



YAENS LORENA CASTELLÓN GIRALDO

Magistrada Sustanciadora

Proyecto discutido y aprobado según Acta No. 53

ASUNTO: ACCIÓN DE TUTELA DE 2ª INSTANCIA. IMPUGNACIÓN DEL FALLO
PROFERIDO EL 3 DE JULIO DE 2020.

RADICACIÓN: 08-001-31-10-001-2020-00117-00 (T-00420-2020 TYBA)

ACCIONANTE: NINI JOHANA OLIVERO RUEDA.

ACCIONADO: COLPENSIONES

PROCEDENCIA: JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA ORAL DE BARRANQUILLA.

Barranquilla, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

I. ANTECEDENTES

1.1 Actuación procesal de primera instancia.

NINI JOHANA OLIVERO RUEDA actuando a nombre propio, presentó acción de tutela contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, en adelante COLPENSIONES, con el objeto de que se protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, y a la seguridad social, con base en los hechos que a continuación se resumen:

Relata que desde hace 4 años vienen expidiéndosele incapacidades reconocidas por su EPS hasta el día 180, momento a partir se remitió al Fondo de Pensiones accionado con el correspondiente concepto de rehabilitación desfavorable, sin que se le cancelaran las demás incapacidades causadas y adelantándose el trámite correspondiente que arrojó concepto del 23.98% de pérdida de capacidad laboral, por lo que solicita se protejan sus derechos fundamentales, y como consecuencia se ordene a la accionada el pago de las incapacidades expedidas hasta el día 540.

1.2 El fallo impugnado.

El Juzgado de conocimiento avocó el conocimiento de la acción mediante auto del 18 de junio de 2020, requiriendo a la tutelada que rindiera un informe sobre los hechos narrados, y vinculó a la E.P.S. MEDIMAS, así como a la E.P.S. SURAMERICANA S.A.

Cumplidas las etapas de rigor, el despacho de conocimiento mediante sentencia del 3 de julio del hogaño negó el amparo solicitado, considerando que conforme a las pruebas aportadas la actora no demostró haber iniciado el proceso de calificación nuevamente, pese a que fue requerido por la tutelada, y que ante tal incumplimiento no es posible atribuirlo a la accionada, además porque el pago de incapacidades es un asunto que no procede en sede de tutela.

1.3 La impugnación.

Inconforme con lo resuelto, la accionante impugnó el fallo de primera instancia y se procede a resolver, mediante las siguientes

II. CONSIDERACIONES

2.1 Problema jurídico.

Corresponde a esta Sala dilucidar la impugnación del fallo de primer grado, y determinar si COLPENSIONES ha desconocido los derechos fundamentales de la actora frente al no pago de unas incapacidades, o si en su defecto no existe vulneración alguna de derechos fundamentales.

2.2. Fundamentos jurídicos.

La acción de tutela, instaurada en la Constitución Política de 1991, constituye un mecanismo para la protección de los derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o



amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en los casos previstos en la ley. De acuerdo con sus decretos reglamentarios, se tramita de manera breve, sumaria, desprovista de formalidades, a fin de asegurar la prevalencia del derecho sustancial.

En lo atinente al pago de incapacidades laborales, la Corte Constitucional en reciente data recordó los lineamientos a fin de proveer un mejor entendimiento de la naturaleza y objetivo del pago de dichas prestaciones económicas, y estableció una serie de reglas, a saber:

“i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;

ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.”¹

Con base en ello, la Corte concluyó que la incapacidad laboral garantiza el derecho a la vida digna, a la salud y al mínimo vital durante el tiempo en que el trabajador no se encuentra en la posibilidad de desarrollar las labores, pues permite que este reciba el ingreso necesario para satisfacer sus necesidades básicas.

Por otra parte, en cuanto al régimen de incapacidades laborales por enfermedades de origen común la Corte Constitucional ha establecido que:

“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.

...

6.1.1 En ese orden, el Gobierno Nacional, expidió la Ley 1753 de 2015 mediante la cual buscó dar una solución a al aludido déficit de protección. Así, dispuso en el artículo 67 de la mencionada ley, que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas “[a]l reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema

¹ Sentencia T-312 del 31 de julio de 2018. Magistrado Ponente ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO



General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.”. Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS.²

...

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 habérsele 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 condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral.”³ (Negrilla fuera de texto)

En síntesis el pago de incapacidades médicas laborales por enfermedad de origen común está a cargo de la EPS durante los primeros 180 días. A partir del día 181 y hasta el día 540, los pagos deben ser realizados por la Administradora de Pensiones con independencia de si el concepto de rehabilitación es favorable o desfavorable. Luego, a partir del día 541, corresponde a la EPS asumir tales costos.

2.3. Caso concreto.

En el sub examine, NINI JOHANA OLIVERO RUEDA acudió al juez constitucional con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por COLPENSIONES, ante la falta de reconocimiento y pago de las incapacidades médicas prescritas por sus médicos tratantes posterior al día 180, lo que no fue acogido en el fallo de primera instancia que negó el amparo solicitado, decisión que debe revisar esta Sala en virtud de la impugnación presentada.

² Sentencia T-161 del 09 de abril de 2019. Magistrado Ponente CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

³ Sentencia T-040 del 23 de junio de 2017. Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.



Preliminarmente conviene precisar que si bien la accionante tiene una vía judicial ante la jurisdicción ordinaria laboral para enervar la pretensión económica que aquí se reclama⁴, considera la Sala que en atención a su estado de salud y la imposibilidad física de laborar y así procurar su subsistencia, se abre paso el estudio de fondo de la tutela incoada dado que tal como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, *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*⁵.

En ese orden de ideas, de las pruebas adosadas al infolio evidencia esta Colegiatura que la tutelante se encuentra diagnosticada con luxación congénita de cadera no especificada y traumatismo del fémur durante el nacimiento, patologías por las que se le han ordenado una serie de incapacidades médicas, las que según se observa se han prolongado por más de 443 días hasta el 12 de abril de 2019⁶, respecto de las cuales la accionante indica solo haber recibido el pago de las primeras 180 por parte de su EPS, manifestando SURAMERICANA S.A. como su actual prestadora del servicio de salud, que no tiene incapacidades pendientes por reconocer⁷, doliéndose la accionante concretamente de la falta de pago de las ordenadas desde el día 181 que a su juicio son responsabilidad de la accionada, verificándose en el legajo que las mismas fueron requeridas por la actora⁸, y negadas por la convocada mediante misiva de fecha 21 de mayo de 2020.⁹

Sobre ello sostuvo la encartada al rendir el informe que *“dentro de las bases de datos de la Entidad, se evidencia que se allegó Concepto Médico de Rehabilitación (CRE) DESFAVORABLE, en consecuencia no sería jurídicamente procedente el pago de los subsidios económicos por incapacidades y en todo caso lo pertinente es llevar a cabo el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional”*, argumento que no puede ser de recibo por esta Magistratura, como quiera que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días y hasta el 540, 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 rehabilitación¹⁰.

Además de lo anterior conviene precisar que, conforme a los documentos obrantes en el legajo la promotora del resguardo fue calificada en pretérita oportunidad por COLPENSIONES obteniendo un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 23.98%,¹¹ sin embargo, según lo indicado por la misma accionada, en la actualidad se encuentra pendiente por realizar la calificación de la pérdida de capacidad laboral de la actora por el concepto desfavorable *“radicado en última oportunidad con el certificado de fecha 20 de mayo del 2020 Bzq 2020_5054462,(...), tal como fue realizada mediante los dictámenes No. 2015109582BB del 3 1/08/2015 y el dictamen No. 5831 del 02/12/2019.”*¹², de manera que siendo esta una actuación que por mandato legal le corresponde realizar al Fondo de Pensiones aquí convocado¹³, dicha omisión no es una carga que deba ser soportada por la afiliada quien se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud.

Corolario de lo antes discurrido es que no se prohíje la decisión de la A quo, como quiera que tal como se indicó de forma precedente, el principio de la subsidiariedad en estos casos se ve atemperado en virtud de estar de por medio la subsistencia misma del trabajador, además que la

⁴ 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”*.

⁵ Sentencia T-040 del 23 de junio de 2017. Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

⁶ visibles a folios 24 a 35 del archivo rotulado acción de tutela que obra en el expediente digital.

⁷ Folio 5 del archivo rotulado “CONTESTACIÓN TUTELA NINI OLIERO- IT POSTERIOR A 180 DÍAS (USUARIO TRASLADADO MEDIMAS)” que obra en el expediente digital.

⁸ Folio 13 del archivo rotulado acción de tutela que obra en el expediente digital.

⁹ Folio 14 a 17 del archivo rotulado acción de tutela que obra en el expediente digital.

¹⁰ Sentencia T-040 del 23 de junio de 2017. Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

¹¹ Folio 23 del archivo rotulado acción de tutela que obra en el expediente digital.

¹² Folio 2 del archivo rotulado “64931057 RESPUESTA DAC.pdf”



emisión de la calificación no es responsabilidad de éste y en todo caso a ello no se supedita el pago de incapacidades laborales expedidas por la patología a calificar.

Por los anteriores fundamentos deviene imperioso revocar la decisión de primera instancia, y en su lugar conceder el amparo de los derechos invocados por la accionante, ordenándole a la tutelada que en el término de ocho (8) días contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague a la señora NINI JOHANA OLIVERO RUEDA las incapacidades otorgadas por la enfermedad LUXACIÓN DE CADERA S730 durante el periodo comprendido entre el día 181 a 540, previa radicación de la interesada de cada una de ellas.

En atención de estos argumentos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Primera de Decisión Civil – Familia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

III. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo proferido el 3 de julio de 2020 por el Juzgado Primero Oral de Familia del Circuito De Barranquilla, al interior de la acción de tutela promovida por NINI JOHANA OLIVERO RUEDA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, y en su lugar se dispone **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, y seguridad social de la tutelante, conforme a los argumentos expuestos en ésta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, que en el término de ocho (8) días, contados a partir de la notificación de este fallo, reconozca y pague las incapacidades otorgadas a la tutelante por la enfermedad LUXACIÓN DE CADERA S730 durante el periodo comprendido entre el día 181 a 540, previa radicación de la interesada de cada una de ellas.

TERCERO: Notificar lo decidido a los sujetos de este trámite, mediante el medio más expedito y comunicar al *A quo*. **En cumplimiento del ACUERDO PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020, se dispone que las comunicaciones correspondientes, se realicen por medio del correo electrónico de la secretaria de la Sala seccfbqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co y de este Despacho scf05bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co.**

CUARTO: Una vez se reanuden los términos judiciales, enviar el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de este fallo. (Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

YAENS LORENA CASTELLÓN GIRALDO
Magistrada

ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES
Magistrado

CARMIÑA GONZÁLEZ ORTÍZ
Magistrada



Firmado Por:

YAENS LORENA CASTELLON GIRALDO
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 001 SUPERIOR SALA CIVIL FAMILIA DE LA
CIUDAD DE BARRANQUILLA-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:

08bec3e3440c5a9d11fbec03c3cd4e89818cb0d9c3ec1c724560ce75c0d2950b

Documento generado en 10/08/2020 04:57:37 p.m.