

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03259-00

Accionante: Jhonatan Steve Sotelo Merchán

Accionado: Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y otro.

Tutela: Fallo de primera instancia

Procede la Sala a resolver la tutela promovida por el señor Jhonatan Steve Sotelo Merchán contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Coomeva E.P.S., como excepción a lo previsto por el inciso 1° del numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000.

I. ANTECEDENTES

1.1. La tutela

El señor Jhonatan Steve Sotelo Merchán, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela¹ contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y COOMEVA E.P.S. S.A., deprecando el amparo de sus derechos fundamentales a la “... *vida en conexidad con el mínimo vital...*”, a la salud y a la seguridad social, presuntamente vulnerados por dichas entidades, al negarle el pago de incapacidades posteriores a las reconocidas en razón de los primeros 180 días de convalecencia.

1.2. Hechos

El tutelante los narró en síntesis así:

1.2.1. A partir del 13 de diciembre de 2012 se vinculó laboralmente a la empresa Misión Temporal, en el cargo de “*Auxiliar Logístico de Bodega y/o Almacenista*” (fl. 1), para prestar sus servicios a la empresa Cerámicas Corona desde el día 15 del mismo mes y año.

1.2.2. Las entidades encargadas de garantizarle el acceso a las coberturas del sistema general de seguridad social son: A.R.L. La Equidad –antes

¹ El 7 de noviembre de 2014.



Colpatria ARP-, Coomeva E.P.S. y Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

1.2.3. El 19 de febrero de 2013 sufrió un accidente, *“durante la jornada laboral sacando un estante de pinturas”*, el cual fue atendido inicialmente por ARP Colpatria, y posteriormente por Coomeva E.P.S., quien finalmente le diagnosticó *“DISCOPATÍA INTERVERTEBRAL DORSOLUMBAR MULTINIVEL CON ESTENOSIS FORAMINAL MULTINIVEL Y ESCLEROSIS FACETARIA LUMBAR”* (fl. 1).

1.2.3. A raíz de ello, le han prescrito múltiples incapacidades, que habían sido pagadas por Coomeva E.P.S. hasta el 11 de junio de 2014, fecha en la que estas sumaron 180 días.

1.2.4. Dicha E.P.S. le indicó que las generadas después de esa fecha debían ser pagadas por su administradora de fondos pensionales, en este caso, el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

1.2.5. El 4 de septiembre de 2014 elevó petición ante el referido fondo, solicitando el pago de las incapacidades correspondientes a los días 181 y siguientes. Sin embargo, según dijo, a la fecha, no ha obtenido respuesta.

1.2.6. Por otra parte, su empleadora, Misión Temporal, no le recibe las incapacidades que superan los primeros 180 días y, además de ello, *“...lo obligan a tramitar calificación de pérdida de capacidad laboral sin haber siquiera podido determinar el origen de la enfermedad en la Junta de Calificación de Invalidez”* (fl. 2).

1.2.7. A lo anterior se suma la difícil situación económica por la que atraviesa, pues, por su condición de salud, no ha podido volver a trabajar, para procurarse los recursos necesarios para la subsistencia propia y la de su familia, dado que, aunque cuenta con el apoyo de su esposa, ambos tienen a cargo a sus madres *“y los gastos son muchos”* (fl. 1 rev.). De ahí que las incapacidades reclamadas constituyan su único sustento.

1.4. Pretensiones

A través de este mecanismo de amparo, el actor solicitó al juez constitucional *“... ORDENAR a PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS y/o COOMEVA E.P.S., que (...) procedan a la cancelación efectiva de las incapacidades causadas a partir del día 181, esto es, a partir del 11 de junio de 2014 hasta el 12 de noviembre de 2014 y las que se causen con posterioridad hasta la fecha en que [le] sea reconocida la pensión por invalidez o [se] reincorpore a [su] trabajo por*



prescripción médica...” (fl. 4 rev.). Así mismo, “*conminar a las accionadas para que [n]o sigan cometiendo ese tipo de conductas...*” (fl. 4 rev.)

1.5. Trámite

En auto de 19 de noviembre de 2014 se admitió la tutela, se dispuso la notificación de la peticionaria y de los respectivos representantes legales del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., de Coomeva E.P.S, de Equidad A.R.L. y de Misión Temporal Ltda.², a quienes además se les ordenó remitir todos los antecedentes administrativos de las solicitudes que se hayan adelantado en razón del estado médico del tutelante. Igualmente, se comunicó la decisión al Representante Legal de la Organización Corona S.A. y se reconoció el valor probatorio de ley a los documentos aportados con la demanda de amparo. (fls. 8-9).

1.6. La contestación

1.6.1. La Analista Regional Jurídica de **Coomeva E.P.S.**, en escrito de 10 de diciembre de 2014, se opuso a la prosperidad del amparo.

Expresó que, con concepto de 9 de noviembre de 2013, la entidad calificó la enfermedad del señor Sotelo Merchán como de origen común. Así mismo, refirió que dio traslado del respectivo expediente a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, toda vez que el actor manifestó inconformidad con dicho concepto.

En la misma forma, adujo que las incapacidades por enfermedad general, cuando superan los primeros 180 días, deben ser reconocidas por el fondo de pensiones, en este caso, el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., razón por la cual, en comunicación de 17 de febrero de 2014, remitió al mencionado fondo los documentos pertinentes para tramitar las pretendidas incapacidades (fls. 24-29).

1.6.2. La Representante Judicial de la empresa **Misión Temporal Ltda**, en escrito de 9 de diciembre de 2014, pidió que esta fuera desvinculada del presente trámite constitucional.

² Aunque explícitamente el actor no relacionó como demandada a dicha empresa, la Consejera Ponente la vinculó como tal, en vista de los cuestionamientos que aquel le endilgó en la demanda de tutela.



Para sustentar su pedido, expuso que, ante el Juzgado Cuarto Civil de Bogotá, ya el actor había instaurado otra acción de tutela por los mismos hechos, la cual fue resuelta mediante fallo de 2 de septiembre de 2014.

También indicó que, desde el accidente sufrido por el tutelante el 19 de febrero de 2013, ha cumplido con todas sus obligaciones legales, tales como *“... el reporte oportuno del accidente de trabajo, seguimiento de las recomendaciones médicas que presenta el accionante, pago de incapacidades, acatamiento de recomendaciones médicas, las cuales generaron una reasignación del cargo y el mantener el contrato laboral del señor SOTELO vigente a pesar de ser un trabajador misional...”*.

Particularmente, respecto al pago de las incapacidades, refirió haber hecho el desembolso de las mismas hasta el 30 de julio de 2014, en un valor equivalente a 216 días, superando el tope de 180 días, consignado en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

En ese mismo sentido, argumentó que el pago de las incapacidades de más de 180 días debe ser asumido, en este caso, por el fondo de pensiones del actor, es decir, el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (fls. 47-56).

1.6.3. El Representante Legal Judicial del **Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, en escrito de 11 de diciembre de 2014, descartó que la entidad hubiese vulnerado derecho fundamental alguno al tutelante.

Puso de manifiesto que el señor Sotelo Merchán presentó ante esa administradora una *“solicitud de prestación económica por invalidez”*, razón por la que fue remitido a la Comisión Médico Laboral de la compañía Suramericana Seguros de Vida S.A., *“... para que evaluara y determinara su estado de salud...”*.

No obstante, ante el hallazgo de un pronóstico favorable de recuperación, dicha Comisión emitió concepto, *“... autorizando el pago de incapacidades posteriores al día 181 a favor del accionante...”*, por lo que Protección S.A. procedió a informarle, en respuesta de 2 de diciembre de 2014, que *“...se encuentra realizando la gestión de cobro ante la aseguradora, con el fin de proceder con el pago aludido”*.

Aclaró que *“...dicho pago procederá hasta tanto el accionante conserve concepto de recuperación favorable, o se venza el plazo señalado de 360 días, de lo contrario el mismo será suspendido”* (fls. 126 a 132).



I. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

De conformidad con lo preceptuado por el Decreto 1382 de 2000, el estudio del presente asunto, en primera instancia, correspondería a los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá, pero con motivo del paro judicial que se llevó a cabo en distintos despachos del país y por tratarse de los derechos fundamentales a la “... *vida en conexidad con el mínimo vital...*”, a la salud y a la seguridad social de una persona que refiere estar en condición de debilidad manifiesta, la Sala avocó su conocimiento.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si asiste razón al accionante, en cuanto a que Coomeva E.P.S., el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la empresa Misión Temporal Ltda. le han vulnerado los derechos fundamentales invocados, al negarle injustificadamente el pago de incapacidades laborales superiores a 180 días.

En tal sentido, se analizarán los siguientes aspectos: **(i)** generalidades sobre la acción de tutela, **(ii)** su procedencia para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales, **(iii)** el marco normativo aplicable a las incapacidades laborales superiores a 180 días, derivadas de enfermedad general y **(iv)** el caso concreto.

2.3. Generalidades sobre la acción de tutela

Conforme lo preceptúa el artículo 86 superior, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario que permite a cualquier persona reclamar la protección **inmediata** de sus derechos fundamentales cuando quiera resulten vulnerados por acciones u omisiones de autoridades públicas o, excepcionalmente, de particulares.

Su procedencia se encuentra supeditada a la **carencia de medios de defensa judicial** ordinarios o, en su defecto, a la falta de idoneidad de aquellos para evitar la consumación de un **perjuicio irremediable**; caso en el que se habilita su ejercicio como mecanismo transitorio, lo cual limita sus efectos futuros a la activación, por parte del peticionario, de los instrumentos jurídicos pertinentes.

En ese orden de ideas, resulta palmario que el mecanismo de amparo demanda la concurrencia de determinados presupuestos procesales que le



son inherentes, como son la subsidiariedad, la inmediatez y, si es del caso, la inminencia de un perjuicio irremediable, sin los cuales no le es dable al juez constitucional inmiscuirse en determinada controversia y, mucho menos, acometer las diferentes subreglas dispuestas por la jurisprudencia en torno a asuntos como el *sub examine*.

Lo anterior tiene como objetivo salvaguardarla de un uso inadecuado, que podría desnaturalizar su valor preeminente y especial dentro del ordenamiento jurídico y, de contera, atentar contra el fin superior que el Constituyente Primario le confirió.

2.4. Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales

Tal y como se reseñó en el acápite anterior de esta providencia, la acción de tutela no procede cuando el peticionario cuente con otro mecanismo de defensa judicial para la protección de sus derechos fundamentales, o cuando existiendo carezca de idoneidad para ese garantizar la satisfacción de ese propósito.

En atención a esa máxima, es menester precisar que el escenario adecuado para reclamar prestaciones económicas como el subsidio por incapacidad laboral es la jurisdicción ordinaria, a través de los procedimientos y juicios dispuestos por el legislador para la concreción de las garantías conferidas al trabajador, o la Superintendencia de Salud en los términos de la Ley 1438 de 2011, según corresponda.

Con respecto a tal beneficio, la jurisprudencia constitucional, desde sus albores, ha sido pacífica en señalar:

“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”³

Se trata de un apoyo económico que, desde la óptica del constitucionalismo, adquiere una importante connotación para el trabajador. Sin embargo, ello no implica, *per se*, que para su protección efectiva el juez de tutela desplace del conocimiento del asunto al laboral,

³ Corte Constitucional, sentencia T-311 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.



habida cuenta que la cláusula general de competencia, para estos casos, se encuentra depositada en el juez laboral.

Para conocer de reclamaciones asociadas al pago de una incapacidad laboral, la jurisdicción constitucional se activa solo de manera excepcionalísima. El advenimiento de esa circunstancia se encuentra supeditado a la verificación de ciertos factores:

“... [i] las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, para verificar si la mora en el pago de las incapacidades compromete sus derechos fundamentales o los de las personas a su cargo; [ii] si la ausencia de dichos emolumentos los exponen a un perjuicio irremediable o si, en todo caso, [iii] su situación de vulnerabilidad descarta la idoneidad y eficacia de los medios judiciales contemplados para el efecto”⁴ (numeración propia).

Ahora bien, a lo anterior se suma que, con pletórica insistencia, la Corte ha señalado:

“... se presume que el pago de las incapacidades laborales constituye la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su subsistencia y la de su familia, tal como ocurre con su salario. Es por ello que a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, cuando éstas no se pagan oportunamente se afectan derechos del orden constitucional, por lo que se hace necesaria la intervención del juez de tutela a fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar”⁵.

En ese orden de ideas, el reclamo derivado del pago de incapacidades laborales, es procedente a través del mecanismo de amparo cuando la ausencia de ese beneficio ponga en riesgo derechos fundamentales, como por ejemplo, la salud, el mínimo vital o la vida digna, lo cual, como se dijo, debe presumirse, al ser este la fuente primaria de ingresos sustitutivos del salario. Por ende, para colegir su improcedencia es necesario que el juez de tutela constate la presencia de elementos que permitan controvertir tal presunción.

2.5. Marco normativo aplicable a al pago de incapacidades laborales superiores a 180 días, derivadas de enfermedad general

El artículo 206 de la Ley 100 de 1993⁶ consagra:

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-333 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-263 de 2012, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.



“Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto”.

Por otro lado, el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo dispone:

“En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante”.

Dicho precepto fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional, en la sentencia C-543 de 2007 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), en el entendido que el auxilio monetario por incapacidad no podría ser menor al salario mínimo legal vigente.

De igual forma, el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1049 de 1999⁷ preceptúa:

“Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados”.

De lo anterior se desprende que el pago del auxilio económico por incapacidad laboral concerniente a los tres (3) primeros días debe ser asumido por el empleador; mientras que del día cuatro (4) al ciento ochenta (180), por la E.P.S, “... a menos que –entre otros casos– el empleador no haya afiliado a su trabajador al SGSSI o haya incurrido en mora en las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, en cuyo caso las incapacidades correrán por su cuenta”⁸.

Con todo, en obediencia a lo establecido por el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012⁹, corresponde al empleador, de manera directa, reclamar ante

⁷ Reglamentario de la Ley 100 de 1993.

⁸ Cfr. sentencia T-786 de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa.

⁹ Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública (conocido como Ley Antitrámites).



la E.P.S. el reconocimiento de las incapacidades que el trabajador le ponga en conocimiento.

Cuando la incapacidad supera los 180 días que prevé el citado marco normativo, los subsiguientes pagos deben ser asumidos por la respectiva administradora de fondos pensionales, hasta por 360 días más¹⁰, siempre que se verifique el trámite dispuesto para ello, pues, de lo contrario, tal responsabilidad continuaría en cabeza de la E.P.S.

Sobre el Particular, es menester resaltar que el artículo 142¹¹ del Decreto 019 de 2012¹² obliga a las E.P.S. a emitir concepto de recuperación antes de cumplirse el días 120 de incapacidad temporal. Y así mismo, enviarlo a la administradora de fondos pensionales antes de cumplirse el día 150, so

¹⁰ Lo que genera un marco jurídico de protección para el trabajador que se puede extender hasta, por lo menos, 540 días.

¹¹ Esta norma debe ser leída en armonía con el artículo 23 del Decreto 2463, que a la letra reza: **“ARTICULO 23.-Rehabilitación previa para solicitar el trámite ante la junta de calificación de invalidez.** La solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral sólo podrá tramitarse cuando las entidades del sistema de seguridad social integral, el Fondo de Solidaridad y Garantía, los regímenes de excepción o el empleador, según sea el caso, hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral o se compruebe la imposibilidad para su realización. || Cuando se requiera la calificación de pérdida de la capacidad laboral para acceder a los beneficios otorgados por las cajas de compensación familiar, entidades promotoras de salud, administradoras del régimen subsidiado o para acceder al subsidio del Fondo de Solidaridad Pensional y a los beneficios a que se refiere la Ley 361 de 1997, no será necesaria la terminación previa de los procesos de tratamiento y rehabilitación para la formulación de la solicitud ante las juntas de calificación de invalidez. || Las administradoras de fondos de pensiones y administradoras de riesgos profesionales deberán remitir los casos a las juntas de calificación de invalidez antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150) de incapacidad temporal, previo concepto del servicio de rehabilitación integral emitido por la entidad promotora de salud. || Expirado el tiempo de incapacidad temporal establecido por el Decreto-Ley 1295 de 1994, las entidades administradoras de riesgos profesionales podrán postergar el trámite ante las juntas de calificación de invalidez y hasta por trescientos sesenta (360) días calendario adicionales, siempre que otorguen una prestación económica equivalente a la incapacidad que venía disfrutando y exista concepto médico favorable de rehabilitación. || Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la administradora de fondos de pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. || Cuando el trabajador no se encuentre afiliado a una entidad promotora de salud o se encuentre desvinculado laboralmente, el concepto de rehabilitación lo otorgará la administradora de fondos de pensiones o administradora de riesgos profesionales que tenga a cargo el trámite de calificación correspondiente. En dichos casos, cuando se trate de una contingencia de origen profesional, el tratamiento y la rehabilitación integral estará a cargo de la administradora de riesgos profesionales, con personal especializado propio o contratado para tales fines. || Cuando la junta de calificación de invalidez encuentre incompleto el proceso de tratamiento y rehabilitación, existiendo una administradora de riesgos profesionales o empresa promotora de salud obligada a continuar dicho tratamiento, se abstendrá de calificar y devolverá el caso a la entidad respectiva. || De conformidad con lo señalado en la ley, la administradora del sistema de seguridad social integral o la entidad de previsión social correspondiente que incumpla con el pago de los subsidios por incapacidad temporal, será sancionada por la autoridad competente”.

¹² *Ibidem*.



pena de asumir el pago de las incapacidades que se generen, hasta tanto no finiquite el trámite administrativo en cuestión¹³.

En orden a lo anterior, la norma *ejusdem* señala:

“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”.

Si, en cambio, el pronóstico de recuperación no es favorable, se sigue el proceso establecido para determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, fecha de estructuración y origen de la contingencia –profesional o común–. Ello, para determinar si tiene derecho a una pensión de invalidez –para lo cual uno de los requisitos es la pérdida de capacidad laboral superior o igual al 50%–; o si debe ser “... reincorporado a su empleo o a uno con funciones acordes con su situación de incapacidad, siempre que, de acuerdo con los conceptos médicos, se establezca que es apto para el efecto”¹⁴, junto con el pago de emolumentos a que haya lugar –cuando el grado de invalidez sea menor al 50%–.

A lo anterior, debe agregarse que “... la jurisprudencia constitucional ha reprobado la imposición de trámites adicionales a los contemplados en el marco normativo que regula el procedimiento para reconocer y pagar las incapacidades y ha censurado a las entidades que retrasan el pago de las mismas por discusiones relativas a su responsabilidad en el cubrimiento de la prestación”¹⁵, como las que surgen entre la administradora de fondos pensionales y la aseguradora que esta misma contrata para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo¹⁶.

2.6. Caso concreto

¹³ Ahora bien, el hecho de que la E.P.S. satisfaga esas obligaciones puntuales no implica que pueda desligarse a plenitud del acompañamiento al trabajador incapacitado, dado que a estas se impone un deber de actuación armónica con las demás entidades del Sistema de Seguridad Social para hacer real y efectivo el goce de sus derechos, al punto que le corresponde remitir de forma oportuna y adecuada los documentos necesarios para que se pueda continuar el trámite ante la AFP que deba pagar las incapacidades superiores a 180 días (Corte Constitucional, sentencia T-980 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño).

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-980 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-333 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva

¹⁶ Cfr. *Ibidem*.



El actor reclama el pago de las incapacidades laborales generadas con posterioridad al 11 de junio de 2014, fecha en la que Coomeva E.P.S. dejó de pagarlas, argumentando que hasta ese momento había desembolsado las correspondientes a los primeros 180 días, y que, en lo sucesivo, el reconocimiento económico de las mismas debía ser asumido por su A.F.P., en este caso, Protección S.A.

2.6.1. La tutela cumple con el requisito de subsidiariedad

Pues bien, en primer lugar, debe la Sala señalar que, a pesar de que, en principio la tutela no es el mecanismo para lograr el pago de incapacidades laborales, en este caso, sí se torna procedente, teniendo en cuenta que, como se explicó en epígrafes anteriores, se presume que el pago de las incapacidades laborales reclamadas constituye la única fuente de ingreso con la que el señor Sotelo Merchán cuenta para garantizar su subsistencia y la de su familia.

Lo anterior, porque así lo manifestó en su solicitud de amparo, sin que ninguna de las demás partes que se pronunciaron dentro presente trámite constitucional controvirtiera tal afirmación, la cual, se reitera, convalida una información revestida de una presunción constitucional, en los términos de la sentencia T-263 de 2012¹⁷ de la Corte.

A lo anterior se suma que este se encuentra afiliado a la E.P.S. accionada como *“cotizante cabeza de familia”*, con un ingreso base de cotización equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente (fl. 24 rev.), lo cual constituye un indicio del apremio con el que requiere el pago de dichas incapacidades para procurarse el mínimo vital y, de contera, la garantía de recuperación de su salud en condiciones de tranquilidad, como bien lo refirió al mencionado Tribunal Constitucional en las sentencias citadas.

2.6.2. La tutela cumple con la inmediatez

En lo que respecta al requisito de la inmediatez, la Sala advierte que el actor instauró la tutela el 7 de noviembre de 2014 (fl. 1) para reclamar el pago de las incapacidades que dejó de percibir desde el 11 de junio de 2014, por lo que entiende que fue ejercida dentro de un término razonable.

2.6.3. No hay temeridad en la tutela

¹⁷ M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.



La empresa Misión Temporal Ltda. puso de manifiesto que ya el actor había instaurado otra acción de tutela por los mismos hechos, y que fue resuelta mediante fallo de 2 de septiembre de 2014, proferido por el Juzgado Cuarto Civil de Bogotá.

De ser cierto lo dicho por la mencionada empresa, habría lugar a declarar la temeridad en el presente reclamo constitucional. No obstante, vistos los documentos que aportó para respaldar tal afirmación (fls. 100-107), observa la Sala que, en aquella oportunidad, si bien los accionados fueron también Coomeva E.P.S., Protección S.A. y Misión Temporal, lo pretendido por el actor fue la remisión de documentos a la respectiva Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Tal apreciación es suficiente para concluir que no existe temeridad en la tutela de la referencia, dada la disparidad de pretensiones entre las solicitudes contrastadas.

2.6.4. La tutela es procedente

A la luz de las anteriores premisas, con toda claridad, resulta procedente que la Sala aborde el fondo del reclamo, para lo cual habrá de establecerse la responsabilidad de cada una de las partes involucradas.

2.6.5. Coomeva E.P.S. no ha vulnerado derechos fundamentales al peticionario

En lo que tiene que ver con el fondo del reclamo, debe precisarse que la E.P.S. tutelada cumplió con las obligaciones que le asisten frente al reconocimiento de la prestación pretendida, de conformidad con las razones que se pasan a explicar.

Las incapacidades del actor comenzaron a generarse de manera continua desde el 31 de mayo de 2013 (fl. 99) y fueron asumidas y pagadas por su E.P.S, a través de la empresa Misión Temporal Ltda., hasta acumular un total de 180 días el 11 de junio de 2014 (fl. 98).

Así mismo, Coomeva E.P.S., el 9 de noviembre de 2013, calificó la patología del accionante como de origen común (fls. 30-36)¹⁸, al tiempo que, en oficio de 17 de febrero de 2014 (fl. 43)¹⁹, remitió al actor a

¹⁸ Cuando ello ocurrió el actor sumaba aproximadamente 5 días de incapacidad (fl. 99).

¹⁹ Cuando ello ocurrió el actor sumaba aproximadamente 105 días de incapacidad (fl. 99).



Protección S.A., con pronóstico favorable de recuperación, atendiendo lo previsto por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

Lo anterior da cuenta de que el pronóstico favorable de recuperación del actor y la remisión oficiosa de documentos a la AFP para el reconocimiento de las incapacidades tuvo lugar antes de los 150 días de que trata la norma en comento, razón por la que se descarta una conducta lesiva de sus derechos.

2.6.6. La empresa Misión Temporal Ltda. no ha vulnerado derechos fundamentales al peticionario

De los comprobantes de pago que obran en el expediente (fls. 68-73), se advierte con meridiana claridad que, pese a que Coomeva E.P.S. pagó las incapacidades del actor hasta el 11 de junio de 2014, la empresa le pagó al señor Sotelo Merchán, en ese mismo mes, 30 días de incapacidad, y además, en el de julio, 21 días más. Luego, es dable concluir que Misión Temporal Ltda. garantizó al actor el cubrimiento de sus incapacidades, más allá de las coberturas mínimas a las que se obligaba su E.P.S.

Además de lo anterior, comprende la Sala que el actuar de dicha empresa ha sido respetuoso de las garantías laborales del actor, pues ha hecho un completo seguimiento a sus condiciones de salud, adoptando los correctivos necesarios para resguardarla, atendiendo las recomendaciones de medicina laboral en cuanto a reubicación y modificación de funciones (fls. 78-100).

También se aprecia que dicha empresa ha brindado orientación y acompañamiento al tutelante, en lo referente al cobro de las incapacidades que superan los 180 días, de lo cual es fehaciente prueba el oficio de 30 de julio de 2014 (fl. 89), en el que le informa el trámite que debe surtir para hacer efectivos sus derechos.

2.6.7. El Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por el peticionario

Teniendo en cuenta que Coomeva E.P.S. calificó la enfermedad del actor como de origen común y, que además, le remitió oportunamente el respectivo concepto favorable de recuperación, sin que existiera objeción alguna por parte de Protección S.A., es claro que la obligación del pago de las incapacidades laborales pretendidas por el tutelante corresponde a dicho fondo.



Es tanto así que Protección S.A. puso de manifiesto, en el presente trámite tutelar, que el actor le había solicitado el “reconocimiento de prestación económica por invalidez”, la cual fue autorizada por la Comisión Médico Laboral de la Compañía Suramericana de Seguros de Vida²⁰ (fl. 127).

Sin embargo, como se lo hizo saber al actor en comunicación de 2 de diciembre de 2014, no le ha hecho efectivo el pago de las incapacidades posteriores al día 180, porque se encuentra “... realizando las gestiones de cobro ante la Aseguradora Sura...” (fl. 135).

Sobre el particular, es menester precisar que dicha justificación, a juicio de la Sala, resulta lesiva de los derechos fundamentales del accionante, particularmente a la salud y al mínimo vital, pues, como se explicó en acápites anteriores de este proveído, “... la jurisprudencia constitucional ha reprobado la imposición de trámites adicionales a los contemplados en el marco normativo que regula el procedimiento para reconocer y pagar las incapacidades y ha censurado a las entidades que retrasan el pago de las mismas por discusiones relativas a su responsabilidad en el cubrimiento de la prestación”²¹.

De ahí que no le sean oponibles al señor Sotelo Merchán las vicisitudes administrativas que deba afrontar el fondo de pensiones, habida cuenta que deviene desproporcionado el hecho de que se le trasladen cargas ajenas al compromiso adquirido por Protección S.A.; máxime, teniendo en cuenta que las acreencias reclamadas constituyen la única fuente de ingresos de la que dispone para proveerse el sustento.

2.6.8. Conclusiones

En orden a las razones esgrimidas anteriormente, la Sala debe declarar que ni Coomeva E.P.S. ni la empresa Misión Temporal Ltda. han vulnerado los derechos fundamentales invocados por el peticionario.

No ocurre lo mismo con el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., razón por la que la Sala accederá al amparo deprecado y ordenará a dicha administradora que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, pague al actor las incapacidades generadas con posterioridad al 11 de junio de 2014, sin perjuicio de los derechos que le asistan a su empleador.

²⁰ Con quien tiene contratado el seguro provisional de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-333 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva



Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero.- Amparar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la salud del señor Jhonatan Steve Sotelo Merchán.

Segundo. – Ordenar al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, pague al actor las incapacidades generadas con posterioridad al 11 de junio de 2014, sin perjuicio de los derechos que le asistan a su empleador.

Tercero.- Si no fuese impugnado este fallo, **envíese** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión al día siguiente de su ejecutoria, en virtud de lo consignado en el inciso 2° del artículo 31 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Cuarto.- Cópiese y notifíquese a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991, publíquese y cúmplase.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Consejera de Estado