensión de invalidez, siempre y cuando cumpla con los demás requisitos exigidos para el efecto, es decir, acredite las semanas de cotización que establecen las normas vigentes.

Entre tanto, si la calificación de pérdida de la capacidad laboral es parcial, esto es, inferior al 50%, 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.

El problema surge cuando la persona no recupera su capacidad de trabajo, es decir, cuando se siguen generando a su favor incapacidades laborales por parte del médico tratante, pese a que ya fue evaluado por la Junta de Calificación de Invalidez, quien dictaminó una incapacidad permanente parcial, por pérdida de la capacidad laboral inferior al 50%.

Para la solución de dicha controversia, la Corte mantiene el criterio jurisprudencial según el cual, se debe partir de una interpretación del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, de manera que resulte conforme con la Constitución Política, en el entendido de que, tratándose de incapacidades que superan los ciento ochenta (180) días, le corresponde al respectivo Fondo de Pensiones asumir el pago de dicha prestación únicamente hasta que se evalúe la pérdida de la capacidad laboral, siempre y cuando, como resultado de dicho dictamen, la persona tenga derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez. En esa medida, en el evento en que el afiliado no alcance el porcentaje requerido de invalidez o se le haya dictaminado una incapacidad permanente parcial, y por sus precarias condiciones de salud se sigan generando incapacidades laborales, le corresponde al Fondo de Pensiones continuar con el pago de las mismas hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez.

Para la Corte es claro que el propósito que persigue el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, es garantizarle al trabajador un cubrimiento de las incapacidades mayores a 180 días mientras se produce su recuperación o haya lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez.

Bajo ese entendido, lo pretendido por el ordenamiento, fue establecer en cabeza de los fondos de pensiones, la obligación de garantizar al trabajador una indemnización equivalente a la que venía recibiendo por parte de la Entidad Promotora de Salud, con el fin de asegurar su mínimo vital y el de su familia, cuando ese estado de incapacidad supera los 180 días.

Acorde con ello, la ley le impone al empleador el deber de mantener el vínculo laboral con el trabajador mientras dure la incapacidad, debiendo continuar con su obligación de realizar, durante ese periodo, los respectivos aportes a salud, pensiones y riesgos profesionales. En efecto, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997[16], al tiempo que consagra expresamente la protección laboral reforzada del trabajador incapacitado, prevé que:

"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 medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán 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".

Lo anterior, se justifica en la medida en que, en un Estado Social de Derecho, que propugna por la garantía y efectividad de los derechos de todos los asociados y especialmente de aquellos que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, no es constitucionalmente admisible que una persona que se encuentra imposibilitada físicamente para trabajar y así obtener los recursos económicos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas, que garanticen su derecho al mínimo vital, se le deje sumido en un estado de desprotección dentro del Sistema de Seguridad Social al que se encuentra afiliado.

Desde esa perspectiva, la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el trabajador incapacitado goza de una protección constitucional reforzada, que implica que durante el periodo en el cual se encuentra ausente de sus actividades, por enfermedad debidamente certificada, no puede ser despedido por su empleador en razón a dicha circunstancia, lo cual supone también que se mantenga vigente su vinculación a la seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales. Esto último, con el fin de mantener activos los beneficios económicos y asistenciales que se derivan de tal vinculación. Lo anterior surge como garantía del derecho a la estabilidad laboral que demandan las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, como es el caso de quien padece una limitación física, psíquica o sensorial. Sobre el punto, la Corte ha sostenido lo siguiente:

"En el marco de las relaciones de trabajo, la protección especial a quienes **por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta** o indefensión, implica la titularidad del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, esto es, (i) el derecho a conservar el empleo, (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad, (iii) a permanecer en él hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral y (iv) a que la autoridad laboral respectiva autorice el despido con base en la verificación previa de dicha causal, a fin de que el despido pueda ser considerado eficaz".[17]

Si el ordenamiento jurídico le reconoce al trabajador incapacitado la condición de sujeto de especial protección, que se traduce en el derecho a recibir un tratamiento especial en el ámbito de la relación de trabajo, tal condición resultaría inocua si a éste no se le garantiza que, durante el periodo que permanezca incapacitado para laborar, pueda percibir un ingreso equivalente a un porcentaje razonable de su salario, máxime si dicho emolumento constituye su única fuente de sostenimiento. Para que la especial protección constitucional sea real y efectiva, debe entenderse que el derecho a la estabilidad laboral reforzada es omnicompreensivo, y en tal sentido, implica no sólo la garantía de permanencia en el empleo y su vinculación al Régimen de Seguridad Social en Salud, sino también la posibilidad de recibir un ingreso equivalente al salario que percibe, bien sea a título de incapacidad o de indemnización.

No resultaría coherente con el ordenamiento constitucional, que mientras el Sistema General de Riesgos Profesionales garantiza integralmente todas las prestaciones asistenciales y económicas que se derivan de la incapacidad laboral por enfermedad profesional, otorgándole al trabajador un subsidio por incapacidad temporal equivalente al salario desde el inicio de la incapacidad hasta el momento de su rehabilitación, incluso aquellas que superan los 180 días, no suceda lo mismo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando se trata de una incapacidad que surge por enfermedad de origen común. Ello, comporta una discriminación que no es constitucionalmente admisible, como quiera que el origen de la enfermedad no debe ser factor determinante del grado de protección que merece el trabajador incapacitado. En cualquier circunstancia, quien se encuentre imposibilitado física, psíquica o sensorialmente para desempeñar su trabajo, igualmente requiere de los ingresos necesarios que le permitan subsistir de manera digna y, en tal sentido, es titular de la protección que le otorga el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, de conformidad con el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2461 de 2001, el trabajador incapacitado tiene derecho a que la E.P.S. a la cual se encuentre afiliado, le reconozca y pague las incapacidades laborales generadas por enfermedad de origen común hasta el día 180. A partir del día 181, el pago de dicha prestación se encuentra a cargo de la respectiva A.F.P. a la cual se encuentra afiliado el trabajador, hasta que se produzca el dictamen de pérdida de la capacidad laboral y como resultado del mismo, se llegue a la conclusión de que aquel tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez. En caso contrario, y en la medida en que se sigan generando incapacidades laborales, la A.F.P. debe continuar con el pago de las mismas, hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, la Sala procede a realizar el estudio del caso concreto.

6. Caso Concreto.

Con fundamento en la reseña fáctica expuesta y las pruebas que obran dentro del expediente, la Sala de Revisión encuentra acreditados los siguientes hechos:

- o Que el señor Carlos Fernando Cifuentes Orozco, de 44 años de edad, se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Profesionales, a través de Coomeva E.P.S., Protección A.F.P. y Suratep A.R.P., respectivamente, en calidad de cotizante dependiente de la empresa Tampa Cargo S.A.*
- o Que actualmente el señor Carlos Fernando Cifuentes Orozco reporta más 700 días de incapacidad, como consecuencia de una enfermedad de origen común denominada "dedo en martillo" del pie derecho, que derivó en una osteomielitis. Incapacidades de las cuales Coomeva E.P.S. le pagó los primeros 180 días y la A.F.P. asumió el pago de las incapacidades generadas a partir del día 181 hasta la fecha de calificación de pérdida de la capacidad laboral, pero no las que surgieron con posterioridad al dictamen de invalidez.*
- o Que el 28 de febrero de 2008, la Junta Regional de Calificación de Invalidez le dictaminó al señor Carlos Fernando Cifuentes Orozco, el 21.80% de pérdida de la capacidad laboral, generada por enfermedad de origen común. Apelado dicho dictamen, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez aumentó dicho porcentaje en un 36.67%.*
- o Que en la actualidad, el señor Carlos Fernando Cifuentes continúa vinculado a la empresa Tampa Cargo S.A, pero no recibe ninguna clase de remuneración por motivo de su incapacidad para laborar.*
- o Que el accionante, actualmente, no cuenta con los recursos económicos suficientes para proveerse el sustento diario y el de su familia, dado que no recibe su salario y no cuenta con ningún otro ingreso que garantice su mínimo vital y le permita vivir en condiciones dignas.*

En efecto, mediante comunicación del 20 de noviembre de 2009, la Secretaría General de la Corte Constitucional informó al Despacho, que el 19 de noviembre de 2009, se recibió, vía fax, escrito firmado por el actor, en el que manifestó lo siguiente: "me encuentro en una difícil situación económica ya que ni la empresa, ni coomeva me pagan las incapacidades y en este momento me encuentro muy afectado para poder sobrevivir, y aún en este momento estoy sobreviviendo de la caridad de la gente que me ayuda para poder salir adelante, ya que ni siquiera cuento con dinero para asistir a las citas médicas". (Sic) Cabe resaltar, que la anterior afirmación no fue desvirtuada por las entidades accionadas.

A partir de la argumentación expuesta, se recuerda que en el presente caso le corresponde a la Corte determinar si las entidades accionadas, vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad del señor Carlos Fernando Cifuentes Orozco, al no efectuar el pago de las incapacidades laborales expedidas por su médico tratante, a consecuencia de la osteomielitis que padece, y que se generaron con posterioridad al dictamen de invalidez, en el que se determinó una pérdida de la capacidad laboral inferior al 50%. Lo anterior, por considerar que, legalmente, no se encuentran obligadas a asumir dicha prestación.

6.1. En este sentido, la Sala debe establecer si hay lugar al pago de incapacidades laborales mayores a 180 días y, dado el caso, a quien le corresponde asumir dicha prestación.

Previamente, es importante resaltar que, en principio la controversia planteada debería ser resuelta por los jueces ordinarios competentes, como quiera que se trata de prestaciones de orden laboral que escapan del ámbito de protección de la acción de tutela. No obstante, en la medida en que se encuentra suficientemente acreditada la ocurrencia de un perjuicio irremediable, que se deriva de la afectación del mínimo vital del accionante, como quiera que la prestación reclamada constituye la única fuente de ingresos para garantizar su digna subsistencia y la de su familia, es procedente la intervención del juez constitucional, en aras de amparar los derechos fundamentales cercenados, máxime cuando la manifestación de incapacidad económica que hiciere el actor nunca fue desvirtuada por las entidades accionadas.

Sobre este particular, se resalta la manifestación expresa del accionante, a solicitud de esta Sala de Revisión, en lo que reitera que sobrevive de la solidaridad de sus amigos y familiares debido a que no percibe su salario y tampoco recibe ningún ingreso adicional que le permita satisfacer sus necesidades personales y familiares, y vivir en condiciones acordes con su dignidad humana.

6.2. Aclarada la procedibilidad del amparo constitucional, conviene establecer, en primer lugar, cuales son las normas del Sistema General de Seguridad Social que se circunscriben a las especificidades de este asunto, para efectos de su aplicación.

Así las cosas, ha quedado establecido que el señor Carlos Fernando Cifuentes Orozco presenta una disminución del 36.67% de su capacidad laboral, como consecuencia de una enfermedad de origen común, denominada dedo en gatillo del pie derecho, que derivó en una "osteomielitis", y que por ese motivo, se le dictaminó una incapacidad permanente parcial. Al tratarse de una contingencia de origen común o no profesional, es claro que para el caso no aplican las normas que rigen el Sistema General de Riesgos Profesionales, es decir, el Decreto 1295 de 1994 y la Ley 776 de 2002, y, en consecuencia, se concluye que SURATEP A.R.P. no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante.

Así, el régimen aplicable, para efectos del reconocimiento y pago de las incapacidades laborales generadas por la enfermedad que padece el actor, es el referido para todas las incapacidades por enfermedad de origen común, contemplado en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, más específicamente, en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, en consonancia con el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el Decreto 2463 de 2001.

Como quedó expuesto en la parte considerativa de esta providencia, en principio, es la Entidad Promotora de Salud la obligada a reconocer y a pagar a sus afiliados las incapacidades laborales que surjan como consecuencia de una enfermedad de

origen común o no profesional, debidamente certificada, hasta el día 180. Ello, con el objeto de que durante el tiempo en el que el trabajador se encuentra ausente de sus actividades, y mientras se produce su recuperación, cuente con los medios económicos necesarios que le permitan proveerse el sustento diario y el de su núcleo familiar.

De acuerdo con lo anterior, para la Sala también es claro que, Coomeva E.P.S. no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante, toda vez que cumplió con la obligación legal de pagar las incapacidades correspondientes a los primeros 180 días.

Ahora bien, como la patología que aqueja al actor persiste, y en esa medida, se han generando incapacidades que superan los 180 días, una interpretación del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 conforme con la Constitución Política, permite concluir que es la A.F.P., para el caso, PROTECCIÓN S.A., quien debe asumir el pago de dicha prestación.

Lo anterior, en razón a que la norma en cita, al establecer que es posible postergar el trámite de calificación ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez hasta por 360 días, y que en ese lapso, la A.F.P. debe otorgarle al trabajador un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando, es decir, la que estaba a cargo de la E.P.S., permite entender que es a esa entidad a quien le corresponde asumir el pago de las incapacidades a partir del día 181 hasta la fecha en que se produzca el dictamen de invalidez, por lo menos, por 360 días más.

Para la Sala, una interpretación más amplia del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, acorde con los principios y valores constitucionales, como quiera que se trata de sujetos de especial protección, exige un análisis detenido de la situación particular, en el evento en el que el dictamen no arroje el porcentaje requerido para ser beneficiario de la pensión de invalidez, ni exista concepto favorable de recuperación como sucede en este asunto, y aún así, la persona continúe imposibilitada para trabajar.

En esa medida, se entiende que el trabajador discapacitado, no pudo quedar desprotegido al interior del Sistema de Seguridad Social, soportando la carga de tener que afrontar una enfermedad, sin posibilidad de subsistir dignamente, en el sentido de no recibir un ingreso transitorio, equivalente a un porcentaje razonable del salario que venía devengando.

Por lo tanto, para el caso del señor Carlos Fernando Cifuentes, se aplicará la interpretación del Decreto 2463 de 2001 más favorable a su situación, en el entendido de que, tratándose de una incapacidad que excede los 180 días, sin que exista concepto favorable de recuperación, y como quiera que el porcentaje de la primera calificación no fue suficiente para obtener la pensión de invalidez, tiene derecho a recibir de la A.F.P. Protección S.A. una indemnización equivalente a la incapacidad que venía disfrutando por parte de la E.P.S. Ello, hasta que su médico tratante emita un concepto favorable de recuperación que le permita en el corto

plazo reincorporarse a sus actividades o se lleve a cabo una nueva evaluación de su capacidad laboral, que le permita acceder a la pensión de invalidez.

En todo caso, de estar en desacuerdo con la decisión adoptada, el fondo de pensiones Protección S.A., queda en libertad para adelantar las acciones judiciales que considere pertinentes, a fin de obtener, de quien cree que está legalmente obligado a ello, el reembolso de las sumas entregadas al accionante por las incapacidades laborales reconocidas.

Se reitera que, en virtud del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada que demandan las personas que poseen alguna limitación física, psíquica o sensorial, como es el caso del accionante, la empresa Tampa Cargo S.A. debe garantizarle a éste su permanencia en el empleo y continuar con el pago de los aportes correspondientes a salud, pensiones y riesgos profesionales.

7. Decisión que debe adoptar la Corte en el presente asunto.

Como quiera que en este caso se ha demostrado la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de prestaciones económicas de índole laboral, esto es, la afectación del mínimo vital del accionante y la falta de idoneidad y eficacia de los medios ordinarios de que dispone, esta Sala de Revisión concederá el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social invocados por el señor Carlos Fernando Cifuentes. En consecuencia, se ordenará a COOMEVA E.P.S. que autorice, si aún no lo ha hecho, las incapacidades laborales expedidas por el médico tratante en su favor y a PROTECCIÓN S.A. Pensiones y Cesantías, que efectúe el pago de las mismas, hasta que se emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez por parte de la entidad competente para ello.

Para el caso el caso de autos, se tiene que la demandante es una persona que amerita protección, al encontrarse en situación especial, pues si bien es cierto fue calificada con pérdida de capacidad laboral de 30%, circunstancia que le impide seguir desarrollando la actividad que desempeña, razón por la cual como lo indica la accionante su médico tratante luego de haber cumplido los 180 días de incapacidad y así mismo luego de realizársele calificación de capacidad laboral le continúo expidiendo incapacidades, las cuales al no serle pagadas por la entidad accionada vulneran su derecho al mínimo vital, razón para tutelarle el derecho al mínimo vital que le asiste a la parte accionante, al ser claro que al haberse emitido dentro del término de ley, el concepto de rehabilitación de manera desfavorable por parte de la NUEVA EPS, y la calificación de capacidad laboral de la accionante por parte de COLPENSIONES inferior al 50% y por ende no tener derecho a una pensión de invalidez, hasta tanto no obre un concepto favorable de recuperación o una nueva calificación de invalidez.

Así las cosas, ha de tutelarse el derecho fundamental al mínimo vital y a la seguridad social de la accionante señora FLOR CIRENIA ROA OSORIO, ordenándosele a COLPENSIONES para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a realizar los trámites para el pago del subsidio por incapacidad a que tiene derecho la señora FLOR CIRENIA ROA OSORIO, y que el fueron expedidas e los meses de noviembre y diciembre de 2019 y enero de 2020.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y UNO DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D.C., ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONCEDER la protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la seguridad social de la accionante FLOR CIRENIA ROA OSORIO.

SEGUNDO: ORDENAR a Colpensiones que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a realizar los trámites para el pago del subsidio por incapacidad a que tiene derecho la señora FLOR CIRENIA ROA OSORIO y que le fueron otorgadas en los meses de noviembre y diciembre de 2019 y enero de 2020

TERCERO: Notificar esta providencia por el medio más expedito a las partes.

CUARTO: En caso que la presente providencia no fuere impugnada, envíese a la H. Corte Constitucional para su revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Firmado Por:

MARIA EMELINA PARDO BARBOSA

JUEZ

JUEZ - JUZGADO 031 DE CIRCUITO FAMILIA DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

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:

39aa28c509cda741026f32f47b621d0872649cb600bbfd70d8e9273162289496

Documento generado en 10/11/2020 07:43:22 a.m.

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