Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO CATORCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE MEDELLÍN
Medellín, dieciocho (18) de marzo de dos mil veintidós (2022)

PROCESO	Acción de Tutela
ACCIONANTE	JOHANNA ANDREA GAVIRIA JARAMILLO
ACCIONADO	SAVIA SALUD EPS ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.
VINCULADO	DISTRIBUIDORA PASTEUR S.A.
PROCEDENCIA	Reparto
RADICADO	**N° 05001 40 03 014 2022 00256 00**
INSTANCIA	Primera
PROVIDENCIA	**No 086**
TEMAS Y SUBTEMAS	Seguridad social, incapacidades
DECISIÓN	Niega tutela- improcedencia

Procede el Despacho a resolver la solicitud de tutela promovida por JOHANNA ANDREA GAVIRIA JARAMILLO en contra de la MUNICIPIO DE TUNJA - BOYACÁ encaminada a proteger su derecho fundamental de Debido Proceso.

I-ANTECEDENTES

1.1.- Supuestos fácticos y pretensiones. - En síntesis, manifestó la accionante que se encuentra afiliada en pensiones a PROTECCIÓN S.A. y en salud a SAVIA SALUD EPS; que en abril de 2019 firmó contrato laboral a término indefinido con la empresa DISTRIBUIDORA PASTEUR S.A., para laborar como vendedora de mostrador; que desde enero de 2020 comenzó a tener padecimientos en su estado de salud tales como DIABETES MELLITUS INSULINODEPENDIENTE CON COMPLICACIONES MÚLTIPLES, HIPERTENSIÓN ESENCIAL, OTRAS CONVULSIONES Y LAS NO ESPECIFICADAS, HIPOTIROIDISMO, RETINOPATÍA DIABÉTICA CON CEGUERA BILATERAL, INSUFICIENCIA RENAL CRÓNICA, GASTROPARESIA, ACV ISQUÉMICO DE ARTERIA CEREBRAL MEDIA Y POSTERIOR, EPILEPSIA, TRASTORNO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN, entre otras, razón por la cual fui incapacitada por los médicos tratantes desde esta fecha.

Agrega que el día 04 de febrero de 2021 solicitó a la AFP PROTECCIÓN la calificación de su pérdida de capacidad laboral y ocupacional, en virtud de las incapacidades prolongadas; que a través del Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional del 16 de marzo de 2021, la AFP mencionada calificó la pérdida de capacidad laboral en un 86,77%, de origen común y una fecha de estructuración del 15 de enero de 2020; que con este dictamen no es beneficiaria de pensión de invalidez de origen común, pues no cuento con la densidad de cotizaciones exigida en la ley para ser beneficiaria de la prestación económica; que la AFP PROTECCIÓN negó la pensión de invalidez el día 26 de junio de 2021 y en su lugar reconoció la prestación subsidiaria de devolución de saldos; que aunque PROTECCIÓN S.A. reconoció la devolución de los saldos, nunca los reclamó porque continúa su relación laboral con DISTRIBUIDORA PASTEUR S.A., quien sigue realizando el pago de su seguridad social integral.

Añade que desde la fecha de notificación del dictamen de pérdida de capacidad laboral a SAVIA SALUD EPS, los médicos tratantes no le han expedido incapacidades médicas, bajo el argumento que el sistema lo tiene bloqueado a emitir las mismas por tener una calificación de la pérdida de capacidad laboral superior al 50%; que durante el último año ha estado hospitalizada en múltiples oportunidades, por períodos largos de tiempo; que a la fecha se encuentra hospitalizada en el Hospital Pablo Tobón Uribe desde hace más de dos meses, por múltiples complicaciones; que ante la necesidad de justificar su inasistencia al trabajo, la empresa DISTRIBUIDORA PASTEUR ha aceptado las constancias de hospitalización emitidas por las instituciones prestadoras del servicio de salud; que la empresa DISTRIBUIDORA PASTEUR canceló mis incapacidades hasta el día 31 de mayo de 2021, esto es hasta el día 195 de incapacidad.

Culmina manifestando que con la no prescripción y el no pago de las incapacidades médicas se le están vulnerando sus derechos fundamentales; que no tiene como justificar su inasistencia a laborar, que no está recibiendo salario ni pago de subsidio por incapacidad; que necesita recibir el pago por incapacidades, toda vez que ha tenido prolongadas y múltiples hospitalizaciones, las cuales requieren de muchos gastos; que su madre, quien la está acompañando en este proceso, tuvo que radicarse en la ciudad de

Medellín para ayudarme y acompañarme en las hospitalizaciones, razón por la cual no labora, y que su padre, quien la ayudaba con sus gastos, está desempleado.

Solicita se ordene a SAVIA SALUD EPS que permita a los médicos tratantes prescribir las incapacidades médicas necesarias por su estado de salud hasta tanto le sea reconocida algún tipo de pensión, y que se ordene a SAVIA SALUD EPS Y/O AFP PROTECCIÓN S.A., reconocer y pagar las incapacidades médicas generadas desde 01 de junio de 2021, día siguiente al último pago efectuado por mi empleador a título de incapacidades médicas, según corresponda.

1.2.-Trámite. - Admitida la solicitud de tutela el 04 de marzo del año que avanza, se ordenó la notificación a los accionados SAVIA SALUD EPS y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y se ordenó vincular a DISTRIBUIDORA PASTEUR S.A.

1.2.1 La accionada PROTECCIÓN S.A. manifestó que la EPS SAVIA SALUD les remitió concepto de rehabilitación con pronóstico DESFAVORABLE el 30 DE SEPTIEMBRE DE 2020; que la señora fue remitida ante la Comisión Médico Laboral, con el fin de determinar si había lugar al pago de incapacidad superior a 180 días, o si al no contar con pronóstico favorable de recuperación, se debía proceder con la calificación de la merma de capacidad laboral, en los términos del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012; que atendiendo al concepto DESFAVORABLE emitido por la EPS y por dicha comisión, la Compañía Servicio de Salud, procedió a realizar la calificación de la merma de la capacidad laboral, dictaminándole a la accionante una pérdida de capacidad laboral del 86.77 % de origen común, con fecha de estructuración de 15 de enero de 2020; que en firme el dictamen de calificación se solicitó por la afiliada el reconocimiento a su favor de la prestación económica por invalidez a que tuviere derecho; que procedió con el análisis de los demás requisitos consagrados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, para tener derecho a la pensión de invalidez de origen común; que se pudo constatar que la señora Johanna Andrea Gaviria Jaramillo no cumplió el requisito de semanas necesario para acceder a la pensión de invalidez toda vez que en los tres años anteriores a la fecha de estructuración cotizó 40.29 semanas, por lo que mediante comunicación del 26 de junio de 2021 se otorgó a su favor la prestación.

Añade que teniendo en cuenta que la accionante no cuenta con pronóstico favorable de rehabilitación, y toda vez que ya fue calificado y establecido su porcentaje de invalidez, no es procedente el pago de incapacidades, pues según lo dispuesto en el artículo 142 del decreto 019 de 2012 es presupuesto indispensable para dicho pago que el afiliado cuente con concepto favorable de rehabilitación y se postergue el trámite de calificación, lo que en su caso no se cumple teniendo presente que como se indicó anteriormente ya se calificó la pérdida de capacidad laboral; que la potestad que fue otorgada por el artículo 142 del Decreto 19 del 10 de enero de 2012 a las Administradoras de Fondos de Pensiones, de postergar o no el trámite de calificación hasta por 360 días adicionales a los primeros 180, ocurre siempre que el afiliado cuente con pronóstico favorable de rehabilitación; caso para el cual, existiría la obligación por parte de la Administradora de pagar un subsidio equivalente a la incapacidad que venía recibiendo el afiliado; pero que en el caso de la accionante, al no tener un pronóstico favorable de recuperación y al ser calificado su pérdida de capacidad laboral, no se reconoció el pago de incapacidades.

De acuerdo a lo anterior, considera que no se ha configurado desconocimiento alguno de los derechos fundamentales de la señora Johanna Andrea Gaviria Jaramillo y por lo cual consideramos que la presente acción debe ser denegada en lo que respecta a Protección S.A.

1.2.2. La accionada SAVIA SALUD EPS indicó que la señora JOHANNA ANDREA GAVIRIA JARAMILLO se encuentra activo en el régimen contributivo en la base de datos de SAVIA SALUD E.P.S; que respecto de su solicitud de expedición de incapacidades médicas, es potestativo del médico tratante y no es la EPS la encargada de expedir incapacidades; que no es potestativo por parte del accionante que se realice una "cohesión" [sic] al médico tratante para que expida incapacidades médicas, en tanto esto es independencia médica y depende única y exclusivamente del galeno tratante expedir o no las incapacidades según concepto médico y realizando un estudio detallado del caso concreto; que las incapacidades objeto de tutela no proceden reconocimiento económico por parte de la EPS, toda vez que el usuario ya cuenta con una calificación de PCL 86.77%, Fecha de estructuración 15/01/2020 Origen: Común, es decir, que a partir de dicha fecha, la AFP asumirá la pensión por invalidez, o una devolución de saldos; agrega que la reclamación del pago de prestaciones económicas de incapacidades radicadas posteriormente a la fecha de estructuración de un dictamen con PLC mayor del 50%

carece de soporte legal, debido a que en esa fecha el fondo de pensiones reconocerá pensión de Invalidez, o en caso de no cumplir las semanas cotizadas procede con la devolución de saldos . Por este motivo no le asiste el derecho a reclamar otra prestación diferente porque no pueden incurrir en dobles pagos.

Además, agrega que no le asiste el derecho para solicitud de prestaciones económicas derivadas de incapacidad parcial en el entendido que la obligación fue reconocida según los tiempos y el protocolo normativo, incompatibilidad que se encuentra regulada en la ley 100 de 1993 y ley 4 de 1992 cuando los dineros provienen al mismo tiempo del Tesoro Público.

Finalmente, indica que la EPS realizó el reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas de su patología de base hasta el día 180 (ver soporte adjunto), tal como lo establece la norma.

1.2.3 La DISTRIBUIDORA PASTEUR S.A. no contestó la demanda.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia. - Esta agencia judicial es competente para conocer y fallar de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 86 de la Constitución Nacional, art. 37 del Decreto 2591 de 1991 y el inciso 2°, numeral 1° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000.

2.2. Problema jurídico. - Corresponde a este Despacho Judicial determinar si en efecto la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales invocados en esta acción por el accionante.

2.3. Marco Normativo aplicable. - *Constitución Política: Arts. 1, 2, 11, 48, 49, 86, 228, 230. Decreto 2591 de 1991: Arts. 1, 5, 10, 23, 27, 29, 42. Decreto 306 de 1992: Arts. 4 y 6. Decreto 1382 de 2000.*

2.4. De la acción de tutela. - La acción de tutela conforme al artículo 86 de la Carta Política de 1991, es un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario que puede ser utilizado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, cuando no exista otro medio idóneo para la protección de los derechos invocados, o cuando existiendo otro medio de defensa judicial, se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991).

La naturaleza subsidiaria y excepcional de la acción de tutela, permite reconocer la validez de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como mecanismos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. De manera que, al existir estos mecanismos, los ciudadanos se encuentran obligados a acudir de manera preferente a ellos, cuando son conducentes para conferir una eficaz protección constitucional. De allí que quien alega la afectación de sus derechos debe agotar los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto, exigencia ésta que se funda en el principio de subsidiariedad de la tutela descrita, que pretende asegurar que una acción tan expedita no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos diseñados por el legislador, y menos aún, un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes.

2.5. Mínimo Vital.- El derecho fundamental al mínimo vital ha sido reconocido desde el principio por Corte Constitucional en su jurisprudencia, como un derecho que se deriva de los principios de Estado Social de derecho, dignidad humana y solidaridad, en concordancia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad en la modalidad de decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta, dado el carácter de derechos directa e inmediatamente aplicables de los citados derechos.

El concepto de mínimo vital, de acuerdo con la jurisprudencia, debe ser evaluado desde un punto de vista desde de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo, verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana.

2.6. Procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar pago de incapacidades laborales. La Corte Constitucional en sentencia T- 200 de 2017 manifestó: *"El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales. No obstante, se afirma que dicha acción tiene un carácter subsidiario, en tanto que, por regla general, solo procede cuando quien considere vulnerados sus derechos no disponga de otro mecanismo judicial para su protección.*

De esta manera lo ha entendido la Corte Constitucional, cuando ha sosteniendo que "[l]a acción de tutela como mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales, en términos del artículo 86 de la Constitución, debe ceder, en su aplicación, si existen medios judiciales ordinarios, a través de los cuales, pueda obtenerse la protección requerida por esta vía excepcional."7 Posición que ha reiterado a lo largo del tiempo.

Sin embargo, el principio de subsidiaridad tiene dos excepciones, a saber: (i) Que a pesar de la existencia de otro mecanismo judicial, este no sea eficaz o idóneo para la protección de los derechos transgredidos; o (ii) que la acción sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.8

…

En consecuencia, al evaluar la procedencia de la tutela, el juez debe tener en cuenta, no solamente si existe un mecanismo alternativo para la protección de los derechos afectados, sino también hacer un análisis robusto sobre la idoneidad tal medio respecto a la situación del solicitante, y sobre la inminencia de la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

…

Concretando y recogiendo las disposiciones y jurisprudencia señaladas en párrafos anteriores, la Corte Constitucional afirmó, en sentencia T-144 de 2016, que la acción de tutela es procedente para la reclamación de acreencias laborales cuando: " i) no existe otro medio de defensa judicial,

o de existir, éste no es apto para salvaguardar los derechos fundamentales en juego; o ii) cuando se pruebe la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, con las características de grave, inminente y cierto, que exija la adopción de medidas urgentes y necesarias para la protección de derechos fundamentales."

2.7.- Cobro de incapacidades vía acción de tutela. Subsidiariedad

La acción de tutela está regida por el principio de subsidiariedad, según el cual solo es procedente la acción de tutela cuando el afectado no disponga de otro medio idóneo de defensa judicial para proteger sus derechos, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En principio, la vía para reclamar el pago de prestaciones derivadas del sistema general de seguridad social es el proceso laboral. Sin embrago, tratándose de incapacidades laborales, la Corte ha dicho que tienen una intrínseca relación con el derecho al mínimo vital, y que los mecanismos ordinarios para su efectividad no son lo suficientemente idóneos. Dijo la Corte en la Sentencia T-041 de 2017:

> *La Corte ha entendido que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de salud y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permitirá "recuperarse satisfactoriamente (…) 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". Por lo anterior, reiteradamente la jurisprudencia constitucional ha señalado que "**los mecanismos ordinarios instituidos para [reclamar el pago del auxilio por incapacidad], no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza**" (Sentencia T-401 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).*

Por lo anterior, la tutela se convierte en la acción idónea y principal para obtener el reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad.

2.8. Calificación de invalidez y pago de incapacidades

El decreto-ley 019 de 2012 reguló la calificación del estado de invalidez y el pago de las incapacidades por accidente o enfermedad de origen común. Dice la norma:

> ***Artículo 142. Calificación del estado de invalidez.***
> *El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así:*
> ***"Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez.***
> *El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.*
> *Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.*
> *El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.*
> *Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, ARP, aseguradora o*

entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudirse en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad.

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

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

Esta disposición ha sido interpretada múltiples veces por la Honorable Corte Constitucional. Entre muchas otras sentencias, en la T-199 de 2017, la Corte rememoró las reglas que ha fijado dicha Corporación en materia de reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común:

-El pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días corre por cuenta del empleador (Decreto 1049 de 1999, artículo 40, parágrafo 1°).

- Las incapacidades por enfermedad general que se causen desde entonces y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Ley 100 de 1993, artículo 206). En todos los casos, corresponde al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 121).

- La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación. El mencionado

concepto deberá ser enviado a la AFP antes del día 150 de incapacidad (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 142).

- Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Decreto 2463 de 2001, artículo 23).

- Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.

*- **Si el concepto de rehabilitación no es favorable**, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad".*

Con base en el anterior contenido normativo la Corte Constitucional ha establecido que *"**el pago de las incapacidades laborales por enfermedad general que se causan a partir del día 181 corre por cuenta de la AFP, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se califique la pérdida de su capacidad laboral**."*[1]. Así fue abordado el asunto por la Corte Constitucional en sentencia T-333 de 2013:

"4.5. El artículo 121 del Decreto Ley Antitrámites les atribuyó a los empleadores la obligación de gestionar directamente, ante las EPS, el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La norma prohíbe trasladarles a los afiliados dicha carga y advierte que, para efectos laborales, estos deben informarle a su empleador sobre la expedición de la respectiva incapacidad o licencia.

Más adelante, el artículo 142 le adicionó dos párrafos al artículo 41 de la Ley 100 de 1993, sobre el procedimiento de la calificación del estado de invalidez. Los nuevos párrafos son los siguientes:

"Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de

1 Sentencia T-333 de 2013.

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

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

4.6. Como se observa, el Decreto Ley 19 mantuvo en cabeza de las AFP la facultad de postergar el trámite de calificación de invalidez hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad, con la condición de que, con cargo al seguro respectivo, otorguen un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Eso significa, en principio, que las AFP siguen siendo las responsables del pago de las incapacidades que superen 180 días.

Lo que cambió con la entrada en vigencia del estatuto antitrámites, el pasado 10 de enero de 2012, es que las AFP no tendrán que pagar las incapacidades subsiguientes a los 180 primeros días, cuando las EPS no expidan el concepto favorable de rehabilitación.

Esto, lejos de inaugurar un nuevo régimen de responsabilidades sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en un evento de origen común -en los términos sugeridos por ING Pensiones al responder a la tutela promovida por el señor Bautista- lo que implica es un mayor compromiso de los empleadores y las EPS en la tarea de garantizar que el trabajador acceda oportunamente a esas prestaciones económicas, para que pueda asegurar su sustento y dedicarse a recuperar plenamente las condiciones de salud en virtud de las cuales podía desempeñar su empleo.

4.7. Así, vistas las modificaciones que introdujo el Decreto Ley 19, la Sala encuentra que el esquema de responsabilidades de los actores del SGSSI en el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales de origen común sigue siendo el mismo, con una salvedad, relativa a que las EPS asumirán por cuenta propia el pago de las

incapacidades laborales superiores a 180 días, cuando retrasen la emisión del concepto médico de rehabilitación. Las pautas normativas vigentes en la materia son, por lo tanto, las siguientes:

- El pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días corre por cuenta del empleador (Decreto 1049 de 1999, artículo 40, parágrafo 1°).

- Las incapacidades por enfermedad general que se causen desde entonces y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Ley 100 de 1993, artículo 206). En todos los casos, corresponde al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 121).

- La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación. El mencionado concepto deberá ser enviado a la AFP antes del día 150 de incapacidad (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 142).

- Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Decreto 2463 de 2001, artículo 23).

- Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.

- Si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad.." (negrillas agregadas).

2.9. Pago de incapacidades de origen común después del día 540.

En la misma Sentencia T-401 de 2017, se dijo que los Fondos de Pensiones solo deben responder por el subsidio de incapacidades que se encuentren dentro del rango que va desde el día 181 de incapacidad hasta el día 540, pues las incapacidades posteriores al

día 540 corren por cuenta de la EPS, quien a su vez tiene la posibilidad de recobrar al Estado. Esta decisión la soportó el Alto Tribunal en el contenido del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015. Dijo la Corte sobre este particular:

> *"Por tanto, el citado fondo de pensiones deberá responder por el pago de las incapacidades médicas prescritas a la tutelante a partir del día 180 de incapacidad y hasta el día 540."*

Por tal razón,

> *"(ii) el deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y (iii) la referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad."*

El tema relativo al pago de incapacidades por enfermedad común, posteriores al día 541, fue reglamentado mediante el Decreto 1333 de 2018, en el Capítulo III, artículo 2.2.3.3.1, que ordenó que el pago de dichas incapacidades le correspondía a la EPS, siempre y cuando se cumpliera con cualquiera de los siguientes requisitos:

> *"1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico. 2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante. 3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente. De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541)."*

2.10. Solución al problema planteado. De los documentos que obran en el expediente digital se observa que la EPS SAVIA SALUD remitió concepto de rehabilitación con pronóstico DESFAVORABLE el 30 DE SEPTIEMBRE DE 2020 a la AFP PROTECCIÓN de la señora JOHANNA ANDREA GAVIRIA JARAMILLO (PDF 006, p. 20-22).

En atención al contenido de este concepto, la AFP PROTECCIÓN procedió a calificar la pérdida de capacidad laboral de la accionante (PDF 32-40), y mediante comunicación del 16 de marzo de 2021, puso en conocimiento de la accionante los siguientes resultados:

Porcentaje de pérdida de capacidad laboral	86,77%
Fecha estructuración	2020/01/15
Origen	Enfermedad Común

Por comunicación de fecha 26 de junio de 2021, la AFP PROTECCIÓN le informó a la accionante que luego de realizar el análisis de su cuenta individual y teniendo en cuenta la calificación con fecha de estructuración 15 de enero de 2020, reconocería a su favor la prestación subsidiaria de Devolución de Saldos, luego de considerar que en la cuenta de Pensión Obligatoria no tenía las 50 semanas cotizadas en los últimos 3 años (PDF 23).

Así las cosas, se observa que tanto la entidad EPS SAVIA SALUD como AFP PROTECCIÓN dieron cumplimiento a sus obligaciones legales y constitucionales. La EPS pagó las incapacidades generadas JOHANNA ANDREA GAVIRIA JARAMILLO antes del día 180, y remitió oportunamente el concepto de rehabilitación desfavorable a la AFP. Y la AFP procedió a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral de la accionante y al reconocimiento de la devolución de saldos por no satisfacerse el requisito de densidad de semanas necesario para acceder a la pensión de invalidez.

De otro lado, les asiste razón a las entidades accionadas en el sentido que tanto el decreto-ley 019 de 2012 como la jurisprudencia de la Corte Constitucional previamente citada claramente establecen que la obligación de generar y pagar incapacidades cesa con la calificación de pérdida de capacidad laboral a la afiliada, momento a partir del cual debe reconocerse al afiliado o bien la pensión de invalidez, o bien la devolución de saldos. Este reconocimiento deja sin soporte legal la generación y pago de más incapacidades.

En adición a lo anterior, observa el Despacho que no se satisface el requisito de subsidiariedad para tornar procedente la acción de tutela, por cuanto la misma no se ejerce para evitar un perjuicio irremediable. La misma accionante reconoce en los hechos que, aunque PROTECCIÓN S.A. reconoció la devolución de los saldos, nunca los reclamó, porque continúa su relación laboral con DISTRIBUIDORA PASTEUR S.A. Esto indica que tiene a su disposición un valor por este concepto, que será pagado al momento de la aceptación de la devolución de saldos. Justamente este reconocimiento funciona como sucedáneo del auxilio por incapacidad, por lo que no puede hablarse de una afectación inminente al mínimo vital de la accionante.

Luego, dado que las controversias entre los diferentes actores del sistema de seguridad social en pensiones con sus afiliados son de naturaleza eminentemente laboral, y en atención a que no se demostró la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable de las entidades accionadas, que por el contrario en sentir del Despacho han ajustado sus actuaciones al marco legal y jurisprudencial vigente sobre el tema de reconocimiento y pago de incapacidades, la presente acción se torna improcedente.

En mérito de lo dicho, **EL JUZGADO CATORCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE MEDELLIN**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato constitucional,

III. FALLA

PRIMERO. – **DECLARAR IMPROCEDENTE** la tutela incoada por **JOHANNA ANDREA GAVIRIA JARAMILLO** en contra de **JOHANNA ANDREA GAVIRIA JARAMILLO** por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. - **NOTIFÍQUESE** a las partes de manera personal por el medio más expedito, a más tardar, al día siguiente de la fecha en que se profiere esta decisión.

TERCERO. - De no ser apelado este fallo dentro de los tres días siguientes a su notificación, remítase, al día siguiente, a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE

JHON FREDY CARDONA ACEVEDO

Juez

JD

Firmado Por:

Jhon Fredy Cardona Acevedo
Juez
Juzgado Municipal
Civil 014
Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **43bbfa16e3d0e7f2ecbc9b5dfb56a7689acebb0a48e677e8ec01f8be40c065e1**
Documento generado en 18/03/2022 03:16:53 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica