

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE CALI

SENTENCIA Nro. 27
Radicación Nro. 2020-00109

Cali, junio veintiséis (26) de dos mil veinte (2020)

I. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

El señor **GUSTAVO MARIN CARDONA** identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.884.067, interpone a través de apoderado judicial, acción de tutela contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y SOS COMFANDI EPS** por presunta vulneración de su derecho fundamental al Mínimo Vital, Dignidad Humana y la Vida.

II. ANTECEDENTES

1. La parte actora manifiesta que, su poderdante es una persona humilde que dependen de lo devengado por su trabajo para él y su familia; que el pasado 24 de julio de 2018 sufrió un accidente de tránsito cuando se dirigía a su trabajo, accidente que lo ha tenido incapacitado desde esa fecha.

2. Manifiesta que se encuentra afiliado a la EPS SOS COMFANDI, donde le respondieron por sus incapacidades por 180 días, hasta el día 14 de febrero de 2019.

3. Señala que a partir del día 181, el pago de sus incapacidades está a cargo de su Administradora del Régimen de Pensiones COLPENSIONES, donde ha solicitado en varias oportunidades la cancelación de las mismas, 27 de mayo de 2019, 12 de junio de 2019, 24 de septiembre de 2019, 2 de marzo de 2020, y 12 de mayo de 2020.

4. Afirma que las respuestas de COLPENSIONES han sido siempre las mismas, primero que no hay continuación en las incapacidades y que ha existido interrupción, segundo que hubo cambio de diagnósticos médicos durante el record de incapacidades.

Por lo anterior, solicita se ordene ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, realice los trámites administrativos para el reconocimiento y pago de las incapacidades ordenadas por el médico tratante.

La parte actora acompañó a su solicitud tutelar los siguientes documentos a saber:

1. Derechos de petición dirigidos a las entidades accionadas

2. Respuestas de los derechos de petición.
3. Fotos de las incapacidades radicadas ante Colpensiones
4. Certificado de incapacidades pagadas en la EPS SOS COMFANDI.
5. Poder para actuar.
6. Documento de identidad cédula de ciudadanía,

III. TRÁMITE PROCESAL

Mediante auto del 12 de junio de 2020, se admitió la acción de tutela, ordenó la notificación de las entidades accionadas **COLPENSIONES** y **EPS SOS COMFANDI**, y se vinculó a la **SECRETARIA TECNICA COMITÉ DE CONCILIACION Y DEFENSA JUDICIAL, GERENCIA DE SERVICIO Y ATENCION AL CIUDADANO, GERENCIA REGIONAL, DIRECTORA DE ADMINISTRACION DE SOLICITUDES Y PQRS, DIRECTOR DE INGRESOS POR APORTES GERENCIA DE FINANCIAMIENTO E INVERSIONES DE COLPENSIONES**, concediéndoles el término de dos (2) días para que ejercieran sus derechos de contradicción y defensa.

CONTESTACION DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y VINCULADAS

La parte accionada SOS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD manifiesta que el usuario se encuentra activo como dependiente trabajador de TRANSPORTES LINEAS DEL VALLE SAS, incapacitado desde el 27/07/2018 acumulando 527 días al 28/02/2020, Conforme al primer concepto de rehabilitación favorable remitido a la AFP Colpensiones el 27/02/2020.

Afirma que el Sistema General de Seguridad Social en Salud asumiendo la responsabilidad que el empleador tenía antes de su constitución por intermedio de las EPS (SOS EPS), cancela desde el día 3 hasta el día 180.

Señala que todas las incapacidades del accionante corresponden a un mismo evento de salud desde que presentó el accidente y de manera continua y que con relación al reconocimiento económico de incapacidades superiores a 540 días indica que el 30/04/2020 la EPS CAMBIA EL CONCEPTO DE Rehabilitación a No Favorable, el cual fue notificado a Colpensiones el 4/05/2020.

Manifiesta que al no ser pertinente su Reincorporación Laboral por cuanto están ante un potencial estado de invalidez, conforme el Certificado de Rehabilitación expedido por el EPS, el Fondo de Pensiones debe proceder de forma inmediata a calificarle al trabajador la pérdida de capacidad laboral y ocupacional con el fin de definirle la invalidez y si es pertinente proceder al reconocimiento y pago de la respectiva prestación económica (pensión de invalidez), y en consecuencia solicita declarar la improcedencia de la tutela en contra de EPS SOS, y se ordene al Fondo de Pensiones proceder al pago de las incapacidades que le corresponden por normatividad.

Las demás entidades accionadas y vinculadas guardaron silencio dentro del término de traslado concedido.

IV. CONSIDERACIONES

La Corte Constitucional ha establecido el carácter subsidiario de la acción de tutela: La procedencia de la acción de tutela depende de que no haya otros medios de defensa judicial para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales. O, aunque haya otros medios, la acción de tutela se torne pertinente si se logra acreditar que con ella se busca evitarse un perjuicio irremediable, o si se verifica que el otro medio de defensa judicial no es eficaz. Tal es la conclusión a la que permite arribar la interpretación del artículo 6º, Decreto 2591 de 1991, cuyo tenor es el siguiente: "[l]a acción de tutela no procederá:

"1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante" (Se subraya con intención).

El derecho fundamental al mínimo vital y móvil se encuentra ligado al derecho a la vida en condiciones dignas, en la medida en que la falta de ingresos de la persona que se encuentra incapacitada para trabajar, lesiona su vida personal y la de su familia; puesto que al no recibir el pago de las incapacidades se abandona al afiliado a un riesgo que no se encuentra en condiciones de afrontar, habida cuenta de no hallarse apto para cumplir la actividad laboral de la cual deriva la subsistencia suya y de los seres que dependen de él.

"...la Corte ha reiterado que el no pago oportuno y completo de las incapacidades laborales puede ser objeto de tutela, siempre que afecte el mínimo vital del actor.

"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.

"Entonces, 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"¹.

Ahora bien, el derecho al pago de prestaciones económicas por incapacidades laborales no es, en sí mismo, un derecho fundamental. Por ese motivo, la acción de tutela en principio no se erige en el medio judicial adecuado para perseguir el pago de las prestaciones referidas. No obstante, si del derecho al pago de incapacidades laborales depende el goce efectivo, por ejemplo, del derecho fundamental al mínimo vital del trabajador y su familia, la tutela es procedente; pues se admite que, en esos casos, (i) se busca de manera inmediata proteger un derecho fundamental y, además, (ii) evitar un perjuicio irremediable. Ello, por cuanto la única fuente de ingreso de un trabajador que se encuentra afectado

¹ Ver, sentencia T-020 de 2018.

por una incapacidad laboral, es el pago que ella origina; este sustituye el salario y, por lo tanto, de dicho ingreso empieza a depender la subsistencia material suya y de quienes conforman su núcleo familiar.

Lo cual significa, en otras palabras, que si el juez decide declarar improcedente la tutela para obtener el pago de las incapacidades, aunque de este dependa la satisfacción de necesidades básicas elementalísimas de una persona o de su núcleo familiar, deja librado al azar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en el haber jurídico de aquellos; pues las repercusiones son tan graves y lesivas, que incluso ponen en duda los fundamentos mismos de las instituciones sociales y del Estado Social de Derecho. De manera que, cuando una tutela persigue la protección de esas necesidades básicas para vivir en condiciones dignas, debe ser declarada procedente y estudiarse de fondo, no obstante tratarse de prestaciones puramente económicas como lo es el pago de las incapacidades laborales.

Existe una clara e impostergable obligación, exigible de manera inmediata por los trabajadores, y a cargo de las entidades pertenecientes al Sistema de General de Seguridad Social, de cubrir de manera oportuna las incapacidades que se originen por enfermedad general o riesgo común o por accidente de trabajo o enfermedad profesional.

El pago de auxilio o subsidio económico que cualquiera de estos hechos origine está a cargo del Sistema de Seguridad Social en Salud, pues con la Ley 100 de 1993 quedó clara la subrogación de esa prestación; que, antiguamente, estuvo a cargo del empleador, conforme al artículo 227 del Código Laboral.

Con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 las responsabilidades fueron asignadas a distintos actores del Sistema de Seguridad Social, según el número de días que dure la incapacidad, y al respecto, La Corte Constitucional en Sentencia T 401 de 2017, lo resumió así:

"(...) el lapso que hay entre el primer y el segundo día de la incapacidad, competen económicamente al empleador, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999. En virtud de dicha disposición "[e]n el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente" ².

20. Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlos el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. Tal obligación está sujeta a la afiliación del

² En el caso de enfermedad laboral o accidentes de trabajo, será la ARL quien reconocerá las incapacidades temporales desde el día siguiente al accidente. La norma citada aplica tanto para el sector público como el privado (parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999).

trabajador por parte del empleador o del propio independiente³.

21. Es pertinente señalar que, respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181, se han suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001.

Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren **a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones** a la que está afiliado el trabajador⁴, **ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación**, como se expondrá a continuación.

Respecto del concepto favorable de rehabilitación conviene destacar que, conforme al Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda. No obstante, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Es necesario enfatizar en que el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Este asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador⁵.

Ahora bien, pueden darse situaciones en las que no sea posible discernir para el juez de tutela, cuál de las entidades que pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, sea la competente de pagar las incapacidades laborales, situación que la jurisprudencia constitucional contempló y resolvió afirmando que estará el juez facultado a señalar el responsable, sin perjuicio de que este pueda repetir contra el verdadero responsable, pues con ello se garantiza el goce de los derechos fundamentales del trabajador, quien por ser la parte más débil no debe trasladársele dicha carga y así garantizársele los derechos fundamentales por los que clama:⁶

³ Sentencia T-419 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán.

⁴ Ver entre otras las sentencias T-097 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-698 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; T-333 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-485 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁵ Decreto 2463 de 2001. Artículo 23 inciso 1º.

⁶ Sentencia T 004 de 2014

"La jurisprudencia constitucional ha sostenido 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 es 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 mencionó la sentencia T-786 de 2009:

"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".

CASO EN CONCRETO

El señor **GUSTAVO MARIN CARDONA**, presenta acción de tutela contra la Administradora de Pensiones Colpensiones, por considerar que la dilación en el reconocimiento y pago de las incapacidades, vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna. Los certificados de incapacidad se produjeron como consecuencia de su diagnóstico.

De las pruebas allegadas al proceso, se establece que de acuerdo al diagnóstico que se le emitió al accionante, lo cual lo ha incapacitado para continuar ejerciendo sus labores cotidianas durante los periodos relacionados en demanda, que en principio, los primeros 180 días, le fueron reconocidos y cancelados por la EPS SOS a la cual se encuentra afiliado. Sin embargo, la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones se niega pagar las que se ocasionaron posterior a los 180 días, no obstante de habersele remitido en su debida oportunidad, el concepto de rehabilitación desfavorable.

Es sano recalcar que en relación con la existencia del concepto de rehabilitación desfavorable alegada por la EPS, es indispensable señalar que este aspecto no impide de manera alguna pagar el subsidio de incapacidad que es de su competencia, por tanto, el fondo de pensiones Administradora de Pensiones

Colpensiones deberá responder por el pago de las incapacidades prescritas al tutelante.

Lo anterior, por cuanto la Corte Constitucional en sus diferentes jurisprudencias, ha determinado que los fondos de pensiones no pueden esgrimir el hecho de que el concepto de rehabilitación no es favorable para rehusarse al pago de incapacidades; especialmente en sentencia **T-920** de 2009 cuando indico que: "... 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%. Y en especial, a las reglas jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540 establecidas por la jurisprudencia constitucional, ya referida, que indica lo siguiente: Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente. (ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las **EPS**. (iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las **AFP**, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable. (iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

Por consiguiente, se concederá la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del actor, y en consecuencia se ordenará al Doctor LUIS FERNANDO DE JESUS UCROS VELASQUEZ en su calidad de GERENTE NACIONAL DE RECONOCIMIENTOS DE COLPENSIONES, en el término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a pagar al accionante GUSTAVO MARIN CARDONA el auxilio económico de la incapacidad laboral desde el 15 de febrero de 2019, hasta que, según las leyes vigentes, la responsabilidad recaiga en otra entidad perteneciente al Sistema de Seguridad Social.

V. CONCLUSIÓN

Así las cosas, resulta evidente que existe un derecho fundamental claramente vulnerado, cual es el que tiene toda persona de contar con los recursos que requiere para la congrua subsistencia suya y la de su madre, adulta mayor de 78 y demás familiares; ahora el hecho que sea congrua debe llevarnos a mirar que los mismos sean suficientes para que el sostenimiento de cualquier persona se reputa digno; dignidad que está estrechamente vinculada con la provisión de: techo, vestido, alimentación, salud, preparación profesional de la prole y esparcimiento (C. N. artículo 53); ello, por cuanto el auxilio económico derivado de las

incapacidades laborales sustituyen el salario que el trabajador ha dejado de percibir por hallarse alejado de su trabajo en razón de sus problemas de salud.

Finalmente, se advertirá sobre las eventuales consecuencias del incumplimiento a la tutela judicial, como también conforme lo expuesto precedentemente se desvincularan de la actuación a las entidades que en su momento fueran vinculadas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero de Familia de Oralidad de Cali – Valle del Cauca, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

FALLA:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al MINIMO VITAL, la DIGNIDAD HUMANA y la VIDA de **GUSTAVO MARIN CARDONA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.884.067 vulnerado por la ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES, en las circunstancias anotadas en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR al Doctor LUIS FERNANDO DE JESUS UCROS VELASQUEZ GERENTE NACIONAL DE RECONOCIMIENTO DE COLPENSIONES, o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, proceda a pagar al señor GUSTAVO MARIN CARDONA el auxilio económico de la incapacidad laboral causada desde el 15 de febrero de 2019, hasta que, según las leyes vigentes, la responsabilidad recaiga en otra entidad perteneciente al Sistema de Seguridad Social.

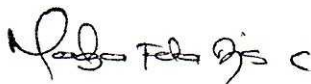
TERCERO: NOTIFICAR la presente Sentencia a quienes corresponda conforme a la ley, advirtiéndolo sobre la posibilidad de su impugnación.

CUARTO: ADVERTIR que en caso de incumplimiento de la presente Sentencia, se abrirá trámite incidental por desacato, previo el requerimiento de ley, conforme lo establecido en el Decreto 2591/91 y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

QUINTO: REMITIR la presente actuación ante la Honorable Corte Constitucional, para lo de su competencia, previo trámite de la eventual impugnación.

COMUNIQUESE NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LA JUEZ,



MARITZA FERNANDA ROJAS CASTAÑO