



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE SOLEDAD ATLÁNTICO

Soledad, tres (03) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia de 2° Instancia

Referencia Clase de acción: TUTELA
Demandante: ELIZABETH SERJE ANGUILA.
Demandado: ALCALDIA MUNICIPAL DE MALAMBO Y JEFE DE
TALENTO HUMANO DE LA ALCALDIA MUNICIPAL DE
MALAMBO
Radicado: No. 2021-000036-01

Procede a pronunciarse el despacho sobre la impugnación instaurada por la parte accionada, contra la sentencia de fecha veintiuno (21) de enero de dos mil veintiuno (2021), por medio de la cual el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, concedió lo solicitado en la acción constitucional.

I. ANTECEDENTES

La señora ELIZABETH SERJE ANGUILA, actuando a través de apoderado, presentó acción de tutela en contra de la ALCALDIA MUNICIPAL DE MALAMBO Y JEFE DE TALENTO HUMANO DE LA ALCALDIA MUNICIPAL DE MALAMBO, a fin de que se les amparen sus derechos fundamentales de PETICIÓN, elevando las siguientes,

I.I. Pretensiones.

“... (...) Se ordene a la accionada ALCALDIA MUNICIPAL DE MALAMBO Y JEFE DE TALENTO HUMANO DE LA ALCALDIA MUNICIPAL DE MALAMBO, que revoque el acto administrativo por el cual fue desvinculada el cual desconoce porque no fue notificada y en consecuencia continúen cancelado sus mesadas como lo estaban haciendo anteriormente...”.

II. Hechos planteados por el accionante.

“... 1. Que es funcionaria de planta de la ALCALDIA MUNICIPAL DE MALAMBO desde el año 1979.

2. Manifiesta que en la actualidad se encuentra incapacitada, toda vez que le realizaron una cirugía de corazón abierto y presentó una incapacidad por más de 180 días, indica que es cierto que ya tiene sus semanas para gozar de la pensión de vejez, pero aún no ha podido acceder a ella por algunos trámites administrativos.

T-2021-000036-01

3. Arguye que la ALCALDIA MUNICIPAL DE MALAMBO, le entrego de la documentación de su bono pensional al que tiene derecho, para ella poder hacer los trámites administrativos ante el fondo de pensiones COLFONDOS, toda vez que la EPS COOSALUD emitió un concepto desfavorable, que le impide poder seguir prestando sus servicios como trabajadora de la alcaldía municipal.

4. Afirma que le administración municipal no le cancela el mes de noviembre de 2020 como empleada de la Planta Global, por lo cual procedió a acercarse al funcionario encargado de la liquidación de nóminas a preguntar porque no le han cancelado el mes de Noviembre de 2020, el cual le informa que le pasaron un acto administrativo de mi desvinculación de la planta global de la Alcaldía Municipal de Malambo, por lo tanto él no liquido el mes al que tengo derecho, vulnerándome de esta manera mi mínimo vital, sin importar las condiciones de salud que me encuentro, violando de esta manera los preceptos constitucionales del mínimo vital, ya que es la única fuente económica que sustento a mi familia.

5. La Administración Municipal de Malambo, me ha desvinculado sin haberme notificado esa decisión, vulnerándome el Debido Proceso, negándome el derecho a la defensa...”.

III. LA SENTENCIA IMPUGNADA.

El Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, mediante providencia del 21 de enero de 2021, concedió lo solicitado en la acción constitucional, al considerar:

“... (...) Con las pruebas allegadas, se evidencia también que efectivamente existe una afectación a los derechos fundamentales incoados por la accionante por cuanto, es una paciente mayor de edad y de alto riesgo, que se encuentra incapacitada, una persona de especial protección tal como lo señala la jurisprudencia, sin embargo, Alcaldía Municipal de Malambo de acuerdo a la manifestado por la accionante bajo la gravedad del juramento, la desvincula del cargo que está ocupando sin tener en cuenta ciertos aspectos entre ellos los siguientes: **1.** Que se encuentra incapacitada. **2.** Fue incapacitada por más de 180 días. **2.** La están desvinculando sin garantías, salariales por cuanto la accionante aun no goza de su pensión, por lo que se le debe garantizar una estabilidad laboral reforzada, hasta tanto no se le reconozca la misma. **3.** Es una paciente de alto riesgo y fue sometida a una cirugía a corazón abierto por lo cual presenta patologías de cuidado y al desvincularla de su puesto de trabajo se estaría quedando sin sus prestaciones sociales afectándole así su salud. Violando de contera su derecho a la seguridad social, mínimo vital, y por ende la vida. **4.** El acto por el cual fue desvinculada nunca le fue notificado ya que no existe prueba de lo contrario ante este despacho., vulnerándole con ello el debido proceso...”.

IV. IMPUGNACIÓN

La parte accionada a través de correo electrónico presenta impugnación indicando:

“... (...) Como se indicó anteriormente, 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. De este modo, es claro

T-2021-000036-01

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 explicó previamente.

Finalmente, es preciso señalar que, en ningún caso, la Administradora de Pensiones adquiere la calidad de empleador, ni las responsabilidades salariales y prestacionales que le corresponderían a aquél, pues la carga de la AFP se limita al reconocimiento del subsidio equivalente al monto de la incapacidad, con posterioridad al día 180.

Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones del Departamento Administrativo mediante oficio con radicación No. 20156000198921 del 27 de noviembre de 2015 concluyó: 1. Una vez el empleado supera el término de ciento ochenta días de incapacidad, resulta obligatorio continuar con el reconocimiento de aportes a la seguridad social y de prestaciones sociales del empleado; excepto para las vacaciones, las cuales expresamente excluyen a la incapacidad que exceda de ciento ochenta días. 2. Respecto del reconocimiento de elementos salariales, no habrá lugar a los mismos, ni se ha de tener en cuenta este tiempo como tiempo de servicio, puesto que el empleado no realiza la prestación del servicio. Aunado todo lo anterior, y conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, corresponde a la Administradora de Fondo de Pensiones COLFONDOS, entidad donde se encuentra afiliada la señora ELIZABETH SERJE ANGUILA pagar a partir del día 181 la prestación económica, ya sea hasta que se produzca un dictamen sobre su pérdida de capacidad laboral o se restablezca su salud.

Así las cosas no habrá lugar al reconocimiento de su salario como SECRETARIA, código 440, grado 02, adscrito a la Planta Global de Empleos de la Administración Municipal de Malambo, sin embargo, su vinculación laboral persiste y por lo tanto, esta Administración mantendrá la obligación de continuar con el reconocimiento de aportes al sistema de salud y pensión en el porcentaje correspondiente y de prestaciones sociales; excepto para las vacaciones, hasta tanto se realice la calificación de invalidez o que en su defecto se defina el reintegro...”.

V. PRUEBAS RELEVANTES ALLEGADAS.

- Copia del de la Historia Clínica.
- Copia del oficio expedido por la Jefe de la Oficina de Talento humano de la Alcaldía Municipal de Malambo, con sus respectivos anexos.
- Fotocopia de mi Cédula.
- Comunicación de concepto no favorable de rehabilitación.
- Remisión al fondo de pensiones.
- Concepto medico de remisión.

VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

VI.I Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y en el Decreto 1382 de 2000, este despacho resulta competente para conocer la impugnación del fallo de la acción de tutela en referencia, por resultar ser el superior funcional de la agencia judicial que la profirió.

VI.II Problema Jurídico.

T-2021-000036-01

Deberán en esta oportunidad resolverse los siguientes interrogantes:

Corresponde al despacho dentro de la actuación de marras, determinar si resulta procedente el ejercicio de la presente acción de tutela, dados los antecedentes relatados en los hechos, en caso afirmativo:

- Determinar la excepcional procedencia de esta acción, se entraría a analizar si las accionadas está vulnerando el derecho fundamental al MINIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL, de la tutelante al no reconocerle el pago de su mesada encontrándose incapacitada con más de 180 días y a la espera de reconocimiento de pensión.

- **Procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar pago de incapacidades laborales. Reiteración de jurisprudencia. Sentencia T-200 de 2017.**

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales. No obstante, se afirma que dicha acción tiene un carácter subsidiario, en tanto que, por regla general, solo procede cuando quien considere vulnerados sus derechos no disponga de otro mecanismo judicial para su protección.

De esta manera lo ha entendido la Corte Constitucional, cuando ha sosteniendo que *“[l]a acción de tutela como mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales, en términos del artículo 86 de la Constitución, debe ceder, en su aplicación, si existen medios judiciales ordinarios, a través de los cuales, pueda obtenerse la protección requerida por esta vía excepcional.”*¹ Posición que ha reiterado a lo largo del tiempo.

Sin embargo, el principio de subsidiaridad tiene dos excepciones, a saber: (i) Que a pesar de la existencia de otro mecanismo judicial, este no sea eficaz o idóneo para la protección de los derechos transgredidos; o (ii) que la acción sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.²

La Corte Constitucional afirmó, en sentencia T-144 de 2016, que la acción de tutela es procedente para la reclamación de acreencias laborales 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.”*

Así las cosas, en principio, la tutela no sería el mecanismo adecuado para solicitar el pago de prestaciones laborales como el auxilio económico y el subsidio de incapacidad, en tanto la jurisdicción laboral tiene competencia para dirimir *“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,*

¹ Corte Constitucional, sentencia T-384 de 1998.

² Constitución Política, artículo 86, incisos 1 y 3, y Decreto 2591 de 1991, artículo 6.

T-2021-000036-01

salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos.” (Artículo 622 de la Ley 1564 de 2012).

Sin embargo, la evaluación del requisito de subsidiariedad, en los términos en los que lo hemos desarrollado, depende de la idoneidad de los mecanismos ordinarios, en relación con las *condiciones objetivas* de quien interpone la acción. Estas condiciones ya han sido tratadas por la jurisprudencia constitucional; en su momento, la sentencia T-093 de 2011,³ al retomar otros precedentes relacionados,⁴ señaló que “(...) [el] conjunto de condiciones objetivas en las cuales se encuentra el accionante, por ejemplo, su edad avanzada, su estado de salud [y/o] su precaria situación económica (...)”, puede ponerlo en circunstancias de debilidad manifiesta que, como se ha dicho, deben impactar la decisión sobre la procedencia de la acción de tutela.

Tal impacto no recae exclusivamente sobre la decisión de procedencia, sino también sobre el sentido de las decisiones que adopte el juez de tutela. En efecto, si se trata de la falta de idoneidad de un mecanismo alterno como la jurisdicción ordinaria, el juez de tutela entra a sustituir al juez ordinario y toma una decisión definitiva sobre el caso. Por el contrario, si del examen de procedencia se concluye que de lo que se trata es de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el juez de tutela tomará medidas transitorias de protección, mientras el accionante activa la competencia del juez ordinario y este último resuelve de manera definitiva. Esto significa que caso a caso la procedencia puede variar, independientemente de que la causa pueda ser atendida a través de vías ordinarias.

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha insistido en el carácter excepcional de la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de derechos de carácter económico derivados de relaciones laborales. Tal premisa, conduce a la necesidad de evaluar los casos concretos bajo la perspectiva de las condiciones objetivas de quien interpone la acción, así como la naturaleza y relevancia que cobra la incapacidad en la garantía de derechos fundamentales, al ser un sustituto del salario devengado por quien ha sufrido menoscabo temporal o permanente de su capacidad laboral.

- **Régimen de incapacidades laborales: clasificación y obligación de pago. Reiteración de jurisprudencia.**

El pago de las incapacidades laborales se deriva de un **certificado de incapacidad** que “(...) resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador (...)”.⁵ Dichas incapacidades pueden ser de diferentes tipos. En sentencia T-920 de 2009,⁶ esta Corporación señaló la siguiente clasificación: (i) **temporal**, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) **permanente parcial**, cuando se presenta una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) **permanente (o invalidez)**, cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%.

³ Reiterado, entre otras, por las sentencias T-333 de 2013, T-721 de 2012 y T 144 de 2016.

⁴ Corte Constitucional, sentencias T-1206 de 2005, T-614 de 2007 y T-124 de 2007.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-144 de 2016.

⁶ Esta clasificación ha sido retomada por la sentencia T-468 de 2010.

T-2021-000036-01

5.1 Origen de las incapacidades laborales y entidades obligadas a cancelarlas.

La falta de capacidad laboral, temporal o permanente, puede ser de origen laboral o común. A continuación se esbozarán las principales características respecto a los obligados a cancelarlas, de cara a la posterior resolución del caso concreto.

5.1.1 Incapacidades por enfermedad de origen laboral.

De acuerdo con el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013,⁷ las Administradoras de Riesgos Laborales serán las encargadas de asumir el pago de las incapacidades laborales con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

Este pago se surtirá, por parte de las ARL, "(...) hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez."⁸

5.1.2 Incapacidades por enfermedad de origen común.

De acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia, dependiendo del tiempo de duración de la incapacidad, la remuneración recibida durante ese lapso podrá ser denominada **auxilio económico**⁹ si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, o **subsidio de incapacidad**¹⁰ si se trata del día 181 en adelante. La obligación del pago de incapacidades está distribuida de la siguiente manera:

- i. Entre el día 1 y 2 está a cargo del empleador según lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.¹¹
- ii. Entre el día 3 y 180 a cargo de la EPS según el mismo decreto.
- 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 52¹² de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto

⁷ Modifica el párrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-490 de 2015

⁹ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227.

¹⁰ Decreto 2463 de 2001, artículo 23.

¹¹ El Decreto 2943 de 2013 modifica el párrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 que establecía que la obligación del empleador era pagar los primeros 3 días de incapacidades originadas por enfermedad general.

¹² Este artículo modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

T-2021-000036-01

favorable de rehabilitación por parte de la EPS.¹³

Ahora bien, hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional venía reconociendo y advirtiendo la existencia de un déficit de protección de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días. En su momento, la sentencia T-468 de 2010¹⁴ de esta Corporación señaló:

“(…) aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son generosas, esta Sala repara en el hecho de que no existe legislación que proteja al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días. Son muchos los casos en que las dolencias o las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común que obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y por tanto, tampoco nace el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir.”

Y agregó:

“En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación legal en la materia, ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad, situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de Protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo.”

En consecuencia, el Gobierno Nacional, a través de la Ley 1753 de 2015, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo comprendido entre 2014 y 2018, dio una solución a este déficit de protección, al otorgar la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS. Según el artículo 67 de la mencionada ley, los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas *“[al] reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.”*¹⁵

La Corte Constitucional ya ha ordenado la aplicación de esta disposición por vía de tutela en la sentencia T-144 del 2016. En su momento, esta Corporación conoció el caso de la ciudadana Maritza Cartagena, quien en el mes de octubre de 2011 sufrió un accidente en

¹³ Este concepto debe emitirse antes del vencimiento de los primeros 150 días de incapacidad. Si la EPS no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.

¹⁴ Las sentencias T-684 de 2010 y T-876 de 2013 retomaron la idea de la existencia de un déficit de protección para incapacidades superiores a 540 días.

¹⁵ Literal a del artículo 67 de la Ley 1753 del 2015.

T-2021-000036-01

motocicleta al chocar con un vehículo de transporte escolar. En el incidente sufrió varias fracturas que le provocaron incapacidades de más de 540 días. Recibió calificación del Fondo de Pensiones y de la Junta Regional de Calificación de Invalidez que no superaba el 50% de pérdida de capacidad laboral, pero apeló este último dictamen por considerar que no respondía a su estado real de salud física y mental.

Para la Corte, la entrada en vigencia de esta norma, cambia el panorama del pago de incapacidades después de 540 días que se venía planteando en la jurisprudencia de años atrás, pues se le atribuyó la obligación del pago a las EPS como parte del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Con estos antecedentes legales y jurisprudenciales, no cabe duda alguna de que la regla actual de incapacidades que superan 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, es que deben asumirlas las EPS.

Pero además, la sentencia en cuestión establece tres reglas para el análisis de este tipo de casos, la primera, es que reitera la necesidad de garantizar protección reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral, tienen incapacidades prolongadas, pero no son considerados inválidos; la segunda, es que la obligación impuesta por el Plan Nacional de Desarrollo, respecto al pago de tales incapacidades es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades; y la tercera, es que podrá concederse una aplicación retroactiva en virtud del principio de igualdad.

Frente a la primera regla, la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos:

“Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente, se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.”¹⁶

Refiriéndose a la segunda regla, esta Corporación señala que el déficit de protección para trabajadores que superan 540 días de incapacidad se entiende superado por la Ley 1753 de 2015 y que a partir de su entrada en vigencia, tanto “(...) el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar (...)”. No obstante, es preciso tener en cuenta que el Plan Nacional de Desarrollo, es por naturaleza una norma cambiante y en consecuencia el déficit de protección podría volver a presentarse.

Respecto a la tercera regla, la Corte explica que existe la posibilidad de dar aplicación retroactiva al artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, pues ésta no establece un régimen de transición para los casos ocurridos antes de la promulgación de la ley, generando un trato desigual. En palabras textuales esta Corporación señaló: “(...) [la] situación de desigualdad tiene un fundamento legal que es entendible desde el punto de vista de las reglas de vigencia y

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-144 de 2016.

T-2021-000036-01

aplicación de las leyes. Sin embargo, genera una tensión constitucional que no puede ser omitida por la Corte, pues a la luz del principio de igualdad material, no hay razón para diferenciar y beneficiar sólo a un grupo de personas, en virtud de una consideración temporal, a sabiendas de que la situación se evidenciaba con anterioridad. Es decir, no hay una justificación constitucionalmente válida para fijar tal diferencia en la posibilidad de protección legal.”

Sobre la base de lo previsto en la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS ¹⁷	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con este tema ha establecido que el origen de la incapacidad determina la hoja de ruta para establecer con claridad cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene la obligación de pagar las incapacidades, en concordancia con las diferentes reglas temporales que operan en los casos de enfermedades de origen común.

Ahora bien, aun cuando el desarrollo normativo y jurisprudencial previo al año 2015, daba cuenta de la existencia de un déficit de protección para incapacidades que superaran los 540 días consecutivos, esta Sala encuentra que tal circunstancia ha sido satisfecha por el artículo 67 de la Ley 1573 de 2015, al menos mientras se encuentre vigente el Plan Nacional de Desarrollo.

VIII. Del Caso Concreto.

De acuerdo con el memorial que impulsó la instauración de la acción de tutela y los documentos obrantes en la actuación, la señora ELIZABETH SERJE ANGUILA solicita la protección de sus derechos fundamentales a la SALUD, al MINIMO VITAL y a la DIGNIDAD HUMANA que afirma están siendo conculcados, por el no reconocimiento y pago de las incapacidades generadas.

¹⁷ La EPS podrá perseguir el pago de dichas incapacidades ante la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

T-2021-000036-01

El Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Malambo – Atico, concedió la presente acción de tutela instaurada por el accionante, decisión que fue objeto de impugnación por la parte accionada conforme a los argumentos arriba expuestos.

En primer lugar, en lo concerniente al punto de la procedencia de la acción de tutela, es de resaltar que, de acuerdo con la jurisprudencia citada en la parte considerativa de esta sentencia, en el caso concreto se presume la vulneración del derecho al mínimo vital, lo cual evidencia la procedencia de la tutela para su análisis y eventual protección, ello por cuanto, el pago de incapacidades tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario. Con estas reglas, la Corte reconoce implícitamente que sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados. Ahora bien, la acción de tutela fue interpuesta el 28 de febrero de 2020 (Fol. 1), es decir, se cumple en el caso con el requisito de inmediatez teniendo en cuenta la fecha de las incapacidades que se reclaman en la medida que se han extendido a lo largo del tiempo, permaneciendo los efectos de la vulneración toda vez que reclama incapacidades causadas para la misma, y conforme a la jurisprudencia enunciada, es dable dar aplicación a la excepción al principio de subsidiaridad.

Lo anterior, sin perjuicio de que la jurisprudencia de la Corte ha considerado que “(...) *dada su naturaleza cautelar, la acción de amparo debe ser interpuesta en un plazo razonable dentro del cual se presume la afectación del derecho fundamental de manera palpable e inminente*”. En ese sentido se pronunció la Corte en el marco del mencionado análisis de constitucionalidad del artículo 11 del Decreto 2591 de 1991:

*“La Corte ha señalado que dos de las características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano son la **subsidiariedad** y la **inmediatez**: (...) la segunda, puesto que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza.^[13] Luego no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales.*

*En otros términos, la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones **de hecho** creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, (...) el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental”.^[14](Negrilla en el texto original).*

Sobre la responsabilidad del pago, la Corte Constitucional ha sido enfática en concluir

T-2021-000036-01

que el origen de la incapacidad constituye un parámetro determinante para establecer cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene a su cargo la obligación de pagar las incapacidades, atendiendo a los diferentes parámetros de temporalidad que operan en los casos de enfermedades de origen común.

La Corte Constitucional ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 540 días, corren a cargo de la EPS a la que está afiliado el trabajador¹⁸.

Sobre el papel del concepto favorable de rehabilitación, conviene destacar que conforme el 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.

En los eventos en que ello no sea así, 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. Asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

La AFP, una vez tenga concepto favorable de rehabilitación, habrá de postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral *“hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS”*¹⁹. El régimen de calificación prevé como condición, el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador. De este modo 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 dejó dicho.

Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable.

Dicho lo anterior, en el caso que nos ocupa, encontramos que se trata de incapacidades que superan los 180 días, donde además se encuentra emitido y notificado al fondo de pensiones concepto desfavorable de rehabilitación conforme a la documentación allegada con la contestación de tutela por parte de la EPS.

Así las cosas, y verificado que se encuentra afiliada la actora a un fondo de pensiones, y atendiendo la normatividad arriba enunciada vigente relacionada con el asunto a decidir, COLFONDOS, es la entidad que tiene el deber legal de reconocer y pagar las incapacidades causadas a favor de la accionante, y que no han sido canceladas, a partir del día 181, hasta que sea calificada y beneficiaria de pensión por invalidez.

De otra parte, y a pesar que la accionada acepta la desvinculación de la señora SERGE

¹⁸ Ver entre otras 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.

¹⁹ T-419 de 2015, precitada.

T-2021-000036-01

ANGUILA, y al mismo tiempo insiste en que mantendrá la obligación de continuar con el reconocimiento de aportes al sistema de salud y pensión en el porcentaje correspondiente y de prestaciones sociales; hasta tanto se realice la calificación de invalidez, se trata de un hecho incierto pues no se puede concluir que la calificación vaya a ser superior o no al 50 %, al igual que pueden existir recursos en contra de la decisión adoptada, para que después de eso en su defecto definir el reintegro, debiéndose mantener vinculada la accionante a su cargo hasta que se surta la calificación de su invalidez y quede en firme.

Por lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia, ordenando que el reconocimiento y pago de las incapacidades superiores a 180 días, si aún no se han cancelados, le corresponde al fondo de pensiones COLFONDOS, Y se confirmarán los restantes numerales.

Atendiendo a las motivaciones precedentes, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela de fecha veintiuno (21) de enero de dos mil veintiuno (2021), proferido por el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, por las razones consignadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral 6° de la sentencia de tutela de fecha veintiuno (21) de enero de dos mil veintiuno (2021), de la siguiente forma:

ORDENAR al fondo de pensiones reconocimiento y pago de las incapacidades superiores a 180 días hasta el día 540, a favor de la señora ELIZABETH SERJE ANGUILA, o exista calificación de su pérdida de capacidad superior a 50 %.

TERCERO: Notifíquese esta sentencia a las partes intervinientes, al Juez de Primera Instancia y al Defensor del Pueblo.

CUARTO: Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERMAN RODRIGUEZ PACHECO

Juez

Firmado Por:

T-2021-000036-01

GERMAN EMILIO RODRIGUEZ PACHECO

JUEZ

**JUEZ - JUZGADO 001 DE CIRCUITO CIVIL DE LA CIUDAD DE SOLEDAD-
ATLANTICO**

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:

6281792087de23b3bd62d22b04af4c11532221f93f6c1d0f2c726dc4c7d56683

Documento generado en 03/03/2021 05:09:41 PM

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