



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A RECLAMACIONES POR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES – CORRESPONDE AL JUEZ DE TUTELA VERIFICAR LAS CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS DEL ACCIONANTE EN CUANTO AL HECHO DE QUE ESTAS SEAN SU ÚNICA FUENTE DE INGRESO: los asuntos sometidos al conocimiento del juez constitucional deberán revisarse de fondo ante la posibilidad de que el peticionario no pueda procurarse los medios de subsistencia para sí mismo y su familia y se vea obligado a trabajar sin estar en condiciones para ello.

En efecto, se tiene que si bien existen mecanismos de defensa judiciales en la vía ordinaria para ventilar las reclamaciones por prestaciones económicas garantizadas por el Sistema de Seguridad Integral, cuando estas versen sobre incapacidades laborales, le corresponde al juez de tutela verificar las circunstancias concretas del accionante en cuanto al hecho de que estas sean su única fuente de ingreso. De ser así, los asuntos sometidos al conocimiento del juez constitucional deberán revisarse de fondo ante la posibilidad de que el peticionario no pueda procurarse los medios de subsistencia para sí mismo y su familia y se vea obligado a trabajar sin estar en condiciones para ello.

ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A RECLAMACIONES POR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES POSTERIORES AL DÍA 180 – LAS OBLIGACIONES DE PAGO DE LAS INCAPACIDADES TEMPORALES A CARGO DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD TERMINAN CUANDO EL AFILIADO HA CUMPLIDO LOS 180 DÍAS DE INCAPACIDAD: Corresponde al Fondo de Pensiones, al postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días, adicionales a los primeros 180 días de incapacidad reconocidos por la EPS, pagar al trabajador un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando, a partir del día 181 y hasta la fecha en que se produzca el dictamen de invalidez.

Habiendo realizado esta precisión, se advierte que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que, por regla general, las obligaciones de pago de las incapacidades temporales a cargo de las Entidades Promotoras de Salud terminan cuando el afiliado ha cumplido los 180 días de incapacidad, siendo de cuenta de las Administradoras de Fondos de Pensiones las prestaciones económicas que se generen a partir del día 181. Así, en referencia al artículo 23 del Decreto Reglamentario 2463 de 2001, la Corte ha señalado: “Esta Corporación ha reiterado que las incapacidades superiores a 180 días deben ser canceladas por la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentra ha llevado a la Corte a concluir que es el Fondo de Pensiones el que debe asumir afiliado el trabajador. La anterior regla se deriva de la lectura del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que dispone que el Fondo de Pensiones tiene la posibilidad de postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días, adicionales a los primeros 180 días de incapacidad reconocidos por la EPS, y en ese lapso, el trabajador deberá recibir un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando, y esta circunstancia el pago de las incapacidades a partir del día 181, hasta la fecha en que se produzca el dictamen de invalidez. De acuerdo con estas consideraciones, a la entidad accionada le asiste la razón al señalar que le corresponde al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección reconocer al actor las incapacidades generadas a partir del día 26 de julio de 2009 (día 181)”.

ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A RECLAMACIONES POR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES POSTERIORES AL DÍA 180 – EVENTOS ESPECIALES EN LAS QUE EL PACIENTE NO TIENE PRONOSTICO DE RECUPERACIÓN DE ACUERDO A LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL: En el evento en que el afiliado no alcance el porcentaje requerido de invalidez o se le haya dictaminado una incapacidad permanente parcial, y por sus precarias condiciones de salud se sigan generando incapacidades laborales, le corresponde al Fondo de Pensiones continuar con el pago de las mismas hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez.

Sin perjuicio de lo anterior, puede ocurrir que se determine que el afiliado no va a recuperarse y, en consecuencia, se proceda a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral por parte de las juntas regionales o la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de lo que pueden derivarse dos situaciones. La primera es que se determine la pérdida de la capacidad laboral superior al 50% donde el afiliado podrá optar por una pensión de invalidez. En el segundo caso, al trabajador le es declarada una pérdida de la capacidad laboral inferior al 50 % por lo que, en principio, debería ser reincorporado al trabajo “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”. Por otro lado, puede suceder que aun cuando el afiliado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

haya sido calificado con una pérdida de la capacidad laboral inferior al 50 %, este siga presentando síntomas o complicaciones que le impidan realizar sus labores y, por tanto, deban emitirse nuevas incapacidades. Ni el artículo 23 del Decreto Reglamentario 2463 de 2001 ni el 41 de la Ley 100 de 1993 contemplan esta situación por lo que ha de acudirse a las reglas jurisprudenciales establecidas para estas situaciones. La Corte Constitucional indicó en la sentencia T 920 de 2009: “En el evento en que el afiliado no alcance el porcentaje requerido de invalidez o se le haya dictaminado una incapacidad permanente parcial, y por sus precarias condiciones de salud se sigan generando incapacidades laborales, le corresponde al Fondo de Pensiones continuar con el pago de las mismas hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez”.

ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A RECLAMACIONES POR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES POSTERIORES AL DÍA 180 – EVENTOS ESPECIALES EN LAS QUE EL PACIENTE NO TIENE PRONOSTICO DE RECUPERACIÓN Y LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL ES SUPERIOR AL CINCUENTA POR CIENTO: Solo a partir de la firmeza del diagnóstico o dictamen definitivo de pérdida de capacidad laboral superior al 50%, es que el padecimiento alegado adquiere la connotación de un hecho determinado, cierto y exigible y por ende, puede producir efectos para solicitar las prestaciones sociales que de su ocurrencia emanan.

Téngase en cuenta que, como se expuso anteriormente, los pagos por incapacidades superiores a los primeros 180 días deben ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por 360 días adicionales, sin importar que ya se haya realizado la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, si esta es inferior al 50%, y siempre y cuando este siga presentando afectaciones a su estado de salud que le impidan trabajar. Por lo anterior, el pago de estas incapacidades deberá continuarse después de transcurridos los 180 días iniciales hasta que el médico tratante emita un concepto en el que se determine que la persona está en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, por lo anterior, en el caso concreto la obligación del pago del subsidio de las incapacidades, por haber superado la incapacidad los 180 días, se insiste, está a cargo de COLPENSIONES y a favor del accionante JOSE ORLANDO LIZARAZO a partir del día 181, esto es, desde el 12 de diciembre de 2019, tal como lo expuso el juez de instancia. Sin embargo, debe indicarse que, como se expuso jurisprudencialmente, el pago de dichas incapacidades tendrá lugar solamente hasta la fecha en que fue calificada en forma definitiva su pérdida de capacidad laboral que arrojó un porcentaje de pérdida superior al 50%, y en éste caso, la última calificación de pérdida de capacidad laboral que dictaminó una pérdida de 50,01%, tuvo lugar el 21 de julio de 2020, por tanto, el pago de las incapacidades será a cargo de COLPENSIONES desde el 12 de diciembre de 2019, hasta la fecha en que quedó en firme el dictamen definitivo de pérdida de capacidad laboral que arrojó un porcentaje de pérdida superior al 50%, pues es en últimas, a partir de la firmeza del diagnóstico, que el padecimiento alegado adquiere la connotación de un hecho determinado, cierto y exigible y por ende, puede producir efectos para solicitar las prestaciones sociales que de su ocurrencia emanan, razón por la que en tal sentido, la decisión de instancia será modificada.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO**

**“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2007**

SALA ÚNICA

RADICACIÓN:	1523831840012020-00156-01
CLASE DE PROCESO:	ACCIÓN DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
DEMANDANTE:	SARA ESTUPIÑAN MÁRQUEZ
DEMANDADO:	NUEVA EPS Y COLPENSIONES
DECISIÓN:	MODIFICA DECISIÓN
APROBADA	ACTA No.153
MAGISTRADO PONENTE:	GLORIA INÉS LINARES VILLALBA Sala 3ª de Decisión

Santa Rosa de Viterbo, doce (12) de noviembre de dos mil veinte (2020).

I.- ASUNTO A DECIDIR

Procede la sala a resolver sobre la impugnación interpuesta en sede de tutela por la entidad accionada COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 5 de octubre de 2020 por el JUZGADO PRIMERO PROMISCOUO DE FAMILIA DE DUITAMA.

II.- ANTECEDENTES

1. Los hechos y fundamento de la acción.

Refiere la accionante, quien actúa como agente oficiosa de su esposo JOSÉ ORLANDO LIZARAZO ZABALA, que el mismo padece de una sintomatología depresiva grave con alteraciones cognitivas que no le permiten tomar decisiones y debe estar siempre acompañado. Que adicionalmente presenta

un cuadro clínico de tumor maligno de colon ascendente, diabetes, prostatectomía y safenovaricectomía.

Que desde el 30 de mayo de 2019 empezaron a darle incapacidades médicas, las que se han prolongado en el tiempo, hasta la fecha de presentación de la acción. Que la última incapacidad generada fue del 26 de agosto al 26 de septiembre de 2020, otorgadas por el médico tratante psiquiatra.

Señala que la NUEVA EPS respondió por el pago de las incapacidades desde el 13 de octubre de 2019 hasta el 11 de noviembre de 2019, es decir, que respondió por los primeros 180 días de incapacidad.

Que a partir del 12 de noviembre de 2019 las incapacidades han sido continuas e ininterrumpidas, sin que el señor LIZARAZO ZABALA haya podido regresar a su sitio de trabajo.

Que si bien en la certificación de incapacidades aparecen algunos intervalos en el tiempo, eso ocurrió porque la NUEVA EPS no le daba oportunamente las citas de control, pero que siempre ha estado incapacitado, razón por la cual el médico tratante siempre deja la anotación que las mismas eran renovadas.

Que después del día 180 no han sido canceladas las prestaciones económicas causadas, ni por la NUEVA EPS ni mucho menos por COLPENSIONES, entidad ésta última que el 14 de septiembre del presente año, comunicó que no estaba obligada a pagar las incapacidades que fueron presentadas oportunamente para su cobro, teniendo en cuenta el concepto de rehabilitación desfavorable expedido por la NUEVA EPS.

Que con el no pago de todas las incapacidades expedidas desde el día 181 hasta la fecha, de manera notoria se ha afectado su mínimo vital necesario para su subsistencia y la de todo su grupo familiar, por cuanto los ingresos del salario y de la pensión extralegal que viene pagando la empresa EBSA, eran

destinados para todos los gastos de la familia, pues no cuentan con ingresos diferente.

Finalmente solicita se tutelen los derechos fundamentales del señor JOSE ORLANDO LIZARAZO ZABALA y se ordene a las entidades NUEVA EPS Y/o COLPENSIONES responder por el pago de las incapacidades laborales, causadas desde el 1 de diciembre de 2019, hasta el 26 de septiembre de 2020. Igualmente se ordene a la NUEVA EPS y/o COLPENSIONES a pagar las incapacidades laborales que se lleguen a causar desde el 26 de septiembre de 2020, y las que se sigan causando en el futuro.

III.- ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto del 23 de septiembre de 2020, el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Duitama, admitió a trámite la acción de tutela contra la NUEVA EPS y COLPENSIONES, ordenando la vinculación de GENSA, EBSA Y ASOFONDOS.

IV.- FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Sogamoso, mediante fallo del 5 de octubre de 2020, resolvió tutelar los derechos invocados y ordenar a COLPENSIONES, que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de la sentencia, reconociera y pagara al accionante las incapacidades dejadas de cancelar desde el 12 de diciembre de 2019 hasta el 26 de septiembre de 2020, fecha de la última incapacidad.

Consideró el juez de instancia que no obraba en el proceso constancia de pago de las incapacidades señaladas, por parte de COLPENSIONES o la NUEVA EPS, y sin que las aserciones del señor JOSÉ ORLANDO LIZARAZO ZABALA, relativas a la carencia de medios económicos y afectación a su mínimo vital, hubieren sido desvirtuadas.

Por lo anterior, consideró procedente la acción para propender por el pago de tales rubros, teniendo en cuenta que el afectado es un sujeto de especial amparo constitucional, por la situación de discapacidad en la que se encuentra, la enfermedad calamitosa que lo afecta como es el cáncer de colon, por lo que se flexibilizan las exigencias probatorias para acreditar su afectación al mínimo vital, razón por la que señaló que la protección se impondría de forma definitiva; recordando que en la actualidad las incapacidades de las cuales se solicita su pago, siguen sin ser canceladas, pese a que ha transcurrido más de nueve meses.

Que la potencial afectación del derecho al mínimo vital de JOSÉ ORLANDO LIZARAZO ZABALA, hace indispensable adoptar medidas urgentes para remediar la situación, que podría repercutir incluso en el derecho a la salud y a la vida por las condiciones de la enfermedad que presenta en la actualidad.

Que en razón a que la NUEVA EPS remitió a COLPENSIONES el concepto de REHABILITACIÓN DESFAVORABLE, quien debe cancelar las incapacidades solicitadas es COLPENSIONES, por lo que consideró que dicha entidad debía reconocer y pagar las incapacidades dejadas de pagar desde el 12-12-2019 al 26-09-2020.

VI.- LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con lo decidido, la entidad accionada COLPENSIONES, impugna el fallo de primera instancia, sus argumentos:

Que revisado el expediente administrativo, Bases de Datos y Aplicativos de esta entidad, se evidenció Concepto Médico de Rehabilitación (CRE) del 09/10/2019, el cual informó pronóstico de recuperación DESFAVORABLE emitido por la NUEVA EPS, por lo cual señalan que no procede el pago de las

incapacidades médicas y que lo que jurídicamente se realiza en estos casos, es la calificación de pérdida de la capacidad laboral.

Que una vez adelantado el trámite de valoración de la pérdida de capacidad laboral, Colpensiones procedió con la emisión del dictamen DMI_3716608 29/04/2020 que arrojó un porcentaje de pérdida del 3820 % con fecha de estructuración del 05/11/2019. Que contra dicho Dictamen se manifestó inconformidad por parte del ciudadano el 1/05/2020 mediante radicado 2020 4804045, el cual posteriormente pasó a ser competencia de la Junta Regional de Calificación de Boyacá, que consecuentemente esta emitió un nuevo dictamen de pérdida de capacidad laboral por un 50,01%.

Que existiendo otros mecanismos de defensa judicial para la protección reclamada; se debe recurrir a ellos antes de pretender el amparo por vía de tutela; que así mismo, no es procedente el pago de subsidios de incapacidad al no haberse agotado la vía administrativa y que en este caso puntual el ciudadano debe priorizar la solicitud del reconocimiento de la pensión de invalidez al presentar un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50%.

Que teniendo en cuenta que el concepto emitido por la EPS es DESFAVORABLE, las incapacidades no son competencia de Colpensiones, por el contrario, le corresponde a la EPS el reconocimiento de dichas incapacidades, debido al cambio de diagnóstico.

VII.- ACTUACIÓN SEGUNDA INSTANCIA

Esta Corporación mediante providencia del 15 de octubre de 2020, avocó conocimiento de la impugnación contra el fallo emitido por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Duitama, ordenando notificar a las partes por el medio más ágil y eficaz.

VIII. CONSIDERACIONES

1.- Problema Jurídico

De acuerdo con el anterior recuento procesal, se ocupa la Sala en establecer si acertó el juez de instancia al tutelar los derechos fundamentales invocados por el accionante.

2.- Acción de tutela frente a reclamaciones por el reconocimiento y pago de incapacidades.

Frente a los aspectos relacionados con reclamaciones por el reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, se ha considerado que en términos generales, no pueden ser ventilados por vía de tutela, pues para zanjar tales discusiones existe un trámite procesal ante el juez ordinario laboral¹.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha señalado, que los pagos por concepto de incapacidad médica constituyen el medio de subsistencia de la persona que, como consecuencia de una afectación en su estado de salud, ha visto disminuida la capacidad de procurar los recursos para su subsistencia y la de su familia. De ahí que, ante esa situación, la acción de tutela resulta ser el medio idóneo para la protección de otros derechos fundamentales que, en los eventos en que el peticionario se ve desprovisto del pago de las incapacidades médicas, pueden resultar afectados, como el mínimo vital y la salud.

Así, en sentencia T-140/16 la Corte Constitucional señaló:

¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral Providencia del 5 de julio de 2017.

“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, 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...”

En efecto, se tiene que si bien existen mecanismos de defensa judiciales en la vía ordinaria para ventilar las reclamaciones por prestaciones económicas garantizadas por el Sistema de Seguridad Integral, cuando estas versen sobre incapacidades laborales, le corresponde al juez de tutela verificar las circunstancias concretas del accionante en cuanto al hecho de que estas sean su única fuente de ingreso. De ser así, los asuntos sometidos al conocimiento del juez constitucional deberán revisarse de fondo ante la posibilidad de que el peticionario no pueda procurarse los medios de subsistencia para sí mismo y su familia y se vea obligado a trabajar sin estar en condiciones para ello.

3.- Reconocimiento de incapacidades laborales posteriores al día 180:

A diferencia de lo que sucede en el caso de las incapacidades temporales generadas por accidentes o enfermedades laborales en donde las Aseguradoras de Riesgos Laborales son las únicas responsables de las prestaciones económicas y asistenciales a las que tiene derecho el afiliado, cuando un trabajador es incapacitado por una afectación a su salud de origen común, son distintos los sujetos de derecho que están llamados a hacerse cargo de la situación.

Por lo anterior, aun cuando se haya determinado el origen común de la enfermedad o el accidente, pueden presentarse controversias entre las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras de Fondos de Pensiones y los empleadores, sobre quien es el encargado del pago de las prestaciones económicas en los casos de incapacidades temporales.

Es así que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto Reglamentario 2943 de 2013, los pagos correspondientes a los primeros dos (2) días de incapacidad estarán a cargo del empleador y de las Entidades Promotoras de salud a partir del tercer día.

En lo que tiene que ver con el monto de esta prestación, el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que: *“En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el patrono le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días, y la mitad del salario por el tiempo restante”*. Se debe tener en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto Reglamentario 2943 de 2013, tal obligación solo está a cargo del empleador durante los dos primeros días a menos que no exista afiliación del trabajador al Sistema General de Seguridad Social en Salud o que este se encuentre en mora en el pago de los aportes correspondientes, en cuyo caso se abre la posibilidad a que responda excepcionalmente por la prestación por incapacidad consagrada en el Estatuto Laboral.

Se advierte que las normas mencionadas no contemplan la eventualidad de que la incapacidad sea extendida por un periodo superior 180 días por lo que en ellas tampoco se establece si el afiliado tiene derecho a esta prestación después de superado este periodo de tiempo ni cuál es la persona (natural o jurídica) responsable de estos pagos.

Para estos efectos, los incisos quinto y sexto del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012), establecen que cuando exista concepto favorable de recuperación del afiliado, es decir, cuando se entienda que la incapacidad es de carácter temporal, los pagos por incapacidades de origen común que superen los 180 días deberán ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por un

periodo de 360 días adicionales. No obstante, durante el primer periodo, las Entidades Promotoras de Salud tienen la obligación de emitir un concepto de rehabilitación dirigido a las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se establezca si el afiliado tiene perspectivas de recuperarse o si debe procederse a la calificación de su pérdida de la capacidad laboral. La sanción establecida por esta norma para los casos en que dicho concepto no sea emitido oportunamente es que las incapacidades que superen los 180 días deban ser asumidas por las Entidades Promotoras de Salud hasta que este sea presentado.

En este punto, cabe advertir que el derogado artículo 23 del Decreto Reglamentario 2463 de 2001 establecía un régimen de responsabilidades a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones y las Entidades Promotoras de Salud a partir del día 180 de incapacidad y durante los 360 subsiguientes si fuere el caso:

“(…) Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la administradora de fondos de pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las juntas 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 otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador”.

Se tiene entonces, que al haber sido derogado por el Decreto Reglamentario 1352 de 2013, el artículo 23 del Decreto 2463 perdió vigencia y por lo tanto no puede considerarse como normatividad aplicable para los casos de incapacidades superiores a 180 días. En todo caso, al tener el mismo contenido obligacional que el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, es posible citar la jurisprudencia que se ocupó de las obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones en referencia a la norma derogada como fuente de derecho para resolver los casos gobernados por la legislación vigente.

Habiendo realizado esta precisión, se advierte que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado que, por regla general, las obligaciones de pago de las incapacidades temporales a cargo de las Entidades Promotoras de Salud terminan cuando el afiliado ha cumplido los 180 días de incapacidad, siendo de cuenta de las Administradoras de Fondos de Pensiones las prestaciones económicas que se generen a partir del día 181. Así, en referencia al artículo 23 del Decreto Reglamentario 2463 de 2001, la Corte ha señalado:

“Esta Corporación ha reiterado que las incapacidades superiores a 180 días deben ser canceladas por la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentra ha llevado a la Corte a concluir que es el Fondo de Pensiones el que debe asumir afiliado el trabajador. La anterior regla se deriva de la lectura del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que dispone que el Fondo de Pensiones tiene la posibilidad de postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días, adicionales a los primeros 180 días de incapacidad reconocidos por la EPS, y en ese lapso, el trabajador deberá recibir un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando, y esta circunstancia el pago de las incapacidades a partir del día 181, hasta la fecha en que se produzca el dictamen de invalidez. De acuerdo con estas consideraciones, a la entidad accionada le asiste la razón al señalar que le corresponde al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección reconocer al actor las incapacidades generadas a partir del día 26 de julio de 2009 (día 181)”.

Sin perjuicio de lo anterior, puede ocurrir que se determine que el afiliado no va a recuperarse y, en consecuencia, se proceda a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral por parte de las juntas regionales o la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de lo que pueden derivarse dos situaciones. La primera es que se determine la pérdida de la capacidad laboral superior al 50 % donde el afiliado podrá optar por una pensión de invalidez. En el segundo caso, al trabajador le es declarada una pérdida de la capacidad laboral inferior al 50 % por lo que, en principio, debería ser reincorporado al trabajo *“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”*.

Por otro lado, puede suceder que aun cuando el afiliado haya sido calificado con una pérdida de la capacidad laboral inferior al 50 %, este siga presentando síntomas o complicaciones que le impidan realizar sus labores y, por tanto, deban emitirse nuevas incapacidades. Ni el artículo 23 del Decreto Reglamentario 2463 de 2001 ni el 41 de la Ley 100 de 1993 contemplan esta situación por lo que ha de acudirse a las reglas jurisprudenciales establecidas para estas situaciones.

La Corte Constitucional indicó en la sentencia T 920 de 2009:

“En el evento en que el afiliado no alcance el porcentaje requerido de invalidez o se le haya dictaminado una incapacidad permanente parcial, y por sus precarias condiciones de salud se sigan generando incapacidades laborales, le corresponde al Fondo de Pensiones continuar con el pago de las mismas hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez”.

Esta posición fue reiterada en la sentencia T-729 de 2012, donde se expresó:

“En el caso en el que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, no obstante haber sido evaluado por la Junta de Calificación de Invalidez y se dictamine una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50 %, la Corte ha interpretado, conforme con la Constitución Política y el precitado artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que le corresponde al fondo de pensiones el pago de las incapacidades superiores a los primeros 180 días, a menos que; i) se expida el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, que le permita consolidar el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez o ii) que se emita un nuevo concepto por parte del médico tratante que establezca que el actor se encuentra apto para reanudar labores”.

4.- Caso concreto

Teniendo en cuenta lo expuesto, procede la Sala a analizar el asunto sometido a su consideración, en el cual, la accionante actuado como agente oficiosa del

señor JOSE ORLANDO LIZARAZO, cuestiona el proceder de las entidades accionadas, al no realizar el pago de algunas incapacidades que le han sido expedidas.

Pues bien, menester es indicar que de acuerdo a la jurisprudencia ya citada, aunque la acción de tutela no se instituye como un mecanismo idóneo para reclamar prestaciones económicas, en los casos en los que su no reconocimiento puede significar la vulneración de derechos de rango fundamental como el mínimo vital, la vida, la salud o la seguridad social, se ha definido su procedencia, porque de lo contrario tales prerrogativas perderían su efectividad.

En ese orden de ideas, en lo que respecta a la posible afectación del mínimo vital del actor, éste señala unas condiciones de existencia difíciles como consecuencia de su estado de salud y de la falta de recursos que permiten inferir que se encuentra expuesto a la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En efecto, la agente oficiosa del señor LIZARAZO señala que ni él ni su familia poseen ingreso alguno diferente al que aquél recibía como contraprestación a su trabajo, y que su familia depende económicamente de él, afirmaciones éstas que no fueron controvertidas por ninguna de las partes vinculadas, y que por tanto, dan cuenta del apremiante estado de necesidad en que se encuentra el peticionario, por lo que, a pesar de la existencia de la vía ordinaria como mecanismo idóneo para reclamar el pago de las incapacidades, la Sala no puede pasar por alto que en este caso es necesario revisar el asunto de fondo.

Así las cosas, una vez analizado el caso bajo análisis y la jurisprudencia existente sobre el tema puesto a consideración, debe decirse que, tal y como lo concluyó el Juez Constitucional de instancia, COLPENSIONES, es la entidad responsable del pago de las prestaciones económicas que reclama el accionante en éste amparo, pues como primera medida, debe tenerse en cuenta que su diagnóstico fue calificado como de origen común, y además, porque las administradoras de fondo de pensiones están en la obligación de

asumir y garantizar todas aquellas prestaciones asistenciales y económicas que se originen como consecuencia de ese accidente o enfermedad común, que incluye el pago de incapacidades superiores a los 180 días.

Téngase en cuenta que, como se expuso anteriormente, los pagos por incapacidades superiores a los primeros 180 días deben ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por 360 días adicionales, sin importar que ya se haya realizado la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, si esta es inferior al 50%, y siempre y cuando este siga presentando afectaciones a su estado de salud que le impidan trabajar.

Por lo anterior, el pago de estas incapacidades deberá continuarse después de transcurridos los 180 días iniciales hasta que el médico tratante emita un concepto en el que se determine que la persona está en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, por lo anterior, en el caso concreto la obligación del pago del subsidio de las incapacidades, por haber superado la incapacidad los 180 días, se insiste, está a cargo de COLPENSIONES y a favor del accionante JOSE ORLANDO LIZARAZO a partir del día 181, esto es, desde el 12 de diciembre de 2019, tal como lo expuso el juez de instancia. Sin embargo, debe indicarse que, como se expuso jurisprudencialmente, el pago de dichas incapacidades tendrá lugar solamente hasta la fecha en que fue calificada en forma definitiva su pérdida de capacidad laboral que arrojó un porcentaje de pérdida superior al 50%, y en éste caso, la última calificación de pérdida de capacidad laboral que dictaminó una pérdida de 50,01%, tuvo lugar el 21 de julio de 2020, por tanto, el pago de las incapacidades será a cargo de COLPENSIONES desde el 12 de diciembre de 2019, hasta la fecha en que quedó en firme el dictamen definitivo de pérdida de capacidad laboral que arrojó un porcentaje de pérdida superior al 50%, pues es en últimas, a partir de la firmeza del diagnóstico, que el padecimiento alegado adquiere la connotación de un hecho determinado, cierto y exigible y por ende, puede producir efectos para solicitar las prestaciones sociales que de su ocurrencia

emanan, razón por la que en tal sentido, la decisión de instancia será modificada.

Se itera, la Corte Constitucional estableció en la sentencia T-920 de 2009, 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 capacidad laboral superior al 50%**, regla reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones².

Así, las disquisiciones gestadas por la entidad impugnante emergen como una clara intención de desatender prerrogativas del orden legal y mantener en un estado de zozobra el pago de las incapacidades a las cuales tiene derecho el señor LIZARAZO, desconociendo, entre otras prerrogativas, el principio de accesibilidad al derecho fundamental a la salud, en la medida en que impone una barrera administrativa que no se encuentra prevista ni en la ley ni en algún reglamento.

Entonces, teniendo en cuenta la jurisprudencia expuesta, como quiera que el objetivo del reconocimiento y pago de las incapacidades temporales persigue amparar el mínimo vital del trabajador, al brindar la posibilidad de reemplazar el salario y continuar percibiendo un ingreso que le permita atender sus necesidades básicas, las reclamadas en éste asunto deberán ser canceladas por la respectiva AFP COLPENSIONES desde el día 181 hasta el momento indicado.

En ese orden de ideas, se ajusta a derecho la orden proferida por el juez de instancia, pues es factible concluir que el auxilio de incapacidad incide en la garantía del derecho a la salud en la medida en que permite la recuperación satisfactoria del paciente, además propende por la garantía al mínimo vital al

² Ver entre otras las sentencias T- 146 de 2016, T-333 de 2013, T-229 de 2012.

cual tienen derecho quienes han sufrido infortunios de salud y se han visto imposibilitados para continuar con su vida laboral, aspectos que conllevan a que por este Tribunal se confirme la decisión de tutelar los derechos invocados, modificándola en el sentido expuesto en párrafos anteriores, referente al momento hasta el que debe realizarse el pago de las incapacidades.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, LA SALA TERCERA DE DECISIÓN DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Duitama el 05 de octubre de 2020, en el sentido de indicar que COLPENSIONES, en el término allí dispuesto, debe pagar al accionante JOSE ORLANDO LIZARAZO, el subsidio por incapacidad a partir del día 12 de diciembre de 2019, hasta la fecha en que quedó en firme el dictamen definitivo de pérdida de capacidad laboral que arrojó un porcentaje de pérdida superior al 50%, teniendo en cuenta las incapacidades allegadas, por lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Duitama el 05 de octubre de 2020, por lo expuesto en la parte considerativa.

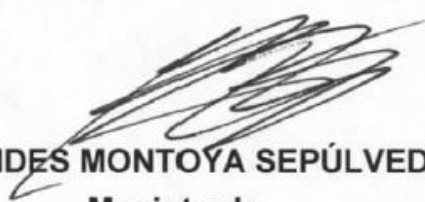
TERCERO: NOTIFICAR esta determinación a las partes, en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991.

CUARTO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada Ponente



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada