



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO TERCERO (3º) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil veintiuno (2021)

ACCIÓN DE TUTELA <2ª Instancia>- Rad. No.11001400305020210040801

I. ASUNTO

Procede el Despacho una vez cumplido lo dispuesto en proveído del 22 de julio hogaño, a decidir la impugnación a que fue sometida la sentencia del 18 de junio de 2021, proferida por el **JUZGADO CINCUENTA (50º) CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.** dentro de la acción de tutela promovida por **JAIME FRANCISCO ZAMUDIO** contra **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., ARL COLPATRIA, EPS COMPENSAR y CENCOSUD COLOMBIA S.A.** Trámite al cual se vinculó de manera oficiosa¹ a la **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA** y a la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.**

II. ANTECEDENTES y CONSIDERACIONES

2.1 El Juzgador *A quo* en la sentencia opugnada, resolvió conceder la salvaguarda superior exonerada por el accionante a sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, impartiendo diversas órdenes a las entidades que conforman el extremo accionado, para que, en el término allí fijado, procedieran de forma particular e igualmente realizó advertencia al activante para efectos de su cumplimiento, así:

*“(...) **SEGUNDO:** (...) CENCOSUD S.A. COLOMBIA, que (...) adopte las medidas administrativas necesarias, para que dentro del término de cinco (5) días, reciba del accionante las incapacidades médicas generadas desde el 15 de enero de 2019 hasta el 21 de abril de 2019, desde el 12 de junio de 2019 y hasta el 12 de agosto de 2019, desde el 24 de septiembre de 2019 y hasta el 22 de junio de 2021 y las que se sigan causando y dentro de los cinco (5) días siguientes, proceda a radicar las mismas ante COMPENSAR EPS y al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., conforme fue expuesto en la parte motiva de la presente providencia.*

***TERCERO:** (...) COMPENSAR EPS, que (...) al recibo de las incapacidades médicas que deberá radicar CENCOSUD S.A., adopte las medidas administrativas necesarias que correspondan, para que dentro del término de cinco (5) días reconozca y pague los días que le correspondan desde el día 3 hasta el día 180, de las incapacidades médicas generadas desde el 15 de enero de 2019 hasta el 21 de abril de 2019, desde el 12 de junio de 2019 y hasta el 12 de agosto de 2019, desde el 24 de septiembre de 2019 y hasta el 20 de noviembre de 2020 las que se sigan causando hasta que se cumpla el día 540, a favor de JAIME FRANCISCO ZAMUDIO (...)*

***CUARTO:** (...) FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., que (...) al recibo de las incapacidades médicas que deberá radicar CENCOSUD S.A., adopte las medidas administrativas necesarias que correspondan, para que dentro del término de cinco (5) días reconozca y pague las incapacidades médicas generadas desde el 28 de noviembre de 2020 a la fecha y las que se sigan causando hasta que se cumpla el día 540, a favor de JAIME (...).*

¹ En el auto admisorio del 3 de junio de 2021 {derivado 003 del Cd.1}.

QUINTO: (...) FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y a COMPENSAR EPS, que (...), adopten las medidas administrativas necesarias que correspondan, para que dentro del término de cinco (5) días inicien la calificación de la pérdida de capacidad laboral del señor JAIME FRANCISCO ZAMUDIO (...), en lo que les corresponda dentro del ámbito de sus competencias a cada una de las entidades.

SEXTO: ADVERTIR al accionante, que deberá prestar su colaboración en radicar las incapacidades y la entrega de su historia clínica para que se pueda dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia.”

La decisión se forjó, tras realizar síntesis de los antecedentes de la acción formulada como del trámite surtido donde resume las contestaciones de los entes que intervinieron por el extremo pasivo, seguidamente, efectúa suficiente análisis de la temática dejada a su estudio, destacando la regla *general* de improcedente de la acción de tutela para reclamar acreencias de carácter laboral, lo cual compete dada la controversia a la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, destaca que, cuando el no pago de esas acreencias vulnera los derechos fundamentales como los invocados, la acción procede de manera *excepcional*, en la medida que las incapacidades sustituyen el salario cuando el trabajador se halla imposibilitado -por enfermedad común o de origen profesional- para desempeñar sus labores y son el sustento para recuperar la salud como para su sostenimiento y el de su grupo familiar, efectuando citación de precedente jurisprudencial constitucional sobre el cual se apoya, en especial sobre la presunción de que el pago de las incapacidades laborales, son la única fuente de ingreso del trabajador y garantizan su mínimo vital: procediendo a su vez a dejar bosquejado el tema de incapacidades en el SGSS y a quien corresponde el pago de incapacidades médicas acorde a nuestro ordenamiento jurídico y precedente jurisprudencial.

También en sus considerandos, puntualizó que, con relación al concepto desfavorable de rehabilitación, ha sido una práctica generalizada de los Fondos de Pensiones, en “*no reconocer prestación alguna hasta cuando se encuentre en firme el dictamen de pérdida laboral, pues la norma legal indica, 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 laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable*”. No obstante, hace énfasis a lo señalado en la sentencia T-401 de 2017, donde a su vez se cita la T-920 de 2009 para destacar “(...) esta Corporación estableció (...) que **las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones, hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50% (...)**”.

Con el acervo probatorio recaudado y teniendo en cuenta las argumentaciones de los extremos de la tutela, precisó para el caso en particular y llegar a la decisión adoptada, que:

(i) El accionante se encuentra afiliado como cotizante al SGSS en Salud a través de la EPS COMPENSAR, en pensiones a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y en riesgos profesionales en la AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., quien es trabajador activo de la empresa CENCOSUD COLOMBIA S.A., registrando problemas de salud, por el cual se le han venido expidiendo sendas incapacidades médicas desde el año 2014 de manera continua y con interrupciones conforme se detalla y, sumando un total de 344 días que se dividen en 3 grupos de incapacidades.

ii) Así mismo, determina que, el actor se duele del no pago de incapacidades desde el 9 de septiembre de 2018, persona a quien su EPS COMPENSAR, le emitió inicialmente un concepto de rehabilitación integral con concepto favorable frente al diagnóstico escoliosis de origen común, emitido el 25 de junio de 2015, siendo actualizado mediante concepto de septiembre de 2018 y con pronóstico desfavorable, seguido de un nuevo concepto de rehabilitación desfavorable por incapacidad prolongada frente a: escoliosis no especificada, otro dolor crónico, hemorragia gastrointestinal no especificado, lumbago no especificado, fibromialgia poliartrosis no especificada, con fecha 29 de octubre de 2020.

(iii) Conforme se le hizo saber el a *quo*, memora, la EPS COMPENSAR pagó las incapacidades médicas generadas desde el día 11 de noviembre de 2016 hasta el 9 de septiembre del año 2018, esto es, hasta el día 181, del segundo grupo de las incapacidades, fecha desde la cual deduce no le han reconocido la prestación económica al activante por las incapacidades prescritas, pues las generadas desde el 12 de septiembre de 2018 y hasta el 16 de noviembre de 2018, debieron ser pagadas por el Fondo de Pensiones y, como el accionante no supo explicar las razones por las cuales, hasta ahora, dos años y medio después acude a la acción de tutela, para restablecer sus derechos, cuestión no menor, por el requisito de la inmediatez, descarta atender reclamo sobre las mismas.

(iv) Del último grupo de incapacidades, es decir, las generadas desde el 15 de enero de 2019 a las aportadas en la fecha del fallo, es donde centra la atención del análisis, precisando que aun cuando COMPENSAR EPS manifiesta que las incapacidades generadas desde el día 3 al día 180 no han sido pagadas por cuanto las mismas NO HAN SIDO RADICADAS, ni por el accionante ni por la empresa empleadora, por lo que en estrictez no se podría hablar de una vulneración por parte de la accionada, es claro, que el accionante ha visto vulnerado su derecho al mínimo vital, tal vez por desconocimiento de sus derechos y a una falta de asesoría por el área de recursos humanos de su respectivo empleador, asunto por el cual estima debe haber restablecimiento del mismo

Acorde a las circunstancias del caso, el sentenciador a *quo* concluyó, (v) que, era necesario disponer que COMPENSAR EPS, pague las incapacidades médicas generadas de los días que le correspondan (del día 3 hasta el día 180), en el lapso de las emitidas desde el 15 de enero de 2019 hasta el 20 de noviembre de 2020; de su parte la AFP accionada asumir aquellas a partir del día 181 hasta el día 540, esto es, desde el 28 de noviembre de 2020 a la fecha y las que se sigan causando hasta que se cumpla el día 540, sin importar si el concepto de rehabilitación sea desfavorable e indicó *“El despacho no se pronunciará sobre las incapacidades médicas que se surtan con posterioridad al día 541, por cuanto, aún no ha acaecido dicho hecho. (...). Ello es así, por cuanto se tiene que el accionante y según lo manifestado, no es beneficiario de ninguna fuente de auxilio dinerario para subsistir dignamente, manifestación que no fue desvirtuada por las accionadas, lo que evidentemente indica que se encuentra en situación de debilidad manifiesta además por las patologías que presenta”*

Y sin perder de vista que, la empresa accionada es parte importante en el trámite del pago de esas incapacidades, al tener conocimiento de la situación que presenta el trabajador y debiendo ser asesorado, pues es por conducto de ésta que se deben legalizar las incapacidades, así mismo insta al accionante para que preste la colaboración debida en tales tramites, inclusive la de aportar su historia clínica que debe obrar ante su empleador y la AFP.

2.2 Inconformes con la determinación proferida en primer grado, dos de las empresas que conforman el extremo accionado a través de su apoderado y representante legal judicial, respectivamente, impugnan el fallo, de la siguiente manera en compendio:

2.2.1 CENCOSUD COLOMBIA S.A., hace el reparo a efectos de ser DESVINCULADA y funda su reproche a la decisión de primera instancia, en la medida que asegura (i) de su parte, no le ha vulnerado el derecho fundamental al mínimo vital y seguridad social al accionante, a quien le sigue pagando el Sistema de Seguridad Social Integral (SSSI) manteniendo vigente su vínculo laboral.

(ii) También el haber realizado todas las gestiones tendientes para el recobro de dichas incapacidades y cuando es el mismo tutelante en su escrito, quien menciona no aportar su epicrisis a la Compañía, cuando es la misma EPS COMPENSAR quien pide esa información, sin que sea usual que la empresa la exija, a menos que, la EPS lo demande para el recobro, por lo cual, al tener más de 180 días de incapacidad continua, lo que la Compañía considera es que, el trabajador realice el respectivo recobro, entregue el soporte a la Compañía, la EPS gire el dinero y, acto seguido, realizar la respectiva consignación a la cuenta bancaria registrada en la hoja de vida del trabajador, pues se sale de sus manos obtener la documentación cuando el mismo reclamante es quien no la aporta de forma completa y en tiempo debido, haciendo notar que es el accionante quien no ha prestado la colaboración debida y así es a él a quien debe trasladarse directamente la obligación para que tramite directamente lo pertinente ante las entidades del sistema.

(iii) Señala a manera de prueba, el requerimiento que hizo al accionante y haberlo citado a una Diligencia de Descargos a efecto que presentara las incapacidades ante la compañía, sin que aquel hubiera asistido y porque en todo caso, la obligación del pago se encuentra en cabeza de la EPS o AFP donde se encuentra afiliado el accionante y siendo la única a su cargo, la de seguir cotizando al SGSSI, lo cual viene realizando tal y como lo soportó en su contestación y cuando el mismo tutelante por más de 2 años ha omitido gestiones a su cargo.

2.2.2 De su parte, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., en adelante, AFP PROTECCIÓN, argumenta en su censura que: (i) en la decisión cuestionada no se tuvo en cuenta las razones que fueron expuestas en su defensa, reiterando que no procede de su parte el pago de incapacidades, debido a que la EPS remitió "concepto desfavorable de rehabilitación" del afiliado, procediendo a efectuar nuevamente exposiciones en tal sentido y estimando que así es improcedente el pago de aquellas que se le ordenan, toda vez que lo que corresponde es proceder con la calificación de la pérdida de capacidad laboral del accionante y una vez obtenida aquella, entrar a determinar la procedencia o no del pago de laguna prestación económica, conforme lo establece el Decreto 019 de 2012 art. 142 y en aplicación al parágrafo 3 del art. 5 de la Ley 1562 de 2012, el cual impone la obligación de pagar las incapacidades a la EPS en los casos en los cuales existe concepto no favorable de rehabilitación.

(ii) Esgrime que, el concepto de rehabilitación desfavorable respecto al caso del señor Jaime Francisco Zamudio, fue remitido por parte de la EPS COMPENSAR a esta Administradora el pasado 30 de octubre de 2020 y no se ha recibido nuevo concepto conforme al estado de salud del afiliado, por lo cual considera que debe declararse la carencia de objeto respecto a Protección S.A.

Además, (iii) indica que reiteradamente lo ha expresado la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, ante el carácter subsidiario que se le ha dado a la acción de tutela, no es éste el mecanismo idóneo para el pago de prestaciones económicas, máxime en el presente caso en el que no se cumplen con los presupuestos legales para ello y a al existir otro mecanismo judicial que inicialmente se tramite ante la Superintendencia Nacional de Salud y por esto el accionante deberá acudir al trámite preferencial, sumario y legalmente establecido para este tipo de prestaciones, regulado en el literal g) del artículo 41 de la ley 1122 de 2007, adicionado por el artículo 126 de la ley 1438 de 2011, escenario designado para solucionar este tipo de controversias relacionadas con el pago de incapacidades, con el fin de garantizarle el

derecho al debido proceso a todas las partes y la debida contradicción de las pruebas, haciendo transcripción de las normas que exhibe.

Con sus argumentaciones, pide sea REVOCADA la sentencia impugnada y en su lugar se le absuelva de pagar incapacidades allí señaladas, dejando entrever que, en el evento que el *Ad quem* llegare a confirmar la condena, en el fallo que sea proferido se indique como "mecanismo transitorio", de tal manera que el debate y la procedencia o no de la prestación económica pretendida por el tutelante, sea dirimida ante la jurisdicción ordinaria laboral, autoridad judicial competente para decidir de fondo y porque conforme al art. 8º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela sobre procede transitoriamente para evitar un perjuicio irremediable e indica "*en todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses*" a partir del fallo de tutela y en caso de no instaurarla, cesarán los efectos de éste; además que se tenga en cuenta el principio de "*No Reformatio In Pejus*" contemplado en el art. 328 del C. G. del P.

2.3 Corresponde a esta Juez Constitucional, determinar si en este caso particular la decisión emitida por el juzgador de primer grado se encuentra ajustada a preceptos legales y constitucionales o si contrario sensu, debe acogerse lo alegado en los reparos que se han efectuado a aquella determinación por parte de dos de las entidades a quienes se les emitió orden (empleador y AFP), quienes alegan no tener deber legal alguno para proceder en la forma como se les ordenó en el fallo de primer grado.

2.4 Para el estudio de la impugnación presentada, lo primero a señalar es que, conforme al artículo 86 de la C.P., *la acción de tutela* es el mecanismo idóneo para la protección de los derechos constitucionales fundamentales frente a la vulneración o amenaza por la acción u omisión de las autoridades públicas, y en algunos casos de los particulares, siempre que no se disponga de otra vía judicial expedita para ello, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable al tenor de lo preceptuado en los artículos 1º, 5º y 8º del Decreto 2591 de 1991.

Por sabido se tiene también, que la acción de tutela no fue concebida en la Constitución, como medio para reemplazar o sustituir los procedimientos existentes en nuestro ordenamiento jurídico, ni tampoco ser una segunda instancia o un instrumento al cual es posible acudir como mecanismo alternativo de esos procesos, pues como enseña la H. Corte Constitucional, la tutela no fue traída a nuestro ordenamiento "*para suplir las deficiencias en que las partes, al defender sus derechos puedan incurrir, porque se convertiría en una instancia de definición de derechos ordinarios (...) y no como lo prevé la Carta Política, para definir la violación de los derechos constitucionales fundamentales*"²

Acorde con lo anterior, se encuentra ampliamente decantado el precedente jurisprudencial, de la improcedencia general de la acción de tutela para resolver controversias *frente actos administrativos, de connotación laboral, económica u otros que cuentan con su propio espacio*, debido al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela y porque para ellos el legislador tiene previsto que han de ser solucionados por medio de los recursos ordinarios y utilizando los mecanismos establecidos para el efecto, dependiendo el caso y ante la Jurisdicción competente.

2.5 Colofón de lo anterior y acorde al reparo que aquí se estudia, prevé la jurisprudencia constitucional que en los casos en que no se tiene certeza de cuál es la entidad responsable de cubrir determinadas incapacidades laborales, es obligación de alguna de las entidades del Sistema General de Seguridad Social de pagarlas o de lo contrario se causaría al trabajador una afectación a su mínimo vital, por lo cual el juez de tutela debe señalar quién es el responsable provisional de cumplir dicho deber, aun cuando se otorgue la posibilidad de repetir contra aquél que resulte ser el verdadero obligado. Tal como lo señala la sentencia T-786 de 2009:

² Sentencia T-008 de 1.992 M.P. Dr. Fabio Moron Díaz

“La tutela es, entonces, procedente en ciertos casos para obtener el pago de incapacidades laborales. Cuando lo es, la tutela debe ser resuelta con una definición provisional acerca del sujeto que en principio está obligado al pago de las referidas incapacidades. Pero, la definición que al respecto pueda dar el juez de tutela en nada determina el verdadero y real origen que, de acuerdo con la ley y los reglamentos correspondientes, tienen la enfermedad o el accidente sufrido por el tutelante. **Si alguna provisión se adopta en ese sentido, está justificada porque del pago de las incapacidades depende la garantía del mínimo vital del peticionario y de su familia. De manera que si el sujeto destinatario de las órdenes con las que concluyan las sentencias de tutela en esta materia, estima que es otro sujeto el que debe correr con ellas, debe iniciar el correspondiente trámite regular que el ordenamiento dispone para la definición del origen de las enfermedades** o los accidentes, y para la consecuente determinación del sujeto legal y reglamentariamente obligado al pago de la prestación”. (negrilla y subraya del Juzgado)

De otra parte, es importante recordar que en el SGSSS regido por la Ley 100 de 1993 junto con las normativas que la han reformado o modificado, establece que son diversos los entes que lo integran y que dependiendo del evento o el diagnóstico emitido (de origen laboral ora común) y que produzca incapacidades para el afiliado, se establecerá a cargo de cuál de ellas corresponde su reconocimiento y pago, el cual podemos resumir de la siguiente manera:

Incapacidad	Entidad a cargo	Norma
Días 1 y 2	Empleador	Decreto 1406 de 1999, art.40 párrafo 1º, modificado por el art.1 del Decreto 2943 de 2013 y compilado en el Decreto 1072 de 2015
Día 3 al 180	EPS o ARL según el evento	Ley 100 de 1993, art.206 / Decreto Ley 019 del 2012 arts.121 y 142, art.1 del Decreto 2943 de 2013
Del día 181 a 360 (prorrogable por otro periodo igual que suma en tota hasta el día 540)	Fondo de Pensiones o ARL según evento	Decreto 2463 de 2001, art.52 de la Ley 962 de 2005
Día superior al 540.	EPS si es de origen común y con cargo al SGSSS / ARL si es de origen laboral.	Ley 1753 de 2015 art.67, Decreto 1333 de 2018 / Ley 776 de 2002

Por lo demás, se torna innecesario ahondar en el tema ante lo substancial del abordaje que se realizó por parte del *a quo* o en los derechos fundamentales objeto de la acción de amparo y debido al cuantioso precedente jurisprudencial que se tiene acerca de los mismos, conforme y se encuentra ampliamente decantado por nuestra H. Corte Constitucional, siendo la razón por la cual se aprecia como redundante hacer una transcripción de lo por ella pregonado en su jurisprudencia sobre la materia³.

2.6 El estudio de la impugnación se efectuará por economía procesal en un conjunto y no obstante a ello, de forma individualizada se abordaran los reproches de cada una de las impugnantes de hacerse indispensable, para con ello establecer si aquellos han o no de prosperar, así mismo, ha de circunscribirse el análisis ciertamente y atendiendo con ello desde ahora, lo pedido por AFP PROTECCIÓN, a resolver únicamente los reparos concretos formulados por los recurrentes ante lo resuelto por el juzgador de

³ La cual dada las facilidades de medios electrónicos con que se cuenta en la actualidad, su consulta podrá efectuarse en la página web -oficial de la Relatoría de la H. Corte Constitucional que la mencionada Corporación tiene a disposición de la ciudadanía, en el link: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/> o en los diversos buscadores que permiten accesibilidad a esa información.

primer grado y que se hallen desarrollados en su escrito de impugnación (Arts. 32 del Decreto 2591 de 1991 y 328 C.G. del P.).

Acorde con lo esgrimido en los reparos que aquí se estudian y conforme a lo reclamado en la acción de tutela, tenemos que el principal motivador del amparo solicitado, es el no pago de incapacidades laborales, inicialmente superiores a los 180 días según lo reclamó el accionante y sin que aquel establecerá fecha certera a partir de la cual debía aquello producirse menos aún que fue lo acontecido con los lapsos de tiempos donde su empleador indica que no se acreditan, lo que seguramente motivó el requerimiento que se hizo por parte del sentenciador *a quo*, conforme y los términos del numeral “2.” del admisorio de la tutela y sin que sea admisible profundizar al respecto en esta instancia.

En el *sub-lite*, es evidente que en el fallo atacado, se determinó adoptar la decisión de forma altamente garantista para proteger algunos de los derechos fundamentales que le fueron solicitados, toda vez que, ha de decirse y frente a los reproches que a su determinación se le han realizado por las aquí impugnantes, que de una parte, si bien es cierto acogió el amparo tutela, no menos lo es, que no concedió todos los invocados y tampoco acogió en un todo las pretensiones del accionante, a quien inclusive también le hizo exigencia al observar su falta de colaboración no solo con el empleador, sino además, la dejadez e independiente del motivo de ello y que aquí solo puede decirse, lo es del fuero interno del actor, pues en verdad, la acción en estudio raya con desconocimiento del principio de inmediatez y principalmente, con esas circunstancias hizo sensato estudio del material probatorio recaudado, para establecer que no ésta la vía para el reclamo del pago de incapacidades de hace más de dos años.

Acorde con lo aludido en la parte dogmática de esta providencia, se torna despejado que, el resguardo tutelar tuvo su génesis, atendiendo reglas jurisprudenciales y su concesión lo fue de forma excepcional bajo presunción de afectación del mínimo vital que comporta el auxilio de incapacidad para quien así lo reclamara y lo cual no fue desvirtuado por ninguna de las encartadas, por ende, no fue un total desacierto, el apartarse el fallador de primer grado, de la regla general de improcedencia de la tutela para obtener el pago de prestaciones económicas del SGSS.

Lo anterior, máxime cuando frente a la condición particular del tutelante, no se redarguyó que viene incapacitado por lapso considerable de tiempo y con los diagnósticos que se informaron registra, es más, cuenta con un dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral tal y como lo informó la Junta Regional de Calificación de Invalidez en su intervención, con calificación de merma de la misma en un 36.68% y fecha de estructuración 13 de septiembre de 2016, del que no se dió a conocer cómo se desató el recurso que el accionante formulara contra aquel dictamen, no obstante, es asunto adicional que en esta instancia se tiene presente para adoptar decisión de fondo, habida cuenta que ello lo hacen merecedor de ser sujeto de especial protección constitucional, de quien menos aún se batalló acerca de los conceptos de rehabilitación que le emitió su EPS, el último siendo *desfavorable*, colocándole así en condición de debilidad manifiesta, concepto del que hace apego la AFP aquí impugnante, esto es, es consciente que la condición de salud del actor no es óptima, pero en su apreciar no merece el pago de incapacidades por interpretación normativa y siendo punto sobre el cual a renglones seguidos se dejará expuesto lo pertinente.

Bajo tal panorama, se le hace notar a ambas empresas impugnantes, que el ruego tuitivo se concedió fue de forma **excepcional**, así que desde ya se precisa, no se acogerán los argumentos de las reclamantes, cuando alegan, no ser el mecanismo de la tutela el llamado para la protección otorgada, pues como se ha dejado expuesto, aun cuando no se discute que en primicia controversias como la traída a estudio, bajo el principio de subsidiariedad, son del resorte de la justicia ordinaria, al ser derechos que revisten connotación económica y protegidos por el legislador en el ordenamiento jurídico, a través de los procesos laborales ordinarios y administrativos (según el caso).

Mas sin embargo, el mismo opera en sede de tutela en ciertos eventos y en este escenario en verdad, ha de puntualizarse, como **mecanismo transitorio**, para evitar la configuración de un perjuicio irremediable y con criterio jurisprudenciales orientadores tales como, el estado de salud del solicitante como sus condiciones económicas y para garantizar circunstancias mínimas al peticionario del amparo y su familia, pues como claramente lo dejó desarrollado el *a quo* en su fallo y lo cual, aquí se acompasa para adoptar la decisión *“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”*⁴

Establecido lo anterior, huelga ultimar que, se encuentra más que ajustada a precedente jurisprudencial la decisión objeto de crítica, destacando también el límite de lo abordado por el *a quo*, pues en efecto no era dable acceder a todas las pretensiones de la tutela, punto bajo el cual descartó las incapacidades de las pretensiones conforme a las pedidas desde el mes de septiembre del año 2018 de los tres grupos en los que se centró el análisis de la sentencia impugnada y conforme allí se dedujo, esto debido a las numerosas incapacidades objeto del reclamo del activante, haciendo eco solamente a aquellas posteriores a las del 15 de enero de 2019 y hasta la del 20 de noviembre de 2020, cubriendo así las generadas y las que se cusen y comprendan el día 540, circunscribiendo así el amparo a aquellas otorgadas, bajo la consideración que el actor lleva más de 344 días incapacitado y sin aventurarse a prever hechos futuros e inciertos, máxime cuando en ese tiempo denota solución de continuidad en su emisión.

Con lo hasta aquí analizado, se colige que la sentencia opugnada ha de ser refrendada, adicionalmente por cuanto no cuenta con vocación de triunfo lo alegado por CENCOSUD COLOMBIA S.A., quien no solo se debe limitar a sus deberes legales, esto es, considerar que por mantener el vínculo laboral que registra con el accionante desde su primer contrato (en septiembre de 2012 y que cambio de modalidad fijo a indefinido en diciembre del mismo año) o por asumir el pago de cotizaciones al SGSS, debe apartarse de la actividad que como empleador del señor ZAMUDIO le es exigible en el recobro de las incapacidades y seguimiento para su calificación de pérdida de capacidad laboral, siendo esa la carga que en el fallo que impugna se le impuso.

Por otra parte, se denota la falta de coordinación entre trabajador – empleador para tales trámites, al punto que es notorio el desmejoramiento de la relación laboral en cuanto expone uno y otro, sin que se pueda en sede de tutela señalar, quien cuenta con la verdad o la razón plena, no obstante, es la empresa quien cuenta con mayores conocimientos, elementos o herramientas, para apoyar a su trabajador y no pretender que aquel realice directamente el recobro, pues sabido se tiene, que la empresa accionada es parte importante en el trámite del pago de esas incapacidades conforme a la normatividad laboral y en más aún en tratándose de derechos iusfundamentales, al tener conocimiento de la situación que presenta el trabajador y siendo por su conducto que se deben legalizar las incapacidades, todo ello con la debida colaboración trabajador/empleador para que salgan avantes esos trámites.

Más aún, cuando no es excusable que indique la impugnante, que no ha logrado la documentación por culpa del mismo accionante, sin que por ello se descarte completamente que, en efecto, aquel no se haya allanado a cumplir las cargas que como empleado igualmente le conciernen, para lo cual basta acotar que en el fallo de tutela precisamente se requirió al actor para que proceda de conformidad a lo que se requiere y a CENCOSUD entonces lo que converge es *recibir* las incapacidades objeto de la

⁴ Sentencia T-161 de 2019, Mag. P. Dra. Cristina Pardo Schelesinger, donde a su vez entre otros, hace citación de las sentencias T-064 de 2017, T-311 de 1996

tutela y tramitarlas, esto es, se halla supeditado el accionante en aportar no solo todas las incapacidades amparadas por vía de tutela y que no hubiere realizado, sino inclusive su historia clínica, para que le sea viable a la empresa desarrollar lo que le fue ordenado. Entonces, si el accionante no radica las incapacidades que le han o sido emitidas por su EPS ante su empleador, será su sola desidia el que aquellas no se tramiten.

En el mismo sentido y en torno a la impugnación de la AFP PROTECCIÓN, debe precisarse que, la orden tutelar, está condicionada igualmente a la diligencia del accionante para que la impugnante desarrolle las medidas administrativas que legalmente tiene a su cargo con incapacidades superiores a 180 días y hasta el día 540, dado que no es excusable su omisión o negativa en ello asistiéndole el derecho al accionante, porque como entidad perteneciente al SGSS y donde aquel se encuentra afiliado, se hace responsable de su estudio y pago.

Es que, en el escenario de la acción de tutela, mal pueda pretender abstraerse la AFP de sus deberes o descocer línea jurisprudencial, con el mismo argumento que hizo ante el *a quo* que lo es por cuanto el concepto de rehabilitación es desfavorable, siendo totalmente desacertado su reparo cuando afirma que no se hizo miramiento a ello, pues en el fallo impugnado ciertamente se realizó abordaje a la temática con apego a precedente de la sentencia T-401 de 2017 {véase considerando No. 3 en pag. 11 del fallo, derivado o pdf marcado con el #11 del Cdno. 01 primera instancia, contentivo de 21 archivos o carpetas}, la que esa operadora judicial revalida, debido a que es la Corte Constitucional quien así lo estableció y, desde la sentencia T-920 de 2009 que enseñó, las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral, ante lo cual se abstiene de hacer más consideraciones.

Tampoco esta llamado a prosperar el argumento de la AFP, sobre que no es la tutela el mecanismo idóneo para el pago de incapacidades o pretender que su afiliado las discuta ante la Superintendencia Nacional de Salud o autoridad judicial (para el caso la laboral), en la mediada que con la orden tutelar que le fue impuesta para ello y la tramitación de la calificación de pérdida de capacidad laboral, de forma alguna se desconoce el derecho al debido proceso que le asiste a la impugnante como lo insinúa, por lo cual no se atenderá su solicitud que la sentencia impugnada sea revocada, debiéndose así recordarse que, el afiliado no tiene por qué soportar, bajo ninguna circunstancia, el conflicto que se suscite en el pago de incapacidades entre su EPS y su AFP ni los efectos de las controversias administrativas de los entes que conforman el sistema y quienes en cambio, deben garantizar el pleno goce de sus derechos.

Sin perjuicio de lo anterior y a manera de perfeccionar el fallo de primera instancia, solo cuenta con eco en esta instancia el aspecto de que la orden tutelar en efecto, al ser extraordinario, se ha de tener que lo es con *carácter transitorio*, habida cuenta que la definitiva decisión en el debate traído al Juez Constitucional, la habrá de adoptar la autoridad administrativa o la judicial competente, máxime cuando el accionante ha dejado acumular por más de 2 años incapacidades, no siendo así permisible que se obvien los medios ordinarios para hacer uso de la vía expedida de la tutela, es decir, es decir, la decisión del fallo de tutela de forma alguna reemplaza en un todo el mecanismo judicial para dirimir por completo la controversia.

Además, el amparo constitucional concedido, por su carácter excepcional, acorde a los puntos de vista que tanto en primera como en esta segunda instancia sean dejado abordados como cruciales para adoptar la decisión, en efecto debía indicar a un *responsable provisional* de cumplir con la carga de cubrir las incapacidades, lo que no significa cierre de vía judicial ordinaria, pues si insiste la AFP PROTECCIÓN que está en derecho de controvertir que no le corresponde el pago de incapacidades en la forma que le fue ordenada o de gestionar la calificación del accionante, como la misma lo

indica, no es solo a su afiliado sino como entidad que hace parte del SGSSS, a quienes se les ha dado el medio judicial idóneo para que la autoridad encargada de abordar la controversia de forma intensa y con agotamiento de procedimiento correspondiente en donde los extremos en su discusión hagan valer probanzas, estudie a cargo de qué entidad del SGSSS le corresponde y en evento tal que no lo sea de la impugnante, aquella pueda realizar recobros.

Sin más disquisiciones se adoptará la decisión de adicionar el fallo atacado, para precisar que la decisión es de carácter transitorio, lo cual por organización se hará incluyendo un parágrafo al numeral PRIMERO; debiendo entonces someterse tanto accionante como accionados a lo contemplado en las normas que regulan el SGSSS, aunado a que desbordaría la órbita del Juez de tutela para atender todas aquellas futuras e inciertas incapacidades que le puedan emitir los galenos al activante y menos aún extenderse el abordaje sobre la calificación de pérdida de capacidad laboral, cuyo debate debe darse, se reitera ante el Juez natural debido al *principio de subsidiariedad* del que se halla revestida esta clase de acciones y en relación con lo resuelto en primer grado se ha de confirmar todo lo en aquel dispuesto.

III. DECISIÓN DE SEGUNDO GRADO

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

3.1. ADICIONAR el numeral PRIMERO de la sentencia de tutela con un parágrafo del siguiente texto: "*PARAGRAFO: PRECISAR que el amparo tutelar aquí concedido, lo es de manera excepcional como mecanismo transitorio, por lo cual, los efectos de la sentencia se mantendrán únicamente mientras la autoridad administrativa o judicial competente, según el caso, deciden en forma definitiva la controversia, si no lo han hecho todavía, por lo que cualquiera de los extremos de la acción están en libertad de interponer o activar medios ante la vía ordinaria dentro de los 4 meses siguientes a la fecha de notificación de esta providencia.*" y **CONFIRMAR** en lo demás, lo resuelto en el fallo de tutela de fecha y procedencia anotadas, por las razones plasmadas en la parte considerativa de esta providencia.

3.2. NOTIFICAR esta decisión al *a quo* como a las partes y demás interesados o vinculados, por el medio más expedito.

3.3 REMITIR las diligencias a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión de los fallos proferidos en este asunto, en la oportunidad correspondiente y por medio digital o aplicativo que hoy día se encuentra establecido para el efecto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LILIANA CORREDOR MARTÍNEZ
JUEZ

Rm.