



JUZGADO VEINTIDÓS (22) LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Medellín, dieciséis (16) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA N°41
ACCIONANTE	STELLA BAENA RUIZ
ACCIONADA	• SURA EPS • COLPENSIONES
RADICADO	N° 05001 31 05 022 2021 00088 00
INSTANCIA	PRIMERA
PROVIDENCIA	SENTENCIA N° 58
TEMAS	Subsidios por incapacidades posteriores a 180 días: Mínimo vital, seguridad social y dignidad humana.
DECISIÓN	CONCEDE amparo constitucional en relación con COLPENSIONES.

SENTENCIA TUTELA

Dentro de la oportunidad señalada en el artículo 86 de la Constitución Nacional se procede a resolver la presente Acción de Tutela promovida por **STELLA BAENA RUIZ**, identificada con C.C. No. 43.436.850, en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **SURA EPS**.

ANTECEDENTES

Pretende la accionante mediante la presente acción de amparo constitucional se tutelen sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la dignidad humana, en consecuencia, se le ordene a las accionadas el pago de las incapacidades adeudadas desde el 8 de abril de 2020.

Como sustento de sus peticiones indica “que es una mujer de 56 años, actualmente vivo con mi núcleo familiar constituido por mis hijos y esposo, respondo económicamente por mis hijos. No cuento con ningún otro tipo de ingreso, negocio o actividad que me genere lucro económico. En el año 2012 fui diagnosticada con la enfermedad de Lupus, la cual, durante gran parte de mi vida profesional, me permitió desempeñar mis labores de manera normal y sin inconveniente alguno. En octubre de 2019, sufrí un aneurisma cerebral, estuve hospitalizada 42 días, tuve varias complicaciones de salud que me llevaron a tratamientos médicos con varias especialidades y seguimiento permanente por parte de la EPS, generando incapacidades prorrogadas. El día 27 de febrero de 2020, a causa de la enfermedad, la EPS SURA emitió concepto desfavorable de rehabilitación, razón por la cual procedí a solicitar calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral. Con fecha 25 de agosto de 2020, el fondo de Pensiones COLPENSIONES notificó el dictamen con un porcentaje de pérdida de 43.58%, lo que me llevó a presentar recurso de apelación ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia. Por lo anterior el dictamen de PCL aún no ha quedado en firme. Mi empleador, de manera responsable ha realizado los pagos oportunos desde el inicio de mi incapacidad y la EPS SURA le reconoció los pagos de estos hasta el día 180, es decir, hasta el 07 de abril de 2020. A partir del día 180 no he recibido pago alguno de estas incapacidades, he presentado 3

reclamaciones, recibí respuesta de la primera en la que Colpensiones me informaba que no se iba a reconocer el pago de estas debido a que la EPS generó concepto desfavorable de rehabilitación, razón por la cual no he recibido el pago de ninguna incapacidad desde el mes de abril del año 2020 hasta la actualidad; encontrándome aún en tratamiento médico e incapacitada en la actualidad. La negativa a estos pagos ha afectado mi calidad de vida y mi derecho al mínimo vital y móvil, porque, aunque mi Empleador ha realizado todas las acciones tendientes para no desmejorar mi calidad de vida y no teniendo la obligación de acompañarme en este proceso, no hemos encontrado la forma para que las entidades responsables del pago de mis incapacidades se hagan cargo del tema en cuestión”.

TRÁMITE PROCESAL

Por cumplir con los requisitos consagrados en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, se admitió y se ordenó darle trámite preferencial a la presente acción de amparo constitucional, comunicándole a las accionadas dicho proveído, y se le solicitó que en el término de dos días informaran sobre lo allí señalado.

RESPUESTA A LA TUTELA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES allegó respuesta por medio electrónico en la que indicó: *“Que verificados los sistemas de información de la entidad se evidencia que la accionante ha radicado solicitud de determinación del subsidio de incapacidad de los siguientes ciclos: Del 5/04/2020 al 30/04/2020, del 1/05/2020 al 29/05/2020, del 30/05/2020 al 27/06/2020, del 2/06/2020 al 12/07/2020 del 13/07/2020 al 11/08/2020, del 12/08/2020 al 26/08/2020 y del 27/08/2020 al 25/09/2020.”*

“Frente a lo anterior, Colpensiones dio respuesta a la solicitud mediante oficio del 25 de febrero de 2021 informando que no es procedente el pago de incapacidades dado que la EPS SURA remitió concepto de rehabilitación DESFAVORABLE el 28 de febrero de 2020.”

De conformidad con las razones expuestas, la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, se permite realizar las siguientes solicitudes: DENIEGUE la acción de tutela contra COLPENSIONES por cuanto las pretensiones son abiertamente IMPROCEDENTES, como quiera que la presente tutela no cumple con los requisitos de procedibilidad del art. 6º del Decreto 2591 de 1991, así como también se encuentra demostrado que Colpensiones no ha vulnerado los derechos reclamos por el accionante y está actuando conforme a derecho.

Por su parte SURA EPS dio respuesta en los siguientes términos: *“Se le informa al despacho que el accionante en nuestro sistema de información registra un acumulado 351 días de incapacidad; los cuales, a la fecha EPS SURA realizó el pago correspondiente a los 180 días al empleador TRANSPORTES RAPIDO OCHOA S.A. a través de transferencia realizadas a la cuenta de corriente 61662402266 Bancolombia, como lo establece la ley; momento a partir del cual le corresponde a la*

AFP seguir con el pago de las mismas hasta llegar al día 540. Señor Juez, el accionante fue remitido a la AFP Colpensiones el día 27 de febrero de 2020 con concepto medico de rehabilitación Desfavorable. Es de aclarar que a la fecha la EPS sura no ha sido notificada del dictamen de PCL que la accionante menciona en el escrito. Por lo anterior, no es procedente para EPS SURA realizar el pago de las incapacidades reclamadas, toda vez que por encontrarse entre el periodo de 180 a 540 días le corresponde su pago a la AFP. Sólo a partir del día 540 la EPS reasume el pago de acuerdo con la normatividad vigente. Es importante anotar que la solicitud de pago de las incapacidades o licencias debe dirigirse al empleador según lo señalado en la circular externa No 011 de 1995 de la Superintendencia de Salud y el artículo 31 del decreto 1818 de 1996, los cuales indican que el pago de las prestaciones económicas las debe realizar el empleador al afiliado cotizante en la periodicidad de la nómina toda vez que es con este que presenta un vínculo laboral y no con la EPS.”

Conforme a la respuesta dada a los hechos, las pruebas adjuntas y el fundamento jurídico y jurisprudencial, solicita de manera respetuosa NEGAR el amparo constitucional solicitado por la parte accionante y en consecuencia, declarar la IMPROCEDENCIA de esta acción de tutela por no vulneración de un derecho fundamental por parte de EPS SURA.

CONSIDERACIONES:

1. COMPETENCIA

La acción de Tutela se encuentra expresamente consagrada en los artículos 86 de la Constitución Política De Colombia de 1991 -CP- y el Decreto 2591 de 1991 como un mecanismo para la protección inmediata de los Derechos Fundamentales Constitucionales cuando quiera que estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública, o de un particular en los casos contemplados por la ley; dicho mecanismo opera siempre y cuando el ciudadano afectado no disponga de otros medios para la protección de los derechos conculcados o, existiendo esos medios, la acción se utilice como instrumento transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Y para que se pueda estudiar de fondo una acción constitucional de tutela se deben analizar los aspectos de la legitimación en la causa de las partes, de la inmediatez y de la subsidiariedad de esta clase de acción.

En esta causa la señora **STELLA BAENA RUIZ** es titular de los derechos fundamentales que invoca pues está afiliada al sistema de seguridad social integral del artículo 48 de la CP según se extrae de sus afirmaciones y de las contestaciones a la acción por parte de las tuteladas, quienes a su vez están **legitimadas en la causa** por pasiva en sus condiciones de entidades a cargo del aseguramiento de la actora respecto de Sistema General De Pensiones -SGP- y del Sistema General De Seguridad Social En Salud -SGSSS- creados por medio de la Ley 100 de 1993.

Sobre la **inmediatez** debe decirse que la protección de los derechos fundamentales, vía acción constitucional de tutela, debe invocarse en un plazo razonablemente inmediato y oportuno contado entre la ocurrencia del hecho generador de la transgresión y la interposición del amparo, para asegurar el principio de seguridad jurídica y de la preservación de la naturaleza propia de la acción de tutela; sin embargo de lo cual “... *no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela, (i) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. Y (ii) cuando la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros*” (Sentencia de tutela 161 del año 2019).

Y en este caso la vulneración de los derechos invocados por la tutelante es continuada y persiste toda vez que se ha prologando en el tiempo y a la fecha, según su afirmación, sigue sin percibir, por parte de las accionadas, el pago de las incapacidades superiores a los 180 días que le fueron prescritas por médico tratante.

Además, por tratarse de la reclamación de incapacidades prescritas médicamente se debe analizar la diligencia del tutelante frente a las tuteladas para procurar obtener el correspondiente pago, lo cual en esta causa está acreditado si se miran las respuestas de las tuteladas de las que se extrae que conocen de los hechos que fundamentan esta acción constitucional.

En cuanto a la subsidiariedad de la acción se tiene que, en el caso de la tutelante, ella afirma, sin que haya algo que indique no es así, que vela económicamente por sus hijos y que no tiene otro ingreso diferente para subsistir al recurso que obtiene por la venta de su fuerza de trabajo y por ello, aunque en principio cuenta con otros medios de defensa judicial en los términos de los artículos 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social y 126 de la Ley 1438 de 2011, ellos serían inidóneos, ineficaces e inoportunos ya que se supone la vulneración de derechos fundamentales habida cuenta de que los recursos por las incapacidades para trabajar constituye la única fuente de subsistencia para sí y para su núcleo familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata; además de que es inminente lo irremediable del perjuicio ante la falta de recursos para atender las necesidades de la vida diaria.

2. PROBLEMA JURÍDICO Y SU DESARROLLO

Entonces debe estudiarse de fondo esta acción constitucional que tiene como **problema jurídico** el de establecer si las tuteladas vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital y a la dignidad humana de la tutelante al negarse a reconocer y pagar lo correspondiente a las incapacidades por enfermedad común que le fueron expedidas con posterioridad a los primeros 180 días.

Y sobre esto la jurisprudencia nacional, especialmente la de la H. Corte Constitucional, se ha pronunciado en diversas ocasiones, ejemplo de lo cual son las Sentencias T-401 de junio 23 del año 2017 y T-161 de abril 9 del año 2019, la primera, que fue citada en la segunda, la cual se transcribe en lo pertinente y que contiene las indicaciones para la solución del caso concreto:

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

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”* y, por tanto, en su emisión *“el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada”*. 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[l] (...) 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”.

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 2001 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 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 2012, 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”.*

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

21. Es pertinente señalar que, respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181, se han suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001.

Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren **a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones** a la que está afiliado el trabajador, **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 trabajador.

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 caso.

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”*, 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 trabajador.

24. Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, *“el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello”*.

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

Al respecto, cabe indicar que la norma legal referida no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral.

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

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 correspondiente.
- (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 Constitucional 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 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”.

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 2010**, 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”*. 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”*.

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 días. 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 2010** en la cual, si bien se hicieron algunas consideraciones en torno al déficit de protección de 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 2013**, 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 es, los suscitados a partir de la vigencia de la ley –9 de junio de 2015–, 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 Constitucional. 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 posterioridad; (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 Salud.

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 2016**, 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 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 igualdad.

36. Posteriormente, mediante la sentencia **T-200 de 2017**, 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 calificado.

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”*. 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 vigencia.”.

3. CASO CONCRETO

La señora **STELLA BAENA RUIZ** se encuentra afiliada al sistema de seguridad social Integral a los subsistemas SGSSS a Empresa Promotora De Salud -EPS- a SURA y al SGP a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, en el régimen contributivo.

Ahora, teniendo la condición mencionada, acredita prescripciones de incapacidades para trabajar expedidas por médicos tratantes adscritos a la EPS de forma continua entre octubre 11 del año 2019 y septiembre 25 del año 2020 con diagnóstico I605 (CIE-10), según se extrae del documento de marzo 10 del año 2021 expedido por SURA y que hace parte del expediente, es decir, por 351 días.

Y respecto de esas incapacidades para trabajar la EPS SURA ha pagado **auxilios** económicos por los primeros 180 días, cosa que no se discute por los intervinientes. Y

como por esa entidad promotora se produjo concepto de rehabilitación no favorable, remitió el caso a COLPENSIONES, en febrero del año 2020, hecho que igualmente es aceptado, para que procediera con el pago de los subsidios económicos siguientes y para que se procediera igualmente con los trámites correspondientes ante esta entidad administradora del Régimen Solidario De Prima Media Con Prestación Definida del SGP. Sin embargo, aunque COLPENSIONES emitió dictamen de calificación de la capacidad laboral de la actora, ha rechazado el pago de subsidios económicos por incapacidad para trabajar prescritas con posterioridad al día 180, es decir, desde abril 8 del año 2020, por considerar que el concepto médico desfavorable de rehabilitación emitido en relación con la actora mantiene en la EPS SURA la obligación de pagar los subsidios que se causen, según lo justifica con la interpretación que le da al artículo 41 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 142 del Decreto 19 del año 2012.

Pero, tal como desprende de la normatividad y la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, en todo caso de superación de 180 días de incapacidades para trabajar subsidios económicos se causan a cargo de la entidad administradora del sistema pensional, que en este caso, es claramente ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-.

En este sentido se encuentra que se vulneran los derechos fundamentales de la tutelante al mínimo vital y a la dignidad humana, además del referido a la seguridad social, por **COLPENSIONES** y se le ordenará pagar los subsidios por incapacidades prescritas entre abril 8 y septiembre 25 del año 2020.

Finalmente, frente a la petición del tutelante, referente a ordenar a la entidad accionada el pago de incapacidades que se generen a futuro, se negará, toda vez que no tiene fundamento fáctico para dar una orden sobre un hecho que no se presentó, pues se conoce que incapacidades para trabajar prescritas a la tutelante por el diagnóstico I605 se terminaron en septiembre del año 2020. Posteriormente se han prescrito otras, pero por otros diagnósticos diferentes que no se relacionan con las anteriores, o no hay prueba de ello en el expediente, y aparecen entonces como causadas por otros eventos diferentes. Además, respecto de las cuales no se queja la tutelante ni se conoce que SURA EPS o la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES hayan negado su reconocimiento y pago.

En estos términos se encuentra que la EPS SURA no ha vulnerado derecho alguno a la tutelante pues cumplió sus obligaciones como tal en relación con los auxilios por incapacidades causados en los primeros 180 días de incapacidad para trabajar prescritas a la actora, además de haber emitido concepto del caso, de conformidad con la normatividad.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTIDÓS (22) LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, Administrando Justicia, en nombre de la **REPÚBLICA DE COLOMBIA** de Colombia y por Autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana, de la señora **STELLA BAENA RUIZ** identificada con cédula de ciudadanía número **43.436.850** vulnerados por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -**COLPENSIONES**-.

SEGUNDO: ORDENAR a **COLPENSIONES**, que en el término de las **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS HÁBILES** siguientes a la notificación de este fallo, pague a la tutelante los subsidios por incapacidades prescritas por los médicos tratantes de la Empresa Promotora De salud SURA entre abril 8 y septiembre 25 del año 2020.

TERCERO: Rechazar el amparo solicitado por la señora **STELLA BAENA RUIZ** en relación con **SURA EPS**.

CUARTO: Si la presente sentencia no fuere impugnada dentro del término señalado en el artículo 31 del Decreto 2591 citado, por la secretaría se enviarán las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese en legal forma a las partes la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ALEJANDRO RESTREPO OCHOA
Juez