

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente: 11001-33-34-003-2020-00099-00
Demandante: CAMILO AHUMADA BARBOSA
Demandada: COLPENSIONES

ACCIÓN DE TUTELA

Procede el Despacho a resolver la solicitud de tutela presentada, por el señor Camilo Ahumada Barbosa, en contra de Colpensiones y como vinculada Famisanar EPS.

1. ANTECEDENTES

La actora sustentó su solicitud en los siguientes:

1.1. Hechos

Manifestó que trabaja desde hace más de 9 años en Industrias CDT LTDA, que cuenta con 62 años de edad, se encuentra afiliado a Colpensiones y tiene 710 semanas de cotización.

Señaló que se encuentra incapacitado desde el 18 de enero de 2019, que cuenta con concepto desfavorable de la EPS Famisanar, quien canceló los primeros 180 días de incapacidad, pero que desde el día 181 Colpensiones se ha negado a pagar dicho auxilio.

Refirió que se encuentra adelantando los trámites para su pensión de invalidez, pero hasta que ello no se concrete no cuenta con ingresos económicos para subsistencia y la de su familia - esposa e hija menor de edad -, e indica que su cónyuge se encuentra actualmente en imposibilidad de trabajar por cuanto sufrió un accidente de tránsito donde se lesionó el brazo derecho.

Sustenta que ante la falta de pago de sus incapacidades se encuentran desprovistos del sustento diario, al punto que en el marco de actual pandemia su arrendadora lo amenazó con desalojarlo por incumplimiento en el pago del canon respectivo.

1.2 Pretensiones

Ordenar a Colpensiones el pago de las incapacidades médicas radicadas desde el día 181, en favor del accionante.

1.3 Derechos invocados como vulnerados

La accionante señaló como vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, salud, integridad personal, dignidad humana, seguridad social y vida.

1.4 Trámite procesal.

Mediante acta individual de reparto de fecha cinco de junio de 2020, correspondió a este Despacho el conocimiento de la presente acción de tutela, la cual se admitió por auto de la misma fecha y se vinculó a Famisanar EPS. En dicho proveído, se ordenó igualmente, correr traslado por el término de dos días, a Colpensiones y a Famisanar EPS, para que manifestaran lo de su cargo y allegaran copia del expediente correspondiente, copia de la historia clínica del accionante donde se reflejen las incapacidades médicas desde el 01 de octubre de 2017, certificación del número de días que comportan las incapacidades por diagnóstico de Gonartrosis primaria bilateral, otras Gonartrosis primarias, presencia de implante ortopédico auricular y conexas, y certificación y soporte de aquellas incapacidades que ya fueron canceladas.

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

Mediante memorial remitido vía correo electrónico las entidades accionadas dieron respuesta a la presente acción constitucional.

1.5 Contestación de la acción

1.5.1 Colpensiones

La entidad solicitó se niegue el amparo solicitado, con fundamento en lo siguiente:

Señaló que, la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones está a cargo del pago de incapacidades por enfermedad general o accidente de origen común, hasta por 360 días calendario, siempre y cuando cuente con concepto de rehabilitación favorable adicionales a los primeros ciento ochenta 180 días reconocidos por su Entidad Promotora de Salud (EPS), según lo establecido en el art. 142 del

Decreto ley 019 de 2012, por lo que el accionante al contar con concepto Desfavorable no tendría derecho al reconocimiento y pago de subsidio por incapacidad.

Refiere que, el tutelante solicita pago del subsidio por incapacidad desde la fecha 28 de junio de 2019, día en el que indica se configuró el día 180, sin embargo la EPS radicó en Colpensiones concepto de rehabilitación desfavorable hasta el día 23 de enero de 2020, por lo que incumplió su deber remisión antes del día 150 de incapacidad temporal, por lo que es la EPS quien deberá asumir de sus propios recursos el pago de incapacidades que superen el día 181 hasta el día en que emita el concepto en mención a título de sanción.

Refiere igualmente, que cuando las incapacidades de origen común persisten, son continuas y llegaren a superar el día 180, a partir del día 181 hasta el día 540 su reconocimiento y pago estará en cabeza de las Administradoras del Fondo de Pensiones en la que se encuentren afiliados los ciudadanos, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, y siempre que no exista interrupción que supere 30 días calendario de continuidad entre periodos de incapacidad, ya que en caso de trascurrir más de 30 días calendario entre la una y la otra, se estaría frente a una nueva incapacidad que originaría el pago de los dos primeros días por parte del empleador y a partir del tercer día por parte de la EPS respectiva.

Además, resalta que las incapacidades originadas por enfermedad común que llegaren a superar el día 540 de incapacidad, el legislador determinó que la entidad que debe asumir el pago del subsidio por incapacidad del día 541 en adelante es la Entidad Promotora de Salud EPS, en la que se encuentre afiliada la persona y facultó a esta para 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, que asumió funciones a partir del 1 de agosto de 2017, según lo prescrito en el artículo 1 del Decreto 546 de 2017, lo anterior también se reglamentó en el art. 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018, es decir, que quien en últimas terminará asumiendo la obligación es el Estado.

Relata que dicha información se comunicó al accionante en oficio BZ2020_1685367-0664318 de 09 de marzo de 2020, y que igualmente se emitió el oficio BZ2020_3616726-0948051 de 28 de abril de 2020 y BZ2020_5263426-1154515, por lo cual el accionante inició el trámite de calificación terminando con la emisión del Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral No. DML-4954 de 07 de mayo de 2020.

Finalmente indica, que la acción de tutela se torna improcedente por cuanto de conformidad con el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la controversia aquí planteada debe dirimirse en la jurisdicción ordinaria laboral.

1.5.2 Famisanar EPS

Informó la entidad que el señor Camilo Ahumada Barbosa, reporta estado de afiliación ACTIVO en calidad de cotizante dependiente y presenta incapacidad continua del 14/01/2019 al 11/06/2020 total 499 días, de los cuales cumplió 180 días el 27/07/2019.

Aclara que las incapacidades no fueron radicadas en orden cronológico generando interrupciones iniciales.

Señala que Famisanar EPS cumplió con el deber que le asiste emitiendo Concepto de Rehabilitación - CRH Desfavorable el cual fue notificado al Fondo de Pensiones, y además realizó el pago de las incapacidades hasta el día 180, motivo por el cual no se evidencia ninguna vulneración a un derecho fundamental de su parte.

En cuanto a las incapacidades posteriores al día 180, refiere que las mismas deben ser reconocidas por la Administradora de Fondo de Pensiones, hasta el día 540, en este caso COLPENSIONES. Razón por la cual manifiesta que Famisanar EPS no encuentra legitimada en la causa por pasiva.

Concluye que, ante la evidencia de ausencia de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno, la entidad ha cumplido con sus obligaciones dentro de los parámetros que reglamentan la prestación de servicios de salud y el pago de incapacidades; por lo cual, las pretensiones planteadas por la accionante no están llamadas a prosperar y solicita al Despacho que se declare la improcedencia de 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 Famisanar EPS, los derechos fundamentales a la salud, vida e integridad personal, mínimo vital, dignidad humana y seguridad social del señor Camilo Ahumada Barbosa, al no pagar las incapacidades laborales que exceden 180 días, en razón a una enfermedad de origen común?

2.2 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 colombiano”³.

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, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, providencia del 9 de septiembre de 2011.

2 Sentencia T-860 de 1999 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

3 Sentencia SU-062/99, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

2.3 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 las mismas. 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 el 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.

4 T-082 de 2015.

5 Sentencia T-081 de 2016.

6 Sentencia T-920 de 2013.

7 Sentencia T-261 de 2017.

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.

2.4 Derecho al mínimo vital.

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.

2.5 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

⁸ Sentencia T-891 de 2013.

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.

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

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

9 Sentencia T-333 de 2013.

10 Sentencia T-721 de 2012.

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.

2.7 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 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

11 Ídem 6.

12 Sentencias T- 311 de 1996, T-404 de 2010 y T-154 de 2011, citadas en sentencia T-333 de 2013.

13 sentencia T-333 de 2013.

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”*.

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.

Ahora, 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**

15 Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.

16 Artículo 30, Decreto 2463 de 2001.

17 Sentencia T-401 de 2017.

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**

18 Sentencia T-246 de 2018

19 Ídem 14.

20 Decreto 2463 de 2001. Artículo 23 inciso 1º

21 Ídem 18.

igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral²².

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 prestaciones²⁴.**

2.8 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.

22 Sentencia T-920 de 2009.

23 Sentencia T-333 de 2013.

24 Sentencias T-786 de 2009, T-404 de 2010 y T-1047 de 2010.

25 Corte Constitucional, sentencia T-920 de 2009 (M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), reiterada en sentencias T-468 de 2010 (M.P Jorge Iván Palacio Palacio), T- 684 de 2010 (M.P Nilson Pinilla Pinilla), T- 200 de 2017 (M.P (e) José Antonio Cepeda Amarís), entre otras.

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 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 ídem, así como lo contemplado en el Decreto 1333 de 2018.

Ley 1753 de 2015.

“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***

²⁶ Sentencias T-161 de 2019, T-246 de 2018 y T-693 de 2017, entre otras.

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.

(...)"

Decreto 1333 de 2018

*"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.

*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, en cuanto que la Corte Constitucional 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.

²⁷ Sentencia T-008 de 2018.

2.9 Del caso en concreto

Conforme lo expuesto en precedencia, se tiene que el señor Camilo Ahumada Barbosa, acudió a este mecanismo constitucional, con el propósito de que se protejan sus derechos fundamentales a la salud, vida digna, mínimo vital y seguridad social en atención a que, Colpensiones no ha pagado el subsidio de incapacidad por enfermedad general, al superar 180 días de incapacidad laboral. A su turno, el Despacho vinculó a Famisanar EPS, por considerar que tenía injerencia directa con la situación de hecho planteada por el actor.

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

El señor Camilo Ahumada Barbosa, nació el 10 de febrero de 1958, por lo que hoy cuenta con 62 años de edad.

Según registro civil de nacimiento, el accionante es padre de la menor Estefany Yohanna Ahumada Buitrago.

Mediante radicados del 31 de octubre, 26 de noviembre de 2019, 06 de febrero, 12 de febrero, 16 de marzo y 29 de mayo de 2020, el hoy tutelante presentó ante Colpensiones la certificación de incapacidades laborales y solicitó el reconocimiento y pago del correspondiente subsidio.

El 19 de enero de 2020, Famisanar EPS emitió concepto de rehabilitación desfavorable, a nombre del señor Camilo Ahumada Barbosa, dando alcance al concepto emitido el 10 de julio de 2018, por diagnóstico de “GONARTROSIS PRIMARIA, BILATERAL, OTRAS GONARTROSIS PRIMARIAS, PRESENCIA DE IMPLANTES OTROPEDICO ARTICULAR”, consignando además lo siguiente: “Paciente SEMIDEPENDIENTE en actividades básicas cotidianas y de la vida diaria. Rol Laboral interrumpido”; enfermedades estas, diagnosticadas desde el 01 de octubre de 2017.

El mencionado concepto de rehabilitación, fue radicado en Colpensiones el 23 de enero de 2020.

Según información suministrada por Famisanar EPS y certificación de incapacidades remitida tanto por la EPS como por Colpensiones, el señor Ahumada Barbosa reporta estado de afiliación activo en calidad

de cotizante dependiente y presenta incapacidad desde el 01 de octubre de 2017 hasta el 11 de junio de 2020 (fecha esta en la que se dio respuesta a la acción de tutela), la cual presentó interrupciones iniciales por no haberse radicado en orden cronológico, para un total 499 días, de los cuales cumplió 180 días el 27 de julio de 2019.

Mediante radicados del 09 de marzo, 28 de abril y 04 de junio de 2020, Colpensiones negó el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad al hoy accionante, por cuanto afirmó que al tener un concepto desfavorable de rehabilitación no procede dicho pago, sino la calificación de pérdida de capacidad laboral y el trámite de reconocimiento de pensión de invalidez de ser procedente.

Colpensiones emitió el Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral DML-4954 del 07 de mayo de 2020, en favor del señor Camilo Ahumada Barbosa, en un porcentaje del 25.9%, en razón a diagnóstico por: “Otros trastornos de los discos intervertebrales” y “Gonartrosis rotula derecha”.

Determinado lo probado en la presente acción constitucional, procede el Juzgado a abordar el problema jurídico.

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 el señor Camilo Ahumada Barbosa, quien, es destinatario de la protección constitucional reforzada que el Estado atendiendo las graves afecciones de salud que sufre, por lo que se ha visto privado de los recursos económicos que destinaba a satisfacer sus necesidades básicas debido a la total imposibilidad física para desempeñar su empleo, derivaba de incapacidades médicas expedidas desde el 01 de octubre de 2017, pues como el mismo informó su única fuente de ingresos es el salario que recibía como contraprestación por sus servicios a la empresa Industrias CDT LTDA 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.

Ahora bien, las pruebas aportadas al expediente indican que el accionante fue incapacitado desde octubre de 2017, debido al diagnóstico de gonartrosis primaria, bilateral, otras gonartrosis primarias y presencia de implantes ortopédico articular, para un total de 499 días continuos, de los cuales cumplió 180 días el 27 de julio de 2019. Que por el periodo comprendido entre el día 3 a 180, Famisanar EPS realizó el pago del auxilio respectivo, mientras que del día 181 en adelante el señor Ahumada Barbosa no ha recibido el subsidio, pese a continuar recibiendo incapacidades laborales por la misma enfermedad, hasta el 11 de junio de 2020.

Ahora bien, como el accionante manifiesta que la vulneración a sus derechos fundamentales se deriva de la suspensión en el pago de las incapacidades laborales a partir del 28 de julio de 2020 (día 181), de conformidad con la normativa aplicable y la jurisprudencia constitucional antes referida, debe remitirse el Despacho a determinar si Famisanar EPS cumplió oportunamente su obligación, en relación con la emisión y comunicación a AFP dentro de los 120 y 150 días respectivamente.

Al respecto, tenemos que dicha entidad emitió concepto desfavorable de rehabilitación el día 19 de enero de 2020, y fue remitido a Colpensiones el 23 del mismo mes y año, pese a que el accionante venía incapacitada desde 01 de octubre de 2017, tal y como se señaló en el mismo concepto, de manera que el plazo de 120 días con que contaba la EPS para rendir dicho concepto y de 150 días para ser remitido al AFP, fue ampliamente superado, incumpliendo así con su obligación legal.

Debe advertir el Juzgado que si bien en el concepto de rehabilitación referido, se consigna que se está dando alcance al concepto emitido el 10 de julio de 2018, lo cierto es que no se aportó prueba de este último, ni de la fecha en que fue notificado a la AFP, con lo cual no se desvirtúa el incumplimiento en los plazos señalados, más aun si se tiene en cuenta que para el 10 de julio de 2018, los plazos establecidos también estarían vencidos.

Por lo tanto, dado que el envío expedito del concepto médico de rehabilitación a la AFP es un presupuesto indispensable para garantizar la continuidad en el pago de las incapacidades laborales que superan

los 180 días y/o para el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, su remisión tardía en el caso concreto, por parte de Famisanar EPS, supuso una transgresión de los derechos fundamentales del señor Camilo Ahumada Barbosa.

Así las cosas, de conformidad con el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, le compete a la EPS Famisanar pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal que se prolongó más allá de los 180 días, hasta la fecha en que remitió el concepto en mención a Colpensiones.

Ahora bien, 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 el accionante con concepto desfavorable de rehabilitación, éste tenga que quedar desprovisto 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 sucede²⁸

De este modo, aun cuando Colpensiones emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral DML-4954 del 07 de mayo de 2020, en un porcentaje del 25.9%, 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.

28 Sentencia T-144 de 2016

En ese sentido, Colpensiones deberá asumir el pago del subsidio de incapacidad a partir de la fecha en que fue comunicado del concepto de rehabilitación de fecha 19 de enero de 2020, por parte de Famisanar EPS, 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 del señor Camilo Ahumada Barbosa llegaren a superar dicho término, corresponderá a Famisanar EPS continuar con el pago del respectivo subsidio en favor del accionante, hasta tanto se 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; ello sin perjuicio de que dicha 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.

Finalmente, no resulta procedente declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva, alegada por Colpensiones y por Famisanar EPS, pues tal y como se indicó en los numerales 2.7 y 2.8 de la presente providencia, compete al Fondo de Pensiones el pago de las incapacidades laborales desde el día 181 al día 540, salvo que la EPS haya remitido el concepto de rehabilitación de manera extemporánea caso en el cual esta deberá asumir dicho pago desde el día 181 hasta la fecha de la respectiva remisión a la AFP, así como corresponde a la EPS el pago de dicho auxilio por las incapacidades que superen los 540 días, cualquiera que sea el sentido del concepto de rehabilitación o se cuente o no con dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Por consiguiente, se ampararán los derechos fundamentales a la salud, vida digna, mínimo vital y seguridad social del señor Camilo Ahumada Barbosa y se dictarán las siguientes órdenes:

A Famisanar EPS, para que en el término impostergable de 48 horas subsiguientes a la notificación de esta sentencia, pague al accionante, si no se ha hecho, todas aquellas incapacidades laborales que le hayan sido reconocidas por su médico tratante a partir del 28 de julio de 2020 (día 181 de incapacidad), hasta el 23 de enero de 2020 (fecha en que remitió a la AFP el concepto de rehabilitación), por las razones expuestas.

A Colpensiones, para que, en el término impostergable de 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, pague al accionante, si no lo ha hecho, todas aquellas incapacidades laborales prescritas por su médico tratante a partir del 24 de enero de 2020 y hasta cuando cesen las incapacidades que no excedan el día 540.

A Famisanar EPS, para que, de llegarse a extender las incapacidades del señor Ahumada Barbosa más allá del día 540, pague el subsidio correspondiente desde el día 541 y hasta tanto cesen las mismas, se determine si se le debe reconocer la pensión de invalidez o reintegrarlo a su cargo, o se establezca su reubicación en cargo acorde con su situación de incapacidad.

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. - Ampárense los derechos fundamentales a la salud, vida digna, mínimo vital y seguridad social del señor Camilo Ahumada Barbosa, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Ordénese i) al **Director de Operaciones Comerciales de Famisanar EPS**, para que directamente o a través del funcionario competente al interior de la entidad, en el término impostergable de **48 horas** subsiguientes a la notificación de esta sentencia, **pague al accionante**, si no se ha hecho, todas **aquellas incapacidades laborales** que le hayan sido reconocidas por su médico tratante **a partir del 28 de julio de 2020 (día 181 de incapacidad), hasta el 23 de enero de 2020 (fecha en que remitió a la AFP el concepto de rehabilitación)**; ii) así como, **de llegarse a extender las incapacidades** del señor Ahumada Barbosa **más allá del día 540, pague el subsidio correspondiente desde el día 541** y hasta tanto, cese su incapacidad, se determine si se le debe reconocer la pensión de invalidez o reintegrarlo a su cargo, o se establezca su reubicación en un cargo acorde con su situación de incapacidad, iii) Al **Director de Medicina Laboral de Colpensiones**, para que directamente o a través del funcionario competente al interior de la entidad, en el término impostergable de **48 horas** subsiguientes a la notificación de esta sentencia, **pague al accionante**, si no lo ha hecho, todas aquellas **incapacidades laborales** prescritas por su médico tratante **a partir del 24 de enero de 2020 y hasta hasta cuando cesen las incapacidades que no excedan el día 540**, en consideración a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. – Declarar no probada la falta de legitimación por pasiva, alegada por las entidades accionadas, por las razones expuestas.

CUARTO.- 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.

QUINTO.- 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,

The image shows a handwritten signature in black ink, which appears to be 'ESL'. To the right of the signature is a circular official stamp. The stamp contains the text 'Juzgado Tercero Administrativo Circuito de Bogotá' and 'Circuito de Bogotá'.

ERICSON SUESCUN LEÓN
Juez