



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y CINCO CIVIL
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
i45cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co**

Bogotá D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil veinte (2020)

Rad: 11001310304520200003600
Accionante: EDNA GUZMÁN GARCÍA como agente oficiosa de
NANCY GUZMÁN GARCÍA
Accionada: COMPENSAR E.P.S. y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Procede el despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, previo el estudio de los siguientes,

I. ANTECEDENTES

Como soporte fáctico de su solicitud, indica la agente oficiosa y hermana de la señora NANCY GUZMÁN GARCÍA, que esta es una mujer de 54 años de edad y se encuentra afiliada en salud a COMPENSAR EPS y en el régimen de pensiones a COLPENSIONES. Señala que en el mes de abril de 2019 fue sometida a una cirugía en el cerebro a fin de extirparle el cáncer que presentaba, procedimiento que le dejó graves secuelas, pues en la actualidad presenta hemiparesia izquierda, lo que le paralizó el lado izquierdo de su cuerpo. No puede moverse y es totalmente dependiente de otra persona para sus mínimas necesidades como ir al baño, bañarse y permanece postrada en una cama.

Indica que COMPENSAR EPS le venía cancelando las incapacidades desde el 18 de abril de 2019 al 17 de noviembre de 2019 sin contratiempos, pero al completar los 180 días, decidió no seguir pagándolas porque le informaron que le correspondía al fondo de pensiones.

El 25 de febrero de 2020 radicó ante COLPENSIONES las siguientes incapacidades 18 de noviembre de 2019 (1 día), 19 de noviembre al 18 de diciembre de 2019 y 19 de diciembre de 2019 al 17 de enero de 2020, junto con la certificación bancaria exigida. Esa misma fecha, 25 de febrero de 2020, la directora de Atención y Servicio de COLPENSIONES le informaron que la solicitud había sido recibida.

El 8 de mayo de 2020, COLPENSIONES le informa que no le va a reconocer las incapacidades por cuanto el concepto de rehabilitación es desfavorable (Artículo 41 Ley 100 de 1993). Además, señala que se le han expedido nuevas incapacidades como las del 18 de enero al 16 de febrero de 2020, 17 de febrero al 17 de marzo y 18 de marzo al 16 de abril.

II. PETICIONES DE LA ACCIONANTE

Procura la accionante que con el fin de proteger su vida, seguridad social y mínimo vital, se ordene de forma inmediata a COMPENSAR EPS o a COLPENSIONES que le reconozcan y paguen las incapacidades reseñadas hasta que se concrete la calificación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

1. Asumido el conocimiento de la acción por parte de esta Oficina Judicial se envió comunicación a las entidades accionadas, para que ejerciera el derecho de defensa y se pronunciará sobre los hechos base de esta acción.

2. En tiempo, COLPENSIONES solicitó que se declare improcedente la tutela por cuanto se le informó a la accionante que el pago de las incapacidades no era procedente al haberse emitido concepto desfavorable de rehabilitación por parte de COMPENSAR EPS y por ello el ciudadano debe acercarse a un Punto de Atención de Colpensiones y adelantar un trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral.

Hace también referencia, a que la tutela es un mecanismo subsidiario y residual y su procedencia está supeditada a la inexistencia de otros medios judiciales ordinarios que sean idóneos o ineficaces para la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados.

3. A su turno, COMPENSAR EPS solicitó decretar la improcedencia de la tutela por cuanto no existe ninguna conducta de esa entidad que pueda considerarse como violatoria de los derechos fundamentales, toda vez que la accionante pretende el reconocimiento económico de las incapacidades por más de 180 días y / o la pensión de invalidez ante el AFP o acudir a la justicia ordinaria para tal fin.

IV. CONSIDERACIONES

1. Acorde con la Constitución Política, el Estado Colombiano está instituido bajo un sistema social de derecho, lo cual implica que la organización del mismo debe estar sujeta a una serie de principios y reglas procesales que se encargan de crear y perfeccionar todo el ordenamiento jurídico; de esa manera, se limita y se controla el poder estatal con el fin de que los derechos del individuo se protejan y se realicen a partir de lo dispuesto en la propia Ley.

1.1 De esa forma, se establecen pues los principios y derechos constitucionales que irradian a todo el ordenamiento jurídico su espíritu garantista, que busca como fines últimos la protección y realización del individuo en el marco del Estado al que se encuentra asociado. Precisamente, uno de los mecanismos destinados a buscar la materialización de los principios que componen el Estado Social de Derecho, es la acción de tutela consagrada por el artículo 86 de la Carta Magna como el instrumento idóneo para que toda persona logre la garantía y protección de sus derechos fundamentales cuando estos hayan sido vulnerados o sean amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular.

1.2 La finalidad última de este procedimiento especial es lograr que el Estado, a través de un pronunciamiento judicial, restablezca el derecho fundamental conculcado o impida que la amenaza que sobre él se cierne se llegue a configurar.

2. Descendiendo al caso sub-examine, sea lo primero resaltar que este Despacho Judicial resulta competente para realizar el estudio de la acción interpuesta, dado la naturaleza jurídica de las entidades accionadas (Núm. 1° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000) y conforme lo regula en Decreto 1983 de 2017.

2.1 De igual manera, no cabe duda que la accionante acude en este juicio bajo la figura de la agencia oficiosa de la señora NANCY GUZMÁN GARCÍA, quien según se desprende del relato fáctico se encuentra en imposibilidad de acudir directamente a la acción de tutela.

2.2. Tampoco hay duda de la legitimación en la causa por pasiva, en tanto que se dirige contra entidades que, si bien son particulares, forman parte del Sistema General de Seguridad Social, siendo una promotora en el sistema de salud y la otra administradora de pensiones, de modo que al ser prestadoras de servicios públicos pueden resistir la acción.

2.3. En punto de la inmediatez, del mismo modo se verifica que la omisión del pago de incapacidades de la que se duele la actora data la más antigua del mes de noviembre del año inmediatamente anterior, de suerte que se estima razonable el tiempo de proposición de la acción.

2.4. Finalmente, sobre el presupuesto de la subsidiariedad, precisa el Juzgado que si bien lo pretendido por esta vía podría reclamarse ante la jurisdicción ordinaria, primero, tal mecanismo es imposible en la actualidad cuando los despachos judiciales permanecen cerrados de manera general como parte de las medidas adoptadas en virtud de la prevención ante la pandemia por el Covid 19 por la que se atraviesa, imposibilitando tal formulación y, adicionalmente, porque se trataría de una acción cuyas resultas implican un largo tiempo en el que el mínimo vital de la actora seguiría en lesión o riesgo, configurándose así un perjuicio irremediable pues su lesión requerirá adoptar acciones urgentes en su defensa.

Téngase en cuenta además, que la actora es una persona de casi 54 años de edad y tiene una condición de salud que le obliga a depender de otra persona, pues se indicó que padece de hemiparesia izquierda y que actualmente se encuentra postrada en una cama; circunstancia que hace más necesario el pago de las incapacidades reclamadas para garantizar su mínimo vital y no generar más situaciones que pongan en juego la satisfacción de sus necesidades y la dejen en un estado de vulnerabilidad.

3. De otro lado y a efectos de verificar la procedencia de la acción de tutela, se tiene que el tema central objeto de estudio dentro de este juicio constitucional se encuentra encaminado a ordenar el reconocimiento de las incapacidades generadas con posterioridad a los 180 días y con concepto de rehabilitación desfavorable.

3.1. Para entrar en detalle sobre tales aspectos, es pertinente memorar lo que la jurisprudencia constitucional ha enseñado:

“22. Es necesario enfatizar en 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. Este asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador¹.

La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto indica que el objetivo de dicha norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Por tanto, se otorga un margen de espera y propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad. Durante este período, el Legislador

¹ Decreto 2463 de 2001. Artículo 23 inciso 1º.

dispuso que los subsidios de incapacidad estuvieran a cargo de las AFP.

Desde esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como 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 económico.

23. 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. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio 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 caso².

Así mismo, de acuerdo con la normativa citada, el fondo de pensiones podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral "hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS"³, una vez disponga del concepto favorable de rehabilitación. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador⁴.

24. Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, "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"⁵.

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 laboral⁶.

² Sentencia T-419 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán.

³ T-419 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán.

⁴ Decreto-Ley 019 de 2012. Art. 142.

⁵ 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.

⁶ 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

25. Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009⁷ 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 ocasiones⁸.**

26. En consecuencia, las **reglas** jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540 son las siguientes:

(i) Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente⁹.

(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las **EPS**.

(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las **AFP**, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente.”¹⁰

3.2. Descendiendo al caso en concreto y teniendo en cuenta los lineamientos expuestos por la jurisprudencia del máximo órgano constitucional, se tiene que el pago de las incapacidades que aquí se reclaman tienen vocación de prosperidad, no sólo por el hecho que independientemente del concepto de rehabilitación que se le otorgue a un paciente, le corresponden a las Administradoras de los Fondos de Pensiones (AFP) realizar dichos pagos; sino que además, nos encontramos frente a una acción de tutela de una persona en condiciones de protección especial.

Sobre el primer aspecto, se deja en claro, que si bien dentro de este juicio quedó demostrado que a la señora NANCY GUZMÁN GARCÍA se le ha emitido un concepto de rehabilitación desfavorable, no puede COLPENSIONES sustraerse de cumplir con la carga de pagar las incapacidades que le sean otorgadas a la paciente después del día 180 bajo

permitan subsistir de manera digna y, en tal sentido, es titular de la protección que le otorga el ordenamiento jurídico.”

⁷ Sentencia T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁸ 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).

⁹ Es indispensable aclarar que el empleador deberá asumir el pago de las incapacidades y en general de todas las prestaciones garantizadas por el Sistema de Seguridad Social Integral cuando no haya afiliado al trabajador o cuando a pesar de haber sido requerido por las entidades del sistema, se haya encontrado en mora en las cotizaciones al momento de ocurrir el siniestro. Ver: sentencias T-146 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-723 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa).

¹⁰ Sentencia T 401 de 2017. Magistrada Ponente GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

tal argumento, máxime teniendo en cuenta que COMPENSAR EPS remitió dicho concepto en su oportunidad.

3.3. No obstante ello, COLPENSIONES debe propender porque se adelante el respetivo proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral dado el mismo concepto de rehabilitación desfavorable que le han dado a la señora NANCY GUZMÁN GARCÍA, sin dejar de pagar las incapacidades que le sean otorgadas a la accionante, por lo menos hasta el día 540. (Ley 1753 de 2015).

3.5. Frente a COMPENSAR EPS, debe decirse que para el caso particular no se configuró vulneración alguna con relación al pago de las incapacidades dadas a la accionante a partir del día 181.

En virtud de los argumentos expuestos, el **JUZGADO CUARENTA Y CINCO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

V. RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital de la señora NANCY GUZMÁN GARCÍA, quien actúa en esta causa como agenciada de la señora EDNA GUZMÁN GARCÍA, por las razones expuestas en esta decisión.

SEGUNDO: ORDENAR, como consecuencia de lo anterior, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, que dentro del término de la cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, proceda a pagar las incapacidades que le han sido reconocidas a la señora NANCY GUZMÁN GARCÍA a partir del día 181 y hasta que se concrete la calificación del porcentaje de pérdida de la capacidad laboral.

TERCERO: NEGAR el amparo constitucional en contra de COMPENSAR EPS, por las razones expuestas en precedencia.

CUARTO: NOTIFICAR esta decisión por el medio más expedito a las partes. Déjese la constancia de rigor.

QUINTO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en el evento de no ser impugnada. Déjense las constancias pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GLORIA CECILIA RAMOS MURCIA
Jueza