

13001-33-33-003-2022-00161-01

Cartagena de Indias D. T. y C., uno (1) de agosto de dos mil veintidós (2022).

## I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>MEDIO DE CONTROL</b>	<b>IMPUGNACIÓN DE TUTELA</b>
<b>RADICADO</b>	<b>13001-33-33-003-2022-00161-01</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>XIOMARA UTRIA MENDOZA</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- Y ASOCIACIÓN MUTUAL SER EMPRESA SOLIDARIA DE SALUD E.S.S.</b>
<b>VINCULADO</b>	<b>POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. Y JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOLÍVAR</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE</b>	<b>JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL</b>
<b>TEMA</b>	<b>DERECHOS FUNDAMENTALES AL MÍNIMO VITAL, DIGNIDAD HUMANA E IGUALDAD</b>

## II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala<sup>1</sup> de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la Asociación Mutual Ser Empresa Solidaria de Salud E.S.S., en calidad de accionada, contra la sentencia de fecha ocho (8) de junio de dos mil veintidós (2022)<sup>2</sup>, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que resolvió tutelar el derecho fundamental a la seguridad social en conexidad a los derechos al mínimo vital, salud y vida digna de la señora Xiomara Utria Mendoza.

## III. ANTECEDENTES

### 3.1. DEMANDA

#### 3.1.1. Hechos.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del ARTÍCULO 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 de Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual los cuerpos colegiados de las Altas Cortes y Tribunales del país podrán hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

<sup>2</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 26Sentencia.

<sup>3</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 01DEMANDA – Folios 1-3.

13001-33-33-003-2022-00161-01

Como fundamentos facticos de la solicitud de amparo, la actora precisa tener 56 años, estar afiliada a la EPS Mutual Ser en calidad de cotizante y al fondo de pensiones Colpensiones, asimismo, que desde el 14 de mayo de 2019 se encuentra incapacitada por enfermedad de origen común. En ese orden, señala que por parte de la EPS le fueron cancelados subsidios por incapacidad desde mayo de 2019 a diciembre de ese mismo año.

Así, expone que el día 02 de marzo de 2020 la EPS Mutual Ser le notificó dictamen de origen de enfermedad, en el cual se determinó el diagnóstico "M511 trastorno de disco lumbar y otros, con radiculopatía de origen laboral" y, de otra parte, "M508 otros trastornos del disco cervical de origen común". Sin embargo, arguye que luego de dicho dictamen ha continuado incapacitada sin que se le estén cancelado las respectivas incapacidades y que, igualmente, a la fecha Colpensiones no ha procedido con la calificación de su pérdida de capacidad laboral, ni con el origen de esta.

Del mismo modo, que el 17 de marzo de 2022 Mutual Ser le notificó concepto de rehabilitación desfavorable; dictamen para el cual todas las incapacidades fueron diagnosticadas de origen común.

Finalmente, la actora alude que su situación económica y familiar es delicada, pues no cuenta con sustento ni depende económicamente de nadie más, su esposo falleció en el año 2020 y desde entonces es ella quien ha debido asumir todos los gastos del hogar, a lo que se adiciona el no poder seguir laborando y no ser informada del trámite de calificación de su pérdida de capacidad laboral ni del pago de sus incapacidades.

### 3.1.2. Pretensiones.<sup>4</sup>

Con base en los hechos esbozados el escrito de demanda, la actora solicita lo siguiente:

**"PRIMERO:** Se me TUTELEN los derechos fundamentales constitucionales al **MINIMO VITAL, DIGNIDAD HUMANA, A LA IGUALDAD**, vulnerados por la **EPS MUTUAL SER y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

**SEGUNDO:** ORDENAR a quien corresponda bien sea **MUTUAL SER EPS o COLPENSIONES** en un término no mayor a 24 horas, cancelar las

<sup>4</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 01DEMANDA – Folio 3.

13001-33-33-003-2022-00161-01

*incapacidades registradas desde el 06 de marzo de 2020 hasta la fecha, las cuales no me han sido canceladas."*

## 3.2. CONTESTACIÓN

### 3.2.1. Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-.<sup>5</sup>

La accionada Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- rindió informe de la acción constitucional de la referencia, en el cual sostiene que, acorde al sistema de información de la entidad, la última radicación sobre incapacidades por la accionante fue el 11 de octubre de 2021 y mediante comunicación del 31 de enero de 2022 BZ2021\_12012688 se informó a esta las causales por la que no procedía el pago de ciertos periodos. Asimismo, que hasta la fecha no se encuentra solicitud radicada por la accionante pendiente por resolver, por lo que asevera no estar vulnerando derecho alguno.

De igual manera, expone que mediante oficio de 07 de abril de 2022 se dio a conocer lo respectivo frente a la solicitud de determinación de pérdida de capacidad laboral.

En relación con el pago de incapacidades por vía de tutela, señala que al tratarse de una prestación de carácter económico esta pretensión desnaturaliza este mecanismo de protección frente a los derechos invocados, por cuanto no se ha sometido a los procedimientos pertinentes e idóneos para su solución.

Por otra parte, alega la improcedencia del pago de incapacidades por concepto de rehabilitación desfavorable y, de conformidad con ello, concluye que la acción carece de objeto, al no haber derechos fundamentales violados por parte de esta entidad.

En razón a los anteriores argumentos, solicita denegar la acción de tutela en su contra.

### 3.2.2. Positiva Compañía de Seguros S.A. – en calidad de vinculada.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 07AnexoInformeTutela.

<sup>6</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 17AnexoCorreoInforme.

**13001-33-33-003-2022-00161-01**

Positiva Compañía de Seguros S.A presentó escrito en respuesta a la presente acción constitucional, a través del cual sostiene que no es procedente tutelar los derechos invocados por la accionante respecto a esta entidad, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

Informa que la señora Xiomara Utria Mendoza reporta un evento de fecha 12 de mayo de 2020, en el cual fue calificada en primera oportunidad por parte de la EPS Mutual Ser con incapacidades de origen mixto, mediante dictamen No. 70032 del 28 de febrero de 2020, determinación frente a la cual la ARL se pronunció de acuerdo con la definición común de la patología "*M508 otros trastornos del disco cervical*", mientras que se manifestó en desacuerdo con el origen laboral establecido sobre el diagnóstico "*M511 trastorno de disco lumbar y otros, con radiculopatía*", al considerar que también es de origen común, todo ello el día 15 de mayo de 2020 bajo el oficio No. SAL-2020 01 005 079849.

Conforme a lo anterior, bajo la discrepancia sobre el origen del diagnóstico "*M511 trastorno de disco lumbar y otros, con radiculopatía*", remitió el caso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, situación para la que se notificó a la EPS Mutual Ser el 30 de julio de 2020 bajo el oficio No. SAL-2020 01 005 158893, esto con el fin de que remitiera el expediente documental de la señora Xiomara Utria Mendoza a la Junta Regional. Así, teniendo en cuenta que no se recibió información respecto de la controversia elevada, el día 20 de mayo de 2021 bajo oficio No. SAL-2021 01 005 239850 solicitó información sobre el caso a la EPS Mutual Ser, de ello afirma que a la fecha no ha obtenido respuesta.

De otra parte, frente al pago de los periodos de incapacidad que solicita la actora, sostiene no ser la llamada a responder teniendo en cuenta que dichas incapacidades han sido emitidas en atenciones en salud suministradas por la EPS Mutual Ser, además, que estas tienen como diagnóstico principal de justificación su patología cervical, definida de origen común en primera oportunidad por la EPS Mutual. En consecuencia, esgrime que el reconocimiento económico debe reclamarse ante la respectiva EPS y/o AFP.

Finalmente, propone la falta de legitimación en la causa por pasiva en relación con Positiva Compañía de Seguros S.A., toda vez no ha ejecutado acción ni omisión que afecte los derechos fundamentales aquí reclamados.

13001-33-33-003-2022-00161-01

### **3.2.3. Asociación Mutual Ser Empresa Solidaria de Salud E.S.S.**

La accionada Asociación Mutual Ser Empresa Solidaria de Salud E.S.S. no rindió informe sobre los hechos que le interesan de la presente acción.

### **3.2.4. Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar – en calidad de vinculada.**

La vinculada Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar no rindió informe sobre los hechos que le interesan de la presente acción.

## **3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

A través de sentencia de fecha ocho (8) de junio de dos mil veintidós (2022)<sup>7</sup>, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió tutelar el derecho fundamental a la seguridad social en conexidad a los derechos al mínimo vital, salud y vida digna de la accionante, para lo cual, como fundamentos de su decisión sostuvo lo siguiente:

En primera medida, anotó que el derecho fundamental cuya vulneración directa debía analizarse era de la seguridad social, mientras que las restantes garantías aducidas por la accionante como vulneradas sólo podrían entenderse inobservadas en forma conexa a este.

Ahora bien, en lo atinente al reconocimiento y pago de las incapacidades alegadas por la actora, estimó que conforme a las obligaciones que recaen sobre los diferentes actores del Sistema General Integral de Seguridad Social, en el presente caso la llamada a responder es Mutal Ser EPS, ello toda vez que: (i) el examen fue enfocado en contingencias de origen común; (ii) se debe establecer un responsable provisional del pago de las incapacidades cuando no existe certeza de cuál entidad del SGSS debe pagarlas; (iii) el pago de las incapacidades desde el día 17 de mayo de 2019 al 16 de noviembre de ese mismo año, corresponde a la EPS; (iv) entre el día 181 y 540 de incapacidad, esto es, desde el día 17 de noviembre de 2019 al 7 de diciembre de 2020, el pago correspondía en principio a la AFP, sin embargo, Mutal Ser no atendió su deber de emisión del respectivo concepto de rehabilitación sino hasta el día 17 de marzo de 2022; y (v) la responsabilidad de sufragar incapacidades posteriores al día 540 en adelante, es decir, a

<sup>7</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 26Sentencia.

**13001-33-33-003-2022-00161-01**

partir del día 8 de diciembre de 2020 y hasta el día en que se presentó la acción, está asignada a la EPS.

En mérito de lo anterior, el *a quo* concluyó que la empresa Mutual Ser vulnera el derecho fundamental a la seguridad social en conexidad con el mínimo vital, salud y vida digna de la señora Utria Mendoza al negarse a reconocer y pagar a esta las correspondientes incapacidades que le fueron generadas con posterioridad al día 6 de marzo de 2020.

Por último, en lo concerniente a la presunta vulneración del derecho a la igualdad, estimó que no se encontraba acreditada, ya que no hubo referencia a ninguna situación particular en concreto que emitiera un juicio razonado sobre tal tópico.

### **3.4. IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA.<sup>8</sup>**

El día diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022) la accionada Asociación Mutual Ser Empresa Solidaria de Salud E.S.S. presentó escrito de impugnación contra la decisión de primera instancia, a través del cual pretende que se revoque el numeral segundo de dicha providencia y, en su lugar, se ordene que el periodo de incapacidades del 28 de mayo de 2020 al 28 de mayo de 2021 corresponda a la AFP Colpensiones, entendiéndose la responsabilidad de Mutualser EPS comprendida del 28 de mayo de 2021 en adelante. Como argumentos de su defensa se destaca:

Afirma haber sufragado las prestaciones económicas que la usuaria ha radicado en Mutual Ser EPS y, por ello, el último periodo de incapacidades continuas correspondió del 06 de enero de 2020 al 27 de mayo de 2020, tiempo dentro del cual sostiene haber cumplido con la emisión y notificación del concepto de rehabilitación a Colpensiones, en fecha del 22 de mayo de 2020 y con el expediente completo de la afiliada. En consecuencia, estima que las incapacidades desde 28 de mayo de 2020 y las que se emitan con posterioridad corresponden de forma exclusiva la AFP hasta el día 541, que para el caso serían las posteriores a mayo del 2021 hasta la fecha.

Asimismo, destaca que las incapacidades del 15 de mayo de 2019 al 06 de diciembre de 2019 fueron interrumpidas por rompimiento de prórroga, por lo que se reinició el conteo.

---

<sup>8</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 32Impugnacion.

13001-33-33-003-2022-00161-01

### **3.5. ACTUACIÓN PROCESAL**

A través del auto de fecha veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)<sup>9</sup>, el *a quo* concedió la impugnación presentada por la Asociación Mutua Ser Empresa Solidaria de Salud E.S.S., parte accionada.

La presente tutela fue repartida a esta Corporación, mediante Acta de reparto de fecha cinco (5) de julio de dos mil veintidós (2022)<sup>10</sup>.

### **IV. CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad, y, en consecuencia, como no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede resolver la alzada.

### **V. CONSIDERACIONES**

#### **5.1. COMPETENCIA**

Conforme lo establecido el Decreto 2591 de 1991, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**, es competente para conocer en segunda instancia de la presente acción.

#### **5.2. PROBLEMA JURÍDICO**

Habida cuenta de los hechos y antecedentes procesales de esta actuación, la solución del presente caso exige a la Sala responder los siguientes problemas jurídicos:

*¿En el caso sub examine se encuentran acreditados los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela?*

En supuesto de que el anterior interrogante sea resuelto de manera afirmativa se pasara a resolver el siguiente:

*¿Establecer si las accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social en conexidad a los derechos al mínimo vital,*

<sup>9</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 35ConcedelImpugacion.

<sup>10</sup> Expediente Digital – Segunda Instancia, 01ActaReparto.

13001-33-33-003-2022-00161-01

*salud y vida digna de la accionante al negarse a reconocer y asumir el pago correspondiente a las incapacidades que le fueron expedidas con posterioridad a los 180 días por enfermedad común?*

En atención a los antecedentes procesales del caso sub iudice, la Sala deberá estudiar, primero, (i) el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la tutela, en segundo lugar, (ii) los parámetros normativos y jurisprudenciales relativos al reconocimiento y pago de incapacidades laborales. y, por último, (iii) analizar el caso en concreto.

### 5.3. TESIS DE LA SALA.

La Sala sostendrá como tesis que en el presente asunto si es procedente la acción tutela para reclamar el pago de incapacidades laborales, al encontrarse acreditados los requisitos legales y jurisprudenciales para ese efecto.

Con relación al segundo problema jurídico, se estima que corresponde a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- el pago de incapacidades correspondientes al periodo comprendido entre el día 181 y 540, por otro lado, encuentra la Sala que respecto a las incapacidades generadas a partir del día 541 hasta la actualidad, le corresponde la obligación del pago a la EPS Mutua Ser.

### 5.4. ANALISIS DE LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

#### 5.4.1. Legitimación en la causa.

Sobre el particular el artículo 1º del Decreto Ley 2591 de 1991<sup>11</sup> dispone que la acción de amparo constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona en nombre propio o a través de representante, a fin de solicitar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particulares.

De conformidad con lo anterior, en lo que respecta a la **legitimación en la causa por activa**<sup>12</sup>, en efecto, la señora Xiomara Utria Mendoza acreditó la

<sup>11</sup> Decreto 2591 de 1991, artículo 1. Documento autentico.

<sup>12</sup> Decreto 2591 de 1991, "ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERES. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma ..."

13001-33-33-003-2022-00161-01

inhabilidad física para el desarrollo de labores que le generó el reconocimiento de incapacidades médicas y la hace titular de los derechos presuntamente conculcados.

A su turno, la **legitimación en la causa por pasiva**<sup>13</sup> igualmente se halla acreditada, por cuanto la acción se dirige contra la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, la Asociación Mutual Ser Empresa Solidaria de Salud E.S.S. y, asimismo, se observa que a través de auto admisorio de veinticinco (25) de mayo de dos mil veintidós (2022)<sup>14</sup> el *a quo* resolvió vincular al Municipio de Soledad Atlántico- Alcaldía Municipal; considerando esta Sala que frente a estas entidades se satisface el requisito en mención debido a la imputación que se les hace en el libelo introductorio con relación a la vulneración de los derechos fundamentales aquí deprecados, así como que cuentan con funciones y competencias relacionadas con el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas que aquí se pretenden.

Finalmente, también viene acreditada la legitimación de Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, en calidad de tercera interesada en las resultas del proceso, en consideración a la vinculación que hiciera el *a quo* en auto de fecha dos (2) de junio de dos mil veintidós (2022)<sup>15</sup>.

#### 5.4.2. Inmediatez.

La inmediatez es una exigencia jurisprudencial<sup>16</sup> que reclama la verificación de una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales. Así también, la jurisprudencia constitucional ha sostenido de forma reiterada<sup>17</sup> que, cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo, no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela puesto que la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos es continúa y actual.

<sup>13</sup> Decreto 2591 de 1991, "ARTICULO 13. PERSONAS CONTRA QUIEN SE DIRIGE LA ACCION E INTERVINIENTES. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. (...)"

<sup>14</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 04Admite.

<sup>15</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 24AutoVincula.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencia de Unificación 184 de ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019). M.P: Dr. Alberto Rojas Ríos.

<sup>17</sup> Ver las sentencias T-161 de 2019, SU- 428 de 2016, T-691 de 2015, T-345 de 2009, entre otras.

13001-33-33-003-2022-00161-01

Así las cosas, la presente acción cumple el requisito de inmediatez, por cuanto la vulneración de los derechos invocados fue continuada y persistió, toda vez que la omisión en el reconocimiento y pago de las incapacidades causadas desde enero de 2020 se prolongó en el tiempo de forma intermitente y a la fecha en que se interpuso la acción constitucional la actora seguía sin recibir las mismas, lo cual, en su decir, afecta sus derechos fundamentales.

#### 5.4.3. Subsidiariedad.

En relación con el principio de subsidiariedad, se tiene que en Sentencia T-401 de 2017<sup>18</sup> la Corte Constitucional sostuvo que por regla general la acción de tutela no es procedente para reclamar el reconocimiento y pago de incapacidades, por cuanto para ello nuestro ordenamiento jurídico ha previsto que el afectado puede acudir a los procesos laborales ordinarios. Sin embargo, también se ha permitido la procedencia de la acción tuitiva, entre otros, cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

En el sublite, el juez de tutela está llamado a intervenir para neutralizar el perjuicio irremediable que el no pago de incapacidades puede llegar a representar a la actora, pues en lo que respecta al mínimo vital, la Corte ha reiterado que se presume que el pago de las incapacidades laborales constituye la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su subsistencia y la de su familia, tal como ocurre con su salario.<sup>19</sup>

De otra parte, la acción de tutela la ejerce una mujer que tiene afectaciones y padecimientos en su salud de manera persistente -por distintos diagnósticos- desde el año 2019, ya que desde entonces se le han prescrito incapacidades médicas que afectan su movilidad. Por ende, es fácil determinar que no se encuentra en capacidad de retomar sus actividades laborales en aras de obtener un ingreso que le permita cubrir sus necesidades. Por ello, la solicitante requiere del pago de las referidas incapacidades para que su derecho al mínimo vital sea protegido, toda vez que no cuenta con otro ingreso, así como relata que su esposo falleció por lo que debe asumir sola la satisfacción de sus necesidades básicas.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-401/17 de veintitrés (23) de junio de dos mil diecisiete (2017). M.P: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-263/12 de veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012). MP: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

13001-33-33-003-2022-00161-01

Así las cosas, para la Sala es procedente la acción de tutela como mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales de la accionante frente a la negativa al pago de las incapacidades que le fueron reconocidas, en razón a su actual estado de salud y su situación de discapacidad, que la convierten en sujeto de especial protección constitucional.

## 5.5 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

### 5.5.1. Parámetros normativos y jurisprudenciales relativos al reconocimiento y pago de incapacidades laborales.

La jurisprudencia Constitucional<sup>20</sup> ha distinguido tres tipos de incapacidades, a saber “(i) temporal, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) permanente parcial, cuando se presenta un 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%.”

Así también, de las mismas es de preverse que pueden ser de origen laboral o común, lo cual dependerá para determinar a quién le corresponde la responsabilidad del pago de dichas acreencias.

Ahora bien, cuando se trata del pago de incapacidades generadas por enfermedad de origen común, a nivel normativo se ha establecido la forma en la que se encuentra distribuida la responsabilidad del pago de estas incapacidades de la siguiente manera:

PERIODO DE INCAPACIDAD	ENTIDAD OBLIGADA	FUENTE NORMATIVA
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.
Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-920/09 de siete (7) de diciembre de dos mil nueve (2009), M.P: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. reiterada en sentencias T-468 de 2010, T- 684 de 2010, T- 200 de 2017, T-161 de 2019, entre otras.

**13001-33-33-003-2022-00161-01**

Día 181 a 540	Fondo de Pensiones	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.
Día 541 en adelante	E.P.S.	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, numeral 1° del artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018.

Adicionalmente, para este reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común, la Corte en Sentencia T-401 de 2017<sup>21</sup> enunció que entre las reglas aplicables a los periodos de incapacidad se encontraba la consistente en que por parte de las entidades promotoras de salud debe ser emitido concepto de rehabilitación antes del día 120 de incapacidad y enviado a la AFP antes del día 150. Así, si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, será responsable del pago de la prestación económica correspondiente, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. La Corte Constitucional ha sido clara en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación<sup>22</sup>.

Más adelante, en esa misma jurisprudencia la Corte puntualiza igualmente en las incapacidades posteriores a los 540 días y de ellas advierte que el cambio normativo producido por la Ley 1753 de 2015 que ha asignado a las EPS la responsabilidad en el reconocimiento y pago de las incapacidades que se prolongan más allá de los 540 días. Así las cosas, debe hacerse la salvedad que, para estas incapacidades superiores a 540 días, las EPS a su vez 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.

## **5.6. DEL CASO EN CONCRETO**

### **5.6.1. Material probatorio relevante.**

<sup>21</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-401/17 de veintitrés (23) de junio de dos mil diecisiete (2017). M.P: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>22</sup> Ver entre otras, las sentencias T-097 de 2015, T-698 de 2014, T-333 de 2013, T-485 de 2010 y T-401 de 2017



13001-33-33-003-2022-00161-01

La Sala, al examinar el expediente digital de la presente acción constitucional, encontró lo siguiente:

- Incapacidades médicas concedidas y prorrogadas por periodos de 30 días a la señora Xiomara Utria Mendoza; respecto a los días 27 de diciembre de 2020 a 23 de agosto de 2021, 23 de septiembre de 2021 a 21 de noviembre de 2021, 22 de diciembre de 2021 a 19 de febrero de 2022 y 22 de marzo de 2022 a 20 de mayo de 2022.<sup>23</sup>
- Dictamen No. 70032 de fecha 28 de febrero de 2020, de calificación de origen de enfermedad de la señora Xiomara Utria Mendoza.<sup>24</sup>
- Comunicación calificación del origen de enfermedad, de fecha 2 de marzo de 2020, suscrita por el Departamento de Medicina Laboral de Mutual Ser a la señora Xiomara Utria Mendoza.<sup>25</sup>
- Oficio de fecha 06 de marzo de 2020 dirigido a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, a través del cual el día 22 de mayo de 2020 se notifica concepto de rehabilitación de la señora Xiomara Utria Mendoza, con pronóstico favorable.<sup>26</sup>
- Concepto de Rehabilitación para remisión a la Administradora de Fondo de Pensiones, emitido el día 17 de marzo de 2022.<sup>27</sup>
- Oficio de fecha 17 de marzo de 2022 dirigido a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, a través del cual se notifica concepto de rehabilitación de la señora Xiomara Utria Mendoza, con pronóstico desfavorable.<sup>28</sup>
- Comprobantes egreso y ficheros BBVA de incapacidades de la señora Xiomara Utria Mendoza.<sup>29</sup>
- Histórico de prestaciones pagadas por Mutual Ser EPS a la señora Xiomara Utria Mendoza, en formato Excel.<sup>30</sup>

### 5.6.2. Valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico.

Verificados los requisitos generales y específicos de procedencia para la Sala a resolver el problema jurídico de fondo planteado, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados.

<sup>23</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 01DEMANDA – Folios 8-40.

<sup>24</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 01DEMANDA – Folios 42-47.

<sup>25</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 01DEMANDA – Folio 41.

<sup>26</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 29Impugnacion – Folio 1.

<sup>27</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 01DEMANDA – Folio 48.

<sup>28</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 01DEMANDA – Folios 49-51.

<sup>29</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 29Impugnacion – Folios 2-21.

<sup>30</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 33ANEXOIMPUGNACION.

13001-33-33-003-2022-00161-01

Dentro de la acción de la referencia, se pretende la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana e igualdad de la señora Xiomara Utria Mendoza, debido a que ha sido incapacitada desde el día 15 de mayo de 2019 y aun hasta a la fecha de presentación de la presente acción de amparo constitucional, sin embargo, alega no percibir el pago de incapacidades desde el mes de diciembre de 2019, situación ante la cual los derechos alegados por la accionante fueron protegidos por el juez de primera instancia.

A su turno, la accionada Mutual Ser manifestó en su escrito de impugnación, que cumplió con la emisión y notificación del concepto de rehabilitación a Colpensiones en fecha del 22 de mayo de 2020<sup>31</sup>, por ello y contrario a lo afirmado por el juez de primera instancia, considera que las incapacidades desde 28 de mayo de 2020 y las que se emitan con posterioridad corresponden de forma exclusiva la AFP hasta el día 541.

En esos términos, la Sala avizora que el pronunciamiento que se emita debe ser entorno a determinar la responsabilidad en el pago del periodo de incapacidades que va desde el día 181 a 540, para lo cual se requiere determinar si por parte de Mutual Ser EPS cumplió o no con la obligación de emitir y notificar concepto de rehabilitación a la AFP Colpensiones, en tanto, el impugnante y las otras demandadas no cuestionan el derecho que le asiste a la actora en el pago de sus incapacidades médicas.

Para ello, observa esta unidad judicial que efectivamente en el expediente del caso *sub júdice* existe oficio de notificación del concepto de rehabilitación de la señora Xiomara Utria Mendoza con pronóstico desfavorable<sup>32</sup>, de fecha 17 de marzo de 2022, dirigido a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, el cual fue valorado por el juez de primera instancia y determinó que fue ese el momento en el cual la EPS accionada cumplió con su deber de extender concepto de rehabilitación, por lo que, decidió exonerar a la Administradora de Fondos de Pensiones del pago de este subsidio para el periodo comprendido entre el día 181 y 540 de incapacidad.

Ahora bien, revisado el escrito de impugnación presentado por el accionado, encuentra la Corporación que la EPS Mutual Ser allegó oficio de

<sup>31</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 29Impugnacion – Folio 1.

<sup>32</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 01DEMANDA – Folios 49-51.

**13001-33-33-003-2022-00161-01**

fecha 06 de marzo de 2020 dirigido a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-<sup>33</sup>, a través del cual el día 22 de mayo de 2020 se notifica concepto de rehabilitación de la señora Xiomara Utria Mendoza, con pronóstico favorable.

Partiendo de lo indicado, obran dos conceptos de rehabilitación, el primero de ellos el notificado el día 22 de mayo de 2020 con pronóstico favorable, y el segundo, el notificado en fecha 17 de marzo de 2022 con un pronóstico desfavorable.

Ante lo anterior, resulta adecuado hacer precisión en razón de la existencia de estos dos conceptos contradictorios, que, conforme a lo observado en el expediente del caso que ocupa la atención de esta Sala, en principio, debe descartarse que ello sea la causa de la interrupción en las incapacidades ocurrida entre el 06 de diciembre de 2019 y el 06 de enero de 2020, debido a que en todo caso la expedición de ambos conceptos se efectuó durante el recuento iniciado para este segundo periodo de prorrogas, esto es, sus fechas de emisión y envío a la AFP se hallan comprendidas dentro de las fechas de incapacidades causadas con posterioridad al 06 de enero de 2020; a contrario sensu, se encuentra que el segundo concepto de rehabilitación<sup>34</sup> se encargó de fundamentar su emisión al precisar que *“Debido al estado actual funcional del paciente se considera que no presenta un pronóstico eficaz frente a su rehabilitación”*. Esto último permite a esta sala concluir que la propia interrupción de las incapacidades no fue la que generó la existencia de un doble concepto médico sino fue precisamente el deterioro del estado de salud de la paciente respecto a la enfermedad que ha padecido desde el año 2019.

Conforme a lo anterior, este Tribunal debe considerar o valorar el oficio recibido por COLPENSIONES en mayo de 2020 para determinar el responsable en el pago de las incapacidades, y tenerlo en cuenta para dirimir el problema jurídico de fondo planteado dentro de la presente.

Ahora bien, tal como fue avizorado en los parrados precedentes, realizada una revisión de las incapacidades la Sala halló que en las expedidas a favor de la actora existe una interrupción de prórroga por 32 días calendario, exactamente entre las incapacidades correspondientes del 06 de diciembre de 2019 al 06 de enero de 2020, lo que conforme a la normativa

<sup>33</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 29Impugnacion – Folio 1.

<sup>34</sup> Expediente Digital – Primera Instancia, 01DEMANDA – Folio 48.



13001-33-33-003-2022-00161-01

vigente<sup>35</sup> rompen con la continuidad del período de incapacidad e implica reiniciar la contabilización de los días de incapacidades continuas.

Reiniciado el conteo de los términos se tiene que para el día 22 de mayo de 2020, fecha en la cual se realizó la notificación ante Colpensiones del concepto de rehabilitación de la accionante, no se había superado el plazo de 150 días, por lo que se concluye que la EPS Mutual Ser cumplió en la debida oportunidad con su obligación de notificación del concepto de rehabilitación a la AFP como atrás se constató.

Adicionalmente, para el caso se prevé una posible segunda interrupción de prórroga de incapacidad para el periodo comprendido entre el 19 de febrero y el 22 de marzo de 2022 al no encontrarse soportes de causación de incapacidades para estas dos fechas, que entre una y otra hay más de 30 días calendario, no obstante, revisado el histórico de las incapacidades<sup>36</sup> allegadas por MUTUAL SER se observa que sobre ese periodo se generó incapacidad N° 158764 de fecha 18 de abril de 2022.

Precisado lo anterior, resulta necesario realizar la determinación de los periodos de incapacidad desde el día 6 de enero de 2020, teniendo en cuenta la interrupción antes mencionada, de la siguiente manera:

- I) Desde el día 6 de enero de 2020 hasta el 04 julio de 2020, han transcurrido 180 días, periodo pagado por la EPS, aunque indica que el periodo comprendido entre 26/06/2020 a 27/07/2020 fue pagado por error.
- II) Desde el día 05 de julio de 2020 empezó a transcurrir el día 181, por lo que al 29 de junio de 2021, se cumplen los 540 días que deben ser pagados por Colpensiones.
- III) Desde el 30 de junio de 2021 en adelante, le corresponde efectuar los pagos a la EPS.

<sup>35</sup> Decreto 1333 de 2018. "**ARTÍCULO 2.2.3.2.3.** Prórroga de la incapacidad. Existe prórroga de la incapacidad derivada de enfermedad general de origen común, cuando se expide una incapacidad con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión o por otra que tenga relación directa con esta, así se trate de diferente código CIE (Clasificación Internacional de Enfermedades), siempre y cuando entre una y otra, no haya interrupción mayor a 30 días calendario."

<sup>36</sup> Expediente digital "33Anexolmpgunación"

**13001-33-33-003-2022-00161-01**

En consecuencia y tal como establece el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, reitera la Sala que el periodo de incapacidades correspondiente al día 181 a 540 deberá ser asumido por Colpensiones en su calidad de Administradora de Fondo pensional al cual la accionada se encuentra afiliada, es decir, desde el día 05 de julio de 2020 al 29 de junio de 2021.

Por su parte, la EPS Mutual Ser deberá cancelar las incapacidades correspondientes desde el 30 de junio de 2021 en adelante, siempre y cuando la accionante cumpla con los requisitos para el mismo.

Destaca la Sala de Decisión que, en el sublite, el propósito del fallo es que la asegurada obtenga el pago de sus incapacidades sin que se vea afectada por la discusión sobre a quien le corresponde asumir dichos pagos, para con ello garantizar de forma efectiva su derecho constitucional a la seguridad social. En gracia de discusión, el fallo no es óbice para que se acuda a los mecanismos ordinarios a fin de solicitar los reembolsos a que haya lugar.

Bajo tal contexto, esta Sala modificará la sentencia de primera instancia primera instancia de fecha ocho (8) de junio de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, en el sentido de asignar a la AFP Colpensiones la responsabilidad del pago de las incapacidades expedidas a la señora Xiomara Utria Mendoza desde el día 181 a 540 que corresponden al periodo comprendido entre el día 05 de julio de 2020 al 29 de junio de 2021 , y a la EPS Mutual Ser, desde el día 541, esto es, desde el 30 de junio de 2021 en adelante hasta la fecha, siempre y cuando la accionante cumpla con los requisitos para acceder a la misma.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: MODIFICAR** el artículo segundo de la sentencia de primera instancia de fecha ocho (8) de junio de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, el cual quedará así:

**13001-33-33-003-2022-00161-01**

**“Segundo.-** Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones- que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación de esta providencia pague a favor de la accionante las incapacidades surgidas desde el día 5 de julio de 2020 a 29 de junio de 2021 siempre y cuando obren los soportes de ley y a su vez ordenar a la EPS Mutual Ser, que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación de esta providencia pague a favor de la accionante las incapacidades surgidas desde el 30 de junio de 2021 hasta la fecha, siempre y cuando cumpla con los requisitos para acceder al mismo.”

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás el fallo impugnado por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**CUARTO: NOTIFIQUESE** la presente providencia a las partes por el medio más expedito y **COMUNIQUESE** al juzgado de origen.

**QUINTO: REMITIR** por Secretaría el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, a la Corte Constitucional para su eventual revisión y envíese copia de la misma al juzgado de origen.

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**

*El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en Sala Virtual de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS,**

**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

  
**MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ**

**MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ**  
**(Salvamento de voto)**