

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Expediente: 11001-33-34-003-2020-00270-00
Demandante: MYRIAN RUBIELA CASALLAS FÚQUENE
Demandada: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA NUEVA EPS

ACCIÓN DE TUTELA

Procede el Despacho a resolver la solicitud de tutela presentada por la señora Myrian Rubiela Casallas Fúquene, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Nueva EPS.

1. ANTECEDENTES

La actora sustentó su solicitud en los siguientes:

1.1. Hechos

- La actora se vinculó laboralmente desde hace aproximadamente 2 años con la empresa INGPRODIS S.A.S, desempeñando el cargo de auxiliar de oficina y secretaria, encontrándose afiliada a salud a la Nueva EPS y pensión a Colpensiones.
- Se encuentra diagnosticada con cáncer maligno de la mama derecha, adenoma suprarrenal izquierdo, glándula en estudio, hipertensión arterial, sospecha de SAHOS y cálculos en los riñones.
- Está incapacitada desde el 19 de diciembre de 2019, recibiendo tratamiento de quimioterapia por su diagnóstico de cáncer y que la EPS pagó sin inconveniente y oportunamente los primeros 180 días de incapacidad, hasta el día 18 de junio de 2020.
- Cuenta con concepto de rehabilitación desfavorable de la Nueva EPS, el cual fue remitido a Colpensiones el día 20 de abril de 2020, pero a su parecer la Nueva EPS envió el concepto antes de los 150 días de incapacidad.
- A partir del día 181, desde que empezó su incapacidad médica, ni la Nueva EPS ni Colpensiones se hicieron responsables del pago de la incapacidad, en razón a que se encontraban a la espera del resultado de la calificación de pérdida de capacidad laboral para acceder a la pensión de invalidez.
- El día 30 de julio de 2020, Colpensiones emitió dictamen determinando en su caso la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje del 34.93% y el mismo le fue notificado después del 21 de julio de 2020.
- El 11 de septiembre de 2020, Colpensiones, le informa que no hay lugar al reconocimiento de más subsidio por incapacidad, en atención a que recibió concepto de rehabilitación desfavorable y lo único

procedente es la solicitud de valoración de pérdida de la capacidad laboral.

- Desde el mes de julio de 2020, no recibe ningún ingreso vulnerando de esta manera su derecho al mínimo vital y demás derechos fundamentales.
- La accionante tiene 53 años de edad, vive con su señora madre la cual cuenta con 72 años de edad, y vive de las ayudas que le brindan sus familiares, porque no depende de nadie, sin embargo, debe responder por los servicios, públicos, alimentación, transporte y demás gastos para su manutención.
- Las entidades accionadas al obviar sus obligaciones han puesto en grave peligro sus derechos fundamentales, toda vez que los ingresos por incapacidades son su único sustento y que la demora injustificada en el pago de sus incapacidades, la han puesto en una situación de debilidad manifiesta por la precaria condición de salud, situación en la que se encuentra.
- Sostiene que tiene derecho a que le paguen las incapacidades causadas y emitidas por los médicos tratantes y /o al pago de las mesadas pensionales, y se apoya en lo sostenido por la Corte Constitucional al respecto en las sentencias T -140 de 2016 y T-401 de 2017.

1.2 Pretensiones

La accionante solicita que se le protejan los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, salud, dignidad humana, seguridad social y debido proceso y en consecuencia, se declare que el trámite de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral ante Colpensiones, no es suficiente para desconocer el pago de las incapacidades médicas que se causen durante ese periodo y se ordene a Colpensiones y a la Nueva EPS, el pago de las incapacidades médicas adeudadas desde el 29 de junio de 2020 a la fecha y las que se llegaren a causar hasta que se encuentre en nómina de pensionados.

1.3 Derechos invocados como vulnerados

La accionante señaló como vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, salud, dignidad humana, seguridad social y debido proceso.

1.4 Trámite procesal.

Mediante acta individual de reparto de fecha veintiséis (26) de octubre de 2020, correspondió a este Despacho el conocimiento de la presente acción de tutela, la cual se admitió por auto de fecha 27 de octubre de 2020. En dicho proveído se ordenó correr traslado por el término de 2 días a Colpensiones y a la Nueva EPS, para que manifestaran lo de su cargo y allegaran las pruebas que consideraran pertinentes.

El anterior auto fue notificado por correo electrónico a las partes el mismo día de su emisión.

Mediante memorial remitido vía correo electrónico el día 28 de octubre de 2020, las entidades accionadas dieron respuesta a la presente acción constitucional.

1.5 Contestación de la acción

1.5.1 Colpensiones

La entidad solicitó declarar improcedente la acción constitucional con fundamento en los siguientes argumentos, que el Despacho procede a resumir:

Indicó que dentro de la base de datos de la Entidad se evidencia que se allegó concepto médico de rehabilitación desfavorable, en consecuencia no sería jurídicamente procedente el pago de los subsidios económicos por incapacidades, siendo pertinente llevar a cabo el proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral y ocupacional de conformidad con lo previsto en el Decreto 1507 de 2014, que modifica el Decreto 917 de 1999 Manual Único para la Calificación de la Invalidez, modificado a su vez por el Decreto 692 de 1995.

Igualmente, cita el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 y el concepto emitido el 21 de mayo de 2015 (rad 2015114008740219), por el Ministerio de Salud, respecto al trámite y pago de las incapacidades cuando exista concepto favorable de rehabilitación, y explica que, para que la Administradora de Fondos de Pensiones otorgue el subsidio por incapacidad, se hace necesario que el afiliado: i) padezca una enfermedad de origen común, ii) que la incapacidad sea continua y supere los 180 días y iii) se emita concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, supuestos que no se cumplen en esta oportunidad.

Indica que, la acción de tutela se torna improcedente por cuanto la controversia aquí planteada debe dirimirse en la jurisdicción ordinaria laboral, para lo cual cita apartes de la sentencia de la Corte Constitucional T-087/18, Magistrado Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, además sostiene que la entidad informó a la accionante que el pago de incapacidades no era procedente al haberse emitido concepto desfavorable de rehabilitación por parte de la EPS de fecha 24 de abril de 2019 y lo procedente en este caso es adelantar el trámite de calificación de la pérdida de la capacidad laboral.

Finaliza diciendo que, para Colpensiones no es viable reconocer el pago de obligaciones no contraídas y no exigibles por parte de la accionante, como es en el caso de incapacidades superiores a 181 días sin que obre concepto favorable de rehabilitación del afectado, motivo por el cual la tutela carece de objeto al no haber derechos fundamentales violados por parte de la entidad, quedando demostrado que Colpensiones ha actuado con diligencia frente a la petición, por lo que solicita declarar la improcedencia de la presente acción y se disponga a su archivo.

1.5.2 Nueva EPS

Informó la entidad que la Señora Myrian Rubiela Casallas Fuquene, reporta estado de afiliación activo en el régimen contributivo y que presenta 300 días de incapacidad continua al 13 de octubre de 2020, de los cuales cumplió 180 días el 15/06/2020.

Señala que la Nueva EPS emitió concepto de rehabilitación desfavorable el día 6/04/2020, el cual fue notificado a la Administradora de Fondo de Pensiones Colpensiones el 21/04/2020, de conformidad con el art. 142 del Decreto 019 de 2012 y el artículo 10 del Decreto 758 de 1990, es deber del fondo de pensiones la obligación inmediata de otorgar la pensión de invalidez y asumir las prestaciones económicas a que hubiere lugar.

En cuanto a las incapacidades posteriores al día 180, refiere que las mismas deben ser reconocidas por la Administradora del Fondo de Pensiones Colpensiones, quien debe asumir el valor de las prestaciones económicas, hasta tanto realice la calificación de pérdida de capacidad laboral, en este caso Colpensiones. Razón por la cual, manifiesta que la Nueva EPS no se encuentra legitimada en la causa por pasiva.

Señala que la acción de tutela es improcedente: 1) para el reconocimiento de derechos de contenido económico, ya que la accionante solicita el pago de gastos incurridos en transporte que fueron asumidos por su familia, 2) por ser de carácter residual o transitorio, por cuanto la controversia aquí planteada debe dirimirse en la jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, no se evidencia una vulneración real de un derecho fundamental que requiera atención urgente, ya que la accionante sigue afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la Nueva EPS y que en la actualidad cursa un proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral ante la instancia respectiva, como se evidencia con los soportes de la acción, por lo cual solicita denegar la acción de tutela.

2. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela se ejerce para reclamar de la jurisdicción, protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando se vean amenazados o vulnerados por cualquier acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares mediante un procedimiento preferente y sumario.

2.1. Problema jurídico a resolver

¿Vulneró Colpensiones y/o La Nueva EPS, los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, salud, dignidad humana, seguridad social y debido proceso de la señora Myrian Rubiela Casallas Fuquene, al no pagar las incapacidades laborales que exceden 180 días, en razón a una enfermedad de origen común?

2.2 Tesis del despacho

El Despacho amparará los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, salud, dignidad humana, seguridad social y debido proceso de la señora Myrian Rubiela Casallas Fuquene, toda vez que, se encuentra demostrado que los subsidios por incapacidad, siempre que cuente con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no al afiliado, a partir del día 181 al 540, estarán a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, lo anterior, hasta tanto se determine si se le debe reconocer la pensión de invalidez, reintegrarla a su cargo, o reubicarla en uno acorde con su situación de incapacidad, por lo tanto en este caso, Colpensiones deberá pagarle el subsidio de incapacidad mientras ello sucede.

2.3 Vida digna

El Derecho a la vida, constituye el sustento y razón de ser para el ejercicio y goce de los restantes derechos, establecidos tanto en la Constitución como en la ley; con lo cual se convierte en la premisa mayor e indispensable para que cualquier persona natural se pueda convertir en titular de derechos u obligaciones¹.

La Corte Constitucional además ha sostenido que el derecho a la vida reconocido por el constituyente no abarca únicamente la posibilidad de que el ser humano exista, es decir, de que se mantenga vivo de cualquier manera, sino que conlleva a que esa existencia deba entenderse a la luz del principio de la dignidad humana², reconocido en el artículo 1 de la Constitución Política como principio fundamental e inspirador de nuestro Estado Social de Derecho.

Así mismo, en sentencia SU-062 de 1999 la Corte precisó que:

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1º de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano³.

En ese orden de ideas, el derecho fundamental a la vida no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones mínimas de una vida en dignidad, lo que comporta no solo el simple hecho de existir, sino de la garantía de mínimos vitales, inherentes a la condición del ser humano, los cuales posibilitan la vida de un individuo en condiciones de dignidad.

1 Sentencia T 675 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa.

2 Sentencia T-860 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

3 Sentencia SU-062-99, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

2.4 Derecho a la salud

El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas la atención en salud, con el establecimiento de políticas para la prestación del servicio y el ejercicio de una vigilancia y control de estas. De ahí que el derecho a la salud tenga una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho subjetivo fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad del Estado.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en principio consideró que el alcance del derecho a la salud se limitaba a su órbita prestacional, de ahí que su materialización era programática y progresiva y su desarrollo dependía de las políticas públicas implementadas para su ejecución a través de actos legislativos o administrativos⁴. Posteriormente, fue reconocido como un derecho fundamental cuando su amenaza o vulneración afecta otras garantías superiores como la vida⁵; y finalmente, en Sentencia T-760 de 2008, la Corte estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo “en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”⁶

Por su parte el legislador mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015, en su artículo 2º reconoció que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad.

En consideración a lo anterior, al ser la salud un derecho fundamental, puede ser protegido mediante la acción de tutela cuando resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial, presupuesto que cobra mayor relevancia cuando los afectados son sujetos de especial protección constitucional, como quienes padecen enfermedades degenerativas, catastróficas y de alto costo, entre ellas, el cáncer⁷.

Así, debe considerarse que las personas que padecen cáncer no están en condición de gestionar la defensa de sus derechos, como podría estarlo una persona sana o que padezca una enfermedad de menor entidad, por lo que se les debe brindar un servicio eficiente durante el curso de toda la enfermedad, de forma tal que puedan sobrellevar sus padecimientos de manera digna.

2.5 Derecho al mínimo vital.

4 Sentencia T-082 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

5 Sentencia T-081 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

6 Sentencia T-920 de 2013. M.P. José Ignacio Pretelt Chaljub.

7 Sentencia T-261 de 2017.M.P. Alberto Rojas Ríos.

La Corte Constitucional ha definido el derecho al mínimo vital (alimentos congruos) como el conjunto de condiciones básicas indispensables para garantizar la subsistencia digna de la persona y de su familia.

El derecho al mínimo vital ha sido considerado por la jurisprudencia constitucional como una de las garantías más importantes en el Estado Social de Derecho. No solo porque se fundamenta en otros derechos como la vida (Art. 11 C.P.), la salud (Art. 49 C.P.), el trabajo (Art. 25 C.P.) y la seguridad social (Art. 48 C.P.), sino porque en sí mismo es ese mínimo sin el cual las personas no podrían vivir dignamente. Es un concepto que no solo busca garantizarle al individuo percibir ciertos recursos, sino permitirle desarrollar un proyecto de vida igual que al común de la sociedad. De allí que también sea una medida de justicia social, propia de nuestro Estado Constitucional. En ese sentido, derecho al mínimo vital ha sido definido por la Corte como "la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional". Es decir, la garantía mínima de vida.⁸

Respecto al alcance de este concepto, la Alta Corporación ha manifestado que no puede solo limitarse al aspecto monetario, toda vez que no solamente debe garantizarse la vida digna del individuo, sino que además le permita desarrollar la vida en sociedad, de lo que se colige que el mínimo vital, lleva implícita una garantía no solo cuantitativa sino cualitativa, por lo que debe examinarse cada caso concreto, con el fin de determinar su protección.

2.6 Seguridad social en salud

La Constitución Política de Colombia, en el artículo 48, al referirse a la seguridad social, la describe como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley.

Pues bien, en cuanto a la seguridad social en salud, debe entenderse todas las personas deben tener un acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a los servicios, bienes, facilidades y establecimientos que se requieran para garantizarlo. Esto significa que, tanto legal como administrativamente, el sistema de salud debe brindar unas condiciones de cobertura que incluyan su accesibilidad jurídica, física y prestacional.

2.7 La procedencia excepcional de las tutelas instauradas para reclamar el pago de las incapacidades laborales.

⁸ Sentencia T-891 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

La Corte Constitucional ha señalado que, en virtud de 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), en principio, se impide que las discusiones sobre el reconocimiento y pago de derechos pensionales, salarios, indemnizaciones o incapacidades sean sometidos a consideración del juez de tutela; de manera que 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 irremediable⁹.

Por eso, la Corte ha insistido ampliamente en que el examen de subsidiariedad de la acción constitucional debe establecerse a partir del análisis fáctico que sustenta la pretensión de amparo, teniendo en cuenta aspectos como la edad, el estado de salud, las condiciones económicas y la forma en que está integrado el grupo familiar de quien reclama la protección¹⁰.

Frente al caso específico de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, ha dicho la Corte que debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia¹¹; de manera que, la falta de pago de la incapacidad médica no implica solamente el desconocimiento de un derecho laboral, sino además, se pueden ver trasgredidos derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario y, es allí donde resulta viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente¹².

2.8 Las incapacidades laborales por enfermedad común que superan los 180 días. Responsabilidad de los empleadores, las EPS y las administradoras de pensiones en su reconocimiento y pago.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo (enfermedad profesional) y el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 (enfermedad de origen Común), el subsidio por incapacidad laboral hace parte del esquema de prestaciones económicas diseñado con el objeto de cubrir a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral frente a las eventualidades que menoscaban su salud y su capacidad económica. En concreto, ha dicho la Corte Constitucional, que el subsidio cumple el propósito de sustituir el salario cuando el trabajador debe ausentarse del

9 Sentencia T-333 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

10 Sentencia T-721 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

11 Ibídem 6.

12 Sentencias T- 311 de 1996, T-404 de 2010 y T-154 de 2011, citadas en sentencia T-333 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

lugar en el que cumple sus actividades laborales, tras sufrir una enfermedad o un accidente que le impide desempeñar temporalmente su profesión u oficio¹³.

Así, el papel que cumple el subsidio de incapacidad laboral es la de proteger a quienes quedan temporalmente desprovistos de los recursos que destinaban a satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia por razones de salud. En ese orden de ideas, y en concordancia con lo previsto en el Decreto 1049 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se ha entendido que el empleador es responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a dos días¹⁴ y que las EPS cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180, a menos que 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.¹⁵

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad en el pago de las incapacidades causadas después del día 180, según lo previsto en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, norma que regula el trámite previo a la solicitud de la calificación de la invalidez, les asigna a las administradoras de fondos de pensiones (AFP) y a las administradoras de riesgos profesionales (según se trate de incapacidades de origen común o laboral, respectivamente) la función de remitir a sus afiliados a las juntas de calificación, previo concepto de rehabilitación integral.

Así, por regla general, tal remisión debe efectuarse antes de que se cumpla el día 150 de incapacidad temporal, salvo lo dispuesto en el artículo 30 de la misma norma, que permite que la AFP postergue el trámite de calificación hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal que otorgó la EPS, si el mencionado concepto de rehabilitación es favorable y con la condición de que *“otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador”*¹⁶.

En éste punto, es pertinente señalar que, respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181, se han suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001; **no obstante la Corte Constitucional ha enfatizado en que estas corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación**¹⁷.

13 sentencia T-333 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

14 Parágrafo 1º, Artículo 40 del Decreto 1049 de 1999: *“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”*.

15 Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.

16 Artículo 30, Decreto 2463 de 2001.

17 Sentencia T-401 de 2017.M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Así las cosas, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación – sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión del mismo a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.¹⁸

Bajo tal contexto, la Corte Constitucional¹⁹ ha dicho que el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral que asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador, y que constituye una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico²⁰.

Así las cosas, en los términos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia T-401 de 2017, cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable; deber que es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad, pues en ese estado de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso. **En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.**²¹

Al respecto, cabe indicar que la normatividad legal que regula la materia no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180, cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues **la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral**²².

18 Sentencia T-246 de 2018, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

19 Ibídem 14.

20 Decreto 2463 de 2001. Artículo 23 inciso 1°

21 Ibídem 18.

22 Sentencia T-920 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

La Corte ha sido enfática en que el afiliado no tiene por qué soportar, bajo ninguna circunstancia, los efectos de esas controversias, mucho menos cuando existe certeza sobre su derecho. Así, ha insistido en que las diligencias previas al reconocimiento y pago de las prestaciones del sistema de seguridad social integral deben resolverse oportunamente, sin inmiscuir al afiliado en disputas que no le competen y que, en cualquier caso, pueden poner en riesgo sus condiciones mínimas de existencia y, con el mismo propósito, avaló la posibilidad de que los jueces de tutela señalen un responsable provisional del pago de las incapacidades laborales, para salvaguardar los derechos fundamentales de quienes las reclaman, mientras las entidades del caso definen cuál de ellas es la encargada de cancelarlas, en aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias respectivas²³.

En conclusión, en atención a las condiciones en que se encuentran las personas que por razones de salud se ven afectadas en su sustento diario, **se debe privilegiar la protección de sus garantías mínimas, sobre las disputas de índole contractual que puedan presentarse en relación con la responsabilidad de los actores del SGSS en el reconocimiento y pago de esas prestaciones**²⁴.

2.9 Las incapacidades laborales por enfermedad común que superan los 540 días.

Respecto de la falta de capacidad laboral. La Corte ha distinguido tres tipos de incapacidades a saber: i) **temporal**, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; ii) **permanente parcial**, cuando se presenta una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y iii) **permanente (o invalidez)**, cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%²⁵.

Así, tratándose de las referidas incapacidades cuando son de origen común, existen dos posibilidades: i) que se cuenta con concepto favorable de rehabilitación y/o con dictamen de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, o ii) se tiene concepto desfavorable de rehabilitación y dictamen de pérdida de capacidad laboral superior al 50%.

En la primera hipótesis, la jurisprudencia constitucional ha señalado que si bien hasta el año 2015 existía un déficit de protección en relación con tales circunstancias, a partir de la vigencia del artículo 67 de Ley 1753 de 2015, corresponde a la EPS a la cual se encuentre afiliado el afectado, el pago de las incapacidades generadas, bien hasta que se verifique la recuperación integral y el reintegro efectivo del asegurado a su vida laboral o en su

23 Sentencia T-333 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

24 Sentencias T-786 de 2009 y T-404 de 2010 M.P. María Victoria Calle Correa y T-1047 de 2010 M.P. José Ignacio Pretelt Chaljub.

25 Sentencia T-920 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, reiterada en sentencias T-468 de 10, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T- 684 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T- 200 de 2017 M.P. José Antonio Cepeda Amarís, entre otras.

defecto, hasta que la calificación de pérdida de capacidad laboral iguale o supere el 50%, y pueda optar por la pensión de invalidez²⁶.

En cuanto a la segunda hipótesis, esto es, cuando se tiene concepto desfavorable de rehabilitación y dictamen de pérdida de capacidad laboral superior al 50%, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 67 *ibídem*, así como lo contemplado en el Decreto 1333 de 2018.

La Ley 1753 de 2015, dispone:

*ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. La Entidad administrará los siguientes recursos:
(...)*

*d) Las cotizaciones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), incluidos los intereses, recaudados por las Entidades Promotoras de Salud. Las cotizaciones de los afiliados a los regímenes especiales y de excepción con vinculación laboral adicional respecto de la cual estén obligados a contribuir al SGSSS y el aporte solidario de los afiliados a los regímenes de excepción o regímenes especiales a que hacen referencia el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y el parágrafo del artículo 57 de la Ley 30 de 1992.
(...)*

Estos recursos se destinarán a:

*a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.** El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.
(...)*

Por su parte del Decreto 1333 de 2018, establece:

*Artículo 2.2.3.3.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días, **Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días** en los siguientes casos:*

1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.

26 Sentencias T-161 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; T-246 de 2018 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; T-693 de 2017 y sentencia T-161 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger entre otras.

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). (Resalta el Juzgado).

En ese sentido, para este Despacho aun en los casos en que al presentarse incapacidades luego de los 540 días, el afectado tenga concepto desfavorable de rehabilitación y/o haya sido calificada su pérdida de capacidad laboral por encima del 50%, corresponde a la EPS a la cual este se encuentra afiliado el pago de las mismas, puesto que una de las causales determinadas por la norma es que precisamente el paciente no haya tenido recuperación en su enfermedad o lesión que ocasionó la enfermedad de origen común.

La anterior tesis se refuerza, bajo la argumentación de la Corte Constitucional en cuanto ha señalado que la obligación atribuida legalmente a las EPS respecto al pago de incapacidades que sobrepasen los 540 días no puede suspenderse por haberse realizado el examen de pérdida capacidad laboral, sino únicamente cuando le haya sido reconocida la pensión de invalidez²⁷.

2.10 Del caso en concreto

Conforme lo expuesto en precedencia, se tiene que la señora Myrian Rubiela Casallas Fúquene, acudió a este mecanismo constitucional con el propósito de que se protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, salud, dignidad humana, seguridad social y debido proceso en atención a que, tanto como Colpensiones como la Nueva EPS se han negado a pagar el subsidio de incapacidad por enfermedad general, al superar 180 días de incapacidad laboral.

Entonces, procede el Despacho a determinar si en el asunto, el actuar de las entidades accionadas atentaron, o no, en contra los derechos fundamentales de la accionante. Para ello, se estudiarán las pruebas allegadas al plenario.

- El 6 de abril de 2020, La Nueva EPS, emitió concepto de rehabilitación desfavorable, a nombre de la señora Myrian Rubiela Casallas Fúquene por diagnóstico de “Tumor Maligno de la mama parte no especificada, tumor maligno de la glándula suprarrenal parte no especificada, hipertensión esencial (primaria)”, enfermedades estas, diagnosticadas desde el 25 de octubre de 2019 (archivo pdf 51874891-MYRIAN RUBIELA.)

²⁷ Sentencia T-008 de 2018. M.P. Alberto Rojas Ríos.

- Este concepto de rehabilitación fue remito a Colpensiones mediante correo electrónico, con oficio GRB-GM-8046-20, el 21 de abril de 2020 (archivo pdf 51874891 (23366556) y pantallazo –Concepto Nueva EPS).
- Según información suministrada por La Nueva EPS y certificación de incapacidades remitida por la EPS, la señora Myrian Rubiela Casallas Fúquene, presenta incapacidad continua desde el 19 de diciembre de 2019 hasta el 13 de octubre de 2020, para un total de 300 días, de los cuales cumplió 180 días el 15 de junio de 2020. (archivo pdf 51874891 INCAPACIDAD (23366556).
- Según incapacidad medica aun no trascrita de fecha 13 de octubre de 2020, la accionante continúa incapacitada, hasta el 27 de octubre de 2020. (archivo pdf demanda y anexos – Anexos_23_10_2020 15_10_08 - pg.7).
- Mediante oficio BZ2020_6672666-1451422 del 16 de julio de 2020 y oficio No. BZ2020_8344935-2022248 del 1 de octubre de 2020, Colpensiones negó el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad solicitadas por la hoy accionante, en la primera respuesta, argumentando que el periodo de incapacidad es menor al día 181 y por tener concepto desfavorable de rehabilitación, y en la segunda, niega la incapacidad por tener concepto desfavorable, razón por la cual, asegura que no procede dicho pago, sino la calificación de pérdida de capacidad laboral.(archivos pdf 51874891 NO FAVORABLE y 51874891- OFICIO 2).
- Colpensiones emitió el Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral DML-3989694 del 30 de julio de 2020, respecto de la señora Myrian Rubiela Casallas Fuquene, en un porcentaje del 34.93%, en razón a diagnóstico por: "Tumor maligno de la mama, parte no especificada". (archivo pdf demanda y anexos – Anexos_23_10_2020 15_09_41).
- El 9 de octubre de 2020, la accionada radica solicitud ante la Nueva EPS, para que le realicen nuevamente el dictamen de pérdida de la capacidad laborar (archivo pdf demanda y anexos – Anexos _23_10_2020 15_09_12- Pg.- 5 y 6).

Antes de abordar el problema jurídico principal, el Juzgado establecerá si la acción de tutela es procedente para el reconocimiento de las pretensiones de la accionante o si, por el contrario, ésta debía agotar los mecanismos ordinarios que diseñó el legislador para la solución de este tipo de controversias.

Así, como se expuso en la parte considerativa de esta providencia, la posibilidad de reclamar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela es excepcional y salvo que el peticionario se encuentre en una situación de vulnerabilidad que impida supeditar la efectiva protección de sus derechos fundamentales al trámite de un proceso judicial ordinario, atendiendo el papel que cumple el subsidio de

incapacidad como mecanismo sustitutivo del salario, cuando el trabajador se ve obligado a suspender temporalmente sus actividades laborales por razones de salud y, en esa medida, se ve desprovisto del único ingreso con que cuenta para subsistir dignamente.

Aplicadas las anteriores premisas al caso concreto, se encuentra demostrada la procedibilidad formal y material de la acción de tutela formulada por la señora Myrian Rubiela Casallas Fuquene, quien es destinataria de la protección constitucional reforzada que del Estado atendiendo las graves afecciones de salud que sufre, por lo que se ha visto privada de los recursos económicos que destinaba a satisfacer sus necesidades básicas debido a la total imposibilidad física para desempeñar su empleo, derivada de incapacidades médicas expedidas desde el 19 de diciembre de 2019, pues como ella misma informó su única fuente de ingresos es el salario que recibía como contraprestación por sus servicios a la empresa Ingprodís SAS y en virtud de las constantes incapacidades, es el correspondiente auxilio o subsidio su único sustento; razones más que suficientes para que, encontrándose vulnerados los derechos invocados, proceda el amparo transitorio de los mismos, en relación con el pago de las incapacidades laborales.

Bajo el anterior contexto, procede el análisis del problema jurídico principal. Las pruebas aportadas al expediente indican que la accionante fue incapacitada desde diciembre de 2019, debido al diagnóstico de cáncer maligno de la mama derecha, adenoma suprarrenal izquierdo (glándula en estudio), hipertensión arterial, sospecha de SAHOS, para un total de 300 días continuos, de los cuales cumplió 180 días el 15 de junio de 2020. Según lo informado por la accionante en la tutela, por el periodo comprendido entre el día 3 a 180, La Nueva EPS realizó el pago del auxilio respectivo, mientras que del día 181 en adelante la señora Myrian Rubiela Casallas Fuquene, no ha recibido el subsidio, pese a continuar recibiendo incapacidades laborales por la misma enfermedad, hasta el 27 de octubre de 2020.

Ahora bien, como la accionante manifiesta que la vulneración a sus derechos fundamentales se deriva de la suspensión en el pago de las incapacidades laborales a partir del 16 de junio de 2020 (día 181), de conformidad con la normativa aplicable y la jurisprudencia constitucional antes referida, debe remitirse el Despacho a determinar si la Nueva EPS cumplió oportunamente su obligación, en relación con la emisión y comunicación a AFP dentro de los 120 y 150 días respectivamente.

Al respecto, se tiene que dicha entidad emitió concepto desfavorable de rehabilitación el día 6 de abril de 2020 y fue remitido a Colpensiones el 21 del mismo mes y año; como se evidencia en la certificación de incapacidades, la accionante venía incapacitada desde 19 de diciembre de 2019, de manera que el plazo de 120 días con que contaba la EPS para rendir dicho concepto se cumplió, al igual que el plazo de 150 días para ser remitido al AFP, cumpliendo así con su obligación legal.

En lo que respecta a la obligación de la AFP Colpensiones, debe señalarse que no es cierto, como lo afirma dicha entidad, que por contar la

accionante con concepto desfavorable de rehabilitación, ésta tenga que quedar desprovista de su sustento cuando continúan siendo expedidas incapacidades médicas que le impiden desarrollar sus labores o empleo, pues por el contrario, se encuentra definido claramente que los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.

Así entonces, el concepto de rehabilitación, sea favorable o no, impone a la Administradora del Fondo de Pensiones la remisión del afiliado a la junta de calificación de invalidez, ello con el fin de que sea calificada la pérdida de su capacidad laboral y, de acuerdo con el porcentaje de pérdida, determine si se le debe reconocer la pensión de invalidez o reintegrarlo a su cargo, o reubicarlo en uno acorde con su situación de incapacidad, así como pagarle el subsidio de incapacidad mientras ello sucede.²⁸

De este modo, aun cuando Colpensiones emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral DML-3989694 el 30 de julio de 2020, en un porcentaje del 34.93%, debido al concepto de rehabilitación desfavorable; ello no emerge como un argumento suficiente para limitar o suspender el pago de las incapacidades a partir del día 180, pues estas justamente se estructuran como la forma de salvaguardar las garantías de quien por una situación de salud ha perdido o se ha visto limitada su capacidad laboral.

En ese sentido, Colpensiones deberá asumir el pago del subsidio de incapacidad a partir del 16 de junio de 2020 (día 181), hasta la fecha en que cesen las incapacidades que no excedan el día 540.

Por otra parte, resulta oportuno mencionar que, en todo caso, las incapacidades posteriores al día 540, conforme lo dispone el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y la citada jurisprudencia de la Corte Constitucional, corresponde pagarlas a la EPS a la cual se encuentra afiliado el afectado, por lo que, dado el caso que las incapacidades de la señora Myrian Rubiela Casallas Fuquene, llegaren a superar dicho término, esto es, que se prolongaran con posterioridad al 11 de junio de 2021, fecha en que se cumplirían los 540 días, corresponderá a la Nueva EPS continuar con el pago del respectivo subsidio en favor de la accionante, hasta tanto se determine si se le debe reconocer la pensión de invalidez o reintegrarla a su cargo, o reubicarla en uno acorde con su situación de incapacidad; ello sin perjuicio de que la EPS pueda perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, quien según la norma citada administra los recursos del sistema destinados a este pago.

Finalmente, no resulta procedente declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por Colpensiones, pues se demostró probatoriamente que esta entidad no ha reconocido el pago de las incapacidades de la actora a partir del día 181, existiendo obligación legal para hacerlo.

28 Sentencia T-144 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Por consiguiente, se ampararán los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, salud, dignidad humana, seguridad social y debido proceso de la señora Myrian Rubiela Casallas Fuquene y se ordenará a Colpensiones que, en el término impostergable de 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia reconozca y pague a la accionante, si no lo ha hecho, todas las incapacidades laborales prescritas por su médico tratante, a partir del 16 de junio de 2020 y hasta cuando cesen las incapacidades que no excedan el día 540.

Sin embargo, respecto de La Nueva EPS se evidenció dentro del proceso que esta entidad pagó las incapacidades de la actora hasta el día 180, conforme a su obligación legal, y que a la fecha no ha vulnerado ninguno de los derechos fundamentales de la demandante, por lo cual, no le asiste legitimación en la causa por pasiva, no obstante el Despacho la conminará para que, en caso de estructurarse, a favor de la actora, incapacidades que superen los 540 días, se las reconozca y pague conforme a su obligación legal y a la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional e este sentido, en atención a la condición de discapacidad laboral y a la patología grave que sufre, con miras a evitar afectación de sus derechos y, sufrimiento y angustia adicionales por el hecho de tener que buscar judicialmente tal reconocimiento.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA

PRIMERO. - Amparar los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, salud, dignidad humana, seguridad social y debido proceso de la señora Myrian Rubiela Casallas Fuquene, identificada con la C.C. No. 51.874.891, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - Ordenar al Presidente de Colpensiones, o a quien haga sus veces, que directamente o a través del funcionario competente al interior de la entidad, en el término impostergable de cuarenta y ocho (48) horas subsiguientes a la notificación de esta sentencia, **reconozca y pague a la señora** Myrian Rubiela Casallas Fuquene, si no lo ha hecho, todas las **incapacidades laborales** prescritas por su médico tratante, causadas **desde el 16 de junio de 2020 hasta la fecha en que cesen estas que no excedan el día 540, o hasta cuando se defina el reconocimiento de la pensión de invalidez**, en consideración a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. - Exhortar al presidente de La nueva EPS, para que en el caso de llegar a extenderse las incapacidades de la señora Myrian Rubiela Casallas Fuquene más allá del día 540, reconozca y pague aquellas que se causen desde el día 541 y hasta tanto cese su incapacidad, o se defina el reconocimiento de la pensión de invalidez.

CUARTO. - Declarar probada la falta de legitimación por pasiva de La Nueva EPS, por las razones expuestas.

QUINTO. - Notifíquese la presente decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz, conforme lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO. - Si no fuere impugnada esta providencia dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



EDNA PAOLA RODRÍGUEZ RIBERO
Jueza