

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá, D.C., primero (01) de junio de dos mil veinte (2020)

Expediente: 11001-33-34-003-2020-00084-00
Demandante: ANGEL ROGELIO NIÑO NIÑO
Demandada: NUEVA EPS Y PROTECCIÓN AFP

ACCIÓN DE TUTELA

Procede el Despacho a resolver la solicitud de tutela presentada, por el señor Ángel Rogelio Niño Niño, en contra de la Nueva EPS y como vinculada la Administradora de Fondos de Pensiones Protección.

1. ANTECEDENTES

La actora sustentó su solicitud en los siguientes:

1.1. Hechos

Manifestó que trabaja desde hace más de 5 años en la empresa Cooperativa de Servicios Vigilantes Unidos S.A.S., y se encuentra afiliado a la Nueva EPS, en la ciudad de Bogotá.

Señaló que, en octubre de 2018, fue diagnosticado con falla cardíaca descompensada con fevi-deprimidad – stevenson B en manejo neurohormonal e hipertensión arterial, y desde ese momento a la fecha de presentación de la acción de tutela ha venido siendo incapacitado de manera continua e ininterrumpida.

Refirió que los primeros 180 días de incapacidad fueron pagados oportunamente por la Nueva EPS, mientras que las incapacidades del día 181 al día 540 fueron canceladas por el Fondo de Pensiones al cual se encuentra afiliado, Protección AFP, en virtud de fallo de tutela emitido por el Juzgado 60 Civil Municipal de Bogotá, dentro del Radicado 2019-764.

Adujo que, el 03 de diciembre de 2019 y 27 de abril de 2020, presentó vía correo electrónico tanto a la Nueva EPS como a Protección FP,

derecho de petición solicitando el pago de las incapacidades presentadas a partir del día 541, cuya respuesta por parte de dichas entidades fue trasladarse la responsabilidad mutuamente.

Sustenta que desde el día 19 de noviembre de 2019, hasta el 03 de mayo de 2020 (fecha de expedición de la última incapacidad), no ha recibido el pago del correspondiente auxilio, por lo que él y su núcleo familiar se encuentran desprovistos del sustento económico para su subsistencia.

Manifestó que, debido a su enfermedad ya no puede laborar y que así lo señala el concepto desfavorable de rehabilitación, por lo que la Junta Regional de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, emitió concepto médico laboral el 07 de febrero de 2020, calificando un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 56,27%.

Adujo que, debido a todos esos inconvenientes, desde el mes de noviembre de 2018, entró en un estado de presión por lo que desde entonces y hasta el día de hoy se encuentra medicado con sertranuuil de 100 mg.

Por último, destacó que no había presentado la acción constitucional con anterioridad debido a su imposibilidad física de poder acceder a un computador o de dirigirse a los Despachos Judiciales, en razón al aislamiento social impuesto por la Covid-19, y la evidente comorbilidad que padece.

1.2 Pretensiones

Ordenar a la Nueva EPS o a quien corresponda, atienda con carácter prioritario, dentro de las 48 horas siguientes al fallo, el pago de las incapacidades médicas en favor del accionante.

1.3 Derechos invocados como vulnerados

El 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 18 de mayo de 2020, correspondió a este Despacho el conocimiento de la presente acción de tutela, la cual se admitió por auto del 19 de mayo de 2020, se negó la solicitud de medida provisional y se vinculó a Protección AFP. En dicho proveído, se ordenó igualmente, correr traslado por el término de

dos días, a Nueva EPS y a la Administradora de Fondo de Pensiones Protección, para que manifestaran lo de su cargo, especialmente sobre el trámite dado a la solicitud de pago de auxilio de incapacidad superior a los 540 días, y se allegara el expediente correspondiente (incluida copia de la historia clínica del accionante donde se reflejen las incapacidades médicas desde el 18 de noviembre de 2019).

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

Mediante memorial remitido vía correo electrónico, quien dice ser el apoderado de la Nueva EPS, dio respuesta a la presente acción de tutela. Por su parte, la Administradora de Fondos de Pensión Protección no se pronunció en el presente proceso, pese haber sido debidamente notificada.

1.5 Contestación de la acción

1.5.1 Nueva EPS

El apoderado de la entidad accionada manifestó en primer lugar que, de conformidad con la organización interna de la empresa, a quien correspondería dar cumplimiento al fallo de tutela es a Serid Nuñez Gallo, Gerente de Recaudo y Compensación, y Alfonso Grimaldo Duque, Director de Prestaciones Económicas.

Por otro lado, señala que una vez consultada el área técnica de la entidad, se determinó que el señor Ángel Rogelio Niño Niño completó 401 días de incapacidad, hasta el 23 de mayo de 2020, y que el 15 de enero de 2019, fue emitido concepto de rehabilitación desfavorable siendo notificado a Protección AFP, el 24 de enero de 2019.

Indicó que, el accionante presenta una pérdida de capacidad inferior al 50%, y por tanto, lo procedente es iniciar un proceso de reintegro laboral, que de acuerdo con las Resoluciones 23416 de 2007 y 1918 de 2009, está a cargo del empleador.

Consideró que, en todo caso la acción de tutela no es la vía adecuada para la consecución de lo pretendido por la accionante, pues en su criterio, existe otro mecanismo de defensa judicial efectivo para ello, como sería la vía ordinaria ante los Jueces Laborales.

De igual forma, alegó que se configura falta de legitimidad en la causa por pasiva, dado que considera la inexistencia de violación a derechos fundamentales por parte de la Nueva EPS, en tanto que el accionante

ha completado más de 180 días de incapacidad laboral; razón por la cual, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Decreto 2463 de 2001, le corresponde al Fondo de Pensiones el pago de las incapacidades del accionante.

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 la Nueva EPS y/o Protección AFP, los derechos fundamentales a la salud, vida e integridad personal, mínimo vital, dignidad humana y seguridad social del señor Ángel Rogelio Niño Niño, al no pagar las incapacidades laborales que exceden 540 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

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.

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.

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

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

4 T-082 de 2015.

5 Sentencia T-081 de 2016.

6 Sentencia T-920 de 2013.

Por su parte el legislador mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015, en su artículo 2° 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.

2.4 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

⁷ Sentencia T-261 de 2017.

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 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

⁸ Sentencia T-891 de 2013.

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, en 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, 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

9 Sentencia T-333 de 2013.

10 Sentencia T-721 de 2012.

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.

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 la 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 SGSSJ 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

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”*.

15 Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.

16 Artículo 30, Decreto 2463 de 2001.

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 rehabilitación¹⁷.

Respecto del concepto favorable de rehabilitación se debe destacar que, conforme al Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda, por lo que, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días.

Bajo tal contexto, la Corte Constitucional¹⁸ 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 económico¹⁹.

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.

17 Sentencia T-401 de 2017.

18 Ídem 14.

19 Decreto 2463 de 2001. Artículo 23 inciso 1º

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 laboral²⁰.

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 respectivas²¹.

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 prestaciones²².

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)

20 Sentencia T-920 de 2009.

21 Sentencia T-333 de 2013.

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

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%²³.

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 invalidez²⁴.

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

23 Corte Constitucional, 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. (e) José Antonio Cepeda Amarís), entre otras.

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

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.

(...)"

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 invalidez²⁵.

2.9 Del caso en concreto

Conforme lo expuesto en precedencia, se tiene que el señor Ángel Rogelio Niño Niño, 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, la Nueva EPS no ha pagado la prestación económica por concepto de incapacidad por enfermedad general, al superar 540 días de incapacidad laboral. A su turno, el Despacho vinculó a la Administradora de Fondo de Pensiones Protección, por considerar que tenía injerencia directa con la situación de hecho planteada por la actora.

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.

Según información suministrada por la Nueva EPS (pantallazo contenido en la respuesta a la acción de tutela), el señor Ángel Rogelio Niño Niño se encuentra afiliado a dicha promotora de salud desde el 1 de septiembre de 2012, en estado actual activo cotizante, y como empleador registrado la Cooperativa de Servicios Vigilantes Unidos S.A.S.

De conformidad con la historia clínica que fue aportada por el accionante, desde el 08 de septiembre de 2017, se registran antecedentes de Hipertensión Arterial y posteriormente, este fue diagnosticado con insuficiencia cardiaca congestiva, arrojando un histórico de incapacidades sumadas de 586 días, desde el 26 de octubre de 2018, al 03 de mayo de 2020.

Según certificado de incapacidad incluido como pantallazo en la respuesta dada por la Nueva EPS, el accionante fue incapacitado por 10 días más desde el 14 de mayo de 2020, hasta el 23 de mayo de 2020,

²⁵ Sentencia T-008 de 2018.

es decir que el señor Niño Niño acumularía un total de 596 días de incapacidad.

Así mismo, se observa que mediante sentencia de tutela emitida por el Juzgado 66 Civil Municipal de Bogotá, de fecha 29 de mayo de 2019, se determinó que el aquí accionante venía siendo incapacitado desde el mes de octubre de 2018, y que a la fecha de la sentencia había sobrepasado los 180 días de incapacidad laboral por enfermedad común desde dicha fecha; por tanto, ordenó a la Administradora de Fondos de Pensión Protección, realizara el pago del correspondiente auxilio desde el día 181 hasta el día 540 de incapacidad. Dicha providencia fue confirmada por el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá, mediante providencia del 03 de septiembre de 2019²⁶.

Según lo manifestado por el accionante y se puede corroborar en correo electrónico del 03 de diciembre de 2019, emitido por Protección AFP, dicha entidad pagó al señor Ángel Rogelio Niño Niño las incapacidades correspondientes a 360 días, desde el 26 de octubre de 2018 hasta el 18 de noviembre de 2019, que fueron ordenadas en el referido fallo de tutela hasta el 18 de noviembre de 2019.

Según lo manifestado por la Nueva EPS, el día 15 de enero de 2019, se emitió concepto de rehabilitación desfavorable, con respecto a las incapacidades presentadas por el accionante.

El 07 de febrero de 2020, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral 7977102-840, diagnosticando al señor Ángel Rogelio Niño Niño las siguientes enfermedades de origen común: Cardiopatía dilatada, enfermedad por virtud citomegálico, Hipertensión esencial primaria y trastorno de ansiedad, calificando una pérdida de capacidad laboral del 56.27%.

Determinado lo probado en la presente acción constitucional, procede el Juzgado a abordar el problema jurídico en los siguientes términos:

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

²⁶ Consulta realizada el 01 de junio de 2020 en la página web de la Rama Judicial: <https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.asp?EntryId=MKg1CrT4mzGiHLJCNZcM%2bj8BbA8%3d>.

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 Ángel Rogelio Niño Niño, quien, es destinatario de la protección constitucional reforzada del Estado, atendiendo a las graves afecciones de salud que sufre; y 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, pues como el mismo informó, su única fuente de ingresos es el salario que recibía como contraprestación por sus servicios a la empresa Cooperativa de Servicios Vigilantes Unidos S.A.S.; en este sentido, en virtud de las constantes incapacidades, es el correspondiente auxilio su único sustento; razones más que suficientes para la procedencia del estudio del presente medio constitucional, y en caso de encontrarse vulneración de 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 continuamente desde octubre de 2018, debido al diagnóstico de enfermedad general por insuficiencia cardiaca congestiva, para un total superior a 540 días. Que por el periodo comprendido entre el día 181 a 540, existe pronunciamiento judicial que ordenó a Protección AFP el pago de las incapacidades, resultando que esos 360 días fueron cancelados al hoy accionante.

No obstante, luego del último pago realizado por el Fondo de Pensiones (18 de noviembre de 2019), correspondiente a las incapacidades comprendidas entre el día 181 y 540, el señor Niño Niño, continuó recibiendo incapacidades laborales por la misma enfermedad, hasta el 23 de mayo 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 19 de noviembre de 2019, debe remitirse el Despacho a determinar si la Nueva EPS cumplió a cabalidad y oportunamente sus obligaciones, en relación con las incapacidades posteriores a los 540 días. Así, se observa que en su respuesta, la entidad

indica que el señor Ángel Rogelio Niño Niño completó 401 días de incapacidad, hasta el 23 de mayo de 2020, y que el mismo obtuvo una pérdida de capacidad inferior al 50%, por lo que se debe proceder a su reintegro laboral.

Frente a lo expuesto por la Nueva EPS, lo primero que se debe indicar es que, pese a que en auto admisorio de la presente acción de tutela se le requirió para que aportara copia del expediente relativo al pago de incapacidades laborales del accionante, así como copia íntegra de su historia clínica, tales documentos no fueron allegados. En ese entendido, debe precisar el Juzgado que sus afirmaciones carecen de sustento probatorio que así lo demuestre, pues por el contrario, en el expediente reposa reporte de incapacidades que hace parte de la historia clínica del señor Rogelio Niño Niño, que fuera aportada por este, en la cual se registran incapacidades que sumadas superan los 540 días, como se expuso en el acápite de hechos probados; lo cual desvirtúa que hasta el 23 de mayo de 2020 el accionante cuente con 401 días de incapacidad.

Así mismo, se encuentra demostrado que la propia EPS emitió desde el 15 de enero de 2019, concepto desfavorable de rehabilitación y que la Junta Regional de Calificación de Invalidez, dictaminó en el mes de febrero del presente año, pérdida de capacidad laboral del 57.6%, por las mencionada enfermedades de origen común, entre ellas, la diagnosticada como cardiopatía dilatada; es decir, que tampoco le asiste razón a la accionada cuando afirma que por tener el señor Niño Niño una pérdida de capacidad laboral inferior al 50% lo procedente es el reintegro laboral.

Por otro lado, tampoco resulta procedente declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva, alegada por la Nueva 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, mientras que corresponde a la EPS el pago de dicho auxilio por las incapacidades que superen los 540 días.

En ese orden, en *sub judice* no se encuentra probado que la Nueva EPS, haya reconocido y pagado al señor Ángel Rogelio Niño Niño el auxilio correspondiente a las incapacidades emitidas por el médico tratante, que superan los 540 días. Por consiguiente, se ampararán los derechos fundamentales a la salud, vida digna, mínimo vital y seguridad social del señor Ángel Rogelio Niño Niño y se ordenará a la Nueva 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 día 541, cuando se suspendió el pago de las mismas por parte de la AFP, y hasta que cese la emisión de incapacidades o hasta que le sea reconocida la pensión de invalidez.

Lo anterior, 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, conforme lo dispone el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y la citada jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Así mismo, se advierte que como el accionante ya cuenta con dictamen de pérdida de capacidad laboral superior al 50%, situación que como se explicó no constituye causal de suspensión de las referidas incapacidades, sino hasta que al mismo le sea reconocida pensión de invalidez, el Despacho considera procedente conminar a la Administradora de Fondos de Pensión Protección, para que de manera inmediata inicie el trámite respectivo donde se determine si el señor Ángel Rogelio Niño Niño, tiene derecho o no al reconocimiento de pensión de invalidez, teniendo en cuenta el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y las semanas cotizadas al sistema de seguridad social en salud.

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 a la salud, vida digna, mínimo vital y seguridad social del señor Ángel Rogelio Niño Niño, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Ordenar al Presidente de la Nueva EPS, para que directamente o a través del Gerente de Recaudo y Compensación y/o el Director de Prestaciones Económicas de la misma 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 que le hayan sido reconocidas por su médico tratante a partir del día 541, cuando se suspendió el pago de las mismas por parte de la AFP Protección, y hasta que cese la emisión de incapacidades laborales o le sea reconocida la pensión de invalidez, conforme lo expuesto en la parte motiva. Cumplido lo anterior, deberá

remitir copia de la respectiva constancia a este Despacho, con el fin de verificar la satisfacción de lo ordenado.

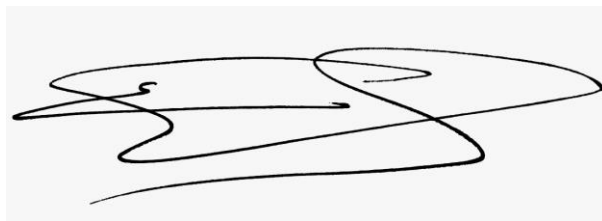
TERCERO. – Conminar al Director o Representante Legal de Protección AFP, para que de manera inmediata inicié los trámites pertinentes al reconocimiento de la pensión de invalidez del accionante.

CUARTO.- Declarar no probada la falta de legitimación en la causa por activa propuesta por 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,



ERICSON SUESCUN LEÓN
Juez