



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, 7 de diciembre de 2021
Acta nro 117

| | |
|------------|--------------------------------|
| Proceso | IMPUGNACIÓN ACCIÓN DE TUTELA |
| Radicado | 54-518-31-87-001-2021-00136-01 |
| Accionante | CARMEN CECILIA ROZO OJEDA |
| Accionado | COLPENSIONES |

ASUNTO

Decide la Sala la impugnación interpuesta por medio de apoderado judicial por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” contra el fallo de tutela de fecha 29 de octubre de 2021 proferido por el JUZGADO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE PAMPLONA¹,

ANTECEDENTES

HECHOS².-

De conformidad con el escrito inicial y de las pruebas adosadas al plenario, se observa la situación fáctica que se describirá seguidamente:

¹ Si bien la providencia se dató como del año 2019, se entiende que ello es erróneo, pues incontrovertiblemente corresponde al año que avanza.

² Folio 3 y ss. ibidem.

CARMEN CECILIA ROZO OJEDA manifestó que tiene 58 años de edad y es trabajadora del área de servicios generales de la institución educativa HERMANAS BETHLEMITAS PROVINCIA DEL SAGRADO CORAZÓN DE PAMPLONA desde el año 2002.

Relató que el 13 de noviembre de 2020 sufrió accidente doméstico que le produjo *“FRACTURA DE LA EPÍFISIS INTERIOR DEL RADIO IZQUIERDO”*, lo cual le generó incapacidad de origen común.

Informó que se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud a la NUEVA EPS y en pensiones a COLPENSIONES.

Sostuvo que la NUEVA EPS *“realizó la transcripción y pago en concepto de incapacidades a la suscrita en las fechas comprendidas entre 13 de noviembre del 2020 hasta 11 de mayo del 2021”*.

Agrega que transcurridos 180 días la NUEVA EPS *“remitió al fondo de pensiones COLPENSIONES el concepto de rehabilitación FAVORABLE para dar continuidad al pago de mis incapacidades”*.

Afirma que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” no transcribió ni realizó el pago de incapacidades del 11 al 26 de mayo de 2021, y desde el 27 de mayo de 2021 inició la transcripción de las incapacidades pero no ha efectuado el pago.

Aduce que trabaja para su propio sustento y el de su esposo quien tiene una afección cardiaca severa y no recibe más ingresos que su salario, viéndose obligada por el no pago de incapacidades a pedir apoyo de sus hijos quienes son *“trabajadores independientes y no cuentan con salario fijo”*.

PETICIONES³.

La promotora pretende se le tutelen los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y seguridad social, en consecuencia, “*SE ORDENE al fondo de pensiones COLPENSIONES se reconozca y pague el valor de las incapacidades médicas que, por concepto de enfermedad general, le fueron expedidas*”.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE EN PRIMERA INSTANCIA

El 20 de octubre de 2021⁴ la *A quo* admitió la acción de tutela promovida por CARMEN CECILIA ROZO OJEDA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, vinculó al trámite a la NUEVA EPS, ARL SURA y EL COLEGIO SAGRADO CORAZÓN DE JESÚS DE PAMPLONA, ordenó correrles traslado tanto al ente accionado como a los vinculados por el término de 2 días y tuvo como pruebas los documentos aportados con la petición.

Con auto de fecha 27 de octubre de 2021⁵ decretó la declaración de CARMEN CECILIA ROZO OJEDA, la que se recibió 28 del mismo mes y año⁶.

El 29 de octubre de 2021 decidió la acción constitucional⁷.

RESPUESTA A LA ACCIÓN

SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. (ARL SURA)⁸.-

Por medio de su representante legal indicó que CARMEN CECILIA ROZO OJEDA registra cobertura con la ARL a través de la empresa HERMANAS BETHLEMITAS PROVINCIA DEL SAGRADO CORAZÓN desde el 13 de enero de 2020 a la fecha y no ha presentado ninguna patología de origen laboral para su cobertura.

Considera que lo pretendido es el pago de incapacidad por “*FRACTURA DE LA EPIFISIS UNFERIOR DEL RADIO*”, la que no fue calificada como de origen laboral,

³ Folio 5.

⁴ Folio 26.

⁵ Folio 120.

⁶ Archivo 014. DECLARACIÓN, del LINK enviado visto a folio 5 del cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 122 y ss.

⁸ Folio 43 y ss.

por lo que solicita declarar improcedente la acción de tutela respecto de la entidad por no haber vulnerado ningún derecho a la Accionante.

COLEGIO SAGRADO CORAZÓN DE JESÚS⁹.

La representante legal de la COMUNIDAD HERMANAS BETHLEMITAS DE PAMPLONA y la Rectora del COLEGIO SAGRADO CORAZÓN DE JESÚS, sostienen que CARMEN CECILIA ROZO OJEDA viene trabajando en la institución como trabajadora de oficios varios, a quien se han realizado oportunamente los aportes a seguridad social.

Sostienen que *“es cierto que desde el 13 de noviembre de 2020 hasta la fecha, la señora CARMEN CECILIA ROZO OJEDA ha estado incapacitada por presentar Fractura de la epífisis inferior del radio como lo avalan las incapacidades que le han expedido las instituciones de salud avaladas por la NUEVA EPS (...)”*.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES).-¹⁰

La Directora de acciones constitucionales de la entidad indicó que *“la accionante radicó solicitud de reconocimiento de incapacidades médicas el 15 de octubre de 2021 bajo el bz 2021-12261357, petición que fue atendida con oficio del 15 de octubre de 2021 donde se informaba al accionante que su petición había sido rechazada toda vez que no se ha realizado la cotización de los periodos solicitados teniendo en cuenta que la fecha de iniciación de la incapacidad es 04 de octubre de 2021”*.

Relaciona el artículo 41 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 0019 de 2012 para concluir que *“solo quienes se encuentren afiliados como cotizantes activos, están facultados para demostrar que derivan sus ingresos de los salarios que perciben, más aún cuando la cotización de aportes al sistema son los que garantizan la viabilidad financiera del mismo”*.

Sostiene que para el reconocimiento y pago de incapacidades se debe realizar el procedimiento específico que inicia con la radicación en cabeza del afiliado y que COLPENSIONES reconoce las incapacidades entre el día 181 al 540.

⁹ Folios 66 y ss.

¹⁰ Folio 71 y ss.

Considera que se incumple con el requisito de subsidiariedad al no haberse agotado los medios judiciales, y solicita se niegue la acción de tutela por ser improcedente para el pago de prestaciones económicas.

NUEVA EPS¹¹.-

El apoderado especial de la entidad señaló que “Verificado el sistema Integral de NUEVA EPS, se evidencia que el accionante está en estado activo para recibir la asegurabilidad y pertinencia en el SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO COTIZANTE CATEGORIA A”.

Indicó que el 23 de junio de 2021 la entidad emitió concepto de rehabilitación el que fue notificado, y, las incapacidades solicitadas son superiores a 180 días por lo que corresponde su pago al fondo de pensiones.

Luego de reseñar las normas y jurisprudencia respecto del tema objeto de litigio, solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela por existir otro medio de defensa y tratarse de una reclamación económica.

SENTENCIA IMPUGNADA¹²

Mediante fallo de fecha 29 de octubre de 2021 el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta municipalidad resolvió tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de CARMEN CECILIA ROZO OJEDA vulnerados por COLPENSIONES, ordenándole *“que en el término dentro (sic.) de los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, y si aún no lo ha hecho, reconozca y pague a la citada las incapacidades causadas a partir del día 181”*.

Consideró al respecto que *“es claro que ninguna de las accionadas ha asumido el correspondiente pago de las incapacidades médicas otorgadas a la peticionaria a partir del día 181 hasta la fecha”* y advirtió que *“tratándose de una enfermedad de origen común como ocurre en el caso de estudio y teniendo como base la jurisprudencia citada en la presente decisión, quien está llamado a cancelar las*

¹¹ Folio 99 y ss

¹² Folio 122 y ss.

incapacidades generadas a partir del día 181 de la señora CARMEN CECILIA ROZO OJEDA, es COLPENSIONES”.

Agregó que “si bien la promotora de amparo no allegó la documentación aportada a COLPENSIONES para proceder al reconocimiento de las incapacidades causadas a partir del día 181, obra en el expediente de tutela la comunicación BZ2021-9849087-2101395 del 27 de agosto de 2021 expedida por la citada autoridad donde le informan a la señora Carmen Cecilia Rozo que del trámite del subsidio de incapacidad se está trasladando al área correspondiente para que inicie el estudio de la solicitud, indicando con ello, que aquella ha gestionado ante la demandada el pago de dichas prestaciones; también obran las órdenes de incapacidad enlistadas en precedencia”.

IMPUGNACIÓN¹³

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES por medio de la Dirección de Acciones Constitucionales impugnó la decisión, insiste *“Que verificado el historial de trámite se observa que la accionante radico solicitud de reconocimiento de incapacidades médicas el 15 de octubre de 2021 bajo el bz 2021-12261357, petición que fue atendida con oficio del 15 de octubre de 2021 donde se informaba al accionante que su petición había sido rechazada toda vez que no se ha realizado la cotización de los periodos solicitados teniendo en cuenta que la fecha de iniciación de la incapacidad es 04 de octubre de 2021”.*

Reitera que para el reconocimiento y pago de incapacidades se debe adelantar un procedimiento específico que inicia con la radicación del afiliado y que COLPENSIONES es competente para el reconocimiento de incapacidades de origen común expedidas entre el día 181 y 540, las incapacidades anteriores y posteriores son competencia de las EPS.

Considera que la solicitud de los derechos invocados por la accionante son de conocimiento del juez ordinario y la acción de tutela se torna improcedente para el pago de prestaciones económicas.

¹³ Folio 150 y ss.

Insiste en que la afiliación es obligatoria “y es el acto jurídico fuente de los derechos y obligaciones de donde emanan todas las prestaciones a que tienen derecho los afiliados, y para garantizar la viabilidad financiera del sistema, la normativa estableció que la afiliación implica la obligación de efectuar los aportes dentro de los plazos establecidos para ello”.

Luego de anotar normas y jurisprudencia relacionadas con el tema de las incapacidades médicas, señaló que “debe tenerse en cuenta que decidir de fondo las pretensiones del accionante y acceder a las mismas, invade la órbita del juez ordinario y su autodomínio, pero además excede las competencias del juez constitucional, en la medida que no se probó vulneración a derechos fundamentales, ni la existencia de un perjuicio irremediable que haga viable proteger derecho alguno”.

Solicita se revoque el fallo de primera instancia por incumplimiento del requisito de procedibilidad y por no haberse demostrado la vulneración de derechos por parte de la entidad.

CONSIDERACIONES

Competencia. -

Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación de la presente 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 1069 de 015, modificado por el Decreto 333 de 2021.

Problema Jurídico.-

Considerando que la Accionante ha afirmado que la NUEVA EPS “realizó la transcripción y pago en concepto de incapacidades a la suscrita en las fechas comprendidas entre el 13 de noviembre del 2020 hasta 11 de mayo de 2021”, es decir, de los primeros 180 días de incapacidad, corresponde a la Sala determinar, en primer lugar, si la acción de tutela cumple con los requisitos generales de procedibilidad que habilitan su procedencia.

En caso de ser satisfechos, establecer si, de acuerdo con la solicitud acotada en su apelación por la accionada COLPENSIONES, es improcedente el pago de incapacidades por medios de la acción de tutela y si es indispensable que se satisfaga la *“exigencia de ser afiliado activo cotizante para el pago de incapacidades”*.

De la acción de tutela. -

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Nacional, toda persona puede ejercer la acción de tutela mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, siempre que resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares.

La acción de tutela resulta procedente cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz para la protección de sus derechos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la consolidación de un perjuicio irremediable.

Cumplimiento de los Requisitos Generales de Procedencia de la Acción de Tutela.-

Previo a abordar si existe la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados, se examinará si la acción de tutela presentada en nombre propio por CARMEN CECILIA ROZO OJEDA, satisface los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela que apuntan a la procedencia de la misma, a saber: (i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva, (ii) la inmediatez y (iii) la subsidiariedad¹⁴. De cumplirse dichos requisitos, se procederá a analizar de fondo el asunto.

Legitimación en la Causa. -

Este requisito de procedencia tiene por finalidad garantizar que quien interponga la acción tenga un *“interés directo y particular”* respecto de las pretensiones elevadas, de manera que el juez constitucional pueda verificar que *“lo reclamado es la*

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

*protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro*¹⁵. A su vez, esta acción debe ser ejercida en contra del sujeto responsable de la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, sea este una autoridad pública o un particular¹⁶.

Por activa tenemos que la acción de tutela fue interpuesta en nombre propio por CARMEN CECILIA ROZO OJEDA, por considerar vulnerados sus derechos a la seguridad social, salud y mínimo vital, 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 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” cuya presunta omisión es el objeto de la acción en estudio, y el juzgado de primera instancia, vinculó a la NUEVA EPS, SURA ARL y COLEGIO SAGRADO CORAZÓN DE JESÚS DE PAMPLONA, terceros que se pueden ver concernidos con la decisión, según su órbita competencia.

Conforme a lo analizado se encuentra acreditado este requisito.

Inmediatez. -

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. Este requisito tiene por finalidad preservar la naturaleza de la acción de tutela, concebida como *“un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados”*¹⁷.

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 del requisito de inmediatez¹⁸.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T 176 de 2011.

¹⁶ T 091 de 2018, *op.cit.*

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia SU 391 de 2016.

¹⁸ “(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

Para el caso *sub judice*, con la acción de amparo se pretende el reconocimiento y pago de incapacidades médicas de origen común del 11 de mayo de 2021 al 2 de noviembre de 2021. Como la acción de tutela se presentó el 19 de octubre de 2021 se encuentra que se satisface el requisito de inmediatez, al haberse radicado dentro de los 6 meses a que se presentó la presunta vulneración de los derechos fundamentales.

Subsidiariedad. -

Atendiendo lo regulado en el artículo 86 de la Constitución Nacional la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria, es decir, que la procedencia es condicionada para cuando “*el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, [o] ii) cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante o iii) cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.*”¹⁹

Respecto al reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como es el auxilio de incapacidad, la Corte Constitucional ha señalado que en principio la acción de tutela no es procedente atendiendo que en el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012 fijó su conocimiento en cabeza de la jurisdicción ordinaria²⁰. Además, el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, literal g, prevé un trámite administrativo ante la Superintendencia Nacional de Salud²¹.

Sin embargo, en lo tocante al reconocimiento de incapacidades señaló:

3.2.5 No obstante lo anterior, en lo que se relaciona específicamente con el reconocimiento de incapacidades, este Tribunal ha reconocido la procedencia de la acción de tutela, por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone la vulneración de otros derechos fundamentales habida cuenta de que en muchos casos, dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo

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.

¹⁹ Artículo 86 de la Constitución Política. Ver sobre el particular sentencia T-847 de 2014 (M.P Luis Ernesto Vargas Silva).

²⁰ 4.- Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos.

²¹ conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.

familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata.

(...)

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

Sobre esa base, la jurisprudencia en la materia ha reiterado que “los *mecanismos ordinarios instituidos para [reclamar el pago del auxilio por incapacidad], no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza*²².”

Asimismo, el rol del accionante en procura de sus intereses, también es asunto relevante en la constatación del requisito de subsidiariedad:

Así, en diferentes pronunciamientos, con el fin de determinar la procedencia de la acción de amparo cuando median este tipo de pretensiones, se han ponderado aspectos como la edad del presunto afectado (menor de edad, adulto mayor), la situación económica, el estado de salud del solicitante y de su familia, el grado de afectación que tendrían sus derechos fundamentales ante la falta de pago de la prestación económica solicitada (mínimo vital), **así como la actividad administrativa adelantada para obtener la protección de sus derechos**²³.

En el caso que se estudia, CARMEN CECILIA ROZO OJEDA se encuentra incapacitada por enfermedad de origen común (*FRACTURA DE LA EPIFISIS INFERIOR DEL RADIO*) desde el 13 de noviembre de 2020, está vinculada laboralmente con la institución educativa HERMANAS BETHLEMITAS PROVINCIA DEL SAGRADO CORAZÓN DE PAMPLONA, tiene 58 años de edad, su esposo se encuentra enfermo y la única fuente de ingreso para la subsistencia tanto de ella como de su esposo, es el salario que devenga como empleada del colegio.

En oficio NS-DMZ 592-2021 de 23 de junio de 2021, la NUEVA EPS informó a la Accionante que “*posterior a la radicación masiva y tardía de 119 días de incapacidad, la dependencia técnica de medicina procedió a emitir concepto de*

²² Corte Constitucional, sentencia T 161 de 2019.

²³ Corte Constitucional, sentencia T 194 de 2021. Énfasis fuera de texto.

*rehabilitación favorable que remitimos con esta respuesta*²⁴, lo cual se ratificó en el oficio DRM-CGA-03828 de 23 de junio de 2021, en el cual se consignó que *“hubo radicación tardía de incapacidades”*²⁵.

Con el fin de dilucidar la cuestión, en trámite de segunda instancia se requirió a la Accionante a fin de que allegara los soportes de radicación de las incapacidades ante COLPENSIONES²⁶, por lo cual arrió órdenes de incapacidad de 10 de junio²⁷, 29 de julio²⁸ de 2021, 28 de octubre²⁹ y 8 de octubre de 2021³⁰.

Considerando que junto al libelo inicial se acompañaron certificaciones y órdenes de incapacidad de 11 de junio³¹, 10 de junio³², 26 de junio³³, 29 de julio³⁴ y 8 de octubre de 2021³⁵, es claro que ningún trámite se acreditó antes del 11 de mayo de 2021, día 180 de incapacidad, y por ende, no se satisface el requisito de subsidiariedad respecto del lapso comprendido entre ese día y el 23 de junio de 2021, día inmediatamente anterior al de remisión del concepto de rehabilitación, lapso que permanece insoluto.

En ese orden de ideas, se revocará la orden de pago de incapacidades insolutas correspondientes al 11 de mayo al 23 de junio de 2021, cuya orden de pago deberá ser tramitada a través del mecanismo ordinario establecido para ello, lo cual no impacta, por las órdenes que se darán a continuación, el mínimo vital de la Accionante.

Respecto al pago de las incapacidades a partir del 24 de junio de 2021, tenemos que los medios de defensa existentes ante la justicia ordinaria laboral y el trámite administrativo ante la Superintendencia de Salud resultan ineficaces para conjurar la vulneración de los derechos de CARMEN CECILIA ROZO OJEDA, por lo que se requiere la intervención inmediata para evitar la consumación de un perjuicio mayor.

²⁴ Folio 7.

²⁵ Folio 15.

²⁶ Folio 41 cuaderno segunda instancia.

²⁷ Folio 44, ibídem.

²⁸ Folios 45 y 46, ibídem.

²⁹ Folios 47, ibídem.

³⁰ Folios 48 y 49, ibídem.

³¹ Folio 8.

³² Folio 9.

³³ Folio 10.

³⁴ Folio 11.

³⁵ Folios 23 y 24..

En consecuencia, y contrario por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", se tiene por satisfecho el requisito de subsidiariedad para el interregno, y se verifica la viabilidad de analizar de fondo el asunto.

Conforme a lo anterior, en el caso bajo estudio se reúnen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, por lo que resulta procedente el estudio de fondo.

CASO CONCRETO

CARMEN CECILIA ROZO OJEDA presentó la acción de tutela contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" por falta de pago de las incapacidades concedidas desde el 11 de mayo de 2021 en adelante, por lo que considera vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social, salud y mínimo vital.

Según se evidencia en el expediente³⁶ a CARMEN CECILIA ROZO OJEDA se le han prescrito incapacidades continuas de origen común desde el 13 de noviembre de 2020 al 2 de noviembre de 2021, por el diagnóstico "*FRACTURA DE LA EPIFISIS INFERIOR DEL RADIO*".

Tanto la accionante como la NUEVA EPS coinciden en señalar que los primeros 180 días de incapacidad fueron reconocidos y cancelados a la actora, no siendo dichos periodos objeto de protección de la acción de tutela, siendo la pretensión el pago de las incapacidades a partir del día 181.

Al respecto, la NUEVA EPS señaló que las incapacidades solicitadas son superiores al día 180, por lo que su pago corresponde al fondo de pensiones, y, que la entidad el 23 de junio de 2021 emitió el concepto de rehabilitación.

Por su parte, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", indicó que el reconocimiento de incapacidades expedidas entre el día 181 y 540 se encuentra a cargo del fondo de pensiones, pero señaló "*(...) que la accionante radico solicitud de reconocimiento de incapacidades médicas el 15 de octubre de 2021 bajo bz 2021_12261357, petición que fue atendida con oficio del*

³⁶ Folios 8 a 14, 23 y 24 del expediente primera instancia unificado.

15 de octubre de 2021 donde se informaba al accionante que su petición había sido rechazada toda vez que no se ha realizado la cotización de los periodos solicitados teniendo en cuenta que a la fecha de iniciación de la incapacidad es 04 de octubre de 2021”.

Respecto al pago de incapacidades por enfermedad de origen común, la Corte estableció:

- i. Entre el día **1** y **2** será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.
- ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número **180**, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.
- iii. Desde el día **181** y hasta un plazo de **540** días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005^[81] para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS^[82].

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que 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^[83].

Así las cosas, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia.³⁷

*(iii) La referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad*³⁸

Descendiendo al caso concreto y aplicando lo señalado por la jurisprudencia, tenemos que la EPS pagó las incapacidades hasta el día 180, es decir hasta el 11 de mayo de 2021, y según lo señaló la misma entidad, solo hasta el 23 de junio de 2021 emitió el concepto de rehabilitación, el que fue enviado a la

³⁷ T-161 de 2019.

³⁸ T-144 de 2016.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” el 24 de junio de 2021, según reporte que obra en el expediente³⁹.

Respecto del reconocimiento del lapso de incapacidades de 11 de mayo a 23 de junio de 2021, como ya se anotó, no ostentan el requisito de subsidiariedad, por lo que deberá ser planteado a través de la vía ordinaria.

Respecto de las incapacidades subsiguientes, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” tanto en la contestación de la acción de tutela como en la impugnación del fallo, señaló que la accionante radicó solicitud de reconocimiento de incapacidad médica el 15 de octubre de 2021, a la que dieron respuesta el mismo día informándole que se rechazaba “(...) *toda vez que no se ha realizado la cotización de los periodos solicitados teniendo en cuenta que la fecha de iniciación de la incapacidad es 04 de octubre de 2021*”.

Frente al pago de los aportes al sistema de seguridad social, el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 dispuso:

ARTÍCULO 24.- Acciones de cobro. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.

Respecto a la mora en el pago de las cotizaciones, la Corte Suprema de Justicia señaló:

Con todo, sea esta la oportunidad para reiterar dos temas que han sido profusamente desarrollados por la jurisprudencia del trabajo. Uno, es que el estado de mora no genera la pérdida de la calidad de cotizante activo del trabajador, en la medida que el retardo en el pago de las cotizaciones constituye una conducta que no puede atribuírsele, ni menos puede generar los efectos de una desafiliación (CSJ SL667-2013); y dos, en los eventos de mora del empleador, las administradores de pensiones deben adelantar las gestiones de cobro, a fin de obtener el debido recaudo de las cotizaciones, de modo que, de omitirse esta obligación, responderán por el pago de la prestación, lo que indica que si estas se realizan aun de forma extemporánea, deben tenerse en cuenta para el pago de la prestación deprecada⁴⁰.

³⁹ Folio 24 Cuaderno segunda instancia.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Laboral, sentencia SL 3550 de 2018.

Así las cosas, se tiene que CARMEN CECILIA ROZO OJEDA, quien se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a COLPENSIONES, tiene derecho a que se le cancelen las incapacidades médicas, pese a que, según lo indica la administradora de pensiones, no se haya realizado la cotización del mes de octubre, pues la Ley le concede al fondo de pensiones los mecanismos legales para exigir dicho pago al empleador y no hacer que el afiliado soporte las consecuencias adversas a tal incumplimiento.

Conforme con lo anterior, se precisa entonces que CARMEN CECILIA ROZO OJEDA no sólo radicó la incapacidad a que hace relación la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", sino que también radicó y solicitó otras incapacidades desde el mes de agosto de 2021, a las cuales tiene derecho por estar afiliada a dicho fondo y que a la fecha no le han sido canceladas.

Atendiendo lo anterior, y contrario a lo manifestado por COLPENSIONES, resulta evidente la afectación a los derechos fundamentales a seguridad social, salud y mínimo vital de CARMEN CECILIA ROZO OJEDA, al constatarse que no ha recibido la totalidad del pago de sus incapacidades, las que constituyen su única fuente de ingreso y de su esposo, según lo manifestado en la tutela y reiterado en la declaración que rindió el 28 de octubre de 2021⁴¹, hecho que no fue desvirtuado.

En conclusión, el pago de las incapacidades otorgadas a CARMEN CECILIA, debe cancelarse por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" desde el 24 de junio de 2021 hasta el 2 de noviembre de 2021 y las que en lo sucesivo se otorguen mientras subsistan las circunstancias actuales y por el término y en las condiciones que la ley señale.

Por tanto, se modificará el numeral segundo del fallo de primera instancia el que quedará así:

SEGUNDO: ORDENAR A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del fallo, pague el subsidio de incapacidad temporal a CARMEN CECILIA ROZO OJEDA del periodo comprendido entre el del 24 de junio de 2021 hasta el 2 de noviembre de 2021, y las que en lo sucesivo se le otorguen, mientras subsistan

⁴¹ Archivo 014. DECLARACIÓN, del LINK enviado visto a folio 5 del cuaderno de segunda instancia.

las circunstancias actuales y por el término y en las condiciones que la ley señale.

Lo anterior, sin perjuicio de las acciones de cobro de aportes otorgadas a las entidades del sistema de seguridad social en salud.

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: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia de fecha 29 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado de EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE PAMPLONA, el que quedará así:

SEGUNDO: ORDENAR A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del fallo, pague el subsidio de incapacidad temporal a CARMEN CECILIA ROZO OJEDA del periodo comprendido entre el del 24 de junio de 2021 hasta el 2 de noviembre de 2021, y las que en lo sucesivo se le otorguen, mientras subsistan las circunstancias actuales y por el término y en las condiciones que la ley señale.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia impugnada.

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

CUARTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo.

La presente decisión fue discutida y aprobada en Sala virtual el día 7 de noviembre de 2021.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS
Magistrado

JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO
Magistrado
- En compensatorio -



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:

6e7542b8a22eca478a294c4bf592b9fca74668c79d96a3f788bd97bc5127b602

Documento generado en 07/12/2021 03:49:46 PM

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