

PROCESO:
ACCIONANTE:
ACCIONADO:
RADICADO:

ACCIÓN DE TUTELA
MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA
SALUD TOTAL EPS – AFP PORVERNIR
170014003002-2020-00295-00



JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE MANIZALES

Manizales, Caldas, veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA N°: 141
PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA
ACCIONADO: SALUD TOTAL EPS – AFP PORVERNIR
RADICADO: 170014003002-2020-00295-00

OBJETO DE LA DECISIÓN E INTERVINIENTES

Se pronunciará el fallo que en derecho corresponda a la acción de tutela instaurada el 14/08/2020 por MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA, contra de SALUD TOTAL EPS, trámite en el que se dispuso la vinculación de BUEN VIENTO S.A.S..

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Solicita la actora:

"PRIMERO: Tutelar mis derechos fundamentales como son dignidad humana, derecho a la seguridad social, derecho a la salud y derecho al mínimo vital en favor de la suscrita MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA y en contra de la EPS SALUD TOTAL y AFP PORVERNIR representadas legalmente por sus señores Gerentes o quienes hagan las veces de estos al momento de la notificación de la presente acción.

SEGUNDO: Que se ordene a SALUD TOTAL EPS, remitir el listado actualizado de prestaciones sociales y toda la documentación actualizada que sea necesaria para el reconocimiento de las incapacidades generadas del día 181 en adelante reconocimiento de las incapacidades generadas del día 181 en adelante.

TERCERO: Que se ordene a la AFP PORVERNIR a reconocer y cancelar las incapacidades generadas desde el día 181 en adelante, hasta la fecha en que mi salud se reestablezca y no me sean asignadas más incapacidades. Sin dilatar o denegar el pago de las mismas a la suscrita accionante. la suscrita accionante.

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA
ACCIONADO: SALUD TOTAL EPS – AFP PORVENIR
RADICADO: 170014003002-2020-00295-00

CUARTO: Se vincule a la representante legal de BUEN VIENTO S.A.S. para que entregue copia de los radicados de las incapacidades originales entregadas por la suscrita accionante al empleador, emitidas por profesionales de la salud adscritos a SALUD TOTAL EPS. Toda vez que la decisión que se emita en el presente proceso de tutela puede tener efectos jurídicos obligacionales para el citado empleador.

Sus pretensiones las basa en los siguientes, también resumidos:

HECHOS

Indica MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA que:

"PRIMERO: Desde el 13 de junio de 2015, me encuentro vinculada laboralmente a la empresa BUEN VIENTO S.A.S. S., representada legalmente por la señora MARÍA ELENA LONDOÑO RAMÍREZ.

SEGUNDO: Mi empleadora me afilió a SALUD TOTAL EPS en el sistema de salud y a la AFP PORVENIR en el sistema de pensiones, siendo en la actualidad del régimen contributivo y estando al día la empresa BUEN VIENTO S.A.S. con el pago de aportes al sistema de seguridad social integral.

TERCERO: El salario que fue pactado con mi empleador y cancelado por éste hasta el 15 de mayo de 2020, fue el salario mínimo mensual legal vigente.

CUARTO: El 19 de noviembre de 2019, por motivo de una fuerte inflamación en mi rodilla derecha acudí al servicio de urgencias de mi EPS SALUD TOTAL, recibiendo inicialmente una incapacidad por 30 días.

QUINTO: Desde el 19 de noviembre de 2019, he estado incapacitada hasta la fecha de radicación de la presente acción de tutela. En el siguiente cuadro se resumen las incapacidades que han sido otorgadas por los profesionales de la EPS SALUD TOTAL a la suscrita accionante.

SEXTO: La empresa BUEN VIENTO S.A.S. me canceló el salario hasta el 15 de mayo de 2020, se adjunta soporte de pago a la presente acción constitucional.

SÉPTIMO: El día 14 de mayo de 2020, la señora MARÍA ELENA LONDOÑO RAMÍREZ, representante legal de BUEN VIENTO S.A.S. le remitió a la suscrita accionante, un comunicado donde le informaba que el pago de incapacidades del día 181 en adelante las debía tramitar directa mente con el fondo de pensiones AFP PORVENIR.

OCTAVO: A raíz del comunicado de mi empleadora, la suscrita accionante acudió a la oficina de la AFP PORVENIR, donde me entregaron un listado de documentación que debía allegar para que se evaluara la viabilidad del pago de mis incapacidades.

NOVENO: Realicé la solicitud del histórico de incapacidades emitidas a la suscrita accionante en SALUD TOTAL EPS, recibiendo información hasta marzo de los corrientes.

DÉCIMO: Con la documentación solicitada por la AFP PORVENIR, acudí a la oficina de esa entidad para radicar la documentación por ellos solicitada. El asesor que me atendió no recibió mi documentación, ni me entregó ningún soporte documental de la negativa a la recepción, me informó que debía actualizar unos documentos, entre ellos el listado de prestaciones sociales actualizado.

DÉCIMO PRIMERO: Posterior a esa primera negativa he acudido dos veces a SALUD TOTAL EPS a solicitar el listado de prestaciones actualizado, y con dicho documento, a la AFP PORVENIR donde no me reciben la documentación, y me piden que actualice los documentos cada que acudo a la oficina.

DÉCIMO SEGUNDO: El día 27 de julio de 2020, recibí una llamada telefónica de una funcionaria de SALUD TOTAL EPS, donde me informaron que mi empleador no había

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA
ACCIONADO: SALUD TOTAL EPS – AFP PORVERNIR
RADICADO: 170014003002-2020-00295-00

radicado las incapacidades en el sistema para el cobro de las mismas y que por eso el listado de prestaciones sociales aparecía con fecha hasta marzo de 2020.

DÉCIMO TERCERO: El mismo 27 de julio, se realizó comunicación telefónica con la señora MARÍA ELENA LONDOÑO RAMÍREZ para solicitarle soporte de radicación de las incapacidades en SALUD TOTAL EPS, respondiendo que iba a buscar la documentación y la remitiría, sin que a la fecha haya suministrado ninguna información, a pesar de haberle manifestado la importancia de la radicación efectiva de la solicitud y la necesidad del pago de las incapacidades de la suscrita accionante. Se aporta pantallazo de la duración de la llamada telefónica.

DÉCIMO CUARTO: Las incapacidades originales han sido entregadas inicialmente en el sitio de trabajo y posterior al cierre del almacén, en la residencia de la señora MARÍA ELENA LONDOÑO RAMÍREZ.

DÉCIMO QUINTO: En el momento de radicación de la presente acción constitucional de tutela, la AFP PORVENIR no me recibe la documentación porque no está actualizada, SALUD TOTAL EPS no me entrega la documentación actualizada porque manifiesta que mi empleador no ha radicado las incapacidades para el pago, mi empleadora BUEN VIENTO S.A.S. no me suministra información ni documentación sobre la radicación de las incapacidades y la suscrita accionante no está recibiendo pago alguno, generándose una afectación al mínimo vital.

DÉCIMO SEXTO: De lo anterior es supremamente fundamental que alguna de las entidades implicadas se haga cargo del pago de las incapacidades sin que haya por parte de ellas una evasión de la responsabilidad, ya que el pago de las incapacidades tiene como finalidad resguardar varios derechos fundamentales que se pueden ver afectados al disminuirse las capacidades físicas o mentales del trabajador para acceder a una suma de dinero con el cual solventar una vida en condiciones dignas, cuando la enfermedad o accidente genere una incapacidad laboral.

DÉCIMO SÉPTIMO: Las incapacidades adeudadas hasta la fecha abarcan desde el 16 de mayo hasta el 17 de agosto de 2020.

DÉCIMO OCTAVO: Con la actitud asumida por las aquí accionadas al no cancelarme los dineros de las incapacidades, considero que me están siendo vulnerados los derechos fundamentales como son: Derecho a la dignidad humana, y derecho a un salario mínimo y es por ello que se acude a la protección constitucional en procura de la protección de estos, con el objeto de prevenir un perjuicio irremediable, ya que por la escasez de recursos económicos, me he visto en la necesidad de solicitar préstamos a personas naturales para solventar mis gastos y poder acudir a citas médicas y cubrir mis necesidades básicas.”

DERECHOS VULNERADOS

Del texto de la tutela se infiere que el accionante considera vulnerados sus derechos fundamentales a la mínimo vital, vida digna y seguridad social.

CONTESTACIÓN. RESPUESTA DE LA PARTE ACCIONADA Y VINCULADAS

SALUD TOTAL EPS Manifestó que las incapacidades reclamadas superan los 180 días de y que su reconocimiento económico le corresponde al fondo de pensiones al que se encuentra afiliado el accionante. de acuerdo con la normatividad vigente en la materia es dicha entidad la que cuenta con la obligación legal de cubrir las incapacidades posteriores al día 180.

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
 ACCIONANTE: MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA
 ACCIONADO: SALUD TOTAL EPS – AFP PORVERNIR
 RADICADO: 170014003002-2020-00295-00

Por lo tanto, cualquier incapacidad que demande actualmente, NO CORRESPONDE asumirla a esta entidad, sino al fondo de pensiones, al cual se encuentra afiliado el usuario por tratarse de una enfermedad de origen común.

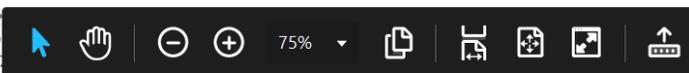
Adjunta concepto de rehabilitación datado del 30 de abril, con soporte de envío al fondo de pensiones del 15 de mayo 2020.

Autorización	F. Inicio	F. Fin.	Días	Acu	Liquidación	Diagnostico	
P6900372	11/04/2016	04/01/2017		149	0	\$3.424.318,00	O82.1
P8671202	10/02/2019	10/03/2019		2	2	\$0,00	M23.9
P8798147	10/04/2019	10/05/2019		2	4	\$55.208,00	M23.9
P8798153	10/18/2019	10/22/2019		5	9	\$138.019,00	M23.9
P8803285	11/16/2019	11/16/2019		1	1	\$0,00	M22.4
P8894392	11/19/2019	12/18/2019		30	39	\$828.116,00	M23.2
P8973168	12/19/2019	12/23/2019		5	44	\$138.019,00	M23.2
P8973170	12/24/2019	01/02/2020		10	54	\$279.351,00	M23.2
P8973171	01/03/2020	01/12/2020		10	64	\$292.601,00	M23.9
P8973172	01/13/2020	01/22/2020		10	74	\$292.601,00	M23.9
P9078123	01/23/2020	01/29/2020		7	81	\$204.821,00	M23.9
P9078124	01/31/2020	02/29/2020		30	111	\$877.803,00	M23.9
P9207070	03/11/2020	03/20/2020		10	121	\$292.601,00	M23.9
P9207128	03/21/2020	03/29/2020		9	130	\$263.341,00	M23.9
P9359618	03/30/2020	03/31/2020		2	132	\$58.520,00	M23.9
P9359620	04/01/2020	04/10/2020		10	142	\$292.601,00	M23.9
P9359625	04/13/2020	04/22/2020		10	152	\$292.601,00	M23.9
P9359632	04/23/2020	05/02/2020		10	162	\$292.601,00	M23.9
P9359638	05/03/2020	05/10/2020		8	170	\$234.081,00	M23.9
P9359642	05/11/2020	05/20/2020		10	180	\$292.601,00	M23.9
P9359648	05/21/2020	05/30/2020		10	190	\$0,00	M23.9
P9359650	05/31/2020	06/09/2020		10	200	\$0,00	M23.9
P9359651	06/10/2020	06/19/2020		10	210	\$0,00	M23.9
P9359652	06/20/2020	06/29/2020		10	220	\$0,00	M23.9
P9359654	06/30/2020	07/08/2020		9	229	\$0,00	M23.9
P9359665	07/09/2020	07/18/2020		10	239	\$0,00	M23.9
P9359664	07/19/2020	07/28/2020		10	239	\$0,00	M23.9

Quedo atenta a comentarios,

Gracias.

KELLYS LOR...
 AUXILIAR D...
 SALUD TOT...
 SUCURSAL- SANTA MARTA



AFP PORVENIR Manifestó que a la fecha ni la EPS ni el accionante han radicado ante esta administradora ningún tipo de solicitud de reconocimiento de algún tipo de prestación a cargo del fondo de pensiones. Lo anterior ya que la EPS a la cual está afiliado el actor aún no nos ha notificado el Concepto de Rehabilitación Integral actualizado, el cual es determinante para establecer el trámite a que haya lugar, pues hasta la fecha desconocemos el pronóstico de rehabilitación, el origen de las patologías y el día de incapacidad en que se encuentra la accionante.

Que desconocía completamente la problemática por la que atravesaba la señora MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA, pues a la fecha ni la eps ni la accionante han radicado ante esta administradora ningún tipo de solicitud de reconocimiento de algún tipo de prestación a cargo del fondo de pensiones. Que no existe ninguna relación entre PORVENIR S.A. y la señora MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA respecto del amparo solicitado. Por el contrario, la entidad que debe resolver la solicitud de la accionante es la EPS, pues es claro que su obligación legal es emitir el Concepto de Rehabilitación Integral (CRI) antes de cumplirse el día 120 de

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA
ACCIONADO: SALUD TOTAL EPS – AFP PORVERNIR
RADICADO: 170014003002-2020-00295-00

incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día 150 a la AFP respectiva; en caso de no emitirse y remitirse oportunamente, debe pagar con cargo a sus propios recursos, las incapacidades posteriores al día 181 y hasta que lo emita.

Es por ello que la acción de tutela resulta absolutamente innecesaria en contra de esta Administradora, teniendo en cuenta que no hay certeza del Concepto de Rehabilitación Integral que determine el pronóstico de rehabilitación, el origen de las patologías y el día de incapacidad continua en que se encuentra la señora MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA ante tal incertidumbre, es imposible determinar el derecho a algún tipo de prestación económica por parte del afiliado.

BUEN VIENTO S.A.S. aclaró que los trabajadores incapacitados no tienen derecho a salario, sino a las prestaciones asistenciales a cargo del Sistema de Seguridad Social Integral. La Empresa ha seguido pagando cumplidamente los aportes a dicho Sistema, a pesar de que ya no tiene otros trabajadores ni operaciones.

Agregó Todas las incapacidades han sido debida y oportunamente radicadas por la Empresa según el siguiente cuadro:

FECHA INCAPACIDAD	PRE-RADICADO	NÚMERO DE RADICADO
11-mar	660686	0402205302
20-mar	699237	0402205369
30-mar	716838	07272019224
1-abr	718727	07272019332
13-abr	723753	07272019422
23-abr	730291	07272019481
4-may	NA	07272019584
11-may	752179	07272019681
21-may	761810	07272019732
30-may	NA	07272019802
10-jun	781266	07272019870
20-jun	792608	07272019978
30-jun	NA	07272020035
9-jul	817616	07272020162
19-jul	NA	07272020122
8-ago	861351	08252016598

Manifestó que la responsabilidad de la Empresa en el pago de prestaciones económicas de incapacidad cesó el 17 de mayo de 2020, fecha en la cual culminaron los primeros 180 días de incapacidad. La obligación que persiste para la Empresa en relación con la radicación de incapacidades, ha sido atendida de manera oportuna.

PROCESO:	ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE:	MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA
ACCIONADO:	SALUD TOTAL EPS – AFP PORVERNIR
RADICADO:	170014003002-2020-00295-00

GENERALIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA:

PROCEDENCIA:

La acción de tutela fue instituida con el fin de obtener la efectividad de aquellas garantías constitucionales fundamentales que resulten vulneradas o amenazadas por acciones u omisiones imputables a las autoridades públicas o a los particulares. De ahí que la consagración de los derechos fundamentales no son postulados *a priori* sino que implican un compromiso de todas las autoridades y particulares de asumir conductas tendientes a la defensa y garantía de éstos. El concepto de seguridad social se refiere al conjunto de medios institucionales de protección frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna.

LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES

La parte actora está legitimada en la causa por activa para procurar mediante este procedimiento la defensa y protección de sus derechos constitucionales fundamentales. Por su parte la accionada están habilitada en la causa como encargada del aseguramiento de la accionante.

COMPETENCIA

Los presupuestos, capacidad para ser parte, competencia, petición en forma y capacidad procesal aparecen totalmente satisfechos, y como no se observa causal alguna de invalidación de todo o parte de lo actuado, el fallo que ha de producirse es de fondo. La parte accionante y los representantes de la entidad accionada tienen capacidad para ser partes (artículos 1º, 5º, 10 y 13 del Decreto 2591 de 1991), son personas jurídicas y por lo tanto sujetos de derechos y obligaciones, este sentenciador es competente para resolver la solicitud en primera instancia por mandato del artículo 37 ibídem en concordancia con el tercer inciso del numeral 1 del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000; la petición satisfizo las exigencias de los artículos 14 y 37 del Decreto 2591 de 1991.

CONSIDERACIONES

Respecto de la subsidiariedad de la acción de tutela, Sentencia T-375/18:

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA
ACCIONADO: SALUD TOTAL EPS – AFP PORVERNIR
RADICADO: 170014003002-2020-00295-00

8. El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

9. En virtud de tal principio, esta Corporación ha señalado que, de manera general, las acciones de tutela no proceden para el reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, ya que los mismos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de los procesos laborales ordinarios.

En efecto, el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó en cabeza de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, la competencia para resolver "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".

Así mismo, la Corte Constitucional ha reiterado que el conocimiento de ese tipo de solicitudes exige la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces escapan a la competencia del juez de tutela. De esta manera, es claro que la improcedencia es una regla general para reclamar el reconocimiento y pago de incapacidades.

10. No obstante, **como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad[63]: (i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.**

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

11. **La Corte ha entendido que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de salud y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permitirá "recuperarse satisfactoriamente (...) sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia"**.

Por lo anterior, **reiteradamente la jurisprudencia constitucional ha señalado 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"**.

(...)

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA
ACCIONADO: SALUD TOTAL EPS – AFP PORVERNIR
RADICADO: 170014003002-2020-00295-00

13. En virtud de lo anterior, la Sala considera que los medios judiciales ordinarios en el presente caso carecen de la idoneidad necesaria para conjurar la situación de vulneración de derechos fundamentales que padece la accionante. Ello se sustenta en: (i) el deterioro progresivo y marcado del mínimo vital de la accionante, que se evidencia en los aspectos anteriormente mencionados y (ii) su situación de desventaja derivada de sus circunstancias de vulnerabilidad que, a su vez, se originan en su situación de salud debido a que, en su caso concreto, la enfermedad ha sido incapacitante.

Así mismo, se observa que existe una amenaza grave e inminente sobre el mínimo vital de la peticionaria, la cual requiere de medidas urgentes e impostergables para evitar su configuración. En consecuencia, la Sala estima que la presente acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad, pues pese a la existencia de otros mecanismos judiciales para efectuar este reclamo, los mismos no resultan idóneos ni eficaces para su situación particular.

Reconocimiento de incapacidades laborales superiores a 180 días, Sentencia T-401/17:

19. Ahora bien, una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, lo cual dependerá de la prolongación de la situación de salud del trabajador.

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

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

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

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

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

PROCESO:
ACCIONANTE:
ACCIONADO:
RADICADO:

ACCIÓN DE TUTELA
MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA
SALUD TOTAL EPS – AFP PORVERNIR
170014003002-2020-00295-00

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

La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto indica que el objetivo de dicha norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Por tanto, se otorga un margen de espera y propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad. Durante este período, el Legislador dispuso que los subsidios de incapacidad estuvieran a cargo de las AFP.

Desde esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

23. Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso.

Así mismo, de acuerdo con la normativa citada, el fondo de pensiones podrá 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", una vez disponga del concepto favorable de rehabilitación. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador.

24. Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, "el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello".

No obstante lo anterior, es factible que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez y a habersele dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%. Por tanto, es indispensable determinar cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe encargarse del pago de dichas incapacidades.

Al respecto, cabe indicar que la norma legal referida no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA
ACCIONADO: SALUD TOTAL EPS – AFP PORVERNIR
RADICADO: 170014003002-2020-00295-00

condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral.

25. Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009[98] que las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones.

26. En consecuencia, las reglas jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540 son las siguientes:

(i) Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.

(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS.

(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. 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 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.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:

En el presente caso, se tiene que la accionante pretende se tutelen sus derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social y en consecuencia, se ordene a SALUD TOTAL EPS y/o AFP PORVERNIR el pago del auxilio por incapacidad.

En virtud de los principios de eficiencia, celeridad e informalidad de la acción de tutela, con el fin de ampliar la información, se procedió a tomar declaración a MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA a través de llamada telefónica, que bajo la gravedad del juramento respondió:

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA
ACCIONADO: SALUD TOTAL EPS – AFP PORVERNIR
RADICADO: 170014003002-2020-00295-00

"PREGUNTADO: ¿De SALUD TOTAL EPS o AFP PORVERNIR se han comunicado con usted referente al pago de las incapacidades que está solicitando?

CONTESTÓ: No he recibido el pago de las incapacidades, el 18 de mayo cumplí el día 181, pero ya al día de hoy llevo 8 meses. En Porvenir llevé los documentos hace 20 días y me dijeron que no habían cargado las incapacidades desde marzo.

PREGUNTADO: ¿A qué se dedica?

CONTESTÓ: Yo trabajaba en un almacén de vendedora y cajera.

PREGUNTADO: ¿Cómo está compuesto su núcleo familiar?

CONTESTÓ: Vivo con mi esposo y mis dos hijos que estudian.

PREGUNTADO: ¿Vive en casa propia o arrendada?

CONTESTÓ: Arrendada.

PREGUNTADO: ¿De qué dependen los ingresos familiares?

CONTESTÓ: En el momento solo del trabajo de mi esposo que gana el salario mínimo y de mis incapacidades, pero desde mayo no me volvieron a pagar, el sueldo de mi esposo sólo no alcanza si no para el arriendo y los servicios.

PREGUNTADO: ¿Cómo se componen los gastos de la casa?

CONTESTÓ: Arriendo, facturas de servicios, mercado.

PREGUNTADO: ¿Tiene familiares que le ayuden?

CONTESTÓ: Mis papas y mis hermanos me han colaborado.

PREGUNTADO: ¿Tiene otros ingresos o bienes que le generen renta?

CONTESTÓ: No, nada.

PREGUNTADO: ¿Declara renta?

CONTESTÓ: No declara renta."

Visto lo anterior es claro que el presente caso cumple con los presupuestos planteados por la corte en cuanto a la subsidiaridad de la acción de tutela, pues el auxilio por incapacidad es el parte del ingreso para la subsistencia de la familia de la accionante.

Se verifica según las respuestas obtenidas que en efecto la actora tiene concepto de rehabilitación debidamente notificado al fondo de pensiones según soporte aportado por SALUD TOTAL EPS, así mismo manifestó de forma reiterada la actora que se ha acercado de forma personal a las oficinas del fondo de pensiones sin que le reciban su solicitud, por lo que no es dable el argumento de AFP PORVERNIR según el cual no conoce el historial de la solicitante o que no le ha sido notificado el concepto de rehabilitación, pues quedó probado que sí le fue enviado desde el 15 de mayo de los corrientes.

En ese sentido se advierte que la Corte Constitucional tiene claro que las incapacidades entre el día 181 y el 540 estarán a cargo de las AFP, por lo que en este caso se configura una violación al derecho fundamental del mínimo vital de la actora al no contar con los ingresos suficientes para su sustento y el de su familia, aun cuando tiene derecho al auxilio por incapacidad.

Así las cosas, será preciso acceder a las peticiones y tutelar los derechos.

PROCESO:
ACCIONANTE:
ACCIONADO:
RADICADO:

ACCIÓN DE TUTELA
MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA
SALUD TOTAL EPS – AFP PORVENIR
170014003002-2020-00295-00

DECISIÓN:

Por lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Manizales, Caldas, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

FALLA:

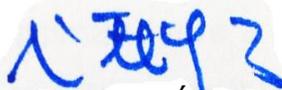
PRIMERO: TUTELAR a favor de MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA con C.C 24.829.150, los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social, vulnerados por AFP PORVENIR.

SEGUNDO: ORDENAR a AFP PORVENIR por intermedio de su representante legal, que dentro de los dos (2) días siguientes a la notificación de esta providencia proceda a radicar, liquidar y cancelar las incapacidades generadas entre el día 181 y el día 540 a MARIA ALEXANDRA BUITRAGO MOLINA.

TERCERO: NOTIFICAR el contenido de ésta decisión a las partes indicándoles que contra la misma procede la impugnación dentro de los (3) días siguientes al recibo de la notificación.

CUARTO: ORDENAR la remisión del expediente ante la Corte Constitucional para su eventual revisión, sino fuere objeto de impugnación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUIS FERNANDO GUTIÉRREZ GIRALDO
JUEZ