

**RAMA JUDICIAL**  
**JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ -SECCIÓN CUARTA-**

Bogotá D.C. cuatro (4) de noviembre de dos mil veinte (2020).

<b>RADICACIÓN</b>	<b>110013337042-2020-000261-00</b>
<b>DEMANDANTE:</b>	<b>MARÍA TERESA PEÑA TORRES.</b>
<b>DEMANDADA:</b>	<b>COLPENSIONES Y EPS MEDIMAS</b>
<b>ACCIÓN:</b>	<b>TUTELA</b>
<b>DERECHOS:</b>	<b>SEGURIDAD SOCIAL, MÍNIMO VITAL, VIDA DIGNA.</b>

**1. ASUNTO POR RESOLVER**

Una vez surtido el trámite procesal que la ley asigna a las acciones de tutela, corresponde al Despacho entrar a decidir de fondo sobre el presente asunto.

**2.DEMANDA Y PRETENSIONES**

La Señora María Teresa Peña Torres interpuso la presente acción de tutela por considerar que **COLPENSIONES** vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna, con fundamento en los siguientes hechos:

- (i) Debido a una enfermedad de origen laboral estuvo incapacitada de manera continua 372 días. Durante los primeros 188 recibió el auxilio económico de la E.P.S. MEDIMAS, luego, el auxilio económico debía ser pagado por COLPENSIONES, pero esto no sucedió.
- (ii) COLPENSIONES emitió dictamen de pérdida de la capacidad laboral el día 30 de marzo de 2020, graduándola en un 30.28%; igualmente la calificó como de origen común con fecha de estructuración 23 de enero de 2020.
- (iii) Desde el día 188 de incapacidad no recibió el subsidio económico, pese a que la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha señalado que está a cargo de los actores del Sistema de Seguridad Social.
- (iv) EPS MEDIMAS le comunicó el 21 de julio de 2020 que las incapacidades posteriores al día 188 debían ser asumidas por COLPENSIONES, por tanto, el 14 de agosto de 2020 solicitó a esta entidad el pago del subsidio por incapacidad.
- (v) El 31 de agosto de 2020 COLPENSIONES le negó el reconocimiento del subsidio argumentando que ya existía un concepto de rehabilitación desfavorable y que debía realizar el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral, aunque la misma entidad había realizado ya la calificación el 30 de marzo de 2020.
- (vi) Tiene 64 años, no tiene pensión de ningún tipo, carece de ingresos económicos y no tiene vivienda propia, de modo que su salario era su

único ingreso. Sostiene que como persona de la tercera edad tiene derecho a la especial protección del estado, que está siendo desconocida por COLPENSIONES.

- (vii) Por no estar recibiendo el subsidio de incapacidad tuvo que recurrir a préstamos personales y familiares para su sustento, incluso tuvo que acudir a estos para comprar la droga COUMADIN, que debió tomar durante toda la incapacidad, no es suministrada por su EPS y su costo es de \$85.000 pesos para las dosis que debe tomar por quince días.

En consecuencia, solicita al juez amparar sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social de petición y para restablecerlos, pide que se ordene a COLPENSIONES reconocer el subsidio por incapacidad que debió ser reconocido desde el día 188 hasta el día 372 de conformidad con las incapacidades emitidas por la EPS.

Como prueba de sus afirmaciones aportó fotocopia del dictámen de pérdida de la capacidad laboral expedido por COLPENSIONES con fecha 30 de marzo de 2020, copia de la comunicación que dirigió el día 21 de julio de 2020 a la EPS MEDIMAS, copia del oficio con fecha 14 de agosto de 2020 mediante el cual solicitó a COLPENSIONES el pago de subsidio por incapacidad y de la comunicación del 31 de agosto de 2020 mediante la cual esta administradora da respuesta a su petición negándola.

### **3.CONTESTACIONES**

#### **3.1. COLPENSIONES:**

MALKY KATRINA FERRO AHCAR en su calidad de Directora de la Dirección de Acciones Constitucionales de COLPENSIONES presentó al Despacho informe en los términos del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, en el cual indicó:

La demandante solicitó el reconocimiento y pago de incapacidades ante COLPENSIONES y el área de medicina laboral le respondió señalando que no es procedente su pago por existir concepto de rehabilitación desfavorable, el cual fué enviado por la EPS MEDIMAS mediante radicado BZ 2019-13267102 del 1 de octubre de 2019. Por consiguiente COLPENSIONES envió el 3 de octubre de 2020 una comunicación a la demandante informando que dado el concepto realizaría la calificación de pérdida de capacidad laboral en la primera oportunidad. Finalmente, se emitió el dictámen DML 1913 del 30 de marzo de 2020 sin recurso alguno.

Concluye señalando que para que COLPENSIONES otorgue el subsidio por incapacidad es necesario que se reúnan las siguientes circunstancias: i) que el afiliado padezca una enfermedad de origen común y que la incapacidad derivada de la misma sea continua y supere los 180 días, ii) que se emita concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, iii) que al momento de cumplirse el día 180 de incapacidad esté afiliado a COLPENSIONES y tenga cotizaciones a pensión dentro de los 30 días anteriores a la fecha de la incapacidad reclamada.

Como las anteriores condiciones no se cumplen en el presente caso, solicita declarar improcedente esta acción de tutela.

### **3.2. MEDIMÁS:**

Sostiene que las empresas promotoras de salud están obligadas a reconocer hasta 180 días de incapacidad consecutivos por una misma enfermedad, que a partir de allí el reconocimiento económico pasa a ser de responsabilidad de los Fondos de Pensiones, que también deben remitir al afiliado a la Junta de Calificación donde se determinará el grado de pérdida de la capacidad laboral y si hay lugar al reconocimiento de la pensión por invalidez.

## **5. PROBLEMA JURÍDICO**

¿Es procedente la acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago del subsidio económico por las incapacidades medicas reconocidas a la señora MARÍA TERESA PEÑA TORRES?

Verificado lo anterior, se deberá resolver: ¿COLPENSIONES vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna de la accionante al negarse a reconocer y asumir el auxilio correspondiente a las incapacidades originadas con posterioridad al día 180, con fundamento en que no existe un concepto favorable de recuperación? ¿Debe MEDIMÁS EPS proceder a dicho reconocimiento económico?

## **6. ARGUMENTOS CONSTITUCIONALES**

### **EL MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

La Constitución Política consagró un instrumento constitucional para la protección y garantía efectiva de los derechos fundamentales, así:

**“ARTICULO 86.** Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

A su vez, el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló la anterior disposición, previó:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto (...)”

El artículo 5 del mencionado Decreto, indica:

“La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2º. de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito”.

## **LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

El presupuesto fáctico esencial para la procedencia de la acción de tutela es la “acción u omisión” de la autoridad pública, el cual debe ser objeto del juicio constitucional por parte del juez para determinar si con ellas se ha violado, viola o amenaza cualquier derecho fundamental constitucional. Pero la violación o amenaza del derecho fundamental debe ser actual, grave e inminente o directa, no puede ser cualquier tipo de afectación a los derechos fundamentales, pues como se sabe, el ordenamiento jurídico está dispuesto para atender todos los reclamos a los derechos de manera general u ordinaria, el mecanismo constitucional opera como una herramienta subsidiaria ya que, si existe ese otro mecanismo ordinario, sólo procederá la acción de manera transitoria para evitar un perjuicio irremediable al derecho fundamental. Ahora, si no existiera dicho mecanismo ordinario, procederá de manera principal.

En virtud de lo anterior, cuando al juez constitucional conoce de unos hechos (acciones u omisiones), que conforman la naturaleza subsidiaria, sumaria, informal y, a veces, oficiosa, por ser el juez un garante de los derechos fundamentales, **debe examinar de manera amplia (extra o ultra petita) el verdadero alcance del reclamo constitucional del accionante**, pues si bien el ciudadano tiene el sentimiento del derecho vulnerado, es al juez a quien le corresponde adecuarlo a la realidad constitucional dándole el verdadero alcance normativo que permita justificar y fundamentar su actuación.

## 7. EL CASO EN CONCRETO

La Señora MARÍA TERESA PEÑA TORRES, en nombre propio, interpuso acción de tutela en contra de COLPENSIONES, para que se garanticen sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna.

Cono fundamento de su solicitud de amparo señaló que debido a una enfermedad de origen laboral estuvo incapacitada durante 372 días de manera continua, que durante los primeros 188 días recibió un auxilio económico de la EPS MEDIMAS, luego, mediante comunicación del 21 de julio de 2020 esta entidad le informó que las incapacidades posteriores debían ser reconocidas por COLPENSIONES.

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela para reclamar derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como son los auxilios por incapacidad, se debe decir que en principio no constituye la vía legal indicada, *por cuanto el conocimiento de ese tipo de solicitudes implica la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces desborda las competencias del juez constitucional<sup>1</sup> y deben ser estudiados por el juez laboral, como establece el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, además, la Ley 1438 de 2011 en el literal g de su artículo 126<sup>2</sup> prevé un trámite administrativo ante la Superintendencia Nacional de Salud, donde se establece, dentro de las funciones jurisdiccionales que tiene dicho órgano de control, "conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador". Sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido que en algunos casos este reconocimiento procede mediante la acción de tutela, "por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone la vulneración de otros derechos fundamentales habida cuenta de que en muchos casos, dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata." (T-407-17).*

En el presente caso, la demandante sostiene que tiene 64 años, que no cuenta con pensión de ningún tipo y no tiene otros ingresos, que no tiene vivienda propia. Añade que estuvo vinculada laboralmente durante toda la incapacidad y su salario era su único ingreso, en consecuencia tuvo que acudir a préstamos personales y familiares para su sustento, incluso para la compra de medicamentos que no cubría la EPS, como la medicina COUMADIN, cuya dosis para quince días vale \$85.000 pesos. La anterior información es corroborada mediante el documento adjunto al escrito de tutela "Dictamen pericial de pérdida de capacidad laboral y ocupacional" del 30 de marzo de 2020 expedido por COLPENSIONES, en el cual se observa que la demandante nació el 20 de noviembre de 1955, que vive en unión libre y su grado de escolaridad es primaria, que su empleadora es la Señora CARMEN EUGENIA DÁVILA con quien labora como empleada doméstica hace 20 años. Este documento indica igualmente que la demandante está incapacitada desde el día 28 de marzo de 2019, y en cuanto a su condición médica señala: "*Paciente con diagnóstico, resección endocmiocardica trastoracica cambio valvula mitral con protesís mecánica, marcapasos desde hace 4 meses. En tratamiento con Enalapril, Carvdilol, levotiroxina, coumadin, espirinolactoma, furosemida. Controles periódicos con*

<sup>1</sup> Corte Constitucional, sentencia T-662 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-693 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

<sup>2</sup> Por medio del cual se modificó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

*Cardiología y Electrofisiología. Refiere dolor toraxico persistente y cefalea, lipotimias ocasionales, disnea, sincope ultimo episodio en noviembre. (...) Bloqueo auriculoventricular completo... Hipertensión Esencial (Primaria) ... Derrame pleural no clasificado en otra parte... Otros estados posquirúrgicos especificados... Derrame pericardico (no inflamatorio)... Presencia de marcapasos cardiaco.* Se puede concluir de los anteriores elementos de juicio que el mínimo vital de la demandante se encuentra ante una amenaza inminente, pues no cuenta con los recursos para cubrir sus gastos mínimos de subsistencia, debiendo asumir deudas para pagar los medicamentos que requiere para preservar su salud. Sus afirmaciones en relación con que no cuenta con otra fuente de ingresos no fueron desvirtuadas por ninguna de las partes accionadas y por lo tanto gozan de la presunción de veracidad e implican del mismo modo una amenaza inminente a su mínimo vital, razón por la cual el despacho estima que la tutela es procedente.

Ahora bien, como sustento de la solicitud de amparo en el escrito de tutela la demandante afirma que COLPENSIONES emitió un dictamen pericial de pérdida de la capacidad laboral el 30 de marzo de 2020, calificándola en un 30.28%, de origen común, con fecha de estructuración 23 de enero de 2020.

El día 14 de agosto de 2020 solicitó a COLPENSIONES el pago del subsidio por incapacidad. Su petición fué contestada el 31 de agosto siguiente negando el auxilio de incapacidad con el argumento de que ya existía un concepto de rehabilitación desfavorable y que lo procedente es realizar el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral, como había sucedido ya el 30 de marzo de 2020.

Afirma que como persona de la tercera edad tiene derecho a una protección especial por parte del Estado, sin embargo, con la negativa de COLPENSIONES están siendo vulnerados sus derechos, pues desde el día 188 de incapacidad no recibió el subsidio establecido por la ley, con desarrollo jurisprudencial por la Corte Constitucional, que ha sostenido que las responsabilidades por este auxilio económico están radicadas en los actores del Sistema General de Seguridad Social.

Invoca como sustento de sus peticiones el artículo 86 de la Constitución Política, el derecho al mínimo vital al tenor de la Sentencia T-678 de 2017; el derecho a la vida digna al tenor de las sentencias T-252 de 2017 y T-444 de 1999; el derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política. Con respecto al pago de incapacidades cuando existe concepto no favorable y pérdida de la capacidad laboral de origen común inferior al 50%, cita la sentencia T-920 de 2009, la Sentencia T-401 de 2017 y como pretensiones señala que deben ser amparados los derechos fundamentales que invoca y ordenar a COLPENSIONES el reconocimiento del subsidio por incapacidad desde el día 188 hasta el día 372 de conformidad con las incapacidades emitidas por la EPS.

Como pruebas de sus afirmaciones allegó las siguientes documentales:

1.-) **Dictamen pericial de pérdida de capacidad laboral y ocupacional del 30 de marzo de 2020 expedido por COLPENSIONES**, en el cual se señala en cuanto a la condición médica de la demandante: "*Paciente con diagnóstico, resección endocárdica trastoracica cambio valvula mitral con protesis mecanica, marcapasos desde hace 4 meses. En tratamiento con Enalapril, Carvdilol, levotiroxina, coumadin, espirinolactoma, furosemida. Controles periódicos con Cardiología y Electrofisiología. Refiere dolor toraxico persistente y cefalea, lipotimias*

*ocasionales, disnea, síncope ultimo episodio en noviembre. (...) Bloqueo auriculoventricular completo... Hipertensión Esencial (Primaria) ... Derrame pleural no clasificado en otra parte... Otros estados posquirúrgicos especificados... Derrame pericardico (no inflamatorio)... Presencia de marcapasos cardíaco.* Igualmente en el dictamen fueron estimadas la valoración del rol laboral y otras áreas ocupacionales en función del rol laboral o puesto de trabajo adoptado, la autosuficiencia y la edad. Como concepto final del dictamen oficial se estableció una pérdida de la capacidad laboral del 30.28% con fecha de estructuración 23 de enero de 2020, de origen común.

**2.-) Comunicación del 21 de julio de 2020 dirigida por MEDIMAS EPS a la empleadora de la demandante, Señora CARMEN EUGENIA DÁVILA GUERRERO.** Allí la entidad señala que los primeros 180 días de subsidio económico estaban a su cargo, que sólo están a su cargo los pagos posteriores cuando antes de cumplirse 150 días de incapacidad no se envíe el concepto de rehabilitación al fondo de pensiones al cual se encuentra afiliada la demandante, lo cual no sucedió en este caso porque MEDIMAS EPS expidió y notificó el concepto de rehabilitación a COLPENSIONES el 1 de octubre de 2019, en consecuencia sólo le corresponde pagar el auxilio económico entre el 28 de marzo de 2019 y el 01 de octubre de 2019, en tanto COLPENSIONES debe asumir el pago de incapacidades entre el 2 de octubre de 2019 y el 12 de abril de 2020, por 184 días.

**3.-) Comunicación expedida por COLPENSIONES el 14 de agosto de 2020,** en cual sostiene la entidad: "Nos permitimos recordarle que si ya se han reconocido y pagado incapacidades hasta por 360 días con este fondo de pensiones, debe solicitar una cita para calificar su pérdida de capacidad laboral en nuestros puntos de atención...".

**4.-) Comunicación expedida por COLPENSIONES el día 31 de agosto de 2020,** en el cual comunica a la demandante que según lo establecido en el artículo 41 de la ley 100 de 1993 el subsidio por incapacidad está sujeto a que el concepto de rehabilitación emitido por la EPS sea favorable, razón por la cual le niega el subsidio por incapacidad y señala: "*Lo procedente, entonces, es solicita a la mayor brevedad el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral, para lo cual deberá aportar la documentación pertinente*".

Por su parte, MEDIMAS EPS contestó la acción de tutela señalando que a partir del día 181 de incapacidad el pago del auxilio económico corresponde a los fondos de pensiones, al igual que la remisión a la junta de calificación que determina la pérdida de la capacidad laboral y si hay lugar al reconocimiento de la mesada pensional por invalidez, afirmación que sustenta en el artículo 142 del Decreto -Ley 019 de 2012, pero en el presente caso MEDIMAS EPS emitió concepto de rehabilitación desfavorable el día 1 de octubre de 2019. Cita igualmente el Decreto 1333 de 2018 del Ministerio de Salud "*Por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se redefinen las incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones*", norma de la cual concluye que corresponde a las EPS reconocer y pagar incapacidades superiores a 540 días cuando: i) existe concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante en virtud del cual se pueda continuar con el tratamiento médico, ii) cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de tipo común aunque siguió los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante, iii) cuando por enfermedades

concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente, eventos en los cuales la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día 541. Señala que, en consecuencia, en este caso se requiere la calificación de pérdida de capacidad laboral emitida por el fondo de pensiones, y si esta es inferior al 50% el trabajador debe reintegrarse a laborar con recomendaciones a través del Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo de la empresa. Cita al respecto la sentencia T-401 de 2017 y la Resolución 2346 de 2007 modificada por la Resolución 1918 de 2009 de Minsalud.

A su vez, COLPENSIONES respondió la tutela indicando que emitió el dictamen de pérdida de capacidad laboral DML 1913 del 30 de marzo de 2020 sin recurso alguno. En cuanto al pago de incapacidades sostiene que en este caso es improcedente porque existe concepto desfavorable de rehabilitación. Cita para fundamentar esta afirmación el concepto del 21 de mayo de 2015 del Ministerio de Salud y apartes de la sentencia T-087 de 2018. Resume su tesis frente al caso de la siguiente manera: *“Al respecto, como bien lo ha determinado la Constitución Política de Colombia en su artículo 48, la Seguridad Social es una garantía constitucional, cuya ejecución está en manos tanto de entidades públicas como privadas; es por esto que para Colpensiones no es viable reconocer el pago de obligaciones no contraídas y no exigibles por parte del actor como lo es en el caso de pago de incapacidades superiores al día 181 sin que obre concepto favorable de rehabilitación del afectado...”*. A continuación se refiere al régimen legal de la pensión de invalidez en el régimen de prima media con prestación definida, establecido en el artículo 393 de la Ley 100 de 1993, norma conforme a la cual para acceder a la misma el afiliado debe: i) haber perdido la capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 50%, ii) haber cotizado 50 semanas de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral.

Sin embargo, la demandante en este caso sólo tiene una pérdida de capacidad laboral del 30.28%, en consecuencia no le corresponde adelantar el trámite de pensión de invalidez para tener un auxilio económico. Su reclamo se centra en el pago de las incapacidades posteriores al día 180 y hasta el día 372, pues el periodo anterior fue cubierto por MEDIMÁS E.P.S., sin embargo COLPENSIONES se niega a pagar este periodo de incapacidad por que la demandante no tiene un concepto favorable de rehabilitación. Al respecto, debe destacar el despacho que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a debates como el que nos ocupa ha aclarado que el pago del subsidio por incapacidad no está directamente relacionado con la existencia de un concepto favorable de rehabilitación. En la Sentencia T-401 de 2017 estudió el caso de una ingeniera industrial a quien por padecer de trastorno bipolar le fue reconocida una pérdida de la capacidad laboral inferior al 50% con concepto desfavorable de recuperación, a quien tanto la EPS como el fondo de pensiones al cual se encontraba afiliada se negaban a reconocerle el auxilio económico, pese a que no tenía ingresos suficientes para atender mínimos requerimientos de subsistencia. Al respecto, señaló la Corte:

**“(...) En relación con la existencia de un concepto de rehabilitación desfavorable alegada por la AFP Protección, es indispensable señalar que este aspecto no impide de manera alguna que los fondos de pensiones paguen los subsidios de incapacidad que son de su competencia, tal y como se explicó anteriormente en esta**

**providencia**<sup>3</sup>. Por tanto, el citado fondo de pensiones **deberá responder** por el pago de las incapacidades médicas prescritas a la tutelante a partir del día 180 de incapacidad y hasta el día 540.

**De igual modo, se advertirá a la AFP Protección acerca de su deber de acatar la jurisprudencia constitucional para que, en lo sucesivo, se abstenga de negar el pago de incapacidades posteriores al día 180 con fundamento en que el concepto de rehabilitación es desfavorable.** Lo anterior, por cuanto la Sala evidencia que, desde el año 2009, se ha decantado un precedente judicial que ha determinado que los fondos de pensiones no pueden esgrimir el hecho de que el concepto de rehabilitación no es favorable para rehusarse al pago de incapacidades, como fue expuesto de forma extensa en el acápite correspondiente de la parte considerativa de esta sentencia. (...)"

(Destaca el Despacho).

Los fundamentos de esta conclusión de la Corte están expuestos en los considerandos 19 a 26 de la citada sentencia, en los cuales hace referencia al marco normativo y jurisprudencial de las incapacidades superiores a 180 días e inferiores a 540 días, ya expuestos en las sentencias -144 de 2016 y T-968 de 2014, no si antes contextualizar estas normas a partir de la definición de **certificado de incapacidad temporal**<sup>4</sup> que "*genera durante los primeros 180 días un **auxilio económico** a cargo de la EPS, que desde el día 181 se sustituye por un **subsidio de incapacidad** equivalente al auxilio, pero asumido por el Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador.*"

A continuación la Corte recoge las normas que históricamente han regulado los auxilios económicos por incapacidad laboral: en el Código Sustantivo de Trabajo el artículo 227 se estableció que estos se pagarían "*en caso de incapacidad comprobada para desempeñar las labores, ocasionada por enfermedad no profesional*, en el Decreto 2351 de 1965, artículo 16, se establece la obligación del empleador de reinstalar al empleado que se hubiere encontrado incapacitado por causa de enfermedad común, en el Decreto 770 de 1975 se asignó al Instituto de Seguros Sociales la responsabilidad del pago de "*un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de[ ] (...) salario de base, subsidio que (...) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días*"<sup>5</sup>.

Luego, el artículo 206 la Ley 100 de 1993 estableció la figura de la incapacidad, en la cual se reconoce un subsidio económico a los afiliados al Régimen Contributivo en Salud por incapacidades generadas por enfermedad común. A su vez, el Decreto 2463 de 2001<sup>6</sup> estableció que ante un concepto favorable de recuperación las administradoras de fondos pensionales pueden postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los 180, para no calificar como definitiva una situación de salud que es superable, sin embargo, deben otorgar al trabajador un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando. En

<sup>3</sup> Fundamentos jurídicos 19 a 26.

<sup>4</sup> La Corte señala con respecto al Certificado de Incapacidad Temporal: "el cual resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir que surge de "*un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica*"<sup>4</sup> y, por tanto, en su emisión "*el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada*"<sup>4</sup>.

<sup>5</sup> Tal reconocimiento dinerario iniciaba por virtud de dicha norma desde el cuarto día de incapacidad o desde el primer día de hospitalización si ello ocurría primero.

<sup>6</sup> Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez.

esencia esta última regla se mantiene en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012<sup>7</sup> vigente en la actualidad.

En cuanto a los reconocimientos económicos que corresponde a la situación de pérdida de la capacidad laboral, ha dicho la Corte que *deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social*, dependiendo del lapso por el cual la situación se prolongue. Al respecto señaló en la citada sentencia:

Así, el lapso que hay entre el primer y el segundo día de la incapacidad, competen económicamente al empleador, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999. En virtud de dicha disposición "[e]n el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes **a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general** y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente"<sup>8</sup>.

20. Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. Tal obligación está sujeta a la afiliación del trabajador por parte del empleador o del propio independiente<sup>9</sup>.

21. 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.

**Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador<sup>10</sup>, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, como se expone a continuación.**

La Corte llega a la anterior conclusión con fundamento en la normatividad que regula la figura del auxilio de incapacidad, pues conforme al Decreto 019 de 2012 las EPS deben emitir el concepto de rehabilitación antes del día 120 de incapacidad laboral, y remitirlo antes del día 150 a la administradora de fondos pensionales a la cual esté afiliado el trabajador. Si este término no se cumple por la EPS, el subsidio de

<sup>7</sup> Esta disposición modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y en lo pertinente establece: "Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. || Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto".

<sup>8</sup> En el caso de enfermedad laboral o accidentes de trabajo, será la ARL quien reconocerá las incapacidades temporales desde el día siguiente al accidente. La norma citada aplica tanto para el sector público como el privado (párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999).

<sup>9</sup> Sentencia T-419 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán.

<sup>10</sup> Ver entre otras las sentencias T-097 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-698 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; T-333 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-485 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

incapacidad correrá por su cuenta hasta que emita el mencionado concepto, aunque el periodo de incapacidad supere los 180 días.

Para entender lo que pretende la norma, que va más allá de asignar responsabilidades por el reconocimiento del subsidio económico, es preciso comprender que el concepto de rehabilitación no es otra cosa que *"una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral"* (T-417/17) cuya finalidad es que antes de establecer que el trabajador

Este asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional no se agote sin antes verificar se le hayan proporcionado al trabajador suficientes opciones de tratamiento y rehabilitación integral<sup>11</sup>. De esta forma se garantiza *"el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema."*, dando un lapso de espera para que, sin afectar la situación económica del trabajador, no se tenga por definitiva una condición médica que puede ser superada, es por esto que el concepto de rehabilitación favorable es una condición para ampliar las incapacidades hasta por 360 días, a la expectativa de la recuperación de la salud.

Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación es desfavorable, se debe calificar la pérdida de capacidad laboral sin demora, pues la recuperación de la salud no es probable, y si como consecuencia de esta calificación la disminución ocupacional parcial es inferior al 50% *"el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello"*<sup>12</sup>. Sin embargo, como se concluye de lo anterior, puede suceder que el trabajador continúe incapacitado, evento a cuyas consecuencias se refiere la Corte en el citado pronunciamiento (T-417/17):

No obstante lo anterior, es factible que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez y a habersele dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%. Por tanto, es indispensable determinar cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe encargarse del pago de dichas incapacidades.

Al respecto, cabe indicar que la norma legal referida 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<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Decreto 2463 de 2001. Artículo 23 inciso 1º.

<sup>12</sup> Sentencia T-920 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Véase también: Concepto Jurídico 201511400874021 de 21 de mayo de 2015 del Ministerio de Protección Social.

<sup>13</sup> Sentencia T-920 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Al respecto, indicó: *"No resultaría coherente con el ordenamiento constitucional, que mientras el Sistema General de Riesgos Profesionales garantiza integralmente todas las prestaciones asistenciales y económicas que se derivan de la incapacidad laboral por enfermedad profesional, otorgándole al trabajador un subsidio por incapacidad temporal equivalente al salario desde el inicio de la incapacidad hasta el momento de su rehabilitación, incluso aquellas que superan los 180 días, no suceda lo mismo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando se trata de una incapacidad que surge por enfermedad de origen común. Ello, comporta una discriminación que no es constitucionalmente admisible, como quiera que el origen de la enfermedad no debe ser factor determinante del grado de protección que merece el trabajador incapacitado. En cualquier circunstancia, quien se encuentre imposibilitado física, psíquica o sensorialmente para desempeñar su trabajo, igualmente requiere de los ingresos necesarios que le permitan subsistir de manera digna y, en tal sentido, es titular de la protección que le otorga el ordenamiento jurídico."*

25. Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009<sup>14</sup> que **las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones** hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones<sup>15</sup>.

En el presente caso le corresponde a COLPENSIONES, al tenor de las reglas legales y jurisprudenciales citadas, asumir el pago de las incapacidades del día 188 al día 372, que reclama la demandante, no obstante, queda a cargo de la Señora MARÍA TERESA PEÑA TORRES aportar las incapacidades respectivas, que no fueron allegadas con el escrito de tutela, sin embargo, su existencia no fue debatida por las entidades demandadas, razón por la cual se decidió el fondo del asunto. En consecuencia, para que COLPENSIONES pueda proceder al pago de dichas incapacidades, la demandante deberá remitirlas al despacho dentro de los tres días siguientes a la notificación de esta sentencia, igualmente a dicha entidad. A continuación, dentro de las 48 horas siguientes, COLPENSIONES deberá proceder a su pago.

En consecuencia, se amparan los derechos al mínimo vital, salud y vida digna de la demandante y para restablecerlos se ordenará a COLPENSIONES que proceda al pago de las incapacidades que corresponden a los días 188 al 372, reconocidas a la Señora MARÍA TERESA PEÑA TORRES.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO CUARENTA Y DOS ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SECCIÓN CUARTA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **F A L L A:**

**PRIMERO. Amparar los derechos fundamentales** al mínimo vital, salud y vida digna de la Señora **MARÍA TERESA PEÑA TORRES**, por las razones expuestas en la presente providencia.

**SEGUNDO.** En consecuencia, si no lo ha hecho aún, **COLPENSIONES** deberá, asumir el pago de las incapacidades del día 188 al día 372, que reclama la demandante, no obstante, queda a cargo de la Señora MARÍA TERESA PEÑA TORRES aportar las incapacidades respectivas. En consecuencia, para que COLPENSIONES pueda proceder al pago de dichas incapacidades, la demandante deberá remitirlas al despacho dentro de los tres días siguientes a la notificación de esta sentencia, igualmente a dicha entidad. A continuación, dentro de las 48 horas siguientes, COLPENSIONES deberá proceder a su pago.

**TERCERO.- COLPENSIONES deberá probar el cumplimiento de las anteriores órdenes enviando los documentos que así lo acrediten al correo del Despacho: [jadmin42bta@notificacionesrj.gov.co](mailto:jadmin42bta@notificacionesrj.gov.co)**

<sup>14</sup> Sentencia T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

<sup>15</sup> Véanse, entre otras: sentencia T-146 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); sentencia T-333 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); sentencia T-729 de 2012 (M.P. Alexei Julio Estrada); sentencia T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

**CUARTO. Enviar** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez cobre ejecutoria la presente decisión en armonía con lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

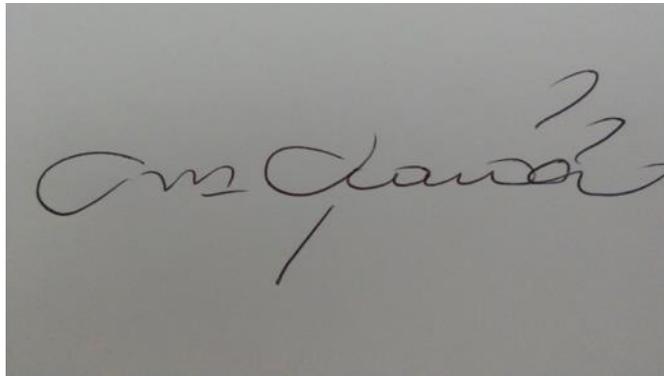
**QUINTO - Medidas preventivas** por el aislamiento obligatorio:

Las comunicaciones y escritos deberán ser enviados únicamente al correo del juzgado [jadmin42bta@notificacionesrj.gov.co](mailto:jadmin42bta@notificacionesrj.gov.co) . Se solicita encarecidamente escribir en el asunto: "**2020-261 TUTELA**", se recomienda enviar archivos doc, docx, o pdf livianos Max 500 k, - verificar que los PDF no tengan páginas en blanco y calidad para envío por correo.

Las partes deben enviar toda comunicación, escrito o prueba no sólo al Despacho, también a las demás partes mediante su correo electrónico.

La atención al público se presta de manera telefónica en el número 313 489 5346 (Horario: lunes a viernes de 8:00 am-1:00 pm y 2:00 pm-5:00 pm).

**COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

A rectangular box containing a handwritten signature in black ink. The signature is cursive and appears to read 'Ana Elsa Agudelo Arévalo'.

**ANA ELSA AGUDELO ARÉVALO.  
JUEZ**