



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN
DE SENTENCIAS DE CALI**

SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA No. 138

Santiago de Cali, 27 de junio de 2023

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: JOSE JULIAN GARCIA GIRON
ACCIONADO: COMPENSAR EPS Y PROTECCIÓN FONDO DE
PENSIONES Y CESANTÍAS
VINCULADOS: JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL
CAUCA
JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ
ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA
GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES
RADICACIÓN: 009-2023-00134-00

I.- OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Proveer acerca de la acción de tutela instaurada por JOSE JULIAN GARCIA GIRON contra COMPENSAR EPS Y PROTECCIÓN FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, en conexidad con dignidad humana, vida digna e integridad personal.

II.- ANTECEDENTES

La parte accionante manifiesta en los hechos lo siguiente:

A Protección le he solicitado a través de solicitud artículo 23 carta política, no me la quisieron recibir haciendo caso omiso. Me trasladarán a Colpensiones.

Por otro lado, he solicitado a la EPS Compensar, consulta para el médico laboral y ocupacional para una evaluación profesional por mi problemática de salud, en mi caso muy delicado, pues mi locomoción es muy limitada y no puedo laborar, tengo una incapacidad de más del 70%. Por otro lado, me realizan diálisis en la unidad renal ubicada en la Cruz Roja de esta localidad.

En este orden de ideas reúno con todos los requisitos para una pensión por invalidez. Como lo he manifestado anteriormente estas entidades me vienen vacilando continuamente. En Compensar y Protección conocen de mi problemática de salud, saben de la diálisis que me realizan continuamente sin parar, de mi problema de la columna y cada día mi salud se va deteriorando pues mi problema renal es crónico. Por otro lado, es de aclarar, no me cancelan las incapacidades de varios meses y como no puedo trabajar mis recursos económicos son paupérrimos, sólo dependo de lo que me den mis progenitores.

III.- TRÁMITE PROCESAL

El Juzgado profirió auto interlocutorio No. 1963 del 13 de junio de 2023 en el cual admitió la Acción de Tutela en contra de COMPENSAR EPS Y PROTECCIÓN FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS, se vinculó a JUNTA DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ y a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, a quienes se les concedió un término de dos (02) días para su contestación.

Contestación de la parte accionada:

- **COMPENSAR EPS**, por intermedio de LEYDI LORENA CHARRY BENAVIDES en calidad de abogada informó que:

“Sea lo primero indicar señor Juez que, JOSE JULIAN GARCIA GIRON, identificada con cedula de ciudadanía 94.276.882, se encuentra ACTIVO en el Plan de Beneficios de Salud PBS, de la EPS, en calidad de dependiente, esto según lo indicado por el proceso de salud y aclaraciones:

Que el(la) señor(a) JOSE JULIAN GARCIA GIRON identificado(a) con Cedula Ciudadania 94276882, se encuentra Activo en el Plan de Beneficios de Salud PBS, de la EPS Compensar por la Empresa JOHN JAIRO GARCIA QUINTERO NIT 6356811, en calidad de Dependiente según información contenida a la fecha en nuestra base de datos.

Fecha Afiliación	Fecha Retiro
20220130	No Registrada

De igual forma el proceso de salud y aclaraciones nos brinda la siguiente información, veamos:

- *Usuario afiliado en el régimen contributivo como cotizante dependiente en estado activa en aportes desde enero del año 2022.*
- *El cotizante no registra mora por su empleador actual.*
- *No registran novedades para su retiro*

Indagando con el proceso de prestaciones económicas, este nos informa: Presenta incapacidades prolongadas por diagnostico INSUFICIENCIA RENAL TERMINALN180, que los 180 días fueron reconocidos como corresponde por la EPS y que a la fecha tiene un acumulado de 210 días.

Desde medicina laboral nos indican que: Se inicia gestión del caso (Radicación masiva del 08/09/2022) para dar inicio del trámite a AFP: con 210 días de incapacidad.

CRHB de fecha 14/09/2022 pronóstico Desfavorable. Notificación AFP Protección - 03/10/2022. No se observa alguna calificación de PCL hecha por la AFP.

Asimismo, se debe indicar que no se observa ninguna orden médica para cita de medicina laboral. Sin orden médica no se puede proceder con la autorización y asignación de servicios.

En la presente acción, las peticiones del accionante aducen reconocer pensión de invalidez, en esto mi representada no tiene responsabilidad alguna, toda vez que JOSE JULIAN GARCIA GIRON, NO TIENE VÍNCULO CON LA MISMA para estas pretensiones por lo que es claro que mi representada carece de toda legitimación en la causa por pasiva en el presente trámite constitucional

Por lo anterior solicita:

PRIMERA: Se sirva decretar LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA interpuesta por JOSE JULIAN GARCIA GIRON, en relación a COMPENSAR EPS, por carecer de LEGITIMACIÓN POR PASIVA, y en consecuencia SE PROCEDA A SU DESVINCULACIÓN, toda vez que mi representada no ha incurrido en ninguna acción u omisión que vulnere los derechos fundamentales del accionante y tampoco es la llamada a controvertir las pretensiones de la misma.

- **PROTECCION S.A.**, por intermedio de JULIANA MONTOYA ESCOBAR en calidad de representante legal judicial manifestó que:

“Sea lo primero indicar que el señor José Julián García Girón quien se identifica con Cédula de Ciudadanía No. 94276882 presenta afiliación al fondo de Pensiones Obligatorias Administrado por Protección S.A. desde 11 de enero de 2008 y con Fecha de Efectividad de la afiliación del 12 de enero de 2008 como Vinculación inicial al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Corresponde en este punto explicar con detalle al despacho judicial el trámite que ha impartido Protección S.A. en el caso de la referencia, respecto del proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral del señor José Julián García Girón.

En primer lugar, es importante mencionar que el señor José Julián García Girón, presentó ante el Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A. solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral.

Con el fin de resolver la mencionada solicitud, el caso fue remitido ante la Comisión Médico Laboral con quien Protección S.A. tiene celebrado contrato de prestación de servicios, con el propósito de evaluar y determinar si era procedente postergar trámite de calificación de invalidez por contar con pronóstico favorable de rehabilitación, caso en el cual habría lugar al pago de incapacidades superiores a 180 días por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones o si por el contrario, no contaba con pronóstico favorable de rehabilitación, evento en el cual procedía la calificación de pérdida de la capacidad laboral de manera inmediata y determinar de esta forma si había o no lugar al pago de alguna de las prestaciones económicas consagradas para el Régimen de Ahorro Individual en caso de presentarse un estado de invalidez. Entidad que en los términos del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, y que a su vez fue modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, así como acorde a Decreto 1507 del 2014, una vez revisado todo el expediente del caso procedió a solicitar historia clínica complementaria para poder realizar dicha calificación.

No procede calificación por historia clínica Incompleta - Pendiente complementos.

En el caso de la referencia, la comisión Médico Laboral con quien Protección S.A. tiene celebrado contrato de prestación de servicio a efectos de calificar la pérdida de capacidad laboral de sus afiliados, recibió documentación solicitada al señor José Julián García Girón para proceder a agendar cita de valoración, sin embargo, revisados con detalles los soportes, se percató que en los documentos allegados hacía falta complemento indispensable de historia clínica

Debe informarse al despacho que, sin la presentación de documentos tales como la historia clínica completa y actualizada, no es posible emitir dictamen de calificación, en tanto, la misma está compuesta por todos los soportes que reflejan los actuales problemas de salud del paciente, conteniendo entonces los documentos que deben ser analizados por los médicos de la Comisión Médica Laboral de Protección S.A., para evaluar plenamente la enfermedad o situaciones de salud que padece al señor José Julián García Girón, y calcular con base en ello su pérdida de capacidad laboral.

Proceder a calificar la pérdida de capacidad laboral sin evaluar lo pedido, conllevaría a errores en los dictámenes ya que no están claros ni definidos los diagnósticos de las patologías del señor José Julián García Girón, lo que sin lugar a dudas generaría que el dictamen no valore todas las deficiencias (entendidas como las secuelas de las patologías), incluso, los diagnósticos del señor José Julián García Girón, no serían compatibles con los diagnósticos establecidos en el manual de calificación pues no se tiene una secuela establecida y se incurría en errores al anticipar las secuelas.

Por lo tanto, toda vez que a la fecha de hoy el señor José Julián García Girón, no ha aportado copia de su historia clínica completa, mi representada no cuenta con los elementos suficientes para FINALIZAR el proceso de calificación que ya fue autorizado y emitir dictamen sobre la pérdida de capacidad laboral; incluso, ordenar a mi representada proceder con dicho trámite sin los documentos requeridos conllevaría a emitir un dictamen de calificación sin poder analizar y evaluar de fondo todas las patologías que padece el señor José Julián García Girón, en la actualidad, situación que le perjudicaría directamente, pues su porcentaje de pérdida de capacidad laboral podría verse afectado.

Por lo dicho, consideramos que sin la gestión de los soportes requeridos y como ya se explicó, queda esta AFP imposibilitada para emitir en el caso un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral ajustado a historia clínica completa y actualizada, eso es, emitir un dictamen sin dichos soportes Médicos correspondientes a Historia clínica podría incluso afectar al señor José Julián García Girón.

En lo que respecta a los hechos narrados en el escrito de tutela, fue posible establecer que, a nombre de la parte hoy accionante, efectivamente se presentó derecho de petición ante esta AFP en los términos señalados en acción legal. Por tanto, en este acápite traemos a colación el trámite impartido por Protección S.A. al respecto. Derecho de petición con respuesta clara, precisa y de fondo. Con el fin de atender la consulta elevada, mediante comunicado adjunto a este escrito, Protección S.A. remitió con sus correspondientes soportes anexos, respuesta de fondo en el caso, clara, detallada, precisa, punto por punto frente a lo pedido y que se envió a la dirección Carrera 31 18 - 09 Barrio Santa Elena en la Ciudad de Cali y los correos electrónicos: marielagiron12345@gmail.com, bigotesgg@hotmail.com, que el señor José Julián García Girón, expuso para notificaciones en su derecho de petición.

De acuerdo con lo manifestado y teniendo en cuenta que esta administradora ha emitido respuesta en forma clara, precisa y de fondo a la petición elevada por el señor José Julián García Girón, y la ha puesto en su conocimiento según los datos de notificación suministrados, respetuosamente consideramos que la presente acción de tutela debe ser denegada por carencia de objeto en lo que respecta a Protección S.A.”

Por lo anterior solicita,

“De acuerdo con lo anterior, esta Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ha obrado de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales, razón por la cual no observa conducta alguna que constituya o se erija en la violación de algún derecho fundamental o legal del señor José Julián García Girón.

No obstante, en el evento de llegarse a condenar a esta Administradora y en favor del señor José Julián García Girón, se le solicita al Despacho conceder la tutela con efectos transitorios por el término de 4 meses, mientras que presenta demanda ordinaria laboral a través de la cual el juez natural y especializado en la materia resuelva definitivamente si tiene derecho o no a lo concedido.

Lo anterior se encuentra regulado en el artículo 8° del Decreto 2591 de 1991, el cual establece que la acción de tutela procederá cuando se utilice como “mecanismo transitorio” para evitar un perjuicio irremediable y que, para el efecto, el juez señalará “expresamente” en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice”.

Contestación de las entidades vinculadas

EMSSANAR EPS, por intermedio de JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO, en calidad de Abogado de la empresa, manifestó que:

“Teniendo en cuenta que los hechos y solicitudes planteadas en la acción constitucional, corresponden a una controversia bilateral entre la Administradora de Fondos de Pensiones y el afiliado (tutelante) que debe dirimirse en aplicación de las disposiciones consagradas en el libro primero de la Ley 100 de 1993 y las normas que lo modifican y reglamentan. De acuerdo con lo anterior, tanto en la controversia con la Administradora de Fondos de Pensiones – AFP como en la que se plantea con la EPS no debe intervenir ni ser parte la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES, so pena de quebrantarse el principio de legalidad consagrado en el artículo 6 de la Constitución Política por una posible extralimitación.

Por último, debe señalarse que existen vías ordinarias adecuadas a la solución de los conflictos planteados en la acción de tutela. Para el efecto se tiene el artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 2° de la Ley 712 de 2001, que establece: “Artículo 2. Competencia General: La jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: (...) 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan. 5. La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad. (...)

En primer lugar, es necesario mencionar que la presente solicitud de amparo no es el mecanismo idóneo para dirimir conflictos económicos derivados del reconocimiento de derechos económicos y litigiosos, toda vez que la misma constituye un medio judicial subsidiario, que no tiene por fin reemplazar los procedimientos ya previstos en nuestra legislación para hacer valer derechos.

Así mismo, debe recordarse que el único objetivo de la Acción de Tutela es la protección efectiva, inmediata y subsidiaria de los derechos fundamentales, de manera que, este mecanismo se torna improcedente cuando el señor García, pretende el reconocimiento de su pensión de vejez, que no tienen trascendencia ni relación con la protección inmediata de un derecho fundamental, es decir, no existe material probatorio que evidencie la vulneración de derechos fundamentales, por los cuales la acción de tutela se torne procedente.

Por tal motivo solicita,

“Por lo anteriormente expuesto, se solicita al H. Despacho NEGAR el amparo solicitado por el accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia DESVINCULAR a esta Entidad del trámite de la presente acción constitucional.

Igualmente, se solicita NEGAR la facultad de recobro, toda vez que mediante las Resoluciones 205 y 206 de 2020, la ADRES ya transfirió a la EPS los recursos de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud. Adicional a ello, se solicita declarar la improcedencia de la acción de tutela, por contener pretensiones económicas y no cumplir con el principio de subsidiariedad.

Por último, se implora al H. Despacho MODULAR las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, en el sentido de no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades a las que se compruebe la vulneración de los derechos fundamentales invocados, por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud, y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público.

JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL VALLE DEL CAUCA,
por intermedio de JOSE JULIAN GARCIA GIRON en calidad de apoderado manifestó que:

“Revisado el archivo digital de la Junta Regional, no se evidencia a la fecha, solicitud de calificación de Pérdida de Capacidad Laboral a nombre del señor JOSE JULIAN GARCIA GIRON identificado con cédula de ciudadanía No. 94.276.882, por ninguna entidad del Sistema de Seguridad Social.

De acuerdo con lo anterior, no le es dable a esta Junta, entrar a emitir pronunciamiento alguno sobre la presente acción de tutela, por tratarse de hechos y pretensiones ajenas a la entidad que represento, a la fecha no se encuentra radicado expediente a nombre del accionante; solicito

respetuosamente desvincular a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, por no haber vulnerado derecho alguno al accionante”.

JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, por medio de IVÁN ALEXANDER RIBÓN CASTILLO en calidad de abogado, sostuvo que:

“Una vez revisadas las bases de datos, verificados los registros de expedientes, apelaciones y solicitudes radicados en la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, NO SE ENCONTRÓ registro de caso (expediente) pendiente, calificación, apelación respecto a esta persona, proveniente de una Junta Regional de Calificación de Invalidez, Juzgado o autoridad administrativa para trámite de calificación ante esta entidad, respecto del señor José Julián García Girón identificado con Cedula de Ciudadanía No 94.276.882.

Se debe informar al despacho que por expresa disposición del artículo 43 del Decreto 1352 de 2013, incorporado en el Decreto 1072 de 2015, la Junta Regional de Calificación de Invalidez no remite el expediente de calificación a la Junta Nacional hasta tanto no se allegue la consignación de los honorarios a nombre de la Junta Nacional, como se entenderá por parte del despacho la Junta Nacional no puede adelantar gestión alguna de calificación (citación a valoración, definición de la fecha de resolución del caso) sin haber recibido el expediente de calificación, entre otras porque sólo en el expediente se encuentra toda la información pertinente como por ejemplo, tipo de caso, entidad remitentes, interesados, dirección de notificación de los interesados, etc.), conforme a la normatividad que nos regula el expediente debe llegar a la Junta Nacional someterse a reparto entre las salas y luego de esto someterse nuevamente a reparto entre los médicos para proceder a realizar la citación de los pacientes de acuerdo a la agenda disponible de cada médico.

En razón a lo anterior, es necesario indicar al despacho que la responsabilidad de la Junta Nacional inicia en el momento en el que es radicado el expediente en esta entidad, de lo contrario la responsabilidad está en cabeza de la Junta Regional hasta tanto no se remita el expediente en esta entidad.

Se observa claramente que las pretensiones señaladas por parte del señor José Julián García Girón están encaminadas a que tanto a la Administradora de Fondo de Pensiones y/o Compensar EPS gestione y realice el reconocimiento de la pensión de invalidez; razones que la Junta Nacional no tiene ninguna injerencia al resultar ajeno al desarrollo de sus funciones.

Se informa al despacho que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, NO ES SUPERIOR JERARQUICO, NI ADMINISTRATIVO DE LAS JUNTAS REGIONALES, por lo que esta entidad NO OSTENTA potestades disciplinarias ni sancionatorias respecto a los organismos de primera instancia.

Por lo expuesto anteriormente, me permito solicitarle respetuosamente al Señor Juez se declare IMPROCEDENTE, a la respectiva acción de tutela, y se DESVINCULE a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez teniendo en cuenta que para el caso que nos ocupa, se considera que esta entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante; además se deja claro que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez es independiente de las Entidades del Sistema General de Pensiones y

estas deben brindarles la respuesta a los requerimientos radicados en su dependencia”.

VI.-CONSIDERACIONES

1.- Este despacho es competente para asumir y definir el trámite constitucional iniciado por la parte accionante.

2.- El problema jurídico que se somete a consideración del despacho estriba en determinar si hay vulneración de los derechos fundamentales de la parte accionante por parte de la entidad accionada.

3.- La acción de tutela ha sido concebida, como un procedimiento preferente y sumario para la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en los casos que determine la ley.

Así las cosas, la efectividad de la acción, reside en la posibilidad de que el juez si observa que en realidad existe la vulneración o la amenaza de derechos fundamentales de quien solicita protección, imparta una orden encaminada a la defensa actual de la garantía constitucional afectada.

V.-MARCO JURISPRUDENCIAL Y LEGAL

Como primera medida es importante recordar que de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, el Decreto 2591 de 1991 y la doctrina constitucional, el propósito de la acción de tutela, es la protección efectiva de los derechos fundamentales que resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos expresamente señalados por la ley.

Pues bien, cuando en el curso de la acción de tutela, el Juez Constitucional encuentra que la acción que presuntamente está amenazando o vulnerando algún derecho fundamental ha desaparecido; o si verifica que la situación que puso en riesgo los derechos fundamentales del accionante ha cesado o fue corregida, no existe razón alguna para un pronunciamiento de fondo.

La Corte Constitucional de forma sistemática ha sostenido que la calificación de pérdida de capacidad laboral es un derecho que tienen todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social, sin distinción alguna, pues es el medio para acceder a la garantía de otros derechos como la salud, mínimo vital y seguridad social, que permite establecer si una persona tiene derecho a las prestaciones asistenciales o económicas que se consagra en el ordenamiento jurídico, por haber sufrido una enfermedad o accidente.

En concreto, la Sentencia T-038 de 2011, advirtió que:

“tal evaluación [la calificación de pérdida de capacidad laboral] permite determinar si la persona tiene derecho al reconocimiento pensional que asegure su sustento económico, dado el deterioro de su estado de su salud y, por tanto, de su capacidad para realizar una actividad laboral que le permita acceder a un sustento. Adicional a ello, la evaluación permite, desde el punto de vista médico, especificar las causas que la originan la disminución de la capacidad laboral.”

Atendiendo a la importancia del derecho que se tiene en el Sistema de Seguridad Social, de recibir calificación de la pérdida de capacidad laboral y la incidencia de ésta para la obtención de prestaciones económicas y asistenciales, de la cual dependen los derechos fundamentales a la seguridad social o mínimo vital, se considera que todo acto dirigido a dilatar o negar injustificadamente su realización, resulta contrario a la Constitución y al deber de protección de las garantías iusfundamentales en que ella se funda.

Ahora bien, por sentado se tiene que la acción de tutela ostenta una naturaleza subsidiaria, en virtud de la cual, se erige como un mecanismo especial, de naturaleza residual, a través del cual, es posible conjurar la amenaza o evitar la vulneración de los mismos, siempre que no exista otro recurso o medio de defensa eficaz para la protección de los derechos en contienda, conforme sucede en relación con las controversias de carácter laboral y prestacional como aquellas relativas al pago de incapacidades, para lo cual, se cuentan con las acciones judiciales ordinarias correspondientes.

No obstante, tiene por sentado la jurisprudencia nacional que la tutela se admite en forma excepcional cuando se trate de proteger los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna de la persona, puesto que *“cuando la falta de pago de las acreencias laborales, vulnera o amenaza los derechos fundamentales a la vida digna, al mínimo vital, a la seguridad social y/o a la subsistencia, la tutela procede para la reclamación efectiva de aquellas acreencias que constituyan la única fuente de recursos económicos que permiten sufragar las necesidades básicas, personales y familiares de la persona afectada”* (S. T-963 de 2007).

Así mismo, se ha establecido que *“el no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, **pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia**”*. Y sobre al tema específico de las incapacidades laborales, la jurisprudencia constitucional ha considerado procedente la tutela para el pago de las mismas, en los siguientes casos: *“(i) cuando el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador durante el tiempo que está impedido para desempeñar sus labores, la cual constituye la única fuente de ingresos con que cuenta el trabajador para satisfacer su mínimo vital y el de su familia; (...)*”. (Sentencia T – 585 de 2011).

En ese contexto, se ha precisado que *“para acceder a las prestaciones económicas que surgen como consecuencia de incapacidades laborales por enfermedad general*

es necesario verificar el cumplimiento de una serie de requisitos. (...) “En consonancia con los anteriores argumentos y la norma trascrita, es posible colegir que el trabajador independiente tendrá derecho al pago de la licencia por enfermedad general cuándo:

1. Cumpla con los periodos mínimos de cotización, es decir, haya cotizado al Sistema, de forma ininterrumpida y completa, por lo menos cuatro (4) semanas antes a la fecha de la solicitud.
2. Haya cancelado de manera oportuna por lo menos cuatro (4) de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho y, además, no haya incurrido en mora en el pago de los aportes durante el periodo en que éste disfrutando de la licencia.
3. No tenga ninguna deuda a favor de las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud “por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades”.
4. Haber ofrecido información veraz al momento de diligenciar los documentos de afiliación y autoliquidación de aportes.
5. Cumplimiento de los requisitos mínimos de movilidad en cuanto a la cotización a la seguridad social. (...) iv) En los casos de allanamiento a la mora, la EPS es la encargada de pagar la prestación económica. La Corte Constitucional ha sostenido que cuando se presenta el fenómeno del allanamiento a la mora las entidades prestadoras de salud, EPS, son las responsables de cancelar la incapacidad por enfermedad general: “Bajo esta línea argumentativa, aun cuando el empleador o el trabajador independiente hayan cancelado de manera tardía o de manera incompleta las cotizaciones en salud, se entenderá que la EPS se allanó en la mora por la mera aceptación del dinero, y por tanto se encuentra obligada a pagar la incapacidad laboral del trabajador o cotizante independiente.”

Ahora bien, en lo atinente a la responsabilidad por el pago de incapacidades superiores a los 180 días, debe advertirse que, acorde con las pautas establecidas por la Corte Constitucional para este tipo de asuntos, corresponde al juez de tutela acogerse al procedimiento establecido para el pago de las prestaciones de orden asistencial o económico, con miras a definir cuál de los agentes del sistema tiene a cargo la obligación de atender las mismas.

Y en torno al tópico –esto es, al procedimiento aplicable- la jurisprudencia patria¹ también tiene por establecido que el **certificado de incapacidad** temporal genera durante los primeros 180 días un **auxilio económico** a cargo de la EPS, que desde el día 181 se sustituye por un **subsidio de incapacidad** equivalente al auxilio, pero asumido por el Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador, siempre y cuando se haya emitido concepto de rehabilitación, por lo cual “ (...) Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, **ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad sin mayor dilación**, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable”

Por esa vía, después de un análisis de la normatividad aplicable, la jurisprudencia nacional ha decantado que “entre el día 1 y 2 está a cargo del empleador según lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, Entre el día 3 y 180 a cargo de la EPS según el mismo decreto. 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”.

En base a los fundamentos legales y jurisprudenciales el Despacho entra a resolver el caso concreto.

IV.CASO CONCRETO

El señor JOSE JULIAN GARCIA GIRON, manifiesta que ha solicitado tanto a la EPS COMPENSAR como al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., calificación de pérdida de capacidad laboral, en razón a su diagnóstico de insuficiencia renal terminal y así mismo solicita el pago de sus incapacidades médicas generadas a causa de su patología.

La EPS COMPENSAR por su parte manifiesta que, respecto a las incapacidades los 180 días fueron reconocidos como corresponde a la EPS y respecto a la calificación informa que emitió concepto de rehabilitación desfavorable, el cual fue remitido a la administradora de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A., el día 03/10/2022, no obstante, informa que se no encuentra calificación de PCL hecha por la AFP.

Por su parte la administradora del fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A., mediante escrito de fecha 24 de mayo del presente año, le informó al señor GARCIA GIRON que la documentación aportada para con la solicitud de calificación se encontraba incompleta y que la misma no había sido subsanada, lo que conllevó a decretar el desistimiento tácito de la referida solicitud.

En el requerimiento efectuado por esta instancia judicial la AFP PROTECCIÓN S.A. sostuvo que el accionante solicitó la calificación por pérdida de capacidad laboral, sin embargo, la misma no se tramitó debido a que la historia clínica allegada se encontraba incompleta, así mismo manifiesta que dio contestación a un derecho de petición presentado por el accionante respecto al traslado de aportes del señor GARCIA GIRON a Colpensiones. Ahora bien, es de anotar que respecto al pago de las incapacidades guardó absoluto silencio.

Sobre la postura asumida por AFP PROTECCIÓN S.A., esta instancia judicial debe precisar que comparte su postura parcialmente por la siguiente razón. Si bien es cierto que como entidad calificadora tiene el deber de contar con toda la información que determine el diagnóstico y estado clínico del solicitante, lo es también que PROTECCIÓN S.A., tiene toda la facultad para solicitar de manera directa a la EPS a la cual está afiliado el solicitante, que suministre todo el material médico, que en últimas dará certeza sobre el daño corporal y su posible incidencia en la disminución de la capacidad laboral.

Es decir, que contrario a lo expuesto por PROTECCIÓN S.A., la carga de suministrar información, corresponde a la EPS y no al accionante directamente, pues, si considera que la historia clínica del señor GARCIA GIRON, se encuentra incompleta, tiene la facultad de requerir a COMPENSAR EPS, para que la aporte, y no dirigir la responsabilidad al accionante. Además, la EPS no puede negarse a emitir la documentación que reposa en su poder, en el presente caso la historia clínica completa, pues, es su obligación estar presto a brindar la información solicitada y así agilizar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral para que el accionante acceda a la pensión de invalidez, conforme lo precisa la Corte Constitucional en sentencia T-854 de 2010:

“De cualquier modo, en el evento que la información enviada no sea suficiente para determinar un diagnóstico definitivo de la patología padecida puede el calificador en esta fase primaria requerir a la EPS o IPS que por conducto del médico tratante o interconsultor se realicen las pruebas, exámenes y procedimientos necesarios con el propósito de emitir un informe exacto.

...las entidades encargadas de prestar el servicio de salud a la comunidad, no pueden negarse a realizar procedimientos y actividades de diagnóstico (como un examen o una cita con un especialista), aduciendo argumentos de tipo administrativo, económico etc. y en manifiesta contradicción de la normatividad legal, cuando sea necesario para agilizar el trámite de la pensión de invalidez, pues esto vulnera los derechos a la salud, a la vida y a la dignidad humana de quien necesita la claridad del diagnóstico para acceder al derecho fundamental de la seguridad social.
“

Así las cosas, conforme a la anterior jurisprudencia de la Corte Constitucional, se tiene que el proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral, tanto en la fase a cargo del médico laboral como frente a la Junta de Calificación de Invalidez, la normatividad vigente consagró un deber a cargo de las EPS como actor fundamental en el proceso de calificación de la invalidez de remitir la información de carácter médico completa e idónea para sustentar el hecho que motiva el reconocimiento o negación de la pensión de invalidez, y si la información enviada no es suficiente y persiste en los calificadores inseguridad o duda debido a que no cuenten con los suficientes elementos de juicio sobre los daños o deterioros sufridos por el solicitante, tales entidades en su deber asistencial deberán practicarle a sus afiliados todos los procedimientos médicos solicitados, tales como exámenes, pruebas, valoraciones, revisiones especializadas etc., con el fin de determinar con claridad la incidencia de tal diagnóstico en la pérdida de la capacidad laboral.

Por lo tanto, en primera medida se ordenará a COMPENSAR EPS, remitir con destino a AFP PROTECCION S.A., de manera completa y actualizada la historia clínica del señor JOSE JULIAN GARCIA GIRON y así mismo se ordenará a la AFP PROTECCION emitir la calificación de pérdida de capacidad laboral y en el evento de necesitar mayor información sobre el estado de diagnóstico del accionante, tiene la facultad de requerir a COMPENSAR EPS a la cual está afiliado el accionante, para le brinde toda la información necesaria y/o si requiere nuevos exámenes o conceptos médicos, respecto al diagnóstico de insuficiencia renal terminal.

Ahora bien, frente a la solicitud del pago de incapacidades se tiene que, la EPS COMPENSAR manifestó que los 180 días de incapacidad del accionante fueron reconocidos como corresponde por la EPS y que a la fecha (09/08/2022) el accionante tenía un acumulado de 210 días, como se muestra:

**EL PROGRAMA DE EPS DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR
 COMPENSAR
 NIT 860.066.942-7**

CERTIFICA QUE

El(la) señor(a) JOSE JULIAN GARCIA GIRON, identificado(a) con cedula ciudadanía número 94276882, ha tramitado las siguientes incapacidades/o licencias ante COMPENSAR EPS:

Tipo Incapacidad	No Incapacida	Fecha Radicación	Fecha Inicio	Fecha Fin	Cod OX	Descripción	Pro	Días Incap	Días Acum	Estado	Valor Incapacidad
ENFERMEDAD GRAL	2987182	20220908	20220310	20220408	N180	INSUFICIENCIA RENAL TERMINAL	NO	30	30	AUTORIZADO	\$ 933,333
ENFERMEDAD GRAL	2986757	20220908	20220409	20220508	N180	INSUFICIENCIA RENAL TERMINAL	SI	30	60	AUTORIZADO	\$ 1,000,000
ENFERMEDAD GRAL	2986810	20220908	20220509	20220607	N180	INSUFICIENCIA RENAL TERMINAL	SI	30	90	AUTORIZADO	\$ 1,000,000
ENFERMEDAD GRAL	2986863	20220908	20220608	20220707	N180	INSUFICIENCIA RENAL TERMINAL	SI	30	120	AUTORIZADO	\$ 1,000,000
ENFERMEDAD GRAL	2986916	20220908	20220708	20220806	N180	INSUFICIENCIA RENAL TERMINAL	SI	30	150	AUTORIZADO	\$ 1,000,000
ENFERMEDAD GRAL	2986989	20220908	20220807	20220905	N180	INSUFICIENCIA RENAL TERMINAL	SI	30	180	AUTORIZADO	\$ 1,000,000
ENFERMEDAD GRAL	2987022	20220908	20220906	20221005	N180	INSUFICIENCIA RENAL TERMINAL	SI	30	210	NO AUTORIZADO	\$ 1,000,000
TOTAL											\$ 6,833,333

Por su parte el accionante manifiesta que, la AFP PROTECCIÓN no ha reconocido las incapacidades generadas a partir del día 181, sumado a que no fue desvirtuada la falta de pago alegada, es así como se puede establecer que las incapacidades pendientes de pago, efectivamente, se encuentran a cargo de la AFP PROTECCION., pues las mismas superan los 180 días de incapacidad, siendo claro que corresponde a la AFP pagar toda incapacidad posterior al día 180, según el recuento jurisprudencial que viene de hacerse.

Por supuesto, esa situación amerita conceder la tutela deprecada, pues es claro que se está afectando el mínimo vital del accionante y es evidente que el fondo de pensiones ha incurrido en dilación en el pago, debe decirse que las incapacidades deben ser asumidas por dicho fondo sin que para ello deba tener en cuenta el tipo de concepto (favorable o desfavorable) de recuperación emitido por la EPS, y adicionalmente si bien el Fondo de Pensiones tiene la obligación de calificar el grado de invalidez del accionante y adelantar los trámites del caso para el reconocimiento pensional, tal aspecto no lo exime del pago de las incapacidades, aún si no se ha tomado la determinación si el accionante puede ser beneficiario o no de la pensión correspondiente, al paso que el mismo ha venido siendo incapacitado y por supuesto que no cuenta con ingresos que le permitan garantizar su mínimo vital, dado que la pensión aludida aún no ha sido reconocida y no se encuentra gozando de la misma.

De allí que no pueda el Despacho colegir que no hay lugar al pago de incapacidades por virtud de que el accionante no cuenta con una PCL, pues a esta altura, se mantiene la afectación del accionante, quien no cuenta con ingresos, ni con un reconocimiento pensional en su favor, siendo claro que el mínimo vital debe ser garantizado. Es de señalar, que ante esta realidad no es posible concluir que, al ordenar el pago de incapacidades, se incurre en un doble reconocimiento o en un pago simultaneo, pues se itera, a la fecha el actor no cuenta con reconocimiento pensional, al paso que será al momento de definir el efecto retroactivo del mismo,

cuando se analice la procedencia de incluir en el mismo fechas en las que fueron reconocidas incapacidades temporales en su favor.

En estas circunstancias este Despacho encuentra inadmisibles que se someta al afectado a la espera de la calificación de pérdida de capacidad laboral, cuando se encuentra claro que ello afecta sus derechos al mínimo vital y seguridad social, máxime ante el padecimiento y evidente pérdida de capacidad laboral refrendada por los continuos certificados de incapacidad generados por su EPS (pues lleva incapacitado por más de 210 días ininterrumpidos a partir del 06/08/2022), las cuales, como ya se explicó, lejos de impedir el acceso a la tutela, muestran suficientemente acreditado que el perjuicio es actual, grave e irremediable y está correlacionado con la afectación de su mínimo vital.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Noveno Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER la tutela del derecho fundamental a la seguridad social, pensión y mínimo vital, del señor JOSE JULIAN GARCIA GIRON, en virtud de las razones dadas en el cuerpo de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a COMPENSAR EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a recopilar toda la documentación completa y actualizada de la historia clínica del accionante y enviarla sin dilaciones ni omisiones injustificadas a la AFP PROTECCION S.A.

TERCERO: ORDENAR a AFP PROTECCION S.A., que una vez reciba la histórica clínica completa y actualizada del actor, proceda a fijar fecha y hora para llevar a cabo la primera valoración y/o definitiva de pérdida de capacidad laboral, si a ello hubiere lugar, del afiliado JOSE JULIAN GARCIA GIRON, sin dilaciones ni omisiones injustificadas.

CUARTO: ORDENAR a la AFP PROTECCION, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda de conformidad con la ley y de acuerdo a sus competencias y deberes, con el pago de las incapacidades expedidas desde el 06/08/2022 (posteriores al día 180) y las que se causen hasta tanto no se defina lo pertinente sobre la suerte de su solicitud de pensión. Lo anterior, siempre que se acredite la expedición de las correspondientes incapacidades, se trate del mismo diagnóstico médico y siempre que el actor no haya percibido rubro alguno por parte de la AFP PROTECCION S.A., por concepto retroactivo pensional y otro concepto.

QUINTO NOTIFÍQUESE a las partes por el medio más expedito. No obstante, ante la eventual imposibilidad de enterar a las partes o a terceros interesados en los resultados de la presente acción constitucional, súrtase dicho trámite por AVISO el que deberá fijarse en la página web de los Juzgados Civiles Municipales de Ejecución de Sentencias de esta ciudad.

SEXTO: De no ser impugnado el presente fallo, se dispone ENVIAR la presente acción de tutela a la HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión, en cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 32 del decreto 2591 e1991.

SEPTIMO: Una vez consultada en SIICOR la exclusión de la presente tutela, por secretaria archívese

NOTIFIQUESE

ANGELA MARÍA ESTUPIÑÁN ARAUJO
JUEZ