



Juzgado Único Laboral del Circuito de
Girardot

Ref: Acción de Tutela
D/ Gilma Gutiérrez Cardozo
C/ Administradora Colombiana de Pensiones
"Colpensiones"
Eps Salud Total
V/ Fundación Construyamos Colombia
Rad. 25-307-31-05-001-**2020-00163-00**

Girardot, Cundinamarca, cuatro (4) de agosto de dos mil veinte (2020).

Procede el Despacho en primera instancia a decidir lo pertinente en relación con la acción de tutela promovida por la señora Gilma Gutiérrez Cardozo, a través de apoderado judicial, contra la Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones" y Eps Salud Total, aduciendo vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, salud, vida digna, igualdad material y seguridad social; siendo vinculada Fundación Construyamos Colombia.

A N T E C E D E N T E S

1. Como situación fáctica señala la parte accionante que en la actualidad tiene 66 años de edad, padeciendo de las patologías *diabetes mellitus insulino dependiente, miopía degenerativa e hipertensión arterial*, comenzando un proceso de rehabilitación integral por parte de la Eps Salud Total, alcanzando el record de incapacidades medicas continuas e ininterrumpidas superiores a 180 días.

Expone que hasta el día 180 de incapacidad, le fue pagado con muchos obstáculos por parte de Eps Salud Total, no obstante, desde el día 181 Colpensiones, ente obligado a su pago, ha incumplido de forma directa con su obligación, bajo el argumento de que existe concepto desfavorable de rehabilitación, además que las correspondientes incapacidades medicas no han sido transcritas por la eps accionada.

Manifiesta que desde el 30 de noviembre de 2019 y hasta el 30 de julio del presente año le han generado incapacidades, siendo la única fuente de sus ingresos de su hogar la que proviene de su parte, teniendo en cuenta que debe responder por su esposo, Luis Octavio Rojas, quien se encuentra atravesando por un tumor en las meninges cerebrales, debiendo acudir a los corazones de sus familiares y amigos para el sustento económico

Pretende con la presente acción que ordene i) a Colpensiones el pago de las incapacidades médicas desde el 30 de noviembre de 2019 y las que se continúen emitiendo por parte de los médicos tratantes y; ii) a Eps Salud Total realizar las transcripciones medicas generadas a su favor.

Como prueba relevante se allegó oficio suscrito por Eps Salud Total y dirigido a Colpensiones, por medio del cual informa el estado de incapacidad superior a 120 días de la actora; el formato de concepto de rehabilitación integral desfavorable, su historia clínica y la del señor Luis Octavio Rojas y; las incapacidades medicas otorgadas¹.

2. El 23 de julio correspondió por reparto a este Juzgado la presente acción, dictándose en la misma fecha auto admisorio, solicitándose a la Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones" y Eps Salud Total todo lo relacionado con los hechos que da cuenta la señora Gilma Gutierrez Cardozo².

3. La Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones", a través de la Directora de Acciones Constitucionales, da contestación a la acción manifestando que se le informó a la accionante que el pago de incapacidades no era procedente al haberse emitido concepto desfavorable de rehabilitación por parte de la Eps Salud Total el día 24 de octubre , y en consecuencia, el ciudadano debe de acercarse a un Punto de Atención de Colpensiones (PAC) y adelantar un trámite de calificación de la pérdida de la capacidad laboral allegando los documentos necesarios para ello.

Que la accionante, con relación a lo anterior inició proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral radicada mediante BZ 2020_3216705 del 6 de marzo de 2020, el cual terminó con la expedición de dictamen DML- 3913612 de 26 de junio de 2020, el cual determinó el 69.50% de pérdida de capacidad laboral, dictamen que a la fecha se encuentra en proceso de notificación a la accionante.

Considera que no es la acción de tutela la vía más expedita para ventilar asuntos económicos, ni lo deprecado se ajusta a la realidad teniendo en cuenta que esta administradora respondió de fondo la solicitud esgrimiendo argumentos claros y concretos acerca de la improcedencia del trámite solicitado ante esta administradora, debiendo declararse la improcedencia de la acción³.

Aporta como prueba relevante el formulario de calificación y perdida de la capacidad laboral y ocupacional de la actora de fecha 26 de marzo de 2020⁴.

¹ Folios 16-30.

² Folios 33-34.

³ Folios 40-48.

⁴ Folios 49-53.

5. Por su parte, Salud Total Eps a través de la Gerente Sucursal Girardot informa que a la accionante le fueron liquidadas las incapacidades médicas generadas de manera continua desde el 2 de julio al 29 de diciembre de 2019, y solo hasta el 21 de julio el empleador de la actora realizó la radicación de las incapacidades posteriores.

Considera que conforme a lo señalado en la ley 1222 de 2007, la accionante cuenta con un procedimiento de función jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, el cual es preferente y sumario, a través del cual debe solicitar lo pretendido en esta acción, no cumpliéndose los requisitos para su procedencia⁵.

6. En atención a lo manifestado por la eps accionada, mediante auto del 28 de julio de 2020 se dispuso vincular a la acción a Fundación Construyamos Colombia, en su condición de empleador de la accionante, al poder tener interés es las resultas de la presente acción⁶.

Dicha entidad únicamente informó que la vinculación de la demandante ha sido por contratos por obra o labor contratada desde el 16 de enero de 2015, allegándose certificado de vigencia laboral y los comprobantes de nómina realizados⁷.

3

II. CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

De conformidad con los antecedentes expuestos, este Despacho deberá determinar si la Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones" y Eps Salud Total vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, salud, vida digna, igualdad material y seguridad social de la señora Gilma Gutiérrez Cardozo con ocasión de la omisión en el pago de las incapacidades medicas otorgadas a partir del día 181.

Procedencia excepcional de la Acción de tutela instauradas para reclamar el pago de las incapacidades laborales

La Constitución Nacional en su artículo 86 dispuso que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos previstos en la ley, siempre y cuando no proceda otro mecanismo judicial de defensa.

⁵ Folios 58-62.

⁶ Folios 67-68.

⁷ Folios 70-151.

Sin embargo, el principio de subsidiariedad que rige el amparo impide que este sustituya los medios ordinarios de defensa ante los jueces o autoridades administrativas, resolviendo asuntos que por competencia les corresponde asumir a otras entidades.

La existencia de unos mecanismos judiciales específicamente diseñados para resolver las controversias relativas al pago de las acreencias laborales y a la cobertura de las contingencias amparadas por el Sistema General de Seguridad Social Integral (SGSSI) impide, en principio, que las discusiones sobre el reconocimiento y pago de derechos pensionales, salarios, indemnizaciones o incapacidades sean sometidos a consideración del juez de tutela.

La posibilidad de discutir esos asuntos en sede constitucional ha sido admitida en situaciones excepcionales, en las que exigirle al peticionario el agotamiento de los medios ordinarios de defensa puede resultar excesivo, bien sea porque se trata de un sujeto de especial protección constitucional o porque, por distintas razones, tal trámite lo expone a un perjuicio irremediable⁸.

Al respecto, la Corte Constitucional ha reconocido la procedencia de la acción de tutela, por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone la vulneración de otros derechos fundamentales habida cuenta de que en muchos casos, dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata⁹.

En palabras de la Corte:

"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. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos"¹⁰.

Como corolario de lo anterior, ha estimado la Corte Constitucional que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador

⁸ STP8372-2017 Rad. 92083.

⁹ Sentencia T-161 de 2019.

¹⁰ T -311 de 1996, T- 972 de 2013 y T-693 de 2017.

que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente¹¹.

Sobre esa base, la jurisprudencia en la materia ha reiterado 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*¹².”

En el presente asunto se destaca que la accionante: (i) es una persona de 66 años de edad, desempeñando en la actualidad el cargo actual de auxiliar pedagógica; (ii) sufre desde el año anterior de miopía degenerativa en ambos ojos y diabetes mellitus, debiendo contar con *lazarillo* para su desplazamiento; (iii) desde el año anterior ha sido incapacitada, superando ampliamente los 180 días, en razón de su diagnóstico de salud; (iv) desde ese entonces, su única fuente de ingresos económicos se circunscribe al pago que percibe por concepto de subsidio de incapacidad el cual, aduce, fue suspendido desde el 30 de noviembre de 2019 al mes de julio de 2020; (v) en razón de lo anterior, sostiene que sus familiares y amigos le han colaborado económicamente para sufragar los gastos suyos y de su hogar, teniendo en cuenta que su esposo Luis Octavio Rojas cuenta con un diagnóstico de tumor en la cabeza; (vi) Colpensiones no ha reconocido el pago de las incapacidades bajo el argumento que la parte actora cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación debiendo someterse al proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral y; (vii) durante el presente año, la accionante no ha recibido ningún salario por parte de su empleador Fundación Construyamos Colombia ante las incapacidades otorgadas.

5

Conforme con lo expuesto, observa el despacho que el mínimo vital de la señora Gilma Gutiérrez Cardozo se encuentra ante una amenaza inminente, al no disponer de los recursos económicos necesarios para cubrir sus gastos mínimos de subsistencia, no contando con otra fuente de ingreso en atención al estado de salud de su esposo. Afirmaciones que no fueron desvirtuadas por ninguna de las partes accionadas y que, por lo tanto, gozan de presunción de veracidad e implican del mismo modo una amenaza inminente de su mínimo vital.

Se advierte que, si bien existen otros medios de defensa judicial para dirimir lo solicitado, tales como la acción ordinaria ante el juez laboral o el trámite administrativo ante la Superintendencia de Salud, estos resultan ineficaces para conjurar la situación de vulneración de derechos fundamentales que padece la accionante, más aún cuando de ello

¹¹ Ibídem.

¹² Sentencias T-311 de 1996, T-920 de 2009, T-468 de 2010, T-182 de 2011, T-140 de 2016, T-401 de 2017 y T-693 de 2017.

también se deriva que existe una amenaza inminente y grave sobre su mínimo vital y el de su familia, que para ser conjurada requiere de medidas urgentes e inaplazables.

En consecuencia, se concluye que la presente acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad, siendo procedente analizar de fondo los derechos fundamentales invocados.

Marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades superiores a 180 días

En lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades por enfermedad de origen común, en la sentencia T-401 de 2017 se recapituló las reglas para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por enfermedad común, desde el día 1 hasta el día 540, así:

*“(i) Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente¹³.*

*(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las **EPS**, de acuerdo con lo previsto por el precepto 206 de la Ley 100 de 1993. Dicho trámite debe ser adelantado por el empleador (Art. 121 del Decreto 19 de 2012).*

*(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las **AFP**, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.*

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente”.

En efecto, de conformidad con el citado proveído, el subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común que sobrepasen los 180 días iniciales, deben ser cancelados por la respectiva Administradora de

¹³ Artículo 1º del Decreto 2493 de 2013.

Fondo de Pensiones, excepto si la Eps incumple con la obligación de emisión del concepto de rehabilitación en los términos atrás indicados. En esos casos la EPS asumirá dicho pago hasta tanto sea emitido el mencionado concepto.

La Administradora de Fondo de Pensiones, por regla general, pagará el mencionado subsidio, después del día 180 *"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 la capacidad laboral superior al 50%"*¹⁴.

Caso concreto

Pretende la señora Gilma Gutiérrez Cardozo que a través de la presente acción se ordene a Colpensiones el reconocimiento y pago de sus incapacidades médicas generadas a partir del 30 de noviembre de 2019, en atención a que supera los 180 días de incapacidad.

De acuerdo a la documental obrante dentro del expediente, a la señora Gilma Gutiérrez Cardozo le han generado incapacidades medicas continuas desde el 2 de julio de 2019 y hasta el 28 de julio de 2020, siéndole pagado por parte de Eps Salud Total los primeros 180 días, esto es, hasta el 29 de diciembre de 2019.

Lo anterior se encuentra corroborado con los mismos desprendibles de nómina allegados por el empleador Fundación Construyamos Colombia, advirtiéndose como último pago salarial el mes de diciembre de 2019, con la anotación de prórroga de incapacidad.

Frente a las incapacidades a partir del 30 de diciembre de 2019 en adelante, día 181, Colpensiones niega su pago bajo el argumento de que existe concepto desfavorable de rehabilitación por lo que la accionante debe someterse al respectivo tramite de calificación de pérdida de capacidad laboral, siendo generado el correspondiente dictamen el pasado 26 de junio de 2020, el cual arrojó un 69,50% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración del 30 de noviembre de 2019 y se encuentra en trámite de notificaciones.

No obstante, contrario a lo señalado por Colpensiones, la Corte Constitucional ha indicado que tales incapacidades deben ser asumidas por dicho fondo sin que para ello se deba tener en cuenta el tipo de concepto (favorable o desfavorable) de recuperación¹⁵, por cuanto el respectivo fondo pensional está en la obligación de, por un lado, calificar el grado de invalidez del paciente y, por el otro, cancelar el auxilio económico por incapacidad del trabajador.

¹⁴ T-920 de 2009.

¹⁵ T-144 de 2016.

Es de advertir que, si bien en la actualidad se le realizó a la señora Gutiérrez Cardozo la respectiva valoración de pérdida de capacidad laboral, tal aspecto no la exime del pago de las incapacidades, toda vez que hasta el momento tal dictamen no ha quedado en firme y no se ha tomado la decisión que corresponda, tal y como lo han señalado los antecedentes jurisprudenciales referenciados y lo ordena el Decreto 2364 de 2001.

La omisión en el pago de las correspondientes incapacidades médicas, comporta la vulneración del derecho al mínimo vital de la accionante, lo que lo sitúa en una circunstancia de vulnerabilidad que se agrava ante su estado de salud física y mental.

Así mismo, la señora Gilma Gutiérrez Cardozo no ha podido realizar actividad alguna que le permita generar ingresos para la subsistencia de su hogar, sin que haya sido desvirtuado ello por parte de alguno de los accionados, así como los hechos vulneradores se han perpetuado en el tiempo al reclamarse una prestación periódica, conforme lo ha indicado la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional.

8

Conforme con lo expuesto, se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones" a pagar dentro del término de cinco (5) días hábiles días siguientes a la notificación de esta providencia, las incapacidades médicas correspondientes al día 181 en adelante, desde el 30 de diciembre de 2019 al 28 de julio de 2020 y las que se sigan generando hasta que quede en firme la calificación de pérdida de capacidad laboral, siempre y cuando no supere los 540 días.

De igual modo, se advertirá a Colpensiones acerca de su deber de acatar la jurisprudencia constitucional para que, en lo sucesivo, se abstenga de negar el pago de incapacidades posteriores al día 180 con fundamento en la ausencia de requisitos que no tienen fundamento legal y que suponen una barrera administrativa que vulnera los derechos de las personas con incapacidades que superan los 180 días, teniendo en cuenta que en el presente asunto le han negado el pago por el concepto desfavorable de rehabilitación sin tomar en consideración el estado de salud que le impide a la actora desplazarse incluso sin un acompañante, debiendo ser asistida por un *lazarillo* y contando con una pérdida de capacidad laboral que le impide retornar a su laborales, lo que a juicio de este despacho supone una dilación injustificada en el goce efectivo de los derechos que invoca la accionante.

Frente al actuar de Eps Salud Total, si bien la actora informa que no han procedido a la transcripción de las incapacidades después del día 180 sin que nada de ello hubiere argumentado dicha accionada, encuentra el despacho que dicha manifestación no fue tampoco controvertida por

Colpensiones, entidad a la que le corresponde el reconocimiento del mencionado pago, por lo que no se hará un análisis de fondo a la misma.

Conforme con lo anterior, el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental de mínimo vital de la señora Gilma Gutiérrez Cardozo identificada con cédula de ciudadanía No. 28.563.106, vulnerado por la Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones", de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones" a pagar dentro del término de cinco (5) hábiles días siguientes a la notificación de esta providencia, las incapacidades médicas correspondientes al día 181 en adelante, desde el 30 de diciembre de 2019 al 28 de julio de 2020 y las que se sigan generando hasta que quede en firme la calificación de pérdida de capacidad laboral, siempre y cuando no supere los 540 días, conforme con lo expuesto.

CUARTO: PREVENIR a la Administradora Colombiana de Pensiones "Colpensiones", para que se apreste a cumplir lo ordenado en este proveído, so pena de incurrir en desacato, debiendo acatar la jurisprudencia constitucional para que, en lo sucesivo, se abstenga de negar el pago de incapacidades posteriores al día 180 con fundamento en la ausencia de requisitos que no tienen fundamento legal.

QUINTO. NOTIFICAR la presente providencia en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO. ADVERTIR a las partes que este fallo puede ser impugnado, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, sin perjuicio de su cumplimiento.

SEPTIMO. De no ser impugnado el presente fallo de tutela, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para la eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

4/08/2020


MÓNICA YAJAIRA ORTEGA RUBIANO
JUEZ

MONICA YAJAIRA ORTEGA RUBIANO
JUEZ LABORAL DEL CIRCUITO DE GIRARDOT
Firmado por: 519adc9b-d64e-472e-808b-ac2a22041002