



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona
Sala Única de Decisión

-ÁREA CONSTITUCIONAL-

Magistrado Ponente:

DR. NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Pamplona, 30 de mayo de 2023

Acta No. 078

Radicado	54-518-31-87-001-2023-00056-01
Accionante	DANIEL SIÁCHICA VELANDIA
Accionados	NUEVA EPS S.A. ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (en adelante COLPENSIONES) ARL SURA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER CONSORCIO PACU JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ

ASUNTO

Decide la Sala la impugnación presentada por DANIEL SIÁCHICA VELANDIA contra el fallo de tutela de fecha 13 de abril de 2023 proferido por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pamplona.

ANTECEDENTES

Hechos¹.-

Refiere el accionante DANIEL SIÁCHICA VELANDIA que en junio de 2021 cumpliendo sus labores como operador de máquinas de movimiento de tierras para el CONSORCIO PACU, se contagió del virus Cov-Sars 2, por lo cual fue remitido a unidad de cuidados intensivos. Actualmente, señala, tiene como diagnósticos “catastróficos” *“(I10X) hipertensión esencial (primaria) (enfermedad*

¹ Visto en 02EscritoTutela, pág. 1-3 del cuaderno digital de primera instancia.

cardiovascular hipertensiva); (E102) diabetes mellitus insulino dependiente con complicaciones (deficiencias por diabetes mellitus) neumonía a otros virus (deficiencia por disfunción pulmonar)”.

Afirma que el 7 de enero de 2023 acudió a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE NORTE DE SANTANDER (JRCNS), la cual lo catalogó con una pérdida de capacidad laboral equivalente a un 78.80%, decisión que fue apelada por COLPENSIONES, ante lo cual está a la espera de una valoración definitiva.

Relata que su núcleo familiar está conformado por su compañera permanente MARÍA GABRIELA ORTIZ y sus dos hijas VALENTINA SIÁCHICA ORTIZ y NIKOL SALOME SIÁCHICA ORTIZ, a quienes solventa económicamente y en razón a que la ARL SURA, la NUEVA EPS y COLPENSIONES no le han cancelado sus incapacidades luego de cumplir el día 180 de incapacidad, ha quedado “completamente desamparado”, aunado a que no puede laborar ni llevar un estilo de vida “mínimamente” normal y que el CONSORCIO PACU no le cancela concepto alguno e incluso *“me quitó un auxilio que devengaba por vivir en otra ciudad”.*

Peticiones².-

Reclama el accionante la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, dignidad humana y a la igualdad y, en consecuencia:

1. Se ordene a mi favor el pago y consignación (A la cuenta que describe la certificación bancaria del anexo#1 de este escrito) de las incapacidades laborales que a mí corresponden y se adeudan desde el día 181 hasta la actualidad.
2. Se ordene a, el pago de mi pensión de invalidez de forma transitoria, hasta tanto no se desate el recurso de apelación que se interpusiera por ellos y ante la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.**
3. Se ordene a la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE** informar a este respetado Despacho y al suscrito cuál es el estado actual del trámite que se elevó por el recurso de apelación. De tal forma que, en la menor medida de tiempo posible se coordinen y

² Visto en 02EscritoTutela, pág. 3.

ejecuten las medidas necesarias para emitir, en mi proceso, un Dictamen definitivo por pérdida de capacidad laboral.

4. Se ordene al CONSORCIO PACU, seguir cubriendo el reconocimiento económico por AUXILIO DE VIVIENDA y ALIMENTACIÓN, así como cualquier otro emolumento que me corresponda, se siga garantizando sus obligaciones contractuales.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA INSTANCIA³

El 24 de marzo de 2023 el *A quo* admitió la acción de tutela presentada por DANIEL SIÁCHICA VELANDIA contra la NUEVA EPS S.A., COLPENSIONES, ARL SURA, JRCINS, CONSORCIO PACU y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ (JNCI), a las cuales se les concedió el término de dos (2) días a fin de que ejercieran su derecho de defensa, decretó como pruebas los documentos aportados con el escrito de tutela y solicitó declaración al accionante.

El 10 de abril de 2023 le solicitó al actor *“las incapacidades que se adeudan desde el día 181 hasta la fecha”* y manifestara las gestiones realizadas para su cancelación. Reiteró a COLPENSIONES para que ejerciera su derecho de defensa.

El 13 de abril de 2023 se solicitó a la NUEVA EPS que certificará si después del día 23 de febrero de 2023 se han expedido incapacidades a favor del accionante. En caso positivo, si *“él mismo efectuó los trámites para su cancelación, y si se adeudan a la fecha”*.

RESPUESTA A LA ACCIÓN DE TUTELA

NUEVA EPS S.A.⁴-

En lo que interesa para el caso en concreto, expone que DANIEL SIÁCHICA VELANDIA se encuentra afiliado al SGSSS (Sistema General de Seguridad Social en Salud) en el Régimen Contributivo en la categoría A, en calidad de cotizante. Seguidamente, relaciona las incapacidades pagadas por la NUEVA EPS desde el 7 de julio de 2021 hasta el 4 de octubre de 2022 y anexa una segunda consulta de

³ Visto en 04AutoAdmisorio.

⁴ 11RespuestaNuevaEps.

incapacidades pagadas desde el 7 de septiembre de 2021 hasta el 23 de febrero de 2023, ambas por un total de 180 días.

Destaca que las pretensiones invocadas por el accionante son “netamente económicas” y no están dirigidas a la protección del derecho de salud, el cual actualmente es garantizado por la NUEVA EPS. Por lo tanto, en cumplimiento a la Ley 712 de 2001 resultaría improcedente la acción de tutela para el desembolso de gastos médicos o transportes, licencias de maternidad e incapacidades ya que la jurisdicción laboral ordinaria es la encargada de su estudio.

Menciona que no se cumplen los requisitos de procedencia de la acción tutelar pues el actor no evidencia, siquiera sumariamente, una vulneración a sus derechos fundamentales o un perjuicio irremediable inminente, urgente o grave que requiera la protección constitucional

Evoca que conforme al artículo 45 del decreto 2591 de 1991 la NUEVA EPS actúa legítimamente al negar el pago de las prestaciones económicas correspondientes al pago de incapacidades posterior a 180 días y menos de 540, posición reiterada en la sentencia T-199 de 1995 de la Corte Constitucional.

Plantea que en virtud a la Ley 019 de 2012 y el Decreto 2943 de 2013 es “deber” de COLPENSIONES asumir el valor de las prestaciones económicas a que hubiera lugar posterior a los 180 días, hasta que se realice la calificación de pérdida de capacidad laboral a fin de otorgar la pensión de invalidez.

Indica que en atención al artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012 la EPS “*debe llevar a cabo el tratamiento y rehabilitación del trabajador incapacitado y como resultado de este proceso, debe emitir un concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal*”, el cual será remitido a la Aseguradora de Fondo Pensional antes del día 150 de incapacidad, la cual podrá postergar el trámite de calificación de invalidez hasta por un término máximo de 360 días calendario, adicionales a los 180 días de incapacidad temporal reconocida por la EPS. Por lo tanto, la NUEVA EPS no está “obligada” al reconocer una incapacidad superior a 180 días.

Solicitó que se deniegue por improcedente la presente acción constitucional ya que no se satisface el principio de subsidiariedad como requisito “fundamental” de procedibilidad de la acción de tutela. Asimismo, conminar a COLPENSIONES para que *“determine el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del accionante, al cual tiene derecho y a que notifique efectivamente a Nueva EPS acerca del dictamen”*.

De manera subsidiaria, solicitó que en caso de prosperar la acción de tutela se le ordene a la ADRES reembolsar los gastos en que se incurra para el cumplimiento del fallo.

Finalmente, allegó el fallo de tutela del 23 de noviembre de 2022 emitido por el Juzgado Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pamplona, mediante el cual se concedió la protección de los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social y dignidad humana de DANIEL SIÁCHICA VELANDIA y ordenó *“al Director Zonal de la NUEVA EPS en Norte de Santander y/o quien haga sus veces, SUMINISTRAR al señor DANIEL SIÁCHICA VELANDIA y un acompañante los gastos por concepto de TRANSPORTE, ALIMENTACIÓN Y ALOJAMIENTO INTERMUNICIPALES (...) GARANTIZAR al señor DANIEL SIÁCHICA VELANDIA el TRATAMIENTO INTEGRAL para el tratamiento de las patologías que actualmente padece”*.

Colpensiones.-

Asegura que DANIEL SIÁCHICA VELANDIA *“no se encuentra afiliado a esta administradora de pensiones”*, es por ello que el Fondo de Pensiones ha actuado de manera responsable y en derecho *“sin que exista vulneración alguna a los derechos del ciudadano”* aunado a que las pretensiones que invoca no tienen relación a la determinación del subsidio de incapacidad o al reconocimiento de la pensión de invalidez.

Expresa que el principio de subsidiariedad requiere agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para las controversias que se presenten en el Sistema de Seguridad Social, es decir la jurisdicción ordinaria laboral, por lo que la acción de tutela no es procedente para las pretensiones solicitadas por el actor.

Refiere que cuando se otorga una incapacidad por enfermedad o accidente de origen común le corresponde al empleador cancelar por los 2 primeros días, desde el 3 día hasta el día 180 está a cargo de las EPS, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador, a partir del día 181 y hasta el día 540 su reconocimiento y pago estará en cabeza de las AFP y a partir del día 541 en adelante le corresponde a la EPS.

Afirma que el procedimiento llevado a cabo por la AFP para el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad contempla 5 etapas: i) Validación Documental, ii) Validación de aportes, identificación del día 180 y del IBC, iii) Validación de pertinencia médica y administrativa, iv) Control de calidad por parte de Colpensiones y v) Liquidación y pago del Subsidio por Incapacidad.

Señala que no tiene competencia para resolver los recursos que se encuentran en conocimiento de la Junta Nacional de Calificación, toda vez que en virtud al Decreto 1352 de 2013 tiene como función exclusiva *“1. Decidir en segunda instancia los recursos de apelación interpuestos contra los dictámenes de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, sobre el origen, estado de pérdida de la capacidad laboral, fecha de estructuración y revisión de la pérdida de capacidad laboral y estado de invalidez”*.

Finalmente, solicitó se deniegue la acción de tutela contra COLPENSIONES, por cuanto las pretensiones solicitadas son “abiertamente improcedentes” ya que no satisface el requisito de subsidiariedad ni ha vulnerado los derechos reclamados por el accionante.

ARL SURA⁵.-

Señala que DANIEL SIÁCHICA VELANDIA está vinculado a la ARL desde el 01 de noviembre de 2020 hasta la actualidad como empleado del CONSORCIO PACU y que no tiene prestaciones pendientes que otorgarle al accionante, ya que no ha sido notificada respecto a algún accidente de trabajo sufrido por éste o que hubiera sido calificado con alguna patología como enfermedad laboral.

⁵ 10RespuestaARLSura.

Relata que el 3 de enero de 2022 recibió copia del concepto de rehabilitación por parte de la NUEVA EPS en relación con los diagnósticos “*B349 INFECCIÓN VIRAL NO ESPECIFICADA, E119 - DIABETES MELLITUS NO INSULINODEPENDIENTE SIN MENCIÓN DE COMPLICACIÓN, J22X INFECCIÓN AGUDA NO ESPECIFICADA DE LAS VÍAS RESPIRATORIAS INFERIORES, U071 - COVID-19 (VIRUS IDENTIFICADO), E109 - DIABETES MELLITUS INSULINODEPENDIENTE SIN MENCIÓN DE COMPLICACIÓN*”, catalogadas como enfermedades de origen común.

Informa que ese mismo día, recibió notificación de la JRCINS del dictamen efectuado el 29 de diciembre de 2022, en el cual concluyó que DANIEL SIÁCHICA VELANDIA “*tiene una pérdida de la capacidad laboral de 62.30% de **origen COMÚN**, por los diagnósticos DIABETES MELLITUS INSULINODEPENDIENTE CON COMPLICACIONES RENALES, HIPERTENSIÓN ESENCIAL PRIMARIA, NEUMONÍA DEBIDA A OTROS VIRUS Y RETINOPATÍA DIABÉTICA, **todas ellas enfermedades generales o de origen común***”.

Solicitó su desvinculación de la presente acción tutelar por cuanto no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante, aunado a que en virtud al Decreto 1265 de 1994 las prestaciones requeridas por éste “deben” ser dirigidas a la EPS o AFP a la cual se encuentra afiliado y no a la ARL.

Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander⁶.-

Afirma que no han recibido documentación del actor o queja respecto a los servicios que presta la Entidad, por lo cual no se opone a las pretensiones invocadas por éste, ya que “*no se refiere al cumplimiento del objeto misional de la entidad*” toda vez que son actuaciones de terceros.

Refiere que el 29 de diciembre de 2022 bajo el radicado No. 2164/2022 le efectuaron un dictamen a DANIEL SIÁCHICA VELANDIA a solicitud de COLPENSIONES, el cual fue enviado el 22 de marzo de 2023 a la Junta Nacional para surtir el recurso de apelación.

⁶ 08RespuestaJuntaRegionalCalificaciónInvalidezN.S.

Concluyó que de conformidad al artículo 14 del Decreto 2463 de 2001 la Entidad *“se limita simplemente a la tramitación de solicitudes de calificación de la pérdida de capacidad laboral o de orígenes, remitidas por las diferentes entidades de la seguridad social”*. Por lo tanto, no es procedente su vinculación puesto que no incumplió con sus obligaciones ni vulneró los derechos fundamentales del accionante.

Consortio PACU⁷.-

Solicita se declare como improcedente la acción de tutela interpuesta por el accionante contra el CONSORCIO PACU y, en consecuencia, ordenar su desvinculación del presente trámite.

Manifiesta que las pretensiones están dirigidas a terceras entidades cuya controversia recae en la jurisdicción ordinaria laboral, asimismo, el Accionante no demuestra de manera idónea y contundente la existencia de un perjuicio irremediable ni evidencia la presunta vulneración de sus derechos constitucionales.

Asevera que actualmente tienen una relación laboral con DANIEL SIÁCHICA VELANDIA, ante la cual han cumplido sus obligaciones legales y contractuales tales como la remuneración por la prestación de sus servicios, su afiliación y pago oportuno ante las entidades del SGSSS.

Aclaró que le corresponde a la EPS, ARL o COLPENSIONES el reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas a favor del actor, ya que no es responsable de las decisiones adoptadas por la NUEVA EPS, la ARL SURA o COLPENSIONES pues actúan de manera autónoma e independiente en cumplimiento de las actividades que la ley les otorga.

Determina que ha actuado legítimamente puesto que su obligación recae en *“la realización de los aportes y descuentos relacionados en las normas en materia de seguridad social, dentro de los tiempos y forma estipulados para este fin”*, lo cual ha realizado de manera oportuna y efectiva.

⁷ 13RespuestaConsortioPACU.

Asegura que una vez iniciada la incapacidad de DANIEL SIÁCHICA VELANDIA canceló las 2/3 partes del salario durante los primeros 90 días y la mitad del salario por el tiempo restante hasta el día 180, posteriormente, continuó cancelando los aportes a la seguridad social, ello en cumplimiento al artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo.

Expresa que la sentencia T-199 del 2017 determinó que el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días corresponde a la AFP *“hasta tanto el trabajador se recupere o su enfermedad sea valorada por la junta de calificación de Invalidez”*, además en caso de ser superior al 50 % y el trabajador cumple los demás requisitos del caso *“la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva”*, en la medida en que *“el pago de las incapacidades sustituye al salario durante el tiempo en que el afectado permanece retirado de sus labores”*.

Junta Nacional de Calificación de Invalidez⁸.-

Advierte que pese a no conocer el escrito de tutela (ya que no estaba adjunto en los archivos que recibió), el expediente de DANIEL SIÁCHICA VELANDIA fue remitido por la JRCINS el 28 de marzo de 2023 y repartido a la sala de Decisión No. 4, la cual resolverá el recurso de apelación y emitirán un dictamen conforme a los términos establecidos en el Decreto 1072 de 2015.

Evoca que se asignó la primera cita para valoración médica presencial al paciente para el 18 de mayo de 2023 a las 9:50 a.m., posteriormente, se efectuará la valoración y en virtud a los términos establecidos en el artículo 2.2.5.1.36. del Decreto 1072 de 2015 se emitirá el correspondiente dictamen de calificación.

Solicitó negar las pretensiones encaminadas contra la Entidad, ya que no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante, o en su lugar, solicita su desvinculación de la presente acción.

Daniel Siáchica Velandia.-

En atención al requerimiento efectuado por el Juzgado con oficio calendado 29 de marzo de 2023, manifestó que su núcleo familiar está conformado por su

⁸ 12RespuestaJuntaNacionaldeCalificaciónInvalidez.

compañera permanente MARÍA GABRIELA ORTÍZ, quien es ama de casa y sus dos hijas VALENTINA SIÁCHICA ORTÍZ y NIKOL SALOMÉ SIÁCHICA ORTÍZ, quienes son estudiantes. Desde el 25 de febrero de 2023 no devenga alguna acreencia laboral ni cuenta con ingresos adicionales de otras actividades económicas. Los egresos mensuales de su hogar son de aproximadamente \$1.912.000,00⁹.

Posteriormente, cuando el *A quo* lo requirió para que allegara las incapacidades adeudadas desde el día 181 hasta la fecha (10 de abril de 2023) remitió el certificado de incapacidades otorgado por la NUEVA EPS desde el 7 de julio de 2021 hasta el 23 de febrero de 2023.

Finalmente, el 11 de abril de 2023 precisó que durante todas las incapacidades recibió el 60% de su salario y que lleva *“2 meses sin recibir suma alguna por parte de LA NUEVA EPS ni de mi empleador”*.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN SEGUNDA INSTANCIA¹⁰

Con el objetivo de obtener mayor claridad respecto a las incapacidades otorgadas al Accionante, mediante auto del 4 de mayo de 2023 se dispuso oficiar a la NUEVA EPS y al Accionante.

SENTENCIA IMPUGNADA¹¹.-

Mediante fallo de fecha 13 de abril de 2023 el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta municipalidad negó la protección constitucional de los derechos fundamentales invocados por el Accionante, y como consecuencia de ello, dispuso declarar improcedente la acción de tutela incoada.

Inicialmente, caracterizó al accionante, quien está vinculado al CONSORCIO PACU como Operador de máquina, quien el 5 de julio de 2021 fue diagnosticado con COVID -19 y actualmente padece *“diabetes mellitus insulino dependiente con complicación oftálmica; hipertensión arterial (primaria); enfermedad pulmonar intersticial, no especificada”*.

⁹ 06RespuestaRequerimientoAccionante.

¹⁰ Visto en la pág. 17-18 del cuaderno unificado de segunda instancia.

¹¹ 08SentenciaPrimeraInstancia.

Expresó la primera instancia que el Decreto 780 de 2016 determinó en el artículo 2.2.3.3.1 que para reconocer y cancelar las incapacidades de origen común es necesario *“Contar con el certificado de incapacidad de origen común expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta”*, condición que no cumple el actor toda vez que pese a haber desplegado las facultades oficiosas del juez constitucional, no hay certeza de si al actor se le ha otorgado una incapacidad posterior a la reconocida del 4 de febrero de 2023 hasta el 23 de febrero de 2023.

Seguidamente, señaló que la acción constitucional es improcedente para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de manera transitoria, por cuanto no se satisface el requisito de subsidiariedad, ya que el actor no es un sujeto de especial protección constitucional, pues *“tiene 53 años de edad, ha recibido el pago de las incapacidades hasta el momento otorgadas, así mismo, no ha desplegado actividad procesal administrativa mínima para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez”*, aunado a que es el juez ordinario quien cuenta con la competencia para reconocer o no estos derechos.

Finalmente, indicó que no se pronunciaría respecto a lo atinente a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ por cuanto asignó la valoración médica presencial al accionante para el 18 de mayo de 2023 ni en relación al CONSORCIO PACU ya que informó que los auxilios de vivienda y alimentación son *“auxilios extralegales concedidos de manera unilateral, cuyo reconocimiento y pago no tiene lugar en la medida de que no hay prestación personal del servicio del trabajador mientras se encuentre con incapacidad médico laboral”*.

IMPUGNACIÓN¹²

Fue propuesta solitariamente por DANIEL SIÁCHICA VELANDIA, quien afirmó que el *A quo* no valoró la certificación expedida por la NUEVA EPS, la cual superaba los 180 días de incapacidad ni la calificación de pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, además, dijo, son situaciones que lo catalogan en una condición de debilidad manifiesta ya que no cuenta con ingresos por concepto de salario o de incapacidades, aunado a que su calificación de pérdida de capacidad laboral demuestra su imposibilidad de laborar y debido a que sus diagnósticos son

¹² 24EscritoImpugnación.

considerados como “*enfermedades catastróficas y degenerativas*” cuenta con la calidad de ser sujeto de especial protección constitucional.

Expuso que sufre una vulneración a su mínimo vital en la medida en que no puede laborar pues ha sido incapacitado por un amplio tiempo y mientras está a la espera de que la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ resuelva el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES él y su núcleo familiar están “*aguantando hambre, (ya que) no tengo dinero para comprar mercado*”.

Planteó que existe certeza que desde el día 180 no cuenta con ingresos y que no se dio el concepto de rehabilitación por parte de la NUEVA EPS ni de COLPENSIONES, por lo que “deben” responder por la continuación de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, hasta que quede en firme el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Relató que está “*preocupado es más por las atenciones médicas, que hacer tramites que están en cabeza de las entidades que me aseguran*” por lo que no es de recibo la obligación que el juez constitucional le impone respecto a “*darle prioridad a la radicación de trámites*”.

Solicitó revocar la decisión de primera instancia a fin de conceder el amparo de los derechos fundamentales reclamados y, en consecuencia, ordenar a los accionados realizar “*el pago de las incapacidades después del día 180 y hasta que quede en firme el dictamen de pérdida de capacidad laboral superior al 50% que me haga acreedor de una pensión por invalidez*”.

CONSIDERACIONES

Competencia.-

Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación de la acción de tutela según lo establecido por el artículo 86 de la constitución Política de Colombia, artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991 y por lo dispuesto en el Decreto 1983 de 2017 modificado por el Decreto 333 de 2021.

Problema Jurídico.-

Determinar si la acción satisface los requisitos generales de procedibilidad, y si es así, de acuerdo a la congruencia entre lo reconocido por el *A quo* y lo apelado por DANIEL SIÁCHICA VELANDIA, establecer si *i)* el accionante tiene el derecho al pago de las incapacidades médicas que superan los 180 días y *ii)* el accionante cumple los requisitos para reconocer de manera transitoria la pensión de invalidez.

Caso Concreto.-

El requisito de procedencia de **legitimación en la causa** tiene por finalidad garantizar que quien interponga la acción tenga un *“interés directo y particular”*¹³ respecto de las pretensiones elevadas, de manera que el juez constitucional pueda verificar que *“lo reclamado es la protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro”*¹⁴. A su vez, esta acción debe ser ejercida en contra del sujeto responsable de la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, sea éste una autoridad pública o un particular¹⁵.

Por **activa** tenemos que la acción de tutela fue interpuesta en nombre propio por DANIEL SIÁCHICA VELANDIA, por considerar vulnerados sus derechos al mínimo vital, seguridad social, dignidad humana y la igualdad, encontrándose así acreditada la legitimidad para interponer la acción de tutela por ser la persona a quien presuntamente se le vulneran sus derechos fundamentales.

Por **pasiva**, se tiene que la acción de tutela fue interpuesta en contra de la NUEVA EPS S.A., COLPENSIONES, ARL SURA, JRCINS, CONSORCIO PACU y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, entidades de las cuales se reputa omitieron una prestación de su competencia, satisfaciéndose también tal requisito en su aspecto pasivo.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable computado a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. Es por ello que el requisito de **inmediatez** tiene por finalidad preservar la naturaleza de la acción de tutela,

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-176 del 2011, M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T 176 de 2011.

¹⁵ T 091 de 2018, *op.cit.*

concebida como *“un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados”*¹⁶.

Con el fin de orientar la labor del juez de tutela, la jurisprudencia constitucional ha identificado cinco criterios que ayudan a determinar, en cada caso, el cumplimiento de dicho requisito¹⁷.

Para el caso *sub judice*, con la acción de amparo se pretende el reconocimiento y pago de incapacidades médicas de origen común supuestamente originadas a partir del mes de febrero de 2023. Como la acción de tutela se presentó el 28 de marzo de 2023, se encuentra que se satisface este requisito, al haberse radicado dentro de los 6 meses siguientes a la fecha en que presuntamente se vulneraron los derechos fundamentales del actor.

Respecto al parámetro de **subsidiariedad** en el caso propuesto, como primera medida, debe expresarse que por regla general la acción de tutela sólo procede de manera **excepcional** para reclamar el pago de auxilio por incapacidad cuando *“i) no existe otro medio de defensa judicial, o de existir, éste no es apto para salvaguardar los derechos fundamentales en juego; o ii) cuando se pruebe la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, con las características de grave, inminente y cierto, que exija la adopción de medidas urgentes y necesarias para la protección de derechos fundamentales”*¹⁸.

Debe considerarse que el Accionante es un sujeto de especial protección constitucional por debilidad manifiesta por cuestiones de salud¹⁹, imponiéndose al Estado la obligación de movilizar los mecanismos necesarios para lograr que su igualdad de derechos sea efectiva²⁰, catalogación fundamentada en la valoración

¹⁶Corte Constitucional, sentencia SU 391 de 2016.

¹⁷ “(i) la situación personal del peticionario, que puede hacer desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve; (ii) el momento en el que se produce la vulneración, ya que pueden existir casos de violación permanente de derechos fundamentales; (iii) la naturaleza de la vulneración, pues la demora en la presentación de la tutela puede estar relacionada, precisamente, con la situación que, según el accionante, vulnera sus derechos fundamentales; (iv) la actuación contra la que se dirige la tutela, ya que si se trata de una providencia judicial, el análisis debe ser más estricto, y (v) los efectos de la tutela en los derechos de terceros, quienes tienen la expectativa legítima de que se proteja su seguridad jurídica”. Corte Constitucional, sentencia SU 391 de 2016.

¹⁸ Sentencia T-144 de 2016, Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

¹⁹ “Quien está en situación de debilidad manifiesta por cuestiones de salud es el individuo que: “i) pueda catalogarse como persona con discapacidad, ii) con disminución física, síquica o sensorial en un grado relevante, y (iii) en general todas aquellos que (a) tengan una afectación grave en su salud; (b) esa circunstancia les ‘impida[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares’, y (c) se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho, está en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tiene derecho a la estabilidad laboral reforzada”. Corte Constitucional, sentencia T 020 de 2021.

²⁰ “La categoría de sujeto de especial protección constitucional, según ha definido esta Corporación, se constituye por aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza

de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Norte de Santander que le reconoció una pérdida de capacidad laboral invalidante del 62,30%²¹.

Delanteramente debe establecerse que si bien se acreditó satisfactoriamente la existencia de incapacidades certificadas por la EPS, entre el 7 de julio de 2021 y el 23 de febrero de 2023²², a pesar de haberse decretado pruebas en esta instancia con ese propósito²³, no pudo constatarse que el Accionante haya sido tributario del beneficio de incapacidad con posterioridad a esa fecha.

Como lo ha establecido la ley y la jurisprudencia, es premisa para el pago de la incapacidad que ésta haya sido proferida por el médico tratante. En sentencia STP 1168 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló que:

En ese orden, de acuerdo con el pronunciamiento CC T-144-2016, el certificado de incapacidad temporal **es una prestación que resulta de la existencia de un concepto médico, el cual acredita la falta transitoria de aptitud laboral del trabajador, es decir, que surge de «un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica»**. En la emisión de este último, «el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada con el fin de proteger los derechos fundamentales a la salud y la vida del paciente». (Énfasis fuera de texto).

Así las cosas, cuando un galeno, en el ejercicio de sus funciones, expide constancia de inhabilidad laboral a favor de un usuario del Sistema General de Seguridad Social, es deber de su empleador respetar el lapso otorgado al afectado o enfermo para que se recupere del cuadro clínico que le han diagnosticado, en aras que pueda retornar a sus oficios con la capacidad física o mental óptima y desarrollar sus quehaceres de manera eficiente, es decir, no puede exigírsele al subordinado que se presente al trabajo estando incapacitado, pues éste ostenta una justa causa para su ausencia. (Negrilla fuera de texto).

Además, dispone el Decreto 1427 de 2022 (citado por la primera instancia) que:

Artículo 2.2.3.3.1 Condiciones para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común. Para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común, deben acreditarse las siguientes condiciones al momento del inicio de la incapacidad:

de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza". Corte Constitucional, sentencia T 167 de 2011.

²¹ 03EscritoTutelaAnexos, pág. 21.

²² Folios 148 a 150, segunda instancia.

²³ Auto de 4 de mayo de 2023, folio 17 ibid.

1. Estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante, incluidos los pensionados con ingresos adicionales.

2. Haber cotizado efectivamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como mínimo cuatro (4) semanas, inmediatamente anteriores al inicio de la incapacidad. El tiempo mínimo de cotización se verificará a la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la incapacidad.

3. Contar con el certificado de incapacidad de origen común expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta.

No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica derivada de la incapacidad de origen común cuando esta última se origine en la atención por servicios o tecnologías excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud, según los criterios establecidos en la Ley 1751 de 2015, artículo 15, numerales a, b, c, d, e y f, y las normas que la modifiquen o regulen.

Para el reconocimiento y pago de la incapacidad de origen común y sus prórrogas, se tomará como ingreso base de cotización el reportado en el mes anterior al inicio de la incapacidad, entendiendo por inicio, el reportado en el día uno (1) de la incapacidad inicial, no el de las prórrogas.

Parágrafo. Para efecto de determinar el monto de la prestación económica derivada de la incapacidad de origen común a favor del pensionado con ingresos adicionales a su mesada pensional, se tomará como Ingreso Base de Cotización, el valor sobre el cual efectúa cotizaciones adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Salud y no sobre el valor de su mesada pensional ni la sumatoria de ambos ingresos.

En esa medida, el concepto médico de la persistencia de la incapacidad clínica es la ineludible puerta de entrada a la ruta para su reconocimiento y pago. Dado que en el caso actual la continuación de la condición médica que originó las incapacidades no se acreditó, es inviable ordenar su pago a partir del 24 de febrero de 2023.

Si bien existe el apelado dictamen de pérdida de capacidad laboral realizado por la JRCINS el 29 de diciembre de 2022 que arrojó una pérdida del 62,3%, ello no es óbice para que se omita la exigencia legal de emisión de la incapacidad expedida por un médico de la red de servicios de la EPS, único autorizado para establecerla.

Sin embargo, y dada la acreditada situación de vulnerabilidad del Accionante que impone al juez constitucional el ejercicio reforzado y preeminente de las facultades que le asisten, se ordenará a la NUEVA EPS que en el término impostergable de 48 horas contacte al Accionante para, mediando su red de servicios, dentro de ese plazo le realice la consulta médica que determine si persiste su situación de incapacidad y además le asesore acerca de su responsabilidad en el trámite de las que puedan sobrevenir.

En caso de que el médico de la red de servicios efectivamente profiera el certificado de incapacidad, y como el 30 de diciembre de 2021 la NUEVA EPS ya emitió el concepto favorable de rehabilitación dirigido a la AFP, se ORDENA a COLPENSIONES que previa verificación con el empleador CONSORCIO PACU que el Accionante es su afiliado, continúe pagando el subsidio de incapacidad mientras persistan las situaciones que le dan fundamento legal.

Lo anterior, por cuanto la Corte Constitucional ya fijó las reglas que deben seguirse en materia de reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común, de la siguiente manera:

.- El pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días corre por cuenta del empleador (Decreto 1049 de 1999, artículo 40, parágrafo 1°).

.- Las incapacidades por enfermedad general que se causen desde entonces y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Ley 100 de 1993, artículo 206). En todos los casos, corresponde al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 121).

.- La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación. El mencionado concepto deberá ser enviado a la AFP antes del día 150 de incapacidad (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 142).

.- Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP podrá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, y en caso de que utilice dicha prerrogativa, debe asumir el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador (Decreto 2463 de 2001, artículo 23).

.- Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.

.- Si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad²⁴.

En conclusión, en caso de que al trabajador le sean expedidas incapacidades médicas (por patologías de origen común como es el caso que nos ocupa), pero éstas (i) no superen los 180 días le corresponde a la EPS el pago de las mismas; sin embargo, (ii) en el evento que las mismas sobrepasen los 180 días, el responsable del pago es el fondo de pensiones, independientemente de si el concepto de rehabilitación por parte de la EPS sea favorable o no. Así lo señaló la Corte:

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181, de acuerdo con la norma citada del Decreto 019 de 2012, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado. Si bien esto último fue objeto de debate en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación^[54], esta Corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador con independencia de la decisión contenida en el concepto^[55] (...) ²⁵.

Y más recientemente dijo:

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación^[26], esta corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación^[27] (...) ²⁶.

Respecto al segundo problema jurídico, es menester comprobar que pese a que COLPENSIONES manifestó que *“revisados los aplicativos y bases de datos de la*

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-333 de 2013, reiterada entre otros en los fallos T- 245 de 2015 y T-364 de 2016.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-523 de 2020.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-194 de 2021.

entidad se logró determinar que el (la) ciudadano (a) **DANIEL SIACHICA VELANDIA** no se encuentra afiliado a esta administradora de pensiones²⁷, dicha afirmación fue contradicha por el CONSORCIO PACU (Entidad para la cual labora el actor), la cual indicó que cumplió con su obligación de afiliar al accionante y cancelar los respectivos aportes al SGSSS²⁸, y allegó el Certificado de Aportes para los años 2022 y 2023 por el concepto de “PENSIÓN” en la Administradora “COLPENSIONES”²⁹. Por lo que se concluye que efectivamente el actor se encuentra afiliado a esta AFP.

Además, en sentencia T 318 de 2020 ha dicho la Corte Constitucional que “en materia pensional, para que la tutela sea procedente cuando quien solicita el amparo es una persona en situación de vulnerabilidad o sujeto de especial protección constitucional, se deben acreditar las siguientes condiciones al momento de estudiar pretensiones que impliquen el otorgamiento de una pensión por vía de tutela”³⁰. A saber:

- a. Que se trate de sujetos de especial protección constitucional.
- b. Que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital.
- c. Que el accionante haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial con el objetivo de que le sea reconocida la prestación reclamada.
- d. Que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados³¹.

En el caso de marras, no se satisface el requisito de haber desplegado alguna actividad administrativa, porque el tutelante no ha efectuado diligencia alguna para solicitar el reconocimiento del derecho pensional a su AFP y, por ende, COLPENSIONES no ha tenido la oportunidad para decidir si la otorga o la niega³².

Con base en las anteriores consideraciones, si bien se verifica el incumplimiento

²⁷ 16RespuestaColpensiones, pág. 3.

²⁸ 13RespuestaConsortioPACU, pág. 6.

²⁹ Ibidem, pág. 31.

³⁰ Sentencia T-326 de 2013.

³¹ Ver Sentencias T-1069 de 2012, T-315 de 2017 y T-320 de 2017.

³² “Una vez revisados los argumentos que dieron origen a la acción de tutela de la referencia y verificados los sistemas de información que tiene Colpensiones, se puede observar que no se encuentra petición pendiente de solución presentada por el actor tendiente a la determinación del subsidio de incapacidad o al reconocimiento de la pensión de invalidez”, archivo 16RespuestaColpensiones, pág. 3.

del requisito de subsidiariedad que hace inviable la protección reclamada, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia para proferir las órdenes que garanticen la igualdad efectiva del Accionante.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA ÚNICA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 13 de abril de 2023 proferida por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pamplona, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ORDENAR a la **NUEVA EPS** que en el término impostergable de 48 horas contacte al Accionante para, mediando su red de servicios, dentro de ese plazo le realice la consulta médica que determine si persiste su situación de incapacidad y además le asesore acerca de su responsabilidad en el trámite de las que puedan sobrevenir.

En caso de que el médico de la red de servicios efectivamente profiera el certificado de incapacidad, y como el 30 de diciembre de 2021 la NUEVA EPS ya emitió el concepto favorable de rehabilitación dirigido a la AFP, se **ORDENA** a **COLPENSIONES** que previa verificación con el empleador **CONSORCIO PACU** que el Accionante es su afiliado, continúe pagando el subsidio de incapacidad mientras persistan las situaciones que le dan fundamento legal.

Las demás decisiones tomadas por la primera instancia permanecerán incólumes.

TERCERO: COMUNICAR lo decidido a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: REMITIR la actuación procesal a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La presente decisión fue discutida y aprobada en sala realizada el día 30 de mayo de 2023.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS
Magistrado

JAIME RAÚL ÁLVARADO PACHECO
Magistrado

JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
Magistrado

Firmado Por:

Nelson Omar Melendez Granados
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Juzgado De Circuito
Promiscuo 1 De Familia
Cucuta - N. De Santander

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: **2f2c330345588f5821230fe07889a2f0b6a3984dfee9fc07d11c242ee927b232**

Documento generado en 30/05/2023 06:04:20 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>