

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN

Sala Civil - Familia

Magistrada Ponente: DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Acción de tutela: 19698 31 12 002 2023 00004 02
Accionante: LILIANA ORTEGA SANDOVAL¹
Accionado: POSITIVA ARL² – EARTH'S HEALING COLOMBIA S.A.S.³
Vinculado: SANITAS EPS⁴ – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO⁵
Asunto: Decreta nulidad

Popayán, veintiuno (21) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

En esta oportunidad, sería del caso entrar a decidir la impugnación interpuesta por la EPS SANITAS y la señora LILIANA ORTEGA SANDOVAL, contra el fallo proferido el 01 de febrero de 2023, por el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE SANTANDER DE QUILICHAO - CAUCA, dentro de la acción de tutela de la referencia, sino fuera, porque se observa que la actuación se encuentra viciada de nulidad como se verá a continuación:

La señora LILIANA ORTEGA SANDOVAL, actuando en nombre propio, invoca el amparo constitucional reclamando la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la vida digna y el mínimo vital, los que considera vulnerados por las entidades accionadas, y en consecuencia, solicita se ordene “a POSITIVA ARL, autorice y pague las siguientes incapacidades: 1. Incapacidad por 10 días desde el 10 de septiembre de 2022 hasta el día 05 de octubre de 2022; 2. Incapacidad por 20 días desde el 6 de octubre de 2022 hasta el 25 de octubre de 2022; 3. Incapacidad por 15 días desde el 26 de octubre de 2022 hasta el 09 de noviembre de 2022, y la 4. Incapacidad por 5 días desde el 10 de noviembre de 2022 hasta 14 de noviembre de 2022”, y así mismo, se ordene “a POSITIVA ARL O A EMPRESA EARTH'S HEALING COLOMBIA SAS, realicen el reporte de enfermedad profesional que he venido solicitando y que hasta la fecha no han realizado”, y se envíe “copia del fallo a la Superintendencia Nacional de Salud y superintendencia financiera, para su respectiva vigilancia, control, y su eventual sanción”.

¹ Correo electrónico: caj.asesorias@hotmail.com – liliortega27@hotmail.com

² Correo electrónico: notificacionesjudiciales@positiva.gov.co – edwin.martinez@positiva.gov.co

³ Correo electrónico: recursohumano@ehcol.co -

⁴ Correo electrónico: notificajudiciales@keralty.com – djbenavides@epssanitas.com

⁵ Correo electrónico: tutelasmhcp@minhacienda.gov.co – notificacionesjudiciales@minhacienda.gov.co

Como hechos fundamento de su petición aduce: Que se encuentra laborando para la empresa EARTH'S HEALING COLOMBIA S.A.S., y está afiliada a la ARL POSITIVA y la EPS SANITAS. Que el 11 de enero de 2022 sufrió un accidente laboral, por el que se le diagnosticó *"TRAUMA EN RODILLA IZQUIERDA, CADERA Y COLUMNA LUMBAR"*, el que fue reportado ante la ARL POSITIVA, habiendo ocurrido el siniestro en las instalaciones de la empresa; que la ARL POSITIVA el 11 de enero de 2023 emitió concepto de calificación por el accidente ocurrido como de *"origen común"*, advirtiendo, que aun cuando tiene un antecedente por una *"HERNIA LUMBAR Y CERVICAL"* y una *"FISURA EN CADERA"*, por un accidente laboral anterior, con ocasión del nuevo suceso presentó *"nuevas contusiones en la rodilla izquierda, cadera y columna lumbar"*.

Refiere, que con ocasión de las lesiones sufridas el 11 de enero de 2023, acudió por urgencias, donde se le diagnosticó contusiones en la rodilla y cadera; que la ARL POSITIVA emitió concepto de calificación de *"origen común"*, negándole los servicios de salud y el pago de las cuatro (4) incapacidades concedidas desde el 10 de septiembre de 2022 al 14 de noviembre de 2022 [de manera ininterrumpida], aun cuando con anterioridad, reconoció y pagó las incapacidades causadas hasta el 10 de septiembre de 2022 –sic-; razón por la que no ha podido cubrir sus gastos básicos, pues carece de recursos⁶.

Habiendo correspondido las diligencias por reparto al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santander de Quilichao - Cauca, mediante auto del 20 de enero de 2023⁷, se admitió la acción de tutela contra la ARL POSITIVA y EARTH'S HEALING COLOMBIA S.A.S., y se dispuso la vinculación del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Para la notificación de las partes se libró el oficio No. 007 remitido por correo electrónico, según constancia visible en el archivo No. 03 del expediente digital. Igualmente, mediante proveído del 26 de enero de 2023⁸, se dispuso la vinculación de la EPS SANITAS, entidad para cuya notificación se libró el oficio No. 014 [aun cuando no reposa constancia de su notificación, la entidad se pronunció dentro del trámite].

La empresa EARTH'S HEALING COLOMBIA S.A.S., informa, que es cierto que el 11 de enero de 2023 la señora LILIANA ORTEGA sufrió un accidente, que no tiene la calidad de accidente aboral, de conformidad con el dictamen emitido por la ARL,

⁶ Archivo No. 00 de la Carpeta *"Tutela y Anexos"* del expediente digital

⁷ Archivo No. 02 del expediente digital

⁸ Archivo No. 08 del expediente digital

advirtiendo igualmente, que al momento de ocurrir el suceso no estaba en horario laboral ni realizando las labores contratadas, ni ejecutando una actividad encomendada por el empleador, pues *“apenas ingresaba a las instalaciones de la empresa”*. Que además, la ARL calificó la PCL en 0%. Que en consecuencia, habiendo calificado la ARL las patologías como de origen común, es la EPS quien ha debido prestar la atención médica, quirúrgica y hospitalaria, e igualmente, la entidad de salud ha reconocido y pagado las incapacidades médicas emitidas⁹.

Por su parte, la ARL POSITIVA, informa que la señora LILIANA ORTEGA reporta dos (2) eventos ante la compañía: a) Accidente registrado el 11 de enero de 2023 [se resbala ingresando a las instalaciones, en la motocicleta de su propiedad], por el que se calificaron las siguientes patologías como de origen común: Contusión de la región lumbosacra y de la pelvis, contusión de la cadera, y contusión de la rodilla, y contra la que hasta ese momento no se había formulado ningún reparo; b) Accidente registrado el 20 de diciembre de 2020, en el que igualmente, se calificaron las patologías como de origen común. En cuanto a las incapacidades, aduce, que *“nunca han sido radicadas por la accionante ante esa compañía”*, y se trata de incapacidades emitidas por la EPS SANITAS, por lo que las prestaciones a que tenga derecho la accionante serán de cargo de la EPS y la AFP a las que se encuentre afiliada respectivamente; razón por la que solicita su desvinculación del presente trámite¹⁰.

No obstante lo anterior, y aun cuando reiteradamente se ha indicado por las entidades accionadas, que se está en presencia de una patología de origen común, nada se dispuso en relación con la vinculación de la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES – COLFONDOS S.A. al que pertenece la señora LILIANA ORTEGA SANDOVAL, según los datos inmersos en los formularios aportados por la ARL POSITIVA¹¹, siendo necesaria su comparecencia al proceso, pues conforme lo informado por la EPS SANITAS en el escrito de contestación a la petición de amparo, la accionante lleva un total de **317** días de incapacidad ininterrumpidos por una enfermedad catalogada como de origen común, por la que se emitió concepto

⁹ Archivo No. 04

¹⁰ Archivo No. 06

¹¹

FORMATO DE INFORME PARA ACCIDENTE DE TRABAJO DEL EMPLEADOR O CONTRATANTE

Diligenciado Por Formulario Web - Empresa

EPS E.P.S. SANITAS S.A.

AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A./ARL

I IDENTIFICACIÓN GENERAL DEL EMPLEADOR CONTRATANTE O COOPERATIVA

de rehabilitación favorable, y en ese orden, como lo ha indicado la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional¹²:

“...tratándose de enfermedades o accidentes de origen común, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad radica en diferentes actores del sistema dependiendo de la prolongación de esta, de la siguiente manera:

Conforme al artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador.

A su vez, en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador.

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, esta corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

Ahora, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación -sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión de este a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, 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.

Así mismo, de acuerdo con la norma citada, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable de rehabilitación, 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”. 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. Contrario sensu, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.

En este punto, como resultado del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, es posible: i) que se determine una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, evento en el cual, el trabajador puede optar por la pensión de invalidez a cargo de la AFP a la cual se encuentre afiliado; o ii) que se fije una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%, situación en la que “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”. En otras palabras, se configura uno de los eventos en los cuales el trabajador se hace acreedor

¹² Corte Constitucional, sentencia T-194 de 2021

del derecho a la estabilidad laboral reforzada, reconocido por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

No obstante, lo anterior, es factible que, a pesar de haberse dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%, el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, superando los 540 días, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez. Es decir, no resulta posible su reintegro al cargo, debido a la misma incapacidad del trabajador para reincorporarse a sus funciones.

Al respecto, es preciso recordar que el Sistema General de Seguridad Social no previó esta situación dentro de su marco normativo y, por tanto, los asegurados incursos en estas circunstancias, antes de la promulgación de la **Ley 1753 de 2015** –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, se encontraban desprotegidos legalmente como consecuencia de la ausencia de claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad cuando los mismos superaban los 540 días. Sin embargo, el vacío de regulación fue efectivamente superado con la ley mencionada, al determinar que **el pago de las incapacidades superiores a los 540 días debía asumirse por las entidades promotoras de salud (EPS)** y que como mecanismo para reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado y propender oportunamente por la reincorporación del asegurado a sus funciones laborales, el Gobierno Nacional tenía la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad.”¹³

Siendo necesario entonces, sin desconocer la controversia que se plantea en relación con el origen de las patologías que aquejan a la tutelista, el concurso de la **ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES** a la que se encuentra afiliada la señora **LILIANA ORTEGA SANDOVAL**, para resolver de fondo el asunto, y en tal virtud, se procederá a decretar la nulidad de lo actuado, con fundamento en la causal de nulidad prevista en el numeral 8 del artículo 133 del Código General del Proceso. La nulidad afecta la actuación surtida a partir de la providencia de fecha 01 de febrero de 2023, inclusive, por lo que deberá el Juzgado rehacer la actuación anulada, integrando debidamente el contradictorio, **sin perjuicio del deber que le asiste a la funcionaria de establecer cuál es el FONDO DE PENSIONES al que se encuentra afiliada la accionante;** ordenar cualquier otra vinculación que acaso resulte necesaria; garantizar la validez de las pruebas practicadas, en los términos del inciso 2° del artículo 138 del Código General del Proceso, y **de la facultad oficiosa con la que cuenta el Juez como director del proceso, a fin de establecer con precisión y claridad cuál es la**

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

13

entidad que ha venía reconociendo y pagando las incapacidades otorgadas a la tutelista con anterioridad al 10 de septiembre de 2022 [no formando parte de la reclamación en sede constitucional, las incapacidades otorgadas con posterioridad al 11 de enero de 2013].

La Honorable Corte Constitucional ha indicado reiteradamente, que la acción de tutela se debe hacer extensiva, notificando de la iniciación de la misma y del fallo, a quienes se han de ver afectados con la decisión que se tome en la sentencia, independientemente de que la petición de amparo se dirija o no contra ellas, pues de no procederse así, se vulnera el derecho al debido proceso de las mismas.

En ese sentido, la Honorable la Corte Constitucional en la sentencia SU-116 del 08 de noviembre de 2018, señaló:

“El artículo 29 de la Constitución consagra el derecho al debido proceso, que se entiende como “la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables”. Tal derecho, siendo de aplicación general y universal “constituye un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico”.

*Esta garantía constitucional se predica de toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y su goce efectivo depende de la debida integración del contradictorio. **Específicamente, en el trámite de la acción de tutela asegura que la autoridad judicial despliegue toda su atención para determinar la posible vulneración de los derechos fundamentales que aduce el accionante y adopte su decisión convocando por activa y por pasiva a todas las personas que se encuentren comprometidas en la parte fáctica de la acción a objeto de que cuando adopte su decisión comprenda a todos los intervinientes y no resulte afectando a quienes debiendo ser llamados no fueron citados al asunto.***

*Ello, sin embargo, se deriva del escrito de tutela o de las respuestas que se brinden por las partes, o de los hechos puestos de presente, e incluso, de aspectos tales como los posibles efectos del fallo, **por lo que en ese escenario es donde el juez despliega su capacidad oficiosa para vincular al trámite a quien debe concurrir al mismo, a efectos de permitir su participación y, por tanto, su defensa, posibilitando conocer lo obrante en el expediente para que ejerza su derecho de contradicción en debida forma.***

Esta Corporación ha señalado que “el juez constitucional, como director del proceso, está obligado a -entre otras cargas- integrar debidamente el contradictorio, vinculando al trámite a aquellas personas naturales o jurídicas que puedan estar comprometidas en la afectación iusfundamental y en el cumplimiento de una eventual orden de amparo, para que en ejercicio de la garantía consagrada en el artículo 29 superior, puedan intervenir en el trámite, pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, aportar y solicitar las pruebas que consideren pertinentes, y en fin, hacer uso del arsenal defensivo que ofrece el ordenamiento jurídico”.

23. En cuanto a la integración del contradictorio en sede de tutela, la jurisprudencia constitucional señala que es un deber del juez de primera instancia, puesto que de esa manera garantiza a la parte interesada la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción y defensa durante el desarrollo de la tutela, vinculando a los interesados, es decir, a todas las personas “que puedan estar comprometidas en la

afectación iusfundamental y en el cumplimiento de una eventual orden de amparo, para que en ejercicio de la garantía consagrada en el artículo 29 superior, puedan intervenir en el trámite, pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, aportar y solicitar las pruebas que consideren pertinentes, y en fin, hacer uso del arsenal defensivo que ofrece el ordenamiento jurídico” (Negrilla fuera del texto)”.

Por último, y sin ninguna injerencia en lo anterior **conviene recordar, que debe garantizarse la integridad del proceso a fin de que el funcionario de segundo grado pueda acceder al expediente de manera cronológica y ordenada, como una unidad documental**, pues de lo contrario se correría el riesgo de tener una visión parcializada del asunto -ante la eventual falta de piezas procesales- en detrimento de los derechos de las partes de la litis, siendo obligación de la funcionaria de conocimiento acatar el “*PROTOCOLO PARA LA GESTIÓN DE DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS, DIGITALIZACIÓN Y CONFORMACIÓN DEL EXPEDIENTE. PLAN DE DIGITALIZACION DE EXPEDIENTES*”, dispuesto en la Circular PCSJC20-27 del 21 de julio de 2020 por el Consejo Superior de la Judicatura¹⁴. Lo anterior, dada la falta de piezas procesales en el asunto inicialmente remitido por el Juzgado.

Por lo expuesto, la Suscrita Magistrada Sustanciadora¹⁵ de la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la nulidad de lo actuado a partir de la providencia de fecha 01 de febrero de 2023, inclusive, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Santander de Quilichao - Cauca, y en consecuencia, ordenase al Juzgado de conocimiento, renovar la actuación anulada, integrando debidamente el contradictorio, y sin perjuicio de la validez de las pruebas practicadas, en los términos del inciso 2° del artículo 138 del Código General del Proceso, conforme lo dispuesto en el presente proveído.

En el marco de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura durante estos tiempos pandémicos se ha privilegiado el uso de los medios tecnológicos para la gestión judicial y administrativa, lo cual además de responder a la crisis ha entrado a formar parte del proceso de modernización y transformación digital de la Rama Judicial previsto en el Plan Sectorial de Desarrollo 2019-2022 “*Justicia Moderna con Transparencia y Equidad*”.

En ese sentido, el artículo 28 del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020¹ estableció que “*sin perjuicio del tipo de soporte documental de las distintas piezas procesales, será necesario mantener la integridad y unicidad del expediente, para lo cual se hará uso de las herramientas institucionales de almacenamiento disponibles*”.

En consecuencia, **se dispuso la expedición de un protocolo estándar para la gestión del expediente**, en el marco de las políticas de gestión documental de la Rama Judicial.²

¹⁴ Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 35 del C.G.P., y el Acta No. 001 de 2019 de esta Corporación, acogiendo el criterio expuesto por la CSJ STC2021-2019 del 21 de febrero de 2019 M.P. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona.

SEGUNDO: Remítase por Secretaría el expediente al Juzgado de origen, por medio de correo electrónico, para lo pertinente.

TERCERO: De lo aquí resuelto notifíquese por el medio más eficaz a las partes.

Notifíquese y cúmplase,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Doris Yolanda Rodríguez Chacón', is centered on a light gray rectangular background.

DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Magistrada