

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**



JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE ORALIDAD

Medellín (Ant.), agosto dieciocho de dos mil veintidós.

Proceso:	Tutela Nro. 0052
Radicado:	05001-31-10-002-2022-00370-00
Accionante:	JOHN FREDY SIERRA ÁLVAREZ
Accionado:	SURA EPS y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; VINCULA EMPRESA DISTRIBUIDORA VENS S.A.S.
Providencia:	Sentencia Nro. 0133 de 2022
Decisión:	Ampara Derechos

Se procede a emitir nuevamente sentencia, dentro del presente trámite, a raíz de la nulidad decretada por el Honorable Tribunal Superior de Medellín, Sala de Familia, a través de proveído del día 08 de agosto de 2022.

Pues bien, en virtud del canon constitucional consagrado en el artículo 86, reglamentado por los Decretos 2591 de 1991, tiene competencia esta instancia judicial para resolver la acción de tutela promovida por el señor **JOHN FREDY SIERRA ÁLVAREZ**, actuando en nombre propio, frente a **SURA EPS y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

Manifiesta el accionante estar afiliado a la **EPS SURA**, actuando en calidad de empleado dependiente, por laborar en la empresa **DISTRIBUIDORA VENUS S.A.S.** Que, desde el 29 de agosto de 2018, dicha **EPS** comenzó a emitir incapacidades a su nombre al ser diagnosticado con el Guillain Barre, sin que las mismas hayan sido interrumpidas, siendo concedida la última por el médico tratante desde el 10 de mayo hasta el 08 de junio de 2022. Agrega que, en mayo de este año fue calificado con un porcentaje de pérdida de incapacidad mayor al 50% y el pasado 18 de mayo el empleador recibió respuesta de **EPS SURA** frente a la radicación de esa incapacidad en la que le informan que no fue posible validarla en su papelería oficial, toda vez que el afiliado presenta una calificación de pérdida de capacidad laboral mayor al 50%, lo que establece el estado de invalidez permanente y no existe en el caso pertinencia a la generación

de incapacidades temporales. Asevera el tutelante que, al solicitar a **COLPENSIONES** el pago indican que se requiere copia de la incapacidad emitida por la **EPS**, sin embargo, como ya se indicó la incapacidad no fue transcrita. Expresa que, el no pago de los últimos 30 días de incapacidad ha generado una afectación gravísima a su mínimo vital para su esposa e hija de quince años, al ser asumidos los gastos por su consorte quien recibe medio salario mínimo, por lo que el ingreso de su hogar es el que recibe por concepto de las referidas incapacidades. Finalmente, dice que los gastos de su hogar son: arriendo \$600.000, servicios \$150.000, mercado \$650.000 y transportes \$400.000.

Por lo expuesto, basado en los anteriores supuestos fácticos, se hacen las siguientes,

PETICIONES:

Tutelar a su favor los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social, ordenando a la **EPS SURA** y al **FONDO DE PENSIONES** transcribir y pagar la incapacidad expedida por el médico tratante, 10 de mayo hasta el 08 de junio de 2022, así como las que se continúen expidiendo hasta tanto se encuentre incluido en la nómina pensional de **COLPENSIONES**.

Además, dentro del libelo tutelar, se deprecó como medida provisional el trámite urgente de la solicitud.

PRUEBAS:

Se allegaron, por parte del accionante: **i)** incapacidad de la entidad neuromédica de fecha 12 de mayo de 2022, desde el 10 de mayo al 08 de junio de 2022; **ii)** rechazo solicitud de transcripción de incapacidad de **SURA EPS**; **iii)** comunicado **COLPENSIONES**, fechado 25 de mayo de 2022; **iv)** formulario calificación Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional; **v)** Registro Civil Nacimiento de María Nohelia Gallo Gallego, nacida el 21 de abril de 2007, en la que no figura que el tutelante sea su progenitor; **vi)** cuenta de Servicios Públicos; y **vii)** cédula peticionario.

TRÁMITE:

Ajustada la solicitud a lo reglado en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, se procedió a su admisión en auto del 28 de junio de 2022; ordenándose la notificación de la acción tutelar a las entidades accionadas, a través de sus representantes legales; vincular a la **DIRECCIÓN DE MEDICINA LABORAL DE COLPENSIONES**; notificar a la parte tutelada y vinculada, corriéndoseles el respectivo traslado; se negó la medida provisional peticionada; y se decretaron de algunas pruebas consideradas de interés para resolver.

A las entidades tuteladas, así como a la vinculada, se les enteró a través de los oficios Nros. 0516 al 0518, en igual fecha de admisión, quienes oportunamente se pronunciaron en los términos que así se compendian:

La **EPS SURA**, en escrito del día 30 de junio de 2022, solicita negar por improcedente esta acción por no vulnerar derechos fundamentales de la parte accionante y, en su lugar, se ordene al **FONDO DE PENSIONES** reconocer la pensión de invalidez del usuario y pagar las mesadas pensionales correspondientes al mismo, por tratarse de una pretensión de carácter económico, al contar el accionante con otros medios para hacer valer su derecho como lo es el proceso ordinario y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Asevera que el tutelante presenta dictamen emitido en primera oportunidad por la **AFP COLPENSIONES** el día 10 de febrero de 2022 con PCL del 50% de origen común y fecha de estructuración del 18 de enero de 2022, sin que esa **EPS** haya sido notificada de controversia alguna, la que al validarse en la página de la Junta Regional de Calificación de Invalidez no se evidencia caso asignado a la entidad calificadora, presumiéndose que se encuentra en firme. Que el señor **JOHN FREDY SIERRA ÁLVAREZ** se encuentra afiliado al Plan de Beneficios de Salud de **EPS SURA** en calidad de cotizante activo, teniendo derecho a cobertura integral, poniendo de presente al despacho que el usuario cuestiona el no pago de incapacidades, pero presenta dictamen del 50.08% de origen común y fecha de estructuración del 18 de enero de 2021, debiéndose entender que el pago debe realizarse por la **AFP COLPENSIONES** por concepto de pensión de invalidez y no por parte de **EPS SURA** por concepto de pago de incapacidad.

Como sustento de su defensa, trae a colación la Ley 776 de 2002 y la sentencia T 1180 de 2003

Como pruebas, la **EPS SURA** allega: **i)** certificado de existencia y representación; **ii)** remisión a la **AFP COLPENSIONES** del 24 de octubre de

2019, con pronóstico favorable de recuperación; y **iii)** formulario de calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional.

Por su parte, **COLPENSIONES**, en igual fecha, de la entidad codemandada, así se pronunció:

Peticiona negar la acción de tutela contra **COLPENSIONES** por improcedente, al no cumplir con los requisitos de procedibilidad, al igual que no demostrarse que dicha entidad haya vulnerado los derechos reclamados por el accionante y estar actuando conforme a derecho; subsidiariamente; disponer su desvinculación por falta de legitimación por pasiva; e informarles la decisión adoptada por el despacho. Manifiesta que el caso sub examine, corresponde a un pago de incapacidades superiores a los 540 días, por lo que la llamada a reconocer y pagar las incapacidades causadas alegadas es la EPS a la cual se encuentra afiliado el accionante, lo que fue puesto en conocimiento del accionante. Que, por otra parte, al revisar las bases de datos y aplicativos con los cuales cuenta esa entidad, se evidencia que el accionante radica petición de fecha 08 de junio de 2022, bajo Rad. 2022_7517696, constatándose que, de conformidad a la fecha de radicación de la petición, **COLPENSIONES** se encuentra en término para dar respuesta a la petición elevada por el accionante, con fundamento en el artículo 9, parágrafo 1º, de la Ley 797 de 2003, por lo que la tutela no tiene vocación de prosperidad. Seguidamente, manifiesta que, la llamada a reconocer y pagar las incapacidades causadas con posterioridad al día 540 es la EPS que a su vez recibirá de la administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud la retribución correspondiente, sin importar si existe CRE favorable, desfavorable o incluso si ya fue calificado, sin que el trabajador pueda quedar desprotegido. A renglones seguidos esboza que la Constitución Política, en su artículo 90, señala que los funcionarios públicos serán responsables por la acción y omisión, siempre y cuando los daños jurídicos le sean imputables, razón por la cual, no se puede asumir algún tipo de responsabilidad por parte de esa administradora en los pagos de incapacidades superiores a 540 días, por cuanto la obligación de pago de ellas, por enfermedad o patología de origen común, termina con el pago de la incapacidad, el mismo día 540, pasando entonces la obligación nuevamente a la EPS.

Como sustento legal y jurisprudencial de la respuesta, **COLPENSIONES** enuncia, entre otros, la ley 1776 de 2002; T 168 de 2020; Decreto 1333 del 27 de julio de 2018; T 144 de 2016; y Decreto 1753 de 2015, artículo 67.

Con la respuesta **COLPENSIONES** anexa: **i)** formato solicitud prestaciones económicas del 08 de junio de 2022; comunicación de **COLPENSIONES** al apoderado del tutelante, sobre un reconocimiento de subsidio por incapacidades posteriores al día 180, derivado de una sentencia del día 10 de diciembre de 2019; comunicaciones de **COLPENSIONES**, dirigidas al tutelante, calendadas 09 de enero de 2020, 06 de julio de 2020 y 27 de noviembre de 2020.

Ante la nulidad decretada por el Superior Jerárquico, se procedió a vincular a esta acción constitucional a la entidad **DISTRIBUIDORA VENUS S.A.S.**, por medio de proveído del día 11 de agosto de 2022, notificándose a ésta en igual día del auto vinculatorio, a través del oficio Nro. 0738, quien dio respuesta el día 12 de agosto de 2022, de la forma que pasa a enunciarse:

Solicita ordenar a la **EPS SURA** la transcripción de las incapacidades, requisito que **COLPENSIONES** está exigiendo al momento de radicar las prestaciones económicas, para que el proceso de cobro y pago sea más fácil para el accionante y que, en caso de no ser ello una obligación de la **EPS**, entonces que se exija a **COLPENSIONES** permitir la radicación y proceda con el pago de las prestaciones económicas, hasta tanto sea incluido en la nómina pensional, sin exigir la transcripción de la misma. Dice haber cumplido con la totalidad de los pagos al Sistema de Seguridad Social y Prestacional hasta la fecha con el tutelante en los últimos 3 años y 11 meses que ha estado afiliado en su calidad de empleado de esa empresa por laborar en ella desde el 03 de agosto de 2018. Agrega que el día 29 de agosto de 2018 **EPS SURA** empezó a remitir incapacidades a nombre del señor **JOHN FREDY SIERRA ÁLVAREZ** al ser diagnosticado con el Guillain Barre, encontrándose ellos al día con el pago de las incapacidades que ha transcrito **EPS SURA**, salvo la última incapacidad que fue emitida por el médico tratante desde el 08 de junio de 2022 que no fue transcrita por la entidad y, por lo tanto, no va a pagar a la empresa, sin que el empleado haya seguido reportando nuevas incapacidades a la empresa. A continuación, manifiesta que el 18 de mayo de 2022 esa entidad recibió respuesta de la **EPS SURA** frente a la radicación de la incapacidad donde la **EPS** indica que una vez estudiada la solicitud de

transcripción de incapacidades para el afiliado, informando que no fue posible validarle esa incapacidad en papelería oficial de **EPS SURA**, toda vez que el afiliado presenta una calificación por pérdida de capacidad laboral mayor al 50%, lo que establece el estado de invalidez permanente y no existe en dicho caso pertinencia a la generación de incapacidades temporales teniendo en cuenta el estado anterior. Expresa que apoyaron al señor **JOHN FREDY SIERRA ÁLVAREZ** con la solicitud de pago a **COLPENSIONES**, sin embargo, esa **AFP** se niega incluso a recibir y radicar la solicitud indicando que se requiere copia de la incapacidad emitida por la **EPS**, pero como se refiere la incapacidad no fue transcrita, lo que indica que tampoco va a realizar el pago de dicha prestación. Seguidamente, asevera que **COLPENSIONES** paga las incapacidades directamente al trabajador, no a la empresa, como lo hace la **EPS**, por lo que, si la empresa realiza el pago de esas incapacidades al empleado, es posible que éste reciba un doble pago, sin que sea posible verificar si **COLPENSIONES** realiza el pago, situación que les ocurrió con unas incapacidades que fueron canceladas por la empresa y también por el fondo de pensiones. Que, acorde con el desarrollo jurisprudencial, el llamado a realizar el pago de las prestaciones económicas, una vez calificado el empleado es **COLPENSIONES**.

Posteriormente, se allega nuevo escrito por parte de **COLPENSIONES**, fechado 16 de agosto de 2022, en el que solicita denegar por improcedente la acción de tutela; ser desvinculados por falta de legitimación en la causa por pasiva; e informarles la decisión adoptada. Empieza su intervención, aduciendo que, revisado el expediente administrativo, se evidencia que la **EPS SURA** el día 25 de octubre de 2019, allegó certificado de rehabilitación con pronóstico favorable de recuperación, por lo que es procedente el pago de las incapacidades, reconociendo dicho **FONDO** las mismas por 119 días por ese concepto, informando que, posterior a la remisión del mencionado concepto de rehabilitación, ese **FONDO** no ha sido notificado de una actualización del mismo o de un nuevo concepto de rehabilitación. Que, de acuerdo a las pretensiones plasmadas por el accionante, en donde se están reclamando el pago de incapacidades posteriores al día 540, siendo ese caso posterior al 22 de febrero de 2020, esa entidad no tiene competencia para conocer sobre las pretensiones, al ser la **EPS** la entidad competente, sin que el accionante esté agotando el requisito de subsidiariedad indispensable para la acción de tutela, al existir mecanismos idóneos para la atención de las peticiones. A continuación, pasa a enunciar la improcedencia de la

tutela para el pago de incapacidades, el trámite administrativo para la solicitud de las mismas; el procedimiento interno para el reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad; incapacidades superiores a los 540 días; inexistencia del hecho vulnerador; protección al patrimonio económico; y órbita de competencia del juez constitucional.

Como pruebas, en esta segunda intervención se anexa: **i)** formato de solicitud de prestaciones económicas de fecha 08 de junio de 2022; **ii)** remisión del 24 de octubre de 2019 de **SURA** a **COLPENSIONES**; y **iii)** concepto médico de rehabilitación.

Acogiendo los parámetros del artículo 29 de la norma en cita, procede este despacho a resolver, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Uno de los logros más significativos de la Carta Política de 1991, fue la consagración de varias acciones concedidas a las personas (naturales y jurídicas) para que éstas, en forma directa y sin mayores formalismos, logren el reconocimiento de sus derechos substanciales, acudiendo ante los funcionarios judiciales para que éstos, en forma breve y sumaria, restablezcan esos derechos o impidan su vulneración, cuando ésta sea por autoridad pública, o por los particulares en los casos taxativamente consagrados.

Entre dichos mecanismos se encuentra la acción de Tutela establecida en el artículo 86 de la Constitución Nacional, reglamentada por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992:

"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 en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública... La ley establecerá los casos en que la acción de tutela procede contra particulares..."

La incapacidad laboral es definida como aquella afrontada por un trabajador para desempeñar sus funciones como consecuencia de una enfermedad o un accidente de trabajo, la que puede presentarse de forma temporal o permanente, al igual que puede ser parcial o total, siendo una figura benéfica para el empleado, puesto que debido a esa

inhabilidad éste está imposibilitado para procurarse por sí mismo lo necesario para subsistir con su grupo familiar. La incapacidad permanente conduce necesariamente, en el evento de reunirse los requisitos de ley, a la pensión del trabajador

El artículo 48 de la Constitución Política, consagra la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control estatal, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, previendo que es un derecho irrenunciable y que puede ser prestado por entidades públicas o privadas, estatuyendo, en su artículo 209 Ib, que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.

Aunque el pago de incapacidades laborales por vía de tutela es excepcional, se puede acudir a ésta cuando el accionante se encuentra en una situación de vulnerabilidad manifiesta al contar sólo con ese medio de pago para solventar sus necesidades, pues de exigírsele acudir a la jurisdicción ordinaria, a través de un proceso contencioso para reclamar dichos emolumentos, se le estarían afectando derechos fundamentales como la dignidad humana, salud, seguridad social y su mínimo vital, lo que hace viable su conocimiento por el juez constitucional para la búsqueda de su protección inmediata. A más de que el hecho de no garantizarle al trabajador esa remuneración estaría en desmedro del poder adquisitivo de él y de los suyos, lo que lo podría ver forzado a reingresar a la fuerza laboral con franca disminución en su rendimiento, atentando contra su propia integridad física.

En cuanto a la falta de pago por incapacidades médicas, que pueden ser protegidos por vía de tutela, en sentencia T 311 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández, se dijo:

(...) “el no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo, sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”. (...)

Frente a un caso similar al que ocupa la atención del despacho, en sentencia T 401 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, la Corte Constitucional, así se pronunció:

(...)

Marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días. Reiteración de jurisprudencia¹.

17. Antes de exponer el marco normativo que rige el presente asunto, conviene distinguir entre tres conceptos complementarios pero diferenciables:

El 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”² y, por tanto, en su emisión “el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada”³. Éste 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.

18. Desde un primer momento, el Legislador estableció un apartado especial para la regulación de los auxilios económicos por incapacidad laboral. En el artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo, determinó que los mismos se ofrecerían “en caso de incapacidad comprobada para desempeñar las labores, ocasionada por enfermedad no profesional” y determinó tanto la cantidad por la que serían reconocidos como los sujetos obligados a otorgarlos. Igualmente, el Decreto 2351 de 1965, aún vigente, prevé en su artículo 16 la obligación del empleador de reinstalar al empleado que se hubiere encontrado incapacitado por causa de enfermedad común. En virtud de esta norma, los dictámenes médicos determinan si la reincorporación debe hacerse al mismo puesto de trabajo o a otro compatible con la capacidad física del trabajador.

Después, el Decreto 770 de 1975 sustrajo de la órbita de responsabilidad del empleador el pago del auxilio de incapacidad, para radicarlo en cabeza de un agente externo a la relación laboral. De este modo, el artículo 9º de dicha normativa 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”⁴.

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 contempló la figura de la incapacidad en su artículo 206, conforme al cual los afiliados al Régimen Contributivo en salud tienen derecho al reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común. Así mismo, el Decreto 2463 de 2001⁵ dispuso que las AFP, previo concepto favorable de recuperación, tienen la potestad de postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los

¹ Las consideraciones que se presentan en este acápite fueron retomadas de las sentencias T-144 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-968 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

² Ministerio de la Protección Social. Concepto 295689. 04-10-2010. Asunto: Radicado 264518. En cita en: CASTELLANOS RAMÍREZ, Julio César. La incapacidad como acto médico. Universitas Médica, 54(1), 26-38. Bogotá, 2013.

³ *Ibid.*

⁴ 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.

⁵ Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez.

180 que se encuentran a cargo de las EPS siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Esta disposición se mantuvo sustancialmente en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012⁶, norma que actualmente regula la materia.

Reconocimiento de incapacidades laborales superiores a 180 días.

19. Ahora bien, una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, lo cual dependerá de la prolongación de la situación de salud del trabajador.

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 parágrafo 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”⁷.

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 independiente⁸.

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

⁶ 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”.

⁷ 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 (parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999).

⁸ Sentencia T-419 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán.

de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador⁹, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, como se expondrá a continuación.

Respecto del concepto favorable de rehabilitación conviene 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. No obstante, 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. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

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 trabajador¹⁰.

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 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 caso¹¹.

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"¹², 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 trabajador¹³.

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

⁹ 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.

¹⁰ Decreto 2463 de 2001. Artículo 23 inciso 1º.

¹¹ Sentencia T-419 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán.

¹² T-419 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán.

¹³ Decreto-Ley 019 de 2012. Art. 142.

otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello”¹⁴.

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 laboral¹⁵.

25. Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009¹⁶ 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 ocasiones¹⁷.

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 correspondiente¹⁸.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.”

¹⁶ Sentencia T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

¹⁷ 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).

¹⁸ 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

(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.

Reconocimiento de incapacidades laborales posteriores al día 540.

27. Las eventualidades y responsabilidades en materia de incapacidades que superan los 180 días conducen a una evaluación por parte de las autoridades calificadoras acerca de la pérdida de capacidad laboral. Una vez efectuada la calificación, los escenarios posibles son: (i) que no exista pérdida de capacidad laboral relevante para el Sistema General de Seguridad Social, esto es, cuando el porcentaje de pérdida de capacidad laboral oscila entre 0% y 5%; (ii) que se presente una incapacidad permanente parcial, esto es cuando el porcentaje es superior al 5% e inferior al 50%; y (iii) que se genere una condición de invalidez cuando el porcentaje es superior al 50%.

Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente (es decir, inferior al 50%), se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos, como se indicó anteriormente, es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras, el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

28. Ahora bien, cabe preguntarse ¿qué sucede con el empleado que, a pesar de tener una incapacidad permanente parcial, sigue con problemas de salud de tal índole que le impiden médicamente ejercer su trabajo? Es decir, ¿qué pasa cuando, agotado todo el procedimiento antes relatado, el trabajador no obtiene un porcentaje superior al 50% de pérdida de capacidad laboral, pero aun así continúa recibiendo certificados médicos de incapacidad laboral, pasados los referidos 540 días? Estas preguntas se pueden aclarar desde dos puntos de vista:

El primero, apunta a reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado, en especial respecto del concepto de invalidez, pues según la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁹ y de la Corte Suprema de Justicia, "la invalidez es un estado que tiene relación directa con el individuo y con la sociedad en la cual se

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).

¹⁹ Según la Sentencia T-561 de 2010, M. P. Nilson Pinilla Pinilla "una persona es inválida **cuando no puede seguir ofreciendo su fuerza laboral**, por la disminución sustancial de sus capacidades físicas e intelectuales para desarrollar una actividad laboralmente remunerada". Así mismo, sobre concepto de invalidez ver T-377 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

desenvuelve, el criterio de evaluación debe tener patrones científicos que midan hasta qué punto el trabajador queda afectado para desempeñar la labor de acuerdo con las características del mercado laboral"²⁰.

De lo precedente se puede colegir que una persona que, pese a no considerarse técnicamente en estado de invalidez, sigue incapacitada para trabajar con posterioridad a los 540 días, por motivos atribuibles a la razón primigenia de la incapacidad, debe contar con un mecanismo para reevaluar su porcentaje de habilidad para laborar especialmente en aquellos casos en que el concepto de rehabilitación que le aplica es desfavorable, pues el porcentaje de pérdida de capacidad laboral está íntimamente relacionado con su labor u oficio. Sobre este punto se hará referencia más adelante.

El segundo punto de vista está relacionado con la desprotección que enfrenta una persona que recibe incapacidades prolongadas más allá de 540 días pues, en principio, no existía una obligación legal de pago de dichos certificados a cargo de ninguna de las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social, con lo cual el trabajador quedaba desprotegido.

29. Esta situación fue inicialmente descrita por esta Corte mediante sentencia T-468 de 2010²¹, en la cual se advirtió que el trabajador se encontraba desprotegido por la ausencia de regulación legal sobre dicha materia, pues no existía claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad. Así mismo, la providencia señaló que la situación empeoraba en aquellos casos en los cuales no resultaba posible el reintegro al cargo, debido a la misma incapacidad del trabajador para reincorporarse a sus funciones.

La Corte sostuvo que, "en el anterior caso, el trabajador quedaría desprovisto del pago de las incapacidades laborales después del día 541 (...) por tanto, sin sustento económico para su congrua subsistencia"²². De igual modo, explicó que esta situación dejaría desprotegido al trabajador y en situación de desigualdad respecto de los afiliados cuya incapacidad permanente parcial se origina en una enfermedad profesional, pues si la enfermedad es de origen común "no tendrá derecho a indemnización, contrario a lo que sucede cuando (...) tiene su origen en una enfermedad de origen profesional"²³.

También, en la citada providencia, esta Corporación indicó que ni la EPS ni la AFP habían vulnerado los derechos fundamentales del entonces accionante, por considerar que no existía ninguna norma legal que estipulara la obligación de reconocer el pago de incapacidades de origen común que excedieran los 540 días²⁴. No obstante, aclaró que le asistían otros derechos derivados de la relación laboral vigente, entre los que se encontraban: (i) que su empleador mantenía el deber de hacer aportes a la seguridad social en su beneficio; (ii) la posibilidad de reintegro una vez se alcanzara su rehabilitación; y (iii) la oportunidad de que su pérdida de capacidad laboral fuera nuevamente valorada.

30. Con posterioridad a dicho fallo, la Corte profirió la sentencia T-684 de 2010²⁵ en la cual, si bien se hicieron algunas consideraciones en torno al déficit de protección de

²⁰ Sala de Casación Laboral, rad. 17187 de noviembre 27 de 2001, M. P. Germán Valdés Sánchez.

²¹ **Sentencia T-468 de 2010. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.** En esta ocasión, la Corte resolvió varios expedientes acumulados sobre incapacidades. En el expediente T-2497616, el actor presentaba más de 540 días de incapacidad y, pese a que había sido calificado su pérdida de capacidad laboral con un porcentaje del 33.65%, los médicos seguían prescribiéndole incapacidades.

²² Sentencia T-468 de 2010. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²³ Sentencia T-468 de 2010. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁴ Sentencia T-468 de 2010. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. Se entendió que, en este caso, al accionante "se le habían reconocido más de los días estipulados en las normas pertinentes".

²⁵ Sentencia T-684 de 2010. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, se decidió negar por improcedente la acción de tutela debido a que el caso concreto había sido resuelto por una sentencia anterior.

31. Aproximadamente tres años más tarde, la sentencia T-876 de 2013²⁶, reiteró que existía una desprotección legal en un caso en el cual se perseguía el pago de incapacidades superiores a los 540 días. En esa providencia, esta Corporación estimó que no se vulneraban los derechos fundamentales del tutelante, por cuanto la EPS y la AFP habían pagado las incapacidades respectivas. En consecuencia, negó parcialmente el amparo y ordenó una nueva calificación al entonces accionante.

32. Ahora bien, debido al déficit de protección legal que afrontaron los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, ya sea porque no ha sido calificado su porcentaje de pérdida de capacidad laboral o porque su disminución ocupacional es inferior al 50%, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la Ley 1753 de 2015 –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, atribuyó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las entidades promotoras de salud (EPS) y radicó en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, para solucionar los dos puntos de vista analizados en los fundamentos jurídicos 28 y 29 de esta sentencia.

En efecto, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, indicó:

“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:

(...)

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.” (Resaltado de la Sala)

Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, quienes podrán 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, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Igualmente, conviene aclarar que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que, se reitera, está en cabeza de las EPS) no se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada.

33. Con fundamento en esta normativa, es claro que en todos los casos futuros, esto

²⁶ Sentencia T-876 de 2013. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

es, los suscitados a partir de la vigencia de la ley –9 de junio de 2015²⁷–, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social deberán acatar lo dispuesto en dicho precepto legal.

No obstante, esta Corporación ha ordenado la aplicación retroactiva del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, con base principalmente en el principio de igualdad material ante un déficit de protección previamente advertido por la Corte Constitucional²⁸. En esta medida, se ha admitido la aplicación de la citada ley respecto de períodos anteriores a su vigencia, en virtud de poderosas razones constitucionales como lo son: (i) la necesidad de evitar que se genere un trato desigual entre las personas cuyas incapacidades fueron expedidas con anterioridad a la vigencia de la norma en cuestión y aquellas que gozan de certificados de incapacidad emitidos con posterioridad²⁹; (ii) que las personas que reclaman el pago de incapacidades superiores a los 540 días continuos no han conseguido reintegrarse a la vida laboral pero tampoco han sido calificados con una pérdida de capacidad laboral definitiva, con lo cual se evidencia su situación de vulnerabilidad que origina especial protección del Estado; y (iii) que aunque la aplicación de la ley impone una carga administrativa a las EPS, dichas entidades tienen permitido repetir ante el Estado por los valores pagados, con lo que se asegura la sostenibilidad económica del Sistema General de Seguridad Social en Salud³⁰.

Jurisprudencia constitucional posterior a la vigencia de la Ley 1753 de 2015 en materia de incapacidades posteriores a los 540 días.

34. En consonancia con el cambio normativo que se produjo con la introducción de la Ley 1753 de 2015 en el ordenamiento jurídico, las Salas de Revisión de esta Corporación han obedecido este mandato legal y han aplicado la disposición que, con claridad, asigna a las EPS la responsabilidad en el reconocimiento y pago de las incapacidades que se prolongan más allá de los 540 días.

35. De este modo, en la sentencia T-144 de 2016³¹, la Sala Quinta de Revisión estudió el caso de una ciudadana que sufrió un grave accidente de tránsito, el cual ocasionó que fuera incapacitada por más de 540 días. Sin embargo, se dictaminó que la tutelante tenía un porcentaje de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, por lo cual no cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, pese a que continuaba en incapacidad médica.

En este caso, la Corte concluyó que la obligación de reconocer y pagar las incapacidades posteriores al día 540 estaba a cargo de las EPS, en virtud de la Ley 1753 de 2015. En tal sentido, estableció tres reglas para la aplicación de este

²⁷ Ley 1753 de 2015. “ARTÍCULO 267. Vigencias y Derogatorias. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.” La ley fue publicada en el Diario Oficial No. 49.538 de 9 de junio de 2015.

²⁸ Sentencia T-144 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); sentencia T-200 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amarís).

²⁹ Sentencia T-144 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) “Esa situación de desigualdad tiene un fundamento legal que es entendible desde el punto de vista de las reglas de vigencia y aplicación de las leyes. Sin embargo, genera una tensión constitucional que no puede ser omitida por la Corte, pues a la luz del principio de igualdad material, no hay razón para diferenciar y beneficiar sólo a un grupo de personas, en virtud de una consideración temporal, a sabiendas de que la situación se evidenciaba con anterioridad. Es decir, no hay una justificación constitucionalmente válida para fijar tal diferencia en la posibilidad de protección legal.”

³⁰ Sentencia T-144 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) “Como fundamento adicional, ha de resaltarse que la aplicación retroactiva de la Ley, si bien impone una carga administrativa en cabeza de las EPS, no son ellas quienes al final van a asumir la obligación, pues es en últimas el Estado, en cabeza de la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, quien les pagará a éstas los dineros cancelados por dicho concepto”.

³¹ Sentencia T-144 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

mandato que, en términos generales, son las siguientes: (i) existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%; (ii) el deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y (iii) la referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad³².

36. Posteriormente, mediante la sentencia T-200 de 2017³³, la Sala Novena de Revisión se pronunció en relación con dos procesos de tutela acumulados y amparó los derechos de cada uno de los accionantes. En ambos casos, se habían prescrito incapacidades ininterrumpidas que sumaban más de 540 días sin que los actores pudieran acceder a una pensión de invalidez, pues en el primer caso el porcentaje de pérdida de capacidad laboral era inferior al 50% y en el segundo el actor ni siquiera había sido calificado³⁴.

En el citado fallo, la Corte Constitucional entendió que “la regla actual de incapacidades que superan 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, es que deben asumirlas las EPS”³⁵. De este modo, consideró que mediante la Ley 1753 de 2015 se superó el déficit de protección que había sido evidenciado por la jurisprudencia constitucional anterior a su vigencia³⁶.

(Subrayado no es original).

Pues bien, descendiendo al caso que amerita la atención del despacho, se tiene que al señor **JOHN FREDY SIERRA ÁLVAREZ** ya le fue calificado el porcentaje de pérdida de capacidad laboral en un porcentaje del 50.08%, conforme es comunicada por la propia **AFP COLPENSIONES** a la empresa empleadora de aquél el día 25 de mayo de 2022, es decir, que es esta entidad quien debe asumir el pago de las incapacidades aquí reclamadas, pues, a más de ser superior al 50% la PCL y ella ser conocedora de esta situación, existe la solicitud de prestación económica de pensión desde el día 8 de junio de 2022.

Es de anotar que no es de recibo la defensa de **COLPENSIONES** sobre el tiempo que tiene para dar respuesta a la pensión de invalidez, ya que lo que se persigue con esta acción es el pago de las incapacidades generadas entre el día 10 de mayo de 2022 y el 08 de junio de 2022, emolumento por medio de la cual, al menos, se protegen los derechos fundamentales reclamados por el accionante.

³² Sentencia T-144 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Cabe anotar que la identificación de las tres reglas establecidas por la citada providencia fue llevada a cabo por la sentencia T-200 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amarís).

³³ Sentencia T-200 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

³⁴ Sentencia T-200 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

³⁵ Sentencia T-200 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

³⁶ Sentencia T-200 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

De la sentencia constitucional relacionada por el despacho, normatividad aplicable al asunto, y de la documentación aportada en el plenario, con la certificación de incapacidad del señor **JOHN FREDY SIERRA ÁLVAREZ**, fácil es colegir, que la entidad **COLPENSIONES**, es la encargada de pagar las incapacidades reclamadas mediante esta acción constitucional, y en ese sentido se darán las órdenes respectivas en la parte resolutive de esta sentencia.

En consonancia con lo expresado en esta providencia, se ordenará al Director de la **DIRECCIÓN DE MEDICINA LABORAL DE COLPENSIONES** o, en su defecto, quien haga sus veces, pagar, si aún no lo ha hecho, dentro de las 48 horas siguientes a la fecha en que sea notificada de esta providencia, las incapacidades laborales desde el día 10 de mayo de 2022 hacia el futuro. Entidad que exigirá únicamente al quejoso los documentos que por ley le corresponde aportar, con miras al cumplimiento de lo ordenado en esta sentencia judicial. Se prevendrá a dicho Director o, en su defecto, quien haga sus veces para que, en lo sucesivo, se abstengan de incurrir en las omisiones como las aquí analizadas, so-pena de hacerse acreedor a las sanciones correspondientes

Se negará la presente acción de tutela frente al Presidente de **COLPENSIONES** y **SURA EPS**; y se desvinculará de la misma a la empresa **DISTRIBUIDORA VENUS S.A.S.**, al considerarse no ser competentes para dar cumplimiento a las pretensiones elevadas por el accionante.

Por lo antes expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE ORALIDAD DE MEDELLIN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO. - **CONCEDER** la acción de tutela promovida por el señor **JOHN FREDY SIERRA ÁLVAREZ**, identificado con la C.C. **98.558.622**, frente a la **DIRECCIÓN DE MEDICINA LABORAL DE COLPENSIONES**, a través de su Director o, en su defecto, quien haga sus veces, en el sentido de protegerle a aquél los derechos fundamentales al mínimo vital y Seguridad

Social; y negarla contra al Presidente de **COLPENSIONES** y **SURA EPS**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - **ORDENAR** al Director de la **DIRECCIÓN DE MEDICINA LABORAL DE COLPENSIONES** o, en su defecto, quien haga sus veces, pagar, si aún no lo ha hecho, dentro de las 48 horas siguientes a la fecha en que sea notificado de esta providencia, las incapacidades desde el día 10 de mayo de 2022 hacia el futuro, para lo cual se le solicitará al señor **JOHN FREDY SIERRA ÁLVAREZ** únicamente los documentos que por ley le corresponde aportar, con miras al cumplimiento de lo ordenado en esta sentencia judicial.

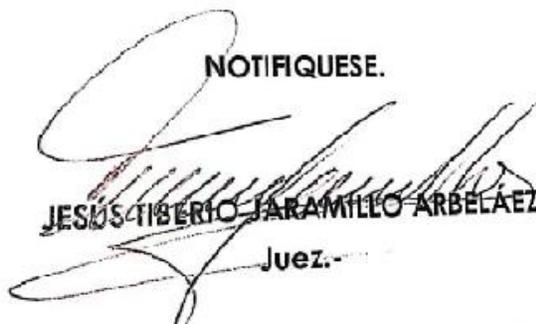
TERCERO. - **PREVENIR** al Director de la **DIRECCIÓN DE MEDICINA LABORAL DE COLPENSIONES** o, en su defecto, quien haga sus veces como tal, para que se abstengan en lo sucesivo de incurrir en las omisiones como las aquí analizadas, so-pena de hacerse acreedores a las sanciones correspondientes en los términos del art. 24 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO. - **NEGAR** esta acción constitucional frente al Presidente de **COLPENSIONES** y la entidad **SURA EPS**; y **DESVINCULAR** de la misma a la empresa **DISTRIBUIDORA VENUS S.A.S.**, por lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

QUINTO. - **NOTIFICAR** esta providencia por el medio más expedito, tanto al accionante, como a las entidades accionadas y vinculadas.

SEXTO. - **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser apelada la presente decisión.

NOTIFIQUESE.



JESUS TIBERIO JARAMILLO ARBELAEZ
Juez.-



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA CUARTA DE DECISIÓN DE FAMILIA

Medellín, septiembre catorce (14) de dos mil veintidós (2022)

Proceso	Acción de Tutela
Accionante	John Fredy Sierra Álvarez
Accionado	COLPENSIONES y otros
Origen	Juzgado Segundo de Familia de Oralidad de Medellín
Motivo	Impugnación de sentencia
Decisión	Confirma
Radicado	05001-31-10-002-2022-00370-01 (2022-182)
Sentencia No.	148
Acta No.	164
Ponente	Flor Ángela Rueda Rojas

Se decide impugnación del fallo proferido por el Juez Segundo de Familia de Oralidad de Medellín, Antioquia, en la solicitud de tutela promovida por John Fredy Sierra Álvarez, contra COLPENSIONES y la EPS Sura, trámite al que se vinculó a la Dirección de Medicina Laboral de la primera de las mencionadas y a la empresa Distribuidora Venus S.A.S.

1. ANTECEDENTES

1.1 Hechos

Relata el accionante que se encuentra afiliado a la EPS Sura, actualmente en calidad de empleado dependiente debido a que desde agosto 3 de 2018 labora para la empresa Distribuidora Venus S.A.S y le fue diagnosticado síndrome de Guillain-barré, motivo por el cual la primera de las mencionadas ha emitido incapacidades desde el 29/08/2018, las cuales fueron expedidas sin interrupciones y la última data de mayo 10 a junio 8 de 2022.

Que en mayo del 2022 se le calificó una pérdida de capacidad superior al 50%.

Que en mayo 18 de 2022 su empleadora recibió como respuesta de la EPS SURA, frente a la radicación de la última incapacidad que le fue concedida que *“(...)una vez estudiada la solicitud de transcripción de incapacidades para el afiliado John Fredy Sierra Álvarez , identificado con CC. 98558622, le informamos que no fue posible validar esta incapacidad en papelería oficial de EPS Sura, toda vez que el afiliado presenta una calificación por pérdida de capacidad laboral mayor al 50%, lo que establece el estado de invalidez permanente y no existe en este caso pertinencia a la generación de incapacidades temporales teniendo en cuenta el estado anterior. (...)”*

Que al solicitar a COLPENSIONES el pago de la última incapacidad mencionada, la entidad le indicó que requiere copia de esta emitida por la EPS, sin embargo, como lo informó anteriormente, la misma no fue transcrita; el no pago de esos últimos 30 días le ha generado a él y a su núcleo familiar afectación al mínimo vital del que hace parte su hija de 15 años, toda vez que todos los gastos del hogar son asumidos por éste y su esposa que trabaja informalmente y recibe sólo medio salario, advirtiendo que solicitó a la primera entidad el reconocimiento de la pensión, pero a la fecha no lo ha incluido en la nómina pensional.

Acude a esta acción constitucional para que se le protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social y, en consecuencia, ordenar a la “EPS SURA Y AL FONDO DE PENSIONES a transcribir y pagar la incapacidad expedida por el médico tratante de mayo 10 a junio 8 de 2022” y las que se continúen expidiendo hasta que se encuentre incluido en nómina para el pago de su pensión.

Como medida provisional solicitó que, debido a su situación y la afectación de su hija, se diera trámite urgente a lo requerido.¹

¹ Ver anexo 02 cuaderno juzgado

1.2 Trámite y respuesta de la entidad accionada

Por auto proferido en julio 28 de 2022², el Juez de primera instancia admitió la solicitud de tutela contra la EPS Sura y COLPENSIONES, vinculó a la Dirección de Medicina Laboral de la última de las mencionadas y negó la medida provisional solicitada, proveído que fue notificado al correo electrónico de las entidades mencionadas.

La EPS Sura sostuvo que, el accionante presenta dictamen emitido por COLPENSIONES en febrero 10 de 2022 que le determinó pérdida de la capacidad laboral del 50.08% de origen común y fecha de estructuración del 18/01/2021 y no ha sido notificada de alguna controversia frente al mismo, por lo que presume que se encuentra en firme, motivo por el cual debe entenderse que el pago de las incapacidades debe realizarse por COLPENSIONES por concepto de pensión de invalidez y no por la EPS como incapacidad porque ya tiene calificación de pérdida de capacidad del 50%.

Que no es procedente el pago continuo de las incapacidades cuando el convocante ya alcanzó el estado de invalidez, por cuanto le corresponde es la pensión por dicho concepto y no ha vulnerado derechos fundamentales.

Por lo anterior, solicitó declarar improcedente el amparo constitucional en su contra, por no vulneración de derechos fundamentales.³

COLPENSIONES manifestó que, la incapacidad reclamada por el accionante es superior a los 540 días, por lo que la llamada a reconocer y pagar la misma es la EPS en la que se encuentre afiliado y así lo informó al convocante; revisadas las bases de datos encontró que aquél en junio 8 de 2022 radicó petición de pensión, pero se encuentra dentro del término para resolverla, pues para ello cuenta con 4 meses;

² Ver anexo 04 cuaderno juzgado

³ Ver anexo 07 cuaderno juzgado

que lo pretendido no procede vía acción constitucional porque se está requiriendo el pago de prestaciones de tipo económico y no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable.

Por lo anterior, solicitó negar la solicitud de amparo por cuanto las pretensiones son improcedentes, conforme con los requisitos de procedibilidad del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 y porque no ha vulnerado derechos fundamentales.⁴

Posteriormente indicó que revisado el expediente administrativo encontró que la EPS Sura en octubre 25 de 2019 allegó el concepto de rehabilitación con pronóstico favorable por lo que procede el pago de los subsidios económicos por incapacidad y que la entidad determinó el siguiente conteo “*Día inicial: 31/08/2012; Día 180: 27/02/2019; Día 540: 22/02/202*” y se le reconocieron las siguientes:

FECHA DE INICIO	FECHA DE FINALIZACION	OFICIO	FECHA DE OFICIO	VALOR POR INCAPACIDAD	DIAS RECONOCIDOS
24/10/2019	31/10/2019	DML-I 84	9/01/2020	\$ 220.831	8
3/11/2019	1/12/2019	DML-I 84	9/01/2020	\$ 800.512	29
3/12/2019	31/12/2019	DML-I 84	9/01/2020	\$ 800.512	29
1/01/2020	14/01/2020	DML-I 6708	7/07/2020	\$ 409.641	14
15/01/2020	12/02/2020	DML-I 6708	7/07/2020	\$ 848.543	29
13/02/2020	22/02/2020	DML-I 6708	7/07/2020	\$ 292.601	10
TOTAL				\$ 3.372.640	119

Que no ha sido notificada de un nuevo concepto de rehabilitación y que en todo caso la incapacidad reclamada por el convocante es posterior al día 540, por lo que el pago lo debe asumir la EPS.⁵

En proveído proferido en agosto 8 de 2022, la Magistrada de conocimiento declaró la nulidad de lo actuado con el fin de que se vinculara al trámite constitucional al empleador del accionante⁶ y el Juez a quo en auto del día 11 del mismo mes y año, ordenó cumplir lo resuelto por el superior y vinculó a la empresa Distribuidora Venus S.A.⁷

La empresa Distribuidora Venus S.A.S. adujo que, ha cumplido con la totalidad de pago al sistema de seguridad social y prestacional del

⁴ Ver anexo 09 cuaderno juzgado

⁵ Ver anexo 27 cuaderno juzgado

⁶ Ver anexo 02 cuaderno del tribunal

⁷ Ver anexo 23 cuaderno juzgado

accionante; que en agosto 28 de 2018 la EPS Sura inició a expedirle incapacidades debido a que le diagnosticaron Guillain-barré y actualmente se encuentra al día en el pago, con excepción de la última que comprende el período de mayo 10 a junio 8 de 2022 que no fue transcrita por la EPS y frente a la cual dicha entidad el 18/05/2022 le informó que no fue posible validarla porque el afiliado presenta una calificación de pérdida de la capacidad laboral superior al 50%.

Que ayudó al convocante para radicar la solicitud de pago ante COLPENSIONES, pero allí le informaron que era necesaria la copia de la incapacidad emitida por la EPS, pero como se indicó la EPS no la transcribió, lo que significa que tampoco le va a realizar el pago.

Por lo anterior, solicitó se ordene a la EPS que realice la transcripción de la incapacidad y en caso de no ser una obligación de esa entidad, se exija a COLPENSIONES que cancele la prestación hasta que su empleado sea incluido en nómina.⁸

1.3 Sentencia impugnada

El Juez que conoció del asunto en primera instancia concedió el amparo constitucional invocado y ordenó al Director de Medicina Laboral de COLPENSIONES que, en el término de las 48 horas, siguientes a la notificación del fallo, realice el pago de la incapacidad de mayo 10 de 2022 hacia el futuro, solicitando únicamente los documentos que la Ley exige aportar y lo previno para que se abstuviera de incurrir en omisiones como la analizada so pena de las sanciones previstas en el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991; negó la solicitud de tutela frente al presidente de la AFP aludida y la EPS Sura y desvinculó del trámite a la empresa Distribuidora Venus S.A.S, por no ser los competente para dar cumplimiento a lo requerido.

⁸ Ver anexo 26 cuaderno juzgado

Como fundamento de la decisión sostuvo que, al accionante le fue calificada la pérdida de la capacidad laboral en un 50.08% como se lo informó COLPENSIONES a la empleadora de aquél, por tanto, la última debe asumir el pago de las incapacidades, no siendo de recibo el argumento de la AFP respecto al tiempo que tiene para dar respuesta a la pensión de invalidez, debido a que lo que se persigue es el pago de incapacidades.⁹

1.4 Impugnación:

COLPENSIONES impugnó el fallo de tutela aduciendo que no evidenció solicitud de pago de incapacidades a partir de mayo 10 de 2022, por lo que no ha vulnerado derechos fundamentales; que mediante oficio de julio 12 de 2022 le informó al accionante que revisado el expediente administrativo encontró que la EPS Sura en octubre 25 de 2019 allegó el concepto de rehabilitación con pronóstico favorable, por lo que procedía el pago de los subsidios económicos por incapacidad y el área de auditoría médica determinó los extremos temporales así: “Día inicial: 31/08/2012; Día 180: 27/02/2019; Día 540: 22/02/2020” y le reconoció incapacidades por valor de \$3.372.840, pero como las reclamadas son superiores a las 540 su pago le corresponde a la EPS; que inició el trámite de calificación, en virtud del cual se emitió el dictamen DML 446622 de febrero 10 de 2022 que le determinó una pérdida de la capacidad laboral del 50.08% y comoquiera que en junio 8 de 2022 inició el trámite de reconocimiento de la pensión de invalidez, el mismo se encuentra en estudio, por cuanto no se ha cumplido el término de 4 meses para resolverla.

Que las incapacidades superiores al día 540, están a cargo de la EPS y como las alegadas por el accionante corresponden a un período superior al mencionado, es la EPS SURA quien debe asumir su pago.

⁹ Ver anexo 29 cuaderno juzgado

Que la tutela es improcedente por existir otros recursos o medios de defensa judicial y porque lo reclamado es el pago de incapacidades - prestaciones económicas-.

Por lo anterior, solicitó revocar el fallo y se le desvincule del trámite constitucional por falta de legitimación en la causa por pasiva.¹⁰

2. CONSIDERACIONES

2.1. Como cuestión preliminar y para definir los fundamentos de la decisión a proferir, se tiene que la acción de tutela está prevista en el artículo 86 de la C.P., *“como un mecanismo procesal complementario, específico y directo que tiene por objeto la protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en una determinada situación jurídica, cuando éstos sean violados o se presente amenaza de su violación”*¹¹; su ejercicio *“está condicionada, entre otras razones, por la presentación ante el Juez de una situación concreta y específica de violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales, cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública o, en ciertos eventos definidos por la ley, a sujetos particulares. Además, el peticionario debe tener un interés jurídico y pedir su protección también específica, siempre en ausencia de otro medio judicial de protección o excepcionalmente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*¹².

2.2. Esta Sala es competente para resolver la impugnación del fallo reseñado, de conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Se observa que las partes están legitimadas para actuar, el accionante para presentar la solicitud de amparo y como parte pasiva la entidad frente a la cual se formuló la acción constitucional, esto es, la EPS Sura y la AFP COLPENSIONES.

¹⁰ Ver anexo 32 cuaderno juzgado

¹¹ Sentencia T 508 de 1992.

¹² Sentencia SU 067 de 1993.

En este asunto se cumplen los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, en lo atinente a la subsidiariedad y a la inmediatez, el primero porque si bien es cierto que el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial para invocar la protección de sus derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria laboral, también lo es que no se considera idóneo y eficaz, teniendo en cuenta el tiempo que tardaría para resolver lo relacionado con el pago de incapacidades y el segundo debido a que no existe un término para petitionar vía tutela la cancelación de las mismas, las reclamadas datan de mayo 10 a junio 8 de 2022, máxime que la vulneración subsiste en el tiempo, es actual y su situación desfavorable permanece.

2.3. De la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de las incapacidades laborales.

En torno a este tema la Corte Constitucional, ha sido enfática en señalar que, el afiliado no tiene por qué soportar, bajo ninguna circunstancia, los efectos de las controversias, que se presentan entre las EPS y las AFP, menos cuando existe certeza sobre su derecho, por lo que 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 tal fin, en decantada jurisprudencia, se ha avalado 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 respectivas; todo con el fin de privilegiar la protección de las garantías mínimas de quienes se ven temporalmente desprovistos de sus ingresos básicos por cuestiones de salud sobre las disputas de índole contractual que puedan presentarse en relación con

la responsabilidad de los actores del SGSS en el reconocimiento y pago de esas prestaciones.¹³

2.4. Marco jurídico en relación con la responsabilidad del pago de incapacidades laborales.

La Corte Constitucional en sentencia T 268 de 2020 explicó:

“(...) 27. Conforme al anterior escenario, corresponde a la Sala Novena de Revisión establecer si los derechos fundamentales al mínimo vital, vida en condiciones dignas, dignidad humana, salud y seguridad social del señor Germán Fandiño fueron vulnerados por Nueva E.P.S. y/o Colpensiones, al negarse a reconocer y pagar las correspondientes incapacidades que le fueron generadas con posterioridad a los primeros 180 días.

Con la finalidad de resolver el problema jurídico planteado, la Sala se referirá al marco normativo y jurisprudencial relacionado con el pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días. Conforme a ello, se solucionará el caso concreto.

Marco normativo y jurisprudencial relacionado con el pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días. Reiteración de jurisprudencia.

28. El Sistema General de Seguridad Social contempla en la Ley 100 de 1993, los Decretos 692 de 1994, 1748 de 1995, 1406 de 1999 y 2943 de 2013, postulados que propugnan por el amparo de los trabajadores que, en virtud de un accidente o una enfermedad de origen común, adviertan la imposibilidad de desempeñar sus labores u oficios y por ende ven frustrada la posibilidad de percibir la remuneración correspondiente y que les facilita la manutención de sus necesidades.

*29. Según la Jurisprudencia de este Tribunal, con relación a la falta capacidad laboral existen tres tipos de incapacidades: “(...) (i) **temporal**, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) **permanente parcial**, cuando se presenta una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) **permanente (o invalidez)**, cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50% (...)”.*

30. De igual forma, ha señalado la Corte que las incapacidades según su origen obedecen a dos tipos:

(i) Por enfermedad de origen laboral: Con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales. Estas incapacidades son asumidas y pagadas por las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL-, en atención a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.

¹³ Sentencia T-786 de 2009, T-1047 de 2010 y T 333 de 2013.

Se ha dicho que este pago se efectuará "(...) hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez".

(ii) Por enfermedad de origen común: De conformidad con los Artículos 227 del Código Sustantivo del Trabajo y 23 del Decreto 2463 de 2001, el tiempo de duración de la incapacidad incide en la denominación que se le dé a la remuneración que se perciba durante la vigencia de dicha incapacidad. Es así como, dentro de los primeros 180 días se reconocerá el pago de un auxilio económico y en tratándose del día 181 en adelante, se causará el pago de un subsidio de incapacidad.

31. Respecto de quien debe asumir el pago de incapacidades, este se efectúa conforme la siguiente explicación:

Término	Responsable	Norma que reglamenta
2 primeros días	Empleador	Decreto 2943 de 2013
Del día 3 hasta el día 180	E.P.S.	Decreto 2943 de 2013
Del día 181 al 540	Fondo de Pensiones	Ley 962 de 2005
Del día 541 en adelante	E.P.S.	Ley 1753 de 2015

32. Con relación al pago de las incapacidades que superan los 540 días, esta Corte reconoció hasta antes del año 2015, que no se evidenciaba protección con relación a quienes tuvieran concepto favorable de rehabilitación y/o calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y seguían incapacitados por la misma causa más allá de los 540 días.

Con el fin de superar este vacío, se expidió la Ley 1753 de 2015, que en el artículo 67 estableció que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se destinarán, entre otros: (...) 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. Es así como se fijó la obligación a cargo de las E.P.S. de asumir y pagar las incapacidades generadas con posterioridad al día 540.

33. Para la Corte no existe duda que es obligatorio el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, por lo que, en los casos en que se reclame el reconocimiento y pago de incapacidades superiores al día 540, las E.P.S. deberán asumir la carga prestacional.

En efecto, en la Sentencia **T-144 de 2016**, la Sala Quinta de Revisión estudió la acción de tutela interpuesta, en la cual, una mujer reclamaba el pago de incapacidades superiores a los 540 días, las cuales le fueron generadas por virtud de un accidente de tránsito severo y adicionalmente le emitieron dictamen de Calificación de Invalidez que no superaba el 50% de PCL. La Corte Consideró que en atención a lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, la E.P.S. a la que se encontraba afiliada la peticionaria debía asumir las incapacidades.

"En el caso concreto es evidente que el estado de salud de la actora ha impedido el éxito total de los pretendidos reintegros, pues a favor de ella se siguen

expidiendo certificados de incapacidad laboral. Así mismo, es una persona que no goza de una pensión de invalidez; es decir, está incapacitada medicamente para trabajar, pero no es beneficiaria de ninguna fuente de auxilio dinerario para subsistir dignamente. Ello evidentemente indica que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, y que se vulnera su derecho al mínimo vital y se amenazan otros derechos fundamentales, tales como la vida digna y la salud”.

En esta misma sentencia, se estableció lo siguiente para la aplicación del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 en casos similares: “(i) existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%; (ii) el deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y, (iii) la referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad”.

34. De igual manera, en la Sentencia **T-161 de 2019**, al estudiar la acción de tutela interpuesta por el señor Ricardo Barahona contra Colpensiones, por la negativa en el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a los 180 días, generadas como consecuencia de un trasplante de codo que le impidió reintegrarse a sus labores, la Corte consideró que el referido fondo de pensiones deberá responder por el pago del subsidio de incapacidad a partir del día 181 hasta el día 540 y que, con relación a las incapacidades que superan los 540 días, la obligación de pago recae sobre la E.P.S. Precisó la Corte en este fallo: “(...) Por todo lo anterior, y con base en la obligación impuesta por la Ley 1753 de 2015, se le ordenará a la EPS SOS realizar el pago de las incapacidades que excedan los 540 días hasta que cese su emisión en favor del actor(...)”.

Decreto 1333 de 27 de julio de 2018

35. El Ministerio de Salud y Protección Social expidió el Decreto 1333 de 27 de julio de 2018. Dicho Decreto reguló el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días de la siguiente manera:

“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)”.

36. Del recuento Jurisprudencial y normativo anteriormente expuesto, se denotan las reglas mediante las cuales se orienta la atribución del pago de las

incapacidades generadas, ya sean por el origen de dicha incapacidad o a los diferentes parámetros de temporalidad que operan en los casos de enfermedades de origen común.

Resolución del caso concreto

37. El señor Germán Fandiño interpuso acción de tutela contra Nueva E.P.S., con el fin de que se amparen sus derechos fundamentales, los cuales considera violados ante la negativa en el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas por más de 180 días. Dentro del trámite se ordenó la vinculación de Colpensiones, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Agronegocios de la Sabana S.A.S.

38. Con ocasión al estado de salud en que se encuentra el accionante, la E.P.S. le ha expedido sendas incapacidades en distintos periodos, desde el 14 de febrero de 2014 hasta el 2 de noviembre de 2019. Coinciden las partes en señalar que las incapacidades generadas por los primeros 540 días fueron reconocidas y canceladas al accionante conforme a las disposiciones legales pertinentes. No obstante, afirma el actor que las incapacidades generadas con posterioridad al día 540 no han sido reconocidas y pagadas por la E.P.S.

39. Los jueces de instancia concedieron el amparo invocado y resolvieron “ordenar a Colpensiones que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, reconozca y cancele, previa la acreditación correspondiente de su expedición, al señor GERMÁN FANDIÑO las incapacidades médicas posteriores al día 180 y las que generen con posterioridad al día 540, hasta el momento en que reciba la pensión de invalidez”.

40. Ahora bien, con el fin de adoptar una decisión de fondo y en atención al material probatorio que obra en el expediente, particularmente de la prueba recaudada en sede de revisión, la Sala deberá delimitar el asunto aclarando que en el presente proceso concurren tres situaciones que merecen ser debidamente diferenciadas: (i) existen incapacidades que se pagaron antes de la presentación de la acción de tutela (**que van desde el día 181 hasta el día 540**); (ii) hay incapacidades que se pagaron como consecuencia del cumplimiento de la orden judicial de primera instancia (**que también van desde el día 181 en adelante**); y (iii) algunas incapacidades que se reclamaron en sede de revisión y son posteriores a la solicitud de amparo y a los fallos de instancia (**que son posteriores al día 540**).

41. Frente al primer grupo de incapacidades, que corresponden a las generadas entre los días 181 y 540, encuentra la Sala que fueron pagadas por Colpensiones previa presentación de la acción de tutela, puesto que, en la contestación allegada indica que mediante oficio BZ2018_5905776 de 12 de junio de 2018 le precisó al accionante que el pago de las incapacidades causadas entre el año 2014 y 2015 por concepto de los primeros 360 días, se tramitó mediante la Resolución 731 de agosto de 2016. Es claro que, la acreditación del pago de dichas incapacidades no solo fue hecha por el Fondo en mención en su escrito de contestación y en las intervenciones arrimadas, sino que fue reconocido debidamente por el peticionario, quien en sede de revisión hizo referencia al oficio BZ2016_11742745 de 12 de octubre de 2016, en el cual Colpensiones le reiteró que ya había efectuado dicho pago mediante la Resolución 731 de agosto de 2016.

Teniendo en cuenta que la acción de tutela se presentó el 14 de junio de 2019, resulta claro que para esta fecha ya se había satisfecho cualquier pretensión de pago frente a dichas incapacidades.

En este escenario, no puede hablarse de responsabilidad constitucional alguna frente a Colpensiones, pues es claro que esta entidad procedió de conformidad frente al reconocimiento de estas prestaciones económicas en concreto, tal y como lo informaron las mismas partes del proceso. De tal suerte que no hay discusión alguna en torno a su efectiva cancelación y menos que de ello se derive una violación iusfundamental.

42. *Con relación al segundo grupo de incapacidades, esto es, las que se pagaron con ocasión al cumplimiento de la orden judicial impartida por el a quo, la Sala manifiesta que comparte las decisiones de instancia, por cuanto efectivamente Colpensiones vulneró los derechos fundamentales invocados por el actor, dadas las siguientes razones:*

(i) El hecho de que no se reconozcan y paguen las incapacidades médicas expedidas al señor Germán Fandiño vulnera sus derechos fundamentales, toda vez que se trata de una persona que únicamente cuenta con el ingreso de su salario y al no percibirlo por su condición de salud que le ha acarreado la expedición de incapacidades que superan los 541 días, se le causa un perjuicio irremediable.

*(ii) Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, sobre el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a los 540 días, del cual, es diáfano el entendimiento que dichas incapacidades serán asumidas por las E.P.S., **siempre y cuando** se cumplan con los presupuestos establecidos en el precitado artículo. En el caso objeto de análisis, no se observa el cumplimiento del presupuesto establecido en el numeral 1 del referido artículo, cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.*

Esta inobservancia se fundamenta así: (i) en sede de Revisión se pudo establecer que, según la prueba documental allegada por la accionada, el 14 de septiembre de 2017 Nueva E.P.S. emitió concepto desfavorable de rehabilitación con relación a las siguientes patologías: Radiculopatía, otras degeneraciones específicas de disco intervertebral, osteo artrosis primaria generalizada, enfermedad de reflujo gástrico sin esofagitis, hiperplasia de la próstata, gastritis crónica superficial, hipertensión esencial primaria y asma no especificada, de origen común. Lo anterior indica que, no se cumple con el presupuesto establecido en el numeral 1 del artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, puesto que, en este se establece con claridad que las Empresas Promotoras de Salud pagarán las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a los 540 días, siempre y cuando exista concepto favorable de rehabilitación, hecho que no ocurre, pues se desvirtuó con suficiencia. Y (ii) Es claro que, para la fecha en que se emitieron las incapacidades, ya existía concepto desfavorable de rehabilitación. Es así como, se sustrae de la norma la obligación que en principio se radicó en cabeza de la E.P.S.

43. *En relación con el concepto desfavorable de rehabilitación de 14 de septiembre de 2017, debe precisarse que, aunque es el único que a la fecha se conoce que le haya sido emitido al accionante y pese a que éste solo coincide con 3 de las 8 patologías calificadas al actor por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, es decir, gastritis, otras degeneraciones específicas de disco intervertebral e hipertensión esencial primaria, desconociéndose el estatus de las demás patologías incluidas en el concepto desfavorable emitido por la E.P.S y si frente a algunas existe una probabilidad de recuperación o mejoría, basta con este concepto para que en esta ocasión resulte procedente en todo caso atribuir el pago de las incapacidades a Colpensiones, teniendo en cuenta que la jurisprudencia Constitucional ha señalado que se debe establecer un responsable provisional del pago de las incapacidades cuando no exista certeza de cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe pagarlas.*

En efecto, en la Sentencia **T-004 de 2014** resaltó: “La jurisprudencia constitucional ha sostenido que en los casos en que no se tiene certeza de cuál es la entidad responsable de cubrir determinadas incapacidades laborales, es obligación de alguna de las entidades del Sistema General de Seguridad Social de pagarlas o de lo contrario se causaría al trabajador una afectación a su mínimo vital, por lo cual es juez de tutela debe (sic) señalar quién es el responsable provisional de cumplir dicho deber, aun cuando se otorgue la posibilidad de repetir contra aquél que resulte ser el verdadero obligado. Tal como lo mencionó la sentencia T-786 de 2009:

‘La tutela es, entonces, procedente en ciertos casos para obtener el pago de incapacidades laborales. Cuando lo es, la tutela debe ser resuelta con una definición provisional acerca del sujeto que en principio está obligado al pago de las referidas incapacidades. Pero, la definición que al respecto pueda dar el juez de tutela en nada determina el verdadero y real origen que, de acuerdo con la ley y los reglamentos correspondientes, tienen la enfermedad o el accidente sufrido por el tutelante. Si alguna provisión se adopta en ese sentido, está justificada porque del pago de las incapacidades depende la garantía del mínimo vital del peticionario y de su familia. De manera que, si el sujeto destinatario de las órdenes con las que concluyan las sentencias de tutela en esta materia, estima que es otro sujeto el que debe correr con ellas, debe iniciar el correspondiente trámite regular que el ordenamiento dispone para la definición del origen de las enfermedades o los accidentes, y para la consecuente determinación del sujeto legal y reglamentariamente obligado al pago de la prestación’.

En la sentencia T-418 de 2006 la Corte decidió que no era constitucionalmente viable postergar el pago de mesadas cuando no se tiene certeza legal y reglamentaria de cuál es la entidad que está obligado a hacerlo, pues se le vulneran derechos fundamentales a una persona en condición de debilidad manifiesta, así se estableció que:

‘la Corte ha considerado que la carga que conlleva la incertidumbre entre distintas entidades sobre cu[á]l de ellas debe asumir el pago de obligaciones pensionales ciertas e indiscutibles, no puede ser trasladada al titular del derecho. Menos aún, como se ha manifestado, cuando dicho titular depende del pago de la mesada a la que tiene derecho, para satisfacer el derecho al mínimo vital suyo y de su familia’.

La anterior consideración podría ser aplicable a casos en los cuales, entidades del Sistema General de Seguridad Social, por ausencia de reglamentación eluden el pago de incapacidades laborales y dilata el goce efectivo del derecho al mínimo vital, así, como lo consagró la sentencia T-404 de 2010, ‘lo que corresponde en esos casos es resolver la solicitud ciudadana con la salvedad de no tener certeza acerca de quién debía pagar la correspondiente prestación, y luego repetir contra quien se considera que es el realmente responsable de satisfacer los derechos invocados (...)’.

44. Aunado a ello, la jurisprudencia constitucional ha señalado: “Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia **T-920 de 2009** 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%**”.

45. En el mismo sentido, también se ha sostenido que “el trabajador que es calificado y supera el 50% de pérdida de capacidad laboral, ante la disminución física que padece, las entidades del Sistema les corresponde actuar con

solidaridad y diligentemente reconocer y pagar una suma de dinero con la cual pueda satisfacer sus necesidades básicas; razón por la cual mientras se decide definitivamente sobre el reconocimiento y el pago de la pensión de invalidez, el Fondo de Pensiones deberá costear las incapacidades laborales”.

*46. Finalmente, en la sentencia **T-144 de 2016 se dijo:** “Así, en esa ocasión, se amparó el derecho fundamental al mínimo vital de una persona a la cual le han expedido incapacidades laborales por más de 540 días como consecuencia de varios diagnósticos que habían redundado en **una pérdida de capacidad laboral del 51.77%**, sin que la EPS, la empresa accionada o la AFP hubieren pagado oportunamente las incapacidades prescritas, ni realizado los trámites para reconocer y pagar la pensión de invalidez. En ese caso existía un dictamen que ofrecía certeza de la imposibilidad de rehabilitación del accionante y una negligencia de las entidades en el trámite de su pensión, por tal razón se aplicó una interpretación constitucional del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, **que condicionaba el pago de las incapacidades superiores a los 540 por parte del fondo de pensiones, al trámite y reconocimiento de la pensión de invalidez a la que tenía derecho el actor (...)**”.*

47. En este caso, el accionante cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación expedido por la E.P.S. y adicionalmente, cuenta con calificación del porcentaje de pérdida de su capacidad laboral superior al 50%, por lo que, se ratifica que es Colpensiones quien debe asumir dicha carga prestacional hasta que se surta el trámite definitivo que le reconozca la pensión de invalidez. (...)”.

2.5. COLPENSIONES impugnó la sentencia que se revisa por los motivos aludidos y en torno a ésta se tiene que de la solicitud de tutela y sus anexos y de la contestación emitida por dicha entidad, la EPS Sura y la empresa Distribuidora Venus S.A.S., se desprende que se demostró que:

(i) Con los documentos anexados con la solicitud de tutela y la certificación emitida por la EPS Sura, visibles a folios 80 a 82 del anexo 08 del cuaderno del juzgado, al accionante se le han otorgado incapacidades desde agosto 31 de 2018 hasta junio 8 de 2022, las cuales fueron prorrogadas por enfermedad general de forma ininterrumpida, para un total de 1320 días de incapacidad acumulados.

(ii) Conforme con el historial de incapacidades referido los 180 días de incapacidad se cumplieron en febrero 26 de 2019 y el día 540 en febrero 27 de 2020.

(iii) La EPS Sura emitió concepto favorable de rehabilitación del accionante¹⁴ y se lo notificó a COLPENSIONES en octubre 25 de 2019¹⁵ y posteriormente profirió concepto de rehabilitación desfavorable, el cual fue conocido por la AFP¹⁶, motivo por el que se inició la calificación de pérdida de la capacidad laboral.

(iv) COLPENSIONES emitió el dictamen DML 4436622 de febrero 10 de 2022 que le determinó a John Fredy Sierra Álvarez una pérdida de la capacidad laboral del 50.08%, de origen común y con fecha de estructuración 18/01/2021¹⁷, motivo por el cual el accionante en junio 8 de 2022 radicó ante la entidad solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez.¹⁸

(v) El convocante con la solicitud de tutela reclama el pago de la siguiente incapacidad correspondiente al período de mayo 10 a junio 8 de 2022.



INCAPACIDAD MEDICA HISTORIA CLINICA No. 98558622

Nombre: JOHN FREDDY SIERRA ALVAREZ	Identificación: CC 98558622
Fecha Nac.: 21/09/1970	Sexo: Masculino
Edad: 51 Años	Estado Civil: Soltero
Dirección: Cll 30 A # 83-25	Telefonos: 3105555567 - 3105555567
Responsable: MARIA GALLO	Telefono: 3227 124044
Aseguradora: EPS SURA	Acompañante: MARIA GALLO

Fecha: 12 de Mayo de 2022

Incapacidad: Prorroga por Enfermedad General por 30 (Treinta) días
Desde: 10/05/2022 Hasta: 08/06/2022

Dx: G610 - SINDROME DE GUILLAIN-BARRE

Observaciones:

Firmado por: Maria Cristina Pelaez Escobar Reg Médico: 5003402
Especialidad: Medica General

Frente a la cual en el libelo genitor afirmó que al solicitar a la EPS Sura la transcripción de la incapacidad, la aludida entidad en correo electrónico enviado en mayo 18 de 2022, le informó que no era posible validarla porque presenta una calificación por pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, lo que establece el estado de invalidez permanente¹⁹.

¹⁴ Folio 68 anexo 08

¹⁵ Folios 83 y 84 anexo 08

¹⁶ Folio 73 anexo 08

¹⁷ Folios 72 a 79 anexo 08

¹⁸ Folios 15 16 anexo 10

¹⁹ Folio 3 y 4 anexo 03

2.6. De los hechos expuestos en la solicitud de tutela, la contestación emitida por la EPS Sura, COLPENSIONES y la empresa Distribuidora Venus S.A.S. y sus anexos, el acervo probatorio obrante en el expediente y los precedentes jurisprudenciales citados, se evidencia por la Sala, que la decisión de amparar los derechos fundamentales invocados por el accionante fue acertada, toda vez, que de lo manifestado por aquél en la solicitud de amparo y no desvirtuado por la impugnante, se infiere que el pago de las incapacidades constituye su única fuente de ingreso para satisfacer sus necesidades y las de su familia, razón por la que se presume vulnerado el derecho fundamental al mínimo vital por el no pago de las mismas.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia T 004 de 2014 indicó:

“la Corte estableció la configuración de una presunción respecto a la ausencia del pago de las prestaciones económicas derivadas de las incapacidades laborales, “que se presume que las mismas son la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizarse su mínimo vital y el de su familia, tal como ocurre con su salario”²⁰.

4.1.5. Por lo tanto, el pago de las incapacidades tiene como finalidad resguardar varios derechos fundamentales que se pueden ver afectados al disminuirse las capacidades físicas o mentales del trabajador para acceder a una suma de dinero con el cual solventar una vida en condiciones de dignidad...²¹

Entonces, si bien en principio la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para reclamar los aludidos pagos, lo cierto es que en aras de evitar causar un perjuicio irremediable al accionante y teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional en cuanto a la presunción de vulneración al mínimo vital por el no pago de incapacidades, en este caso procede el amparo constitucional en forma excepcional.

Al Juez a quo le asistió razón en la orden que impartió²², porque de conformidad con lo previsto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 del 2018, en principio el pago de las incapacidades superiores al día 540 correspondería a la EPS, pero

²⁰ Sentencia reiterada en T-789 de 2005, T-684 de 2010, T-468 de 2010.

²¹ Sentencia T 004 de 2014.

²² Ver sentencia T 268 de 2020

sólo en los casos allí contemplados, esto es, “(...) 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). (...)”, lo que no se cumple en este caso, toda vez que para la fecha en que se expidió la incapacidad reclamada²³, ya existía concepto de rehabilitación desfavorable que le fue remitido a COLPENSIONES, como lo indica la AFP en la experticia de calificación de pérdida de la capacidad laboral que emitió.

Aunado a lo anterior, al accionante se le emitió el dictamen DML 4436622 de febrero 10 de 2022 que le determinó una pérdida de la capacidad laboral del 50.08%, de origen común, con fecha de estructuración 18/01/2021, **motivo por el cual le corresponde a COLPENSIONES continuar con el pago de las incapacidades que se le prescriban al accionante, hasta tanto defina si tiene derecho o no al reconocimiento de la pensión de invalidez.**

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia STL1410 de 2022, señaló:

(...) En esa dirección, es oportuno señalar que, en virtud del criterio definido por la Corte Constitucional en sentencia CC T-004-2014, esta Sala, por medio de fallo CSJ STL19348-2017, estableció que en el caso planteado le corresponde a la AFP actuar con solidaridad y costear las incapacidades con las cuales el afectado pueda satisfacer sus necesidades básicas, hasta tanto se decida en forma definitiva el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez.

Lo anterior, tiene respaldo en que, aun cuando la legislación nacional omitió regular de forma específica a qué entidad del Sistema de Seguridad Social le correspondía

²³ Mayo 12 de 2022

pagar las incapacidades generadas después del día 540, este «déficit normativo» no puede vulnerar los derechos fundamentales que dependan directamente del pago de la prestación económica.

Al respecto, en la providencia en cita la Corte consideró que:

Al respecto debe señalar esta Corporación que, con el advenimiento de la **Ley 1753 del 9 de junio de 2015**, el legislador dejó definido cuál es la entidad obligada al pago de las incapacidades superiores a 540 días sin derecho a pensión de invalidez y previo concepto de rehabilitación, radicando este deber en cabeza de la EPS a la cual se encuentre afiliado el trabajador, pues su artículo 67 establece:

[...]

Ahora, en sentencia T-004 de 2014, el máximo órgano constitucional, al referirse sobre un caso de similares realidades fácticas a las aquí planteadas, que si bien solo produce efecto entre las partes del proceso, estableció un criterio orientador sobre el pago de la incapacidad en el evento que estas superen los 540 días, y la afiliada cuente con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, superior al 50%, así:

[...]

“En los casos en que la enfermedad tenga un concepto favorable de recuperación, el trabajador mantiene el derecho a la reinstalación en el cargo que venía desempeñando o la reubicación; pero si la enfermedad genera una pérdida de capacidad laboral superior al 50% ésta da lugar, si se cumplen los demás requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, al reconocimiento de la pensión de invalidez. Sin embargo, la Ley 100 reconoce que la pensión de invalidez solo puede tramitarse cuando las entidades del Sistema de Seguridad Social hayan otorgado el tratamiento indicado y la rehabilitación integral de acuerdo al artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

[...]

4.1.6. En este orden de ideas, la legislación nacional establece que las incapacidades laborales que surjan como consecuencia de una enfermedad de origen común, existe el deber de que alguna de las entidades del Sistema General de Seguridad Social las pague. **No obstante, existe un vacío legal frente al obligado a pagar cuando se superan los 540 días de incapacidad sucesiva, existiendo dos panoramas: 1) que el trabajador tenga un porcentaje inferior al 50% de pérdida de capacidad laboral y se sigan expidiendo incapacidades laborales o, 2) que la disminución en la capacidad laboral sea superior al 50%.**

[...]

4.1.6.2. En el segundo [...] cuando el trabajador que es calificado y supera el 50% de pérdida de capacidad laboral, ante la disminución física que padece, las entidades del Sistema les corresponde actuar con solidaridad y diligentemente reconocer y pagar una suma de dinero con la cual pueda satisfacer sus necesidades básicas; razón por la cual mientras se decide definitivamente sobre el reconocimiento y el pago de la pensión de invalidez, el Fondo de Pensiones deberá costear las incapacidades laborales .

5.2.1. Si bien la legislación nacional omitió una regulación específica respecto a radicar en cabeza de alguna de las entidades del Sistema de Seguridad Social la obligación de pagar las incapacidades generadas después del día 540, este déficit normativo no puede constituirse en una forma de vulnerar los derechos fundamentales que se resguardan con el pago de la incapacidad, sobre todo tratándose de una persona cuyo salario mínimo es el único sustento para vivir en condiciones de dignidad.

[...]

5.4. Sin embargo, con el fin de proteger de manera provisional y transitoria a qué entidad le corresponde y está obligada a responder por las incapacidades laborales mientras se define la situación pensional del actor y conjurar la vulneración a su mínimo vital; como lo estableció la sentencia T-404 de 2010 que determinó provisionalmente a cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social le correspondía el pago de incapacidades laborales del trabajador dependiente, sin hacerlo de manera caprichosa o irrazonable, pues “mientras se decide lo correspondiente al derecho del accionante a recibir la pensión de invalidez, debe ser también el Fondo de Pensiones al cual se encuentre afiliado el trabajador quien corra con las incapacidades laborales, aunque se hayan causado después de ciento ochenta (180) días de incapacidad”, en cumplimiento del principio de solidaridad y con el fin de resguardar los derechos fundamentales de una persona en condiciones de debilidad manifiesta.

5.5. Por ende, como el señor Luis Quiroga tiene derecho a que se le cancelen las incapacidades causadas después del día 540 de incapacidad éstas deberán ser cubiertas por el Fondo de Pensiones al cual se encuentra afiliado el trabajador. Mientras que el trabajador deberá seguir realizando los aportes al Sistema de Seguridad Social y las EPS Saludcoop deberá seguir brindando una atención integral en su estado de salud”.

En el presente asunto, demostrado está, que la accionante fue calificada el 30 de marzo de 2017, con un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 75.93%, con fecha de estructuración del 17 de julio de 2015, por enfermedad de origen común, calificación que excede el porcentaje del 50% establecido en la norma, motivo por el cual, conforme a lo precisado por la Corte Constitucional, al no existir concepto favorable de recuperación, corresponde a las administradoras de fondos de pensiones respectivas, continuar reconociendo y pagando las incapacidades desde el día 181 y hasta cuando se resuelva el derecho a la pensión de invalidez de la afiliada. (...)” (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Por lo expuesto, el Tribunal comparte parcialmente la decisión confutada en cuanto concedió el amparo constitucional y la orden que impartió para materializarlo, pero se precisará que COLPENSIONES debe continuar cancelando las incapacidades hasta que se defina si el accionante tiene derecho o no a la pensión de invalidez, garantizando que no exista solución de continuidad entre el pago del subsidio y la eventual mesada pensional y se revoca en cuanto negó la solicitud de tutela contra el Presidente y/o Representante Legal de la mencionada AFP para, en su lugar, hacer extensiva la orden impartida y la advertencia a dicho funcionario, “por ser quien tiene el deber de

garantizar la materialización de los derechos de los afectados y responder por los incumplimientos de la institución que representa”²⁴ y asumir una posición diferente, llevaría a afirmar que nada tendría que ver en este asunto y con ello que en servicios como los reclamados por activa, esa agencia estatal tampoco intervendría, juicio que desbordaría sus deberes, constituciones, legales y reglamentarios y desconocería, no solo las normas que regulan la materia debatida, sino también la clara y explícita jurisprudencia de las altas Cortes.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha dicho:

*“El principio de coordinación administrativa implica que, dada la existencia de una función administrativa específica, que refleja cierto grado de jerarquía funcional entre una autoridad que coordina y otros funcionarios encargados de la ejecución de la labor, la autoridad jerárquicamente superior será siempre responsable de la orientación, vigilancia y control de sus subalternos. De donde el delegante siempre responde por el dolo o culpa grave en el ejercicio de las funciones de vigilancia, control y orientación del delegatario en lo que concierne al ejercicio de la función delegada, por lo cual cuando la norma acusada prescribe que nunca quedará exonerado de dicha responsabilidad, simplemente corrobora o ratifica lo dispuesto por el artículo 211 de la Constitución, leído en su correcta interpretación sistemática. La función de vigilancia, orientación y control de la que no se desprende el delegante por el hecho de la delegación implica que, respecto de ella, siempre conserve una responsabilidad subjetiva, como justamente lo prevé la disposición acusada, responsabilidad por la que el servidor público responde individualmente por sus acciones y decisiones.”*²⁵

DECISIÓN

En razón y mérito de lo expuesto, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN FAMILIA** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por mandato constitucional,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida, en agosto dieciocho (18) de dos mil veintidós (2022), por el Juez Segundo de Familia de Oralidad de Medellín, Antioquia, en cuanto tuteló los

²⁴ Ver auto STP1462-2015 C.S.J. Sala de Casación Penal M.P. Eugenio Fernández Carlier.

²⁵ Sentencia C- 693 de 2008

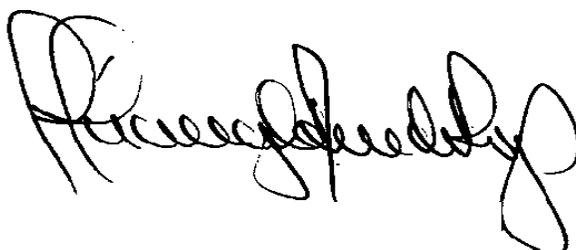
derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de John Fredy Sierra Álvarez y la orden que impartió para materializarlo, pero se precisa que COLPENSIONES debe continuar cancelando las incapacidades hasta que se defina si el accionante tiene derecho o no a la pensión de invalidez, garantizando que no exista solución de continuidad entre el pago del subsidio y la eventual mesada pensional; negó el amparo contra la EPS Sura y desvinculó del trámite constitucional a la empresa Distribuidora Venus S.A.S.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto del fallo aludido en cuanto negó el amparo constitucional contra el Presidente y/o Representante Legal de COLPENSIONES para, en su lugar, hacerle extensiva la orden impartida y la advertencia a dicho funcionario, por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz.

CUARTO: Una vez se notifique esta providencia, se deberá enviar el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con el Acuerdo PCSJ20-11594 del 13 de julio de 2020.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



FLOR ÁNGELA RUEDA ROJAS
Magistrada

LUZ DARY SÁNCHEZ TABORDA
Magistrada
(Ausencia justificada)



GLORIA MONTOYA ECHEVERRI
Magistrada

M.S

Firmado Por:
Flor Angela Rueda Rojas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 De Familia
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **e72caa0f93f307afc21cdc46e58a652847c18f34a1dfc3479212bce3c12fba66**

Documento generado en 16/09/2022 10:53:01 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>