



Sabanalarga, trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO:	ACCIÓN DE TUTELA.
REFERENCIA:	08-638-40-89-003-2021-00287-00.
ACCIONANTE:	MILPA ESTHER PEÑA NIÑO
ACCIONADO:	COOMEVA EPS y COLFONDOS AFP

ASUNTO

Se procede a dictar fallo dentro de la acción de tutela promovida por la señora MILPA ESTHER PEÑA NIÑO, en contra del COOMEVA EPS y COLFONDOS AFP, por la presunta vulneración del derecho fundamental al MINIMO VITAL y DIGNIDAD HUMANA, consagrados en nuestra Carta Política.

ANTECEDENTES

Hechos.

En términos generales, la accionante narra los siguientes hechos:

1. La actora plantea que, sufrió accidente de tránsito, en el cual resultó afectada su rodilla derecha y sus tobillos, por lo que fue necesario intervenirla quirúrgicamente.
2. Que, en virtud de lo anterior, recibió las siguientes incapacidades medicas:
 1. El auxilio de incapacidad según orden No 119989 del 15/07/2020 a 02/09/2020 por 50 días.
 2. El auxilio de incapacidad según orden No 120676 del 03/09/2020 a 02/10/2020 por 30 días.
 3. El auxilio de incapacidad según orden No 122308 del 28/10/2020 a 26/11/2020 por 30 días.
 4. El auxilio de incapacidad según orden No 12876319 del 01/12/2020 a 15/12/2020 por 15 días.
 5. El auxilio de incapacidad según orden No 12892972 del 17/12/2020 a 31/12/2020 por 15 días.
 6. El auxilio de incapacidad según orden No 12919365 del 08/01/2021 a 21/01/2021 por 14 días.
 7. El auxilio de incapacidad según orden No 12926668 del 25/01/2021 a 08/02/2021 por 15 días.
 8. El auxilio de incapacidad según orden No 12941151 del 09/02/2021 a 23/02/2021 por 15 días.
 9. El auxilio de incapacidad según orden No 12958910 del 26/02/2021 a 12/03/2021 por 15 días.
 10. El auxilio de incapacidad según orden No 12971640 del 13/03/2021 a 27/03/2021 por 15 días.
 11. El auxilio de incapacidad según orden No 12984883 del 28/03/2021 a 11/04/2021 por 15 días.
 12. El auxilio de incapacidad según orden No 12971640 del 13/04/2021 a 30/04/2021 por 15 días.
3. Que, pese a las incapacidades concedidas, no ha logrado su plena recuperación, lo que la imposibilita volver a desempeñar sus labores.
4. Que, desde el momento del accidente y hasta el 14 de julio de 2020, la EPS COOMEVA pagó el auxilio de incapacidad, no obstante, a partir del 03 de agosto le manifestaron que ellos solo cubrían los primeros 180 días de incapacidad y que a partir de ese momento era el Fondo de Pensiones quien debía asumir el pago del auxilio.
5. Que, al solicitar el reconocimiento y pago de las incapacidades, la COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. COLFONDOS, le han manifestado que es la EPS quien debe notificarlos y enviarles las incapacidades y que en sus archivos no reposa constancia de haber recibido dichas incapacidades.
6. Que, debido a que no le han sido reconocidas y pagadas las incapacidades, han afectado su mínimo vital, ya que por su condición de salud, no le es posible laborar, y obviamente devengar un salario que le permita asumir sus necesidades básicas.

Pretensiones.

Teniendo en cuenta los hechos anteriormente planteados, el accionante pide al Despacho el amparo a sus derechos fundamentales al mínimo vital y dignidad humana, y en consecuencia se ordene a las accionadas el reconocimiento y pago de las incapacidades señaladas en el punto 2 de los hechos.



ACTUACIÓN PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida por medio de auto de fecha 23 de julio del presente año, y se ordenó correrle traslado a la parte accionada para que ejercieran su derecho de defensa. Además, se dispuso la vinculación del empleador SERVICIOS INTEGRADOS LA VIANDA S.A.S, de la ARL SURA y de la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., ante solicitud de COLFONDOS AFP. Notificadas en debida forma tanto las accionadas como las vinculadas, estas se pronunciaron así:

La primera en pronunciarse acerca de los hechos de la tutela, fue COLFONDOS AFP, quien solicitó declarar Improcedente la presente acción de tutela en atención a que no se puede predicar acción u omisión derogatoria de garantías fundamentales de la señora Peña Niño, por su parte. Agregó además que ella es responsable del reconocimiento y pago de las incapacidades entre los 181 días y los 540 días y que las que no se encuentren en ese lapso, serán asumidas por el empleador (entre el día 1 y 3) y la EPS (entre el 4 y el 180 y aquellas que superen los 540 días), teniendo en cuenta la existencia de concepto favorable de rehabilitación. Concluye su informe, solicitando la vinculación de la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., por cuanto a su cargo están los pagos de incapacidades, la financiación de prestaciones de invalidez o sobrevivencia.

A su turno, SERVICIOS INTEGRADOS LA VIANDA S.A.S., rindió informe en el que solicitó denegar las pretensiones en su contra, habida cuenta que no ha infringido ninguna disposición legal y que, por el contrario, cumplió su deber de afiliar a la accionante a EPS y AFP, quienes deben resolver de fondo las pretensiones de la accionante.

Seguidamente, SURA ARL, solicitó declarar la improcedencia de la acción en su contra, teniendo en cuenta que la enfermedad fue catalogada como de origen común, por lo que no es ella la condicionada al reconocimiento y pago de las incapacidades en disputa.

Por otro lado, COOMEVA EPS, solicitó denegar la acción de tutela, argumentando que no es ella la responsable del reconocimiento y pago de las incapacidades solicitadas por la accionante, sino el empleador, en razón a que a la fecha cuenta con una mora en el pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud, la cual ya se encuentra en cobro. Agregó que las incapacidades 15/07/2020, 03/09/2020, 28/10/2020, 13/04/2021, 31/05/2021, no se encuentran radicadas por el empleador.

Finalmente, y ante solicitud de COLFONDOS AFP, se dispuso la vinculación de la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., quien en su informe manifestó que en virtud del contrato de seguro previsional IS, suscrito con COLFONDOS AFP, para cubrir los riesgos de Invalidez y Sobrevivencia a través de las pólizas Nos. 600000000-1501 y 600000000-1502, no ha sido notificada de solicitud de subsidio por incapacidades posteriores al día 180, por parte de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a nombre de la accionante. Además, agrega que la accionante cuenta con un mecanismo idóneo para la reclamación de sus derechos fundamentales.

Cabe resaltar que comoquiera que el término para decidir la presente acción de tutela, vencía el día 6 de agosto hogaño, y dada la vinculación a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., el Despacho dispuso, mediante auto de fecha 06 de agosto de este año, la prórroga del término para desatar la presente acción, por el término de cinco (5) días, dentro de los cuales se surtió la vinculación correspondiente y en consecuencia se procederá a dictar el fallo correspondiente.

Acervo Probatorio

La accionante, aportó como pruebas Copia Historia Clínica, Copia de su Cedula de ciudadanía, Copia del Registro Único de Afiliados RUAF. (EPS – ARL – AFP) y finalmente, Copia de las incapacidades.

COLFONDOS AFP, aportó las pólizas Nos. 600000000-1501 y 600000000-1502, suscrito con la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., y providencias en los que se debate el reconocimiento y pago de incapacidades.

SURA ARL aportó Certificado SFC Seguros de Vida Suramericana S.A. e Historial de afiliación.

Por su parte, COOMEVA EPS, aportó Concepto Milpa Pena Nino CC 32848212, CRH FAV COLFONDOS, EPS FT 695 FAVORABLE CRH COLFONDOS y Radicación 210409-000718 COLFONDOS

Finalmente, la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., aportó como prueba la copia de las Póliza Nos. 600000000-1501 y 600000000-1502.



CONSIDERACIONES

La Acción de Tutela es una institución jurídica que protege y defiende los derechos constitucionales fundamentales, que es una de las novedades que consagra la constituyente del año 1991, en el Artículo 86 de la Carta Magna, reglamentado por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, al tenor dice:

"(...) Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública..."

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en la que se encuentra el solicitante, debido a que en definitiva implica hacer un estudio analítico del mecanismo judicial "ordinario" previsto por el ordenamiento jurídico en cuanto a su idoneidad para conseguir el propósito perseguido" (...).

De lo dicho se puede concluir que la acción de tutela solo procede para proteger derechos fundamentales, más no otros de distinto rango, cuando resulten amenazados o vulnerados por cualquier autoridad pública o por particulares con las características descritas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Nacional, siempre que el solicitante no cuente con otro medio de defensa judicial, a menos que busque un amparo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Ahora bien, es esta misma naturaleza, la que obligó a que al momento de desarrollarse normativamente esta garantía constitucional y con la expedición del Decreto 2591 de 1991, se concibieran una serie de causales de improcedencia de la acción. Estas resultan ser:

Artículo 6°. CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.
2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.
3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.
4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.
5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto."

Igualmente hay que tener en cuenta que el artículo 86 de la Constitución Política autoriza la procedencia de la tutela contra particulares. Bajo esta premisa, el constituyente previó 3 situaciones distintas bajo las cuales procede la tutela contra los particulares: prestación de un servicio público, grave y directa afectación del interés colectivo y la existencia de un "estado de subordinación o indefensión". La Corte Constitucional reiteradamente ha señalado que además, procede la tutela contra particulares que ejercen funciones públicas, pues en tal caso ostentan la calidad de autoridad pública.

En este orden de ideas, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, en desarrollo de lo establecido en la parte final del artículo 86 constitucional, reglamentó los casos en los que la acción de tutela procede en contra de particulares, así:

Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

1. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución.
2. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la Igualdad y a la autonomía.
3. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos domiciliarios.
4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.
5. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar el artículo 17 de la Constitución.
6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del hábeas data, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución.



7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma.
8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.
9. Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela.

En este orden de ideas, el Despacho deberá establecer como primera medida, si en el presente asunto, concurre alguna de las causales de improcedencia de la acción de tutela, o si por el contrario, se cumple con alguna de las causales de excepción de procedencia en contra de particulares.

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, este Juzgado es competente para conocer la presente acción de tutela.

CUESTIÓN PREVIA A LA FORMULACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

Antes de la formulación del problema jurídico relacionado con la vulneración del derecho de petición, el despacho debe ocuparse del estudio de los requisitos generales de procedibilidad y su demostración en la solicitud de amparo de la referencia como cuestión previa. A tal efecto, analizará en conjunto si en el presente asunto se demuestran los presupuestos necesarios de procedencia, como son: i) legitimación por activa; ii) legitimación por pasiva; iii) inmediatez; y, iv) subsidiariedad, para que, una vez se verifique su acreditación, si es del caso, formule el respectivo problema jurídico que permita realizar el examen de las presuntas vulneraciones a los derechos fundamentales invocadas en el escrito de tutela.

ANÁLISIS DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Acorde con el artículo 86 de la Carta Política y los artículos 1 y 10 del Decreto 2591 de 1991, el requisito de **legitimación por activa** se encuentra acreditado, toda vez que la presente acción de tutela es ejercida por la señora MILPA ESTHER PEÑA NIÑO, en nombre propio, por considerar que las accionadas, le han vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital y al debido proceso.

En lo que respecta a la **Legitimación por Pasiva**, siguiendo lo establecido por la ley y la jurisprudencia constitucional, la legitimación pasiva en la acción de tutela se refiere a la aptitud legal de la entidad contra quien se dirige la acción, a efectos de que sea llamada a responder por la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales. En principio, la acción de tutela fue dispuesta y diseñada para los casos de violación o amenaza de los derechos fundamentales de las personas por parte de agentes estatales o de servidores públicos. Dentro de esta comprensión el inciso primero del artículo 86 señala que procede la acción de tutela cuando los derechos fundamentales “*resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública*”. Por ende, el amparo procede en contra de autoridades públicas y por excepción, en contra de particulares.

Se tiene entonces que la acción de tutela fue interpuesta en contra de COLFONDOS AFP y COOMEVA EPS, quienes, a juicio del accionante, son las obligadas a responder por la presunta vulneración de los derechos fundamentales del accionante, según lo dispuesto en los artículos 86 Superior y el 5° del Decreto 2591 de 1991.

De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe interponerse en un término oportuno, justo y razonable, esto es, cumplir con el **requisito de inmediatez**. Este requisito responde a la pretensión de “*protección inmediata*” de los derechos fundamentales de este medio judicial, que implica que, pese a no existir un término específico para acudir al juez constitucional, las personas deben actuar diligentemente y presentar la acción en un tiempo razonable.

En el presente caso, tiene el Despacho que la resolución del recurso de reposición data del 29 de mayo de 2021 y el 4 de junio de 2021, interpuso la acción de tutela; siendo así las cosas el **Requisito de Inmediatez** se encuentra parcialmente satisfecho pues, existen incapacidades que datan de mas de 6 meses, tiempo que, a juicio de las Atlas Cortes, resultan razonables para el ejercicio de la acción de tutela.



Finalmente, sobre el **requisito se subsidiariedad**, advierte el Despacho que a pesar de que el accionante cuenta con un medio de defensa idóneo para la satisfacción de sus pretensiones, por vía excepcional, procede la acción de tutela para el estudio del presente asunto.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

En la presente acción de tutela, deberá el Despacho establecer, como primera medida, si la acción de tutela procede contra los particulares accionados. Establecido lo anterior, se deberá determinar si las accionadas vulneran o amenazan los derechos fundamentales reclamados por la accionante, al no acceder a reconocer y pagar las incapacidades concedidas a la accionante.

Con el fin de dar respuesta al problema jurídico planteado, el despacho abordará previamente el estudio de la protección constitucional de los derechos fundamentales reclamados.

RAZONES DE DERECHO

En relación con el primer problema jurídico, referente a la procedencia de la acción de tutela en contra de AFP COLFONDOS y COOMEVA EPS, teniendo en cuenta que éstos son particulares. Pues bien, en el presente asunto, se advierte que además de que COOMEVA EPS presta servicios de salud (como lo prevé el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991). Además, debe considerarse que las reclamaciones hechas por la accionante buscan la protección de derechos como el mínimo vital de la accionante. En este orden de ideas, el Despacho, ve procedente la acción de tutela interpuesta por la señora MILPA ESTHER PEÑA NIÑO.

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE LA ACCION DE TUTELA.

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, y también de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil), conlleva a entender que el remedio judicial – vale decir, el ejercicio de la acción de tutela- requiere aplicación urgente, por lo que quien actúa en ejercicio de la tutela, debe usarla en forma oportuna. Significa lo dicho, que el juez no está obligado a atender una petición cuando el afectado injustificadamente, por desidia o desinterés, ha dejado pasar el tiempo para elevarla, la inmediatez es consustancial a la protección que brinda la mencionada acción como defensa efectiva de los derechos fundamentales.

Así también, resulta oportuno recordar con relación a la prontitud que debe acompañar el reclamo para la protección de los derechos, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el transcurso de un lapso mayor a seis meses para resolver amparos excede el principio de plazo razonable. Habida consideración de la significación del principio de inmediatez, ha concluido en recientes decisiones nuestro Alto Tribunal, que la “OPORTUNIDAD”, es un requisito de procedibilidad esencial para el ejercicio del amparo constitucional. Así mismo lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sus Salas de Casación Penal y de Casación Civil que en reciente providencia reiteró:

... al ciudadano le asiste el deber recíproco de colaborar para el adecuado funcionamiento de la administración de justicia (ordinal 7, artículo 95 Superior), en este caso, impetrando oportunamente la solicitud tutelar, pues la demora en el ejercicio de dicha acción constitucional, puede tomarse, ora como síntoma del carácter dudoso de la lesión o puesta en peligro de los derechos fundamentales, o como señal de aceptación a lo resuelto, contrario en todo caso la urgencia, celeridad, eficacia e inmediatez inherente a la lesión o amenaza del derecho fundamental.

Precisamente, en orden a procurar el cumplimiento del memorado requisito, la Sala en reiterados pronunciamientos ha considerado por término razonable para la interposición de la acción el de seis meses.

Sin embargo de lo razonado, es menester acotar que el mencionado plazo no es absoluto, sino que se entiende como razonable para la interposición de la acción de amparo, pues más allá de ese término, lo que en realidad lo determina son: (i) Si existió o no un motivo válido que justifique la inactividad de los accionantes; (ii) Si la inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; y, (iii) Si existe un nexo causal entre el ejercicio oportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados.

Por otro lado, y para el caso que nos ocupa, el Juzgado trae a colación, lo considerado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-529 de 2017, referente a la procedencia de la acción de tutela cuando aun existen mecanismos judiciales idóneos para la protección de los derechos fundamentales, así:

3. *Procedencia excepcional de la acción de tutela cuando existen mecanismos ordinarios de protección. Reiteración de jurisprudencia*

La acción de tutela, concebida como un mecanismo jurisdiccional que tiende por la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales de los individuos, se caracteriza por ostentar un carácter residual o subsidiario y, por tanto, excepcional; esto es, parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho como el que nos rige, existen procedimientos ordinarios para asegurar la protección de estos intereses de naturaleza fundamental. En este sentido, resulta pertinente



destacar que el carácter residual de este especial mecanismo obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias establecido por la Constitución y la Ley a las diferentes autoridades y que se fundamenta en los principios de autonomía e independencia judicial.

Por lo anterior, y como producto del carácter subsidiario de la acción de tutela, resulta necesario concluir que, por regla general, ésta solo es procedente cuando el individuo que la invoca no cuenta con otro medio de defensa a través del cual pueda obtener la protección requerida.

No obstante, se ha reconocido que existen ciertos eventos en los que, a pesar de la existencia de mecanismos ordinarios de protección, resulta admisible acudir directamente a la acción de tutela, los cuales han sido sintetizados de la siguiente manera: (i) cuando se acredita que a través de estos es imposible obtener un amparo integral de los derechos fundamentales del actor, esto es, en los eventos en los que el mecanismo existente carece de la idoneidad y eficacia necesaria para otorgar la protección de él requerida, y, por tanto, resulta indispensable un pronunciamiento por parte del juez constitucional que resuelva en forma definitiva la litis planteada; hipótesis dentro de las que se encuentran inmersas las situaciones en las cuales la persona que solicita el amparo ostenta la condición de sujeto de especial protección constitucional y, por ello, su situación requiere de una especial consideración por parte del juez de tutela; y (ii) cuando se evidencia que la protección a través de los procedimientos ordinarios no resulta lo suficientemente expedita como para impedir la configuración de un perjuicio de carácter irremediable, evento en el cual el juez de la acción de amparo se encuentra compelido a proferir una orden que permita la protección provisional de los derechos del actor, mientras sus pretensiones se resuelven ante el juez natural.

Sobre el primero de los eventos anteriormente mencionados, esta Corporación indicó en Sentencia SU-772 de 2014, que para determinar la idoneidad del mecanismo ordinario es necesario que el juez constitucional valore:

"i) que el tiempo de trámite no sea desproporcionado frente a las consecuencias de la decisión (...); ii) que las exigencias procesales no sean excesivas, dada la situación en que se encuentra el afectado (...); iii) que el remedio que puede ordenar el juez no sea adecuado para satisfacer el derecho de que se trate, por ejemplo, cuando el juez no pueda ordenar medidas de restablecimiento del derecho; y iv) cuando el otro mecanismo no permita atender las particularidades de los sujetos, como cuando la resolución del problema (...) dependa estrictamente de criterios legales ajenos a las condiciones particulares y especiales de vulnerabilidad en que se encuentre una persona."

Por ello, se ha considerado que no basta con verificar la existencia formal de mecanismos ordinarios de protección, sino que se debe valorar en el caso en concreto la idoneidad y eficacia con que estos pueden permitir superar la situación puesta en conocimiento del juez constitucional.

Respecto del segundo de ellos, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido ciertos criterios con base en los cuales es posible determinar la ocurrencia o no de un perjuicio que pueda tildarse de irremediable. Entre ellos se encuentran: que (i) se esté ante un perjuicio inminente o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) de ocurrir, no existiría forma de repararlo, esto es, que resulta irreparable; (iii) debe ser grave y que, por tanto, conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica que se estima como altamente significativo para la persona; (iv) se requieran medidas urgentes para superar la condición de amenaza en la que se encuentra, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (v) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.

En consecuencia, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que, en estos dos eventos, en los que las circunstancias particulares del caso constituyen un factor determinante, es posible que la acción de tutela pase a otorgar directamente el amparo pretendido, ya sea de manera transitoria o definitiva, a pesar de existir mecanismos ordinarios de protección a los que sea posible acudir.

DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS INCAPACIDADES QUE SUPERAN LOS 180 DIAS

El artículo 41 de la ley 100 de 1993 establece, en referencia con la calificación del estado de invalidez, lo siguiente:

"Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales -ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad.

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.



Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

PARÁGRAFO 1. Para la selección de los miembros de las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, el Ministerio del Trabajo tendrá en cuenta los siguientes criterios:

La selección se hará mediante concurso público y objetivo, cuya convocatoria se deberá hacer con no menos de dos (2) meses de antelación a la fecha del concurso e incluirá los criterios de ponderación con base en los cuales se seleccionará a los miembros de estos organismos. La convocatoria deberá publicarse en un medio de amplia difusión nacional.

Dentro de los criterios de ponderación se incluirán aspectos como experiencia profesional mínima de cinco (5) años y un examen escrito de antecedentes académicos sobre el uso del manual de pérdida de capacidad laboral y de invalidez, el cual se realizará a través de una entidad académica de reconocido prestigio. Los resultados del concurso serán públicos y los miembros de las Juntas serán designados por el Ministro del Trabajo, comenzando por quienes obtuvieran mayor puntaje.

La conformación de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez podrá ser regionalizada y el manejo de sus recursos será reglamentado por el Gobierno Nacional de manera equitativa. El proceso de selección de los integrantes de las juntas de calificación de invalidez se financiará con recursos del Fondo de Riesgos Profesionales.

PARÁGRAFO 2. Las entidades de seguridad social, los miembros de las Juntas Regionales y Nacional de Invalidez y los profesionales que califiquen serán responsables solidariamente por los dictámenes que produzcan perjuicios a los afiliados o a los Administradores del Sistema de Seguridad Social Integral, cuando este hecho esté plenamente probado".

En cuanto al reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común, la Sentencia T-161 de 2019, consideró:

6. Marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días. Reiteración de jurisprudencia.

Conforme fue expuesto en precedencia, el Sistema General de Seguridad Social contempla, a través de diferentes disposiciones legales, la protección a la que tienen derecho los trabajadores que, con ocasión a una contingencia originada por un accidente o una enfermedad común, se vean limitados en su capacidad laboral para el cumplimiento de las funciones asignadas y la consecuente obtención de un salario que les permita una subsistencia digna.

Respecto de la falta de capacidad laboral. La Corte ha distinguido tres tipos de incapacidades a saber: (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%. Sobre el particular, la propia jurisprudencia ha precisado que las referidas incapacidades pueden ser de origen laboral o común, aspecto que resulta particularmente relevante para efectos de determinar sobre quién recae la responsabilidad del pago de las mismas, como se explicará a continuación.

...

6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen común

Respecto del pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, es preciso empezar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabajador percibirá durante ese lapso. Así, cuando se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un auxilio económico y cuando se trata del día 181 en adelante se estará frente al pago de un subsidio de incapacidad.

Ahora bien, en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

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 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.

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.

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.

DERECHO AL MINIMO VITAL

La Corte Constitucional, contempla el derecho fundamental al mínimo vital, como aquel que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho. Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna.



En otras palabras, ha conceptuado la misma corporación, que el mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, pues “constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”¹

En este orden de ideas, también se ha señalado que el concepto de mínimo vital no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que, por el contrario, es cualitativo, ya que su contenido depende de las condiciones particulares de cada persona. Así, este derecho no es necesariamente equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente y depende del entorno personal y familiar de cada quien. De esta forma, cada persona tiene un mínimo vital diferente, que depende en últimas del estatus socioeconómico que ha alcanzado a lo largo de su vida.

Ahora, con fundamento en las consideraciones hasta aquí expuestas, el despacho abordará el caso concreto.

CASO CONCRETO

De las consideraciones anteriormente expuestas en esta providencia, y teniendo en cuenta que se encuentran acreditados los requisitos generales de procedencia de la acción de amparo, en el caso bajo estudio es necesario verificar si se encuentra vulnerado el derecho fundamental de petición.

En el presente asunto, se advierte por parte de esta decisora, que la accionante reclama el amparo a los derechos fundamentales al mínimo vital y a la dignidad humana, basada en el hecho de que COOMEVA EPS y COLFONDOS S.A., no han dispuesto el reconocimiento y pago de las incapacidades otorgadas, en virtud de las afectaciones sufridas con ocasión de un accidente de tránsito.

Pues bien, como ya se mencionó en líneas anteriores, la presente acción de tutela, esta llamada a prosperar de manera parcial, pues en cuanto a las incapacidades No. 119989 del 15/07/2020, 120676 del 03/09/2020, 122308 del 28/10/2020, 12876319 del 01/12/2020, 12892972 del 17/12/2020 y 12919365 del 08/01/2021 no fueron reclamadas oportunamente por la accionante, dando ello muestra de la poca urgencia que significaba su reconocimiento y pago, transgrediendo así, el requisito de inmediatez. Cabe resaltar, que, desde la fecha de vencimiento de la última de estas, habían transcurrido más de los 6 meses que consideran las Cortes como prudentes para la exigencia de la protección de los derechos. Es de anotar que, las incapacidades no son más que la compensación que recibe el empleado, que habiendo sufrido una enfermedad, ya sea de origen común o laboral, queda imposibilitado para desarrollar sus labores, de tal manera que no se vea afectado su mínimo vital. Lo anterior no es óbice para que acuda a la justicia ordinaria a reclamarlas.

En este caso, es evidente que la accionante tardó demasiado en ejercer acciones tendientes al reconocimiento y pago de algunas de las incapacidades otorgadas, lo que demuestra la falta de urgencia manifiesta de recibir un beneficio a que tenía derecho y que por su propia negligencia injustificada, perderá con esta decisión, pues con ello se acreditó que durante ese periodo (entre el 15 de julio de 2020 y el 2 de enero de 2021), no tenía la necesidad de reclamar el reconocimiento y pago de las incapacidades.

En cuanto a las Incapacidades No. 12926668, 12941151, 12958910, 12971640, 12984883 y 12971640, advierte el Despacho que habiendo superado los 180 días, corresponde a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLFONDOS S.A., el reconocimiento y pago de las referidas incapacidades, en razón a que obra en el expediente la remisión dentro del término legal (9 de abril de 2021, es decir, día 104 de incapacidad), del concepto favorable de recuperación, requisito sine qua non para que sea ella quien asuma la responsabilidad del pago de las prestaciones económicas reclamadas. Ahora bien, dicho reconocimiento por parte de la accionada COLFONDOS AFP, deberá ser trasladado a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., para que sea esta última quien efectúe el pago de las incapacidades señaladas en este párrafo, en virtud del contrato de seguros obrante en las pólizas de Seguro Previsional IS Nos. 600000000-1501 y 600000000-1502. Para ello, se conmina a la accionante a radicar ante COLFONDOS AFP, las incapacidades concedidas por los médicos tratantes, así como de los documentos que exige la AFP para el estudio del reconocimiento y posterior pago de estas, teniendo en cuenta que la EPS COOMEVA, el día 9 de abril de 2021, ya radicó, a través del correo electrónico serviciocliente@colfondos.com.co, y con radicado No. 210409-000718, el concepto de rehabilitación favorable de la accionante. Dicho reconocimiento y pago, deberá hacerse hasta el día 540, de conformidad con lo establecido en los incisos 5 y 6 del artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

¹ Sentencia SU-995 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz.



Finalmente, comoquiera que del presente trámite, no se advierte vulneración a los derechos fundamentales reclamados por la accionante, de parte de SURA ARL, COOMEVA EPS, ni de SERVICIOS INTEGRALES LA VIANDA S.A.S, el Despacho dispondrá su desvinculación del presente trámite constitucional.

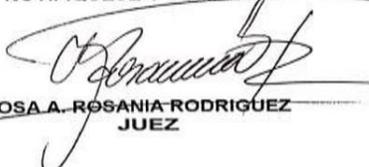
DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO TERCERO PROMISCUO MUNICIPAL ORALIDAD DE SABANALARGA (ATL.), administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CONCEDER PARCIALMENTE el amparo a los derechos fundamentales al mínimo vital y dignidad humana.
2. ORDENAR a la accionante MILPA ESTHER PEÑA NIÑO, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, radique, si aun no lo ha hecho, la documentación correspondiente a las incapacidades No. 119989 del 15/07/2020, 120676 del 03/09/2020, 122308 del 28/10/2020, 12876319 del 01/12/2020, 12892972 del 17/12/2020 y 12919365 del 08/01/2021, con sus respectivos soportes y anexos, ante la AFP COLFONDOS S.A. Una vez radicados, deberá esta última reconocer el pago de las referidas incapacidades dentro de las próximas cuarenta y ocho (48) horas a su radicación, teniendo en cuenta las disposiciones legales, y disponer su remisión inmediata a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., para que en igual tiempo, proceda al pago efectivo de las incapacidades que reconozca la AFP. De todo lo anterior, se deberá allegar constancia al Despacho dentro de las cuarenta ocho (48) horas siguientes al cumplimiento de esta orden.
3. Negar por improcedente el amparo de tutela a los derechos fundamentales reclamados por la señora MILPA ESTHER PEÑA NIÑO por el no reconocimiento y pago de las incapacidades No. 119989 del 15/07/2020, 120676 del 03/09/2020, 122308 del 28/10/2020, 12876319 del 01/12/2020, 12892972 del 17/12/2020 y 12919365 del 08/01/2021.
4. Notifíquese a las partes interesadas por el medio más expedito y eficaz.
5. En firme dicha providencia, si no fuese impugnada dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su notificación de conformidad con el Art. 31 del decreto 2591 de 1991, remítase a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


ROSA A. ROSANIA RODRIGUEZ
JUEZ

NOTA: Se deja constancia que el presente fallo no pudo ser firmado digitalmente a través de la plataforma asignada para tal fin por el Consejo Superior de la Judicatura, en razón a inconvenientes técnicos con la página web. No obstante, esta providencia goza de veracidad, la cual puede ser verificada en el Micrositio del Juzgado, dirigiéndose a la pestaña FALLOS DE TUTELA, opción "2021" con el número de radicación 08638408900320210028700.