

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D. C., tres (03) de julio de dos mil veinte (2020).

Referencia: 110013335 009 **2020 00122 00**

Accionante: KATRIN DAYANA UJUETA MARBELLO

Accionado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
(**COLPENSIONES**), EMPRESA INVAMER, EPS FAMISANAR

ACCIÓN DE TUTELA

(Sentencia tutela)

Dentro del término previsto en el artículo 86 de la Carta Política, se pronuncia la sentencia que en derecho corresponde dentro de la acción de tutela de la referencia.

1. ANTECEDENTES

La señora Katrin Dayana Ujueta Marbello, actuando en nombre propio, promovió demanda de tutela en contra de la **COLPENSIONES**, INVAMER y EPS FAMISANAR, a efectos de proteger sus derechos al mínimo vital, a la salud y a la vida digna.

1.1 Pretensiones.

Según el libelo inicial, a través de la presente acción, la parte actora solicita que se acceda a las siguientes pretensiones:

>>1. TUTELAR mis derechos fundamentales constitucionales de MÍNIMO VITAL Y MÓVIL, A LA VIDA, LA SALUD Y LA VIDA DIGNA, los cuales vienen siendo vulnerados en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se dejaron descritas en esta Acción.

2. ORDENAR al ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, que procedan dentro del término que su digno despacho disponga, conforme a su obligación legal, a reconocer y pagar las incapacidades médicas que apporto comprendidas entre el día 22 de febrero de 2020 hasta la fecha, y, las subsiguientes

que me confieran el especialista, posteriores al día 180 y las adicionales que se prueben el trámite de la presente acción de tutela.

3. Ordenar a la EPS FAMISANAR y a la empresa INVAMER, reconocer las incapacidades que demande el especialista sin dilación alguna.

4. Conminar a las accionadas para que no sigan cometiendo este tipo de conductas que van detrimento de sus empleados y afiliados.>>

1.2. Hechos.

Para fundamentar lo pedido la accionante expuso estos fundamentos fácticos:

>>1. El 27 julio de 2016, me diagnosticaron por parte de la EPS Famisanar una patología denominada DISCOPATIA Y ARTROPIA LUMBAR INFERIOR, HERNIA DISCAL EN L4-L5 con tratamiento de Oxicodona.

2. Adicional a este dictamen médico, estoy en tratamiento psicológico con Quetiapina y Escilatropam, diagnósticos que me han generado deterioro de mi salud física, psíquica y mental, condiciones que han generado por parte del especialista una incapacidad permanente a partir del día 21 de agosto de 2019, arrojando a la fecha un cúmulo superior 300 días.

3. De los 300 días de incapacidad, la EPS Famisanar me pagó hasta el día 180, posterior a ello, la empresa INVAMER, donde laboro con antelación al proceso médico, me informa que a partir del día 181, el FONDO DE PENSIONES, es el responsable del pago.

4. COLPENSIONES, me niega el derecho al pago de las incapacidades generadas con posterioridad al día 180, aduciendo que mi concepto es no favorable.

5. Situación que me está generando no solo el deterioro de mi salud sino perjuicio económico ya que como toda ciudadana tengo deberes y obligaciones económicas a las cuales le debo dar cumplimiento independientemente de mi estado de salud. El ingreso por concepto de incapacidades es mi única fuente de ingreso.

6. Hoy convivo con mi madre, señora de la tercera de edad que depende económicamente de mí.

7. Por lo tanto solicito que no se me continúe vulnerando el derecho al mínimo vital y se realicen los pagos correspondientes a las incapacidades vencidas correspondientes desde el día 22 de febrero de 2020 hasta la fecha y las subsiguientes que me confieran el especialista, las cuales aporto.

8. Efectivamente, tengo que pagar los gastos propios de la subsistencia, como arriendo, comida, servicios públicos, transporte los cuales provienen de mi salario y para el caso, del monto de incapacidades.

9. Señor Juez, soy una persona que solo vivo de mi trabajo, no tenemos quien nos ayude a sobrevivir y por eso la necesidad de obtener el pago de las incapacidades para subsistir y pagar las obligaciones, como los servicios públicos, impuestos, alimentación, además para suplir nuestras necesidades básicas de sobrevivencia. Durante mi incapacidad he tenido que acudir a muchos préstamos para suplir mis necesidades básicas de subsistencia, los cuales pienso pagar con las incapacidades y actualmente ya nadie me colabora dado que no les he podido cumplir con las deudas anteriores. Es por todo lo anterior que acudo ante su despacho con el fin de obtener la efectiva protección de mis derechos fundamentales de orden constitucional que vienen siendo vulnerados por las aquí accionadas quienes abusando de su posición dominante me han sometido a una serie de trámites inexplicables con el fin de no reconocermé ni pagarme la incapacidad a que tengo derecho por ley para así poder llevar una vida en condiciones dignas y todo por una puja en la cual la única que pierdo soy yo.

10. Solicito se ordene a las accionadas dar cumplimiento al reconocimiento y pago de las incapacidades que por mi diagnóstico médico se generen, conforme al orden que las reglas que las disposiciones normativas y la jurisprudencia han establecido>>

1.3 Trámite procesal

Mediante auto de 18 de junio el despacho avocó conocimiento, la admitió, ordenó notificar a las entidades accionadas a través del correo electrónico de ellas a través de sus representantes legales.

1.4 Informes de COLPENSIONES, EMPRESA INVAMER, EPS FAMISANAR SAS

El representante Legal de COLPENSIONES y la EMPRESA INVAMER, no presentaron escrito de contestación de la presente demanda de tutela, pese a la oportunidad procesal concedida mediante el auto del 18 de junio de 2020, lo que habilita la aplicación del artículo 20 del Decreto – Ley 2591 de 1991, en consecuencia, se tendrán por ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión.

En cuanto a la **EPS FAMISANAR SAS**, esta presentó informe en los siguientes términos:

Inicia su escrito defensivo citando apartes de la sentencia T-282/15, en la que se refiere a la improcedencia para solicitar prestaciones de carácter económico por

vía de tutela, poniendo de presente que el órgano constitucional ha establecido los requisitos para confirmar la afectación del mínimo vital.

Agrega la accionada, que, en el caso en concreto, la señora KATRIN DAYANA no demostró la vulneración al mínimo vital allegando documentos o medios de prueba que así lo indiquen.

Continúa su argumentación tomando como base la línea jurisprudencial constitucional, el principio de inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de tutela, donde muestra como evidente que la presentación del medio tutelar, debe ser oportuno y razonable con relación a la ocurrencia de los hechos que originan la afectación o amenaza de los derechos.

Con respecto del perjuicio irremediable, relata que la Corte Constitucional ha desarrollado el precedente jurisprudencial sobre el perjuicio irremediable, en el sentido de probar su existencia, fundamentado en el estudio particular de cada caso, con la verificación y cumplimiento de determinados requisitos.

En definitiva, concluye manifestando que la EPS FAMISANAR con su conducta no ha vulnerado, transgredido o puesto en peligro derecho fundamental alguno de la usuaria, la entidad ha cumplido con sus obligaciones dentro de los parámetros que reglamentan la prestación de los servicios de salud y el pago de incapacidades. Por lo cual, las pretensiones planteadas por la accionante no están llamadas a prosperar en este proceso y como tal solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela sobre los derechos deprecados.

1.5 Medios de pruebas

- Incapacidades del 22 de febrero de 2020 hasta la fecha.
- Concepto de rehabilitación
- Certificado de discapacidad emitido por la EPS FAMISANAR
- Carta de respuesta negativa de COLPENSIONES
- Cédula de ciudadanía.
- Certificado de incapacidades
- Notificación de Concepto de Rehabilitación.

2. CONSIDERACIONES

2.1 Competencia

El Despacho es competente para resolver este caso de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 37 del Decreto 2591 de 1991 en concordancia con el artículo 1.º, del Decreto 1983 de 2017, pues la acción se dirigió contra autoridad del orden nacional y frente a las otras dos entidades también lo es por el denominado fuero de atracción.

2.2 Asunto a resolver

En esta oportunidad, corresponde al despacho determinar si las entidades accionadas, han vulnerado los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna en cabeza 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.

2.3 Reconocimiento y pago de incapacidades laborales por medio de acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia¹.

Al tenor del artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela tiene carácter residual y procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice para evitar un perjuicio irremediable. El cumplimiento de este mandato ha sido llamado como requisito de subsidiariedad y tiene como finalidad >>reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos>>².

A cerca de la procedibilidad el instituto constitucional ha dicho,

>>la acción de tutela no es un mecanismo principal para la protección de derechos, sino que tiene un carácter extraordinario. Ello no implica que quien encuentre amenazados sus derechos fundamentales, deba agotar absolutamente todos los medios de defensa que existan, sino sólo aquellos que sean idóneos y eficaces para dar solución al problema planteado.

La idoneidad se predica de la existencia de un procedimiento pertinente y conducente para solucionar la controversia jurídica. En tanto que la eficacia es la posibilidad de que el medio que se reputa idóneo genere una consecuencia jurídica desprovista de arbitrariedad en un plazo razonable<<³.

Vistas, así las cosas, el mecanismo idóneo en la solución de controversias sobre el reconocimiento y pago de incapacidades que se suscitan entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, son de competencia de la justicia ordinaria.

No obstante, cuando el pago de incapacidades laborales se constituye como la única fuente para la satisfacción de necesidades básicas, la acción de amparo también se convierte en mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al mínimo vital⁴.

¹ T-008/18

² Corte Constitucional. Sentencias T-139 de 2017, T-106 de 2017, T-633 de 2015, T-603 de 2015, T-291 de 2014, T-367 de 2008, T-580 de 2006.

³ Cfr. Corte Constitucional sentencia T-263 de 2017 y T-530 de 2017.

⁴ Cfr. Sentencia T-140 de 2016.

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).

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.

Ibíd.

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.

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

Sobre el particular la Corte Constitucional en la sentencia T-920 de 2009 expuso:

>>...esta Corporación ha procedido a ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela, cuando se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador, en la medida en que dicha prestación constituya la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades personales y familiares, ello sobre la base de que los mecanismos ordinarios instituidos para el efecto, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza>>.

La idoneidad de la acción de tutela para reclamar el pago de incapacidades se fundamenta en que la omisión al cumplimiento de tal obligación puede generar un perjuicio irremediable, sobre el tema resulta ilustrativa la sentencia T-468 de 2010:

>>Es así, como a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, esta Corporación ha reiterado, que cuando no se pagan oportunamente las incapacidades debidamente certificadas al trabajador y con ello se vulneran de paso derechos constitucionales, el juez de tutela se legitima para pronunciarse sobre el fondo del asunto con el fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar>>.

Bajo esta orientación, el tema de la subsidiariedad en los casos que se reclama el pago de incapacidades laborales por vía de tutela, requiere de un estudio flexible, especialmente si quien impetra el amparo es una persona que, debido a su

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”.

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).

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

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. 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.”

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).

condición de salud, se encuentra en estado de debilidad manifiesta, como fue señalado por este Tribunal en sentencia T-182 de 2011

>>Cuando quiera que no se paguen las incapacidades laborales de manera oportuna y completa, se afecta el mínimo vital del trabajador y el de su familia, razón por lo cual la acción de tutela es procedente. La Corte ha sostenido que al determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en aquellos eventos en donde se comprueba la existencia de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico alguno, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras; que dependen económicamente de la prestación reclamada y que carecen de capacidad económica para garantizarse su propia subsistencia, se exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional. Así mismo, es importante resaltar que los requisitos para la procedencia de la acción de tutela en tratándose del pago de acreencias laborales –como son las incapacidades laborales–, deben ser analizados con mayor flexibilidad, en atención a que los peticionarios son sujetos de especial protección constitucional>>.

En conclusión, el máximo órgano constitucional ha considerado procedente la interposición de acciones de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales, aun cuando no se hayan agotado los medios ordinarios de defensa, cuando de la satisfacción de tal pretensión dependa la garantía del derecho fundamental al mínimo vital.

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

Previo a adentrar en el marco normativo del pago de las incapacidades, es preciso diferenciar tres conceptos que se relacionan, pero son diferentes:

El **certificado de incapacidad temporal**, se produce como resultado 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>> por lo que, en su elaboración <<el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada>>. Éste primer momento genera durante los primeros 180 días un **auxilio económico** a cargo de la EPS y desde el día 181 se sustituye por un **subsidio de incapacidad** que equivale al auxilio económico, pero es asumido por el Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador.

El legislador, desde un comienzo estableció la regulación de los auxilios económicos por incapacidad laboral, es así como en el artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo, estableció que los mismos se ofrecerían <<en caso de incapacidad comprobada para desempeñar las labores, ocasionada por enfermedad no

profesional>> y determinó el quantum de su reconocimiento y los sujetos que estarían obligados a otorgarlos.

Posteriormente, mediante el Decreto 770 de 1975 radicó la responsabilidad del pago de auxilio de incapacidad, que otrora era del empleador, en cabeza de un agente externo a la relación laboral. De este modo, el artículo 9° 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>>.

Más adelante la Ley 100 de 1993, en su artículo 206, sobre la incapacidad establece que los afiliados al Régimen Contributivo en salud tienen derecho al reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común.

Por otra parte, el Decreto 2463 de 2001 dispuso que las (ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES –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 en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, norma que actualmente regula la materia.

2.4.1 Reconocimiento de incapacidades laborales superiores a 180 días.

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 en Salud (SGSSS), lo cual estará sujeta a la prolongación de la situación de salud del trabajador. El tema de las incapacidades que superan el día 181, son objeto de debate en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de estos, 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.

Entre el día 1 y 2 de la incapacidad, el pago recae en el empleador, conforme con la modificación que introdujo el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013, al párrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999: <<[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>>.

En este mismo orden, las incapacidades del día 3 al 180 son responsabilidad de las promotoras de salud, y el trámite para su reconocimiento debe ser adelantado por el empleador, así lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012.

La responsabilidad del pago es clara: 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, **independientemente de que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación**, como pasa a exponerse.

El Decreto Ley 019 de 2012 establece que las EPS deben emitir el concepto favorable antes del día 120 de incapacidad temporal y remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda, sino no se cumple con el plazo, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la 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.

Al respecto, cabe señalar que la norma atrás referida, expresamente no prevé cuál es la entidad encargada de asumir los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto que una de las entidades del SGSSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos, pues el vacío o falta de claridad legal, no es una carga que deba sufrir el afiliado, quien precisamente atraviesa una condición difícil de salud que lo pone en una situación de vulnerabilidad.

Luego entonces, y a partir de la interpretación sistemática de la normativa en cuestión, el órgano constitucional 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 ampliamente delineada por la jurisprudencia constitucional.

En resumen, 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) Sin embargo, la regla anterior contempla una excepción. Se dijo antes, que el concepto de rehabilitación ha de 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 cumplen tales condiciones, 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 manera 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.

2.5 Caso concreto

Así las cosas, el Despacho entra a resolver el caso concreto. La señora KATRIN DAYANA UJUETA MARBELLO presentó acción de tutela contra COLPENSIONES, la EMPRESA INVAMER y EPS FAMISANAR, por considerar que la negativa de dichas entidades a reconocer y pagar las incapacidades laborales ordenadas por su médico tratante vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. El certificado de discapacidad se produjo como consecuencia de su diagnóstico de <<trastorno depresivo recurrente. trastorno de ansiedad. presenta ánimo triste, abulia, anhedonia, labilidad emocional, ideas de desesperanza, ruina, minusvalía, muerte y suicidio; ha presentado varios episodios de intentos de autoagresión, que ha requerido hospitalizaciones. enfermedad mental secundario a cuadro de dolor lumbar crónico constante. discopatía por hernia de disco con compresión de raíz L4-L5 izquierda, lo que ha limitado en sus actividades laborales>>, el cual ha impedido que la tutelante se reintegre de manera satisfactoria a la vida laboral.

El médico tratante de la señora KATRIN DAYANA le ha prescrito incapacidades en distintos períodos, desde el 01 de septiembre de 2008 hasta el 05 de julio de 2020⁵. No existe litigio en cuanto al pago de los primeros 180 días de incapacidad, pues deduce esta instancia que fueron reconocidos y cancelados por la entidad responsable, en la medida que no hay solicitud por la accionante sobre este periodo, ni pronunciamiento por la EPS al respecto. Sin embargo, no ocurre lo mismo con las incapacidades generadas a partir del día 181 que no han sido canceladas por COLPENSIONES.

COLPENSIONES no se pronunció en este asunto, sin embargo, en comunicación de 29 de abril de 2020 le dijo a la señora KATRIN DAYANA UJUETA MARBELLO:

<<Reciba un cordial saludo de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES,

⁵ El soporte de las incapacidades se probó con la respuesta de la EPS FAMISANAR.

*En atención al trámite de determinación del subsidio por incapacidades iniciado por usted, nos permitimos informarle que una vez efectuada la revisión documental se evidencia **que no hay lugar al reconocimiento del subsidio** por incapacidades a su favor por la causa señalada a continuación:*

CONCEPTO DE REHABILITACION NO FAVORABLE SOLICITAR CITA DE VALORACION DE PERDIDA CAPACIDAD LABORAL>>

En relación con la existencia de un concepto de rehabilitación desfavorable emitido por la EPS FAMISANAR, es indispensable señalar que este aspecto no es óbice de forma alguna para que COLPENSIONES pague el subsidio de incapacidad que es de su competencia, tal y como se ilustró en esta providencia⁶. Por tanto, la citada Administradora de pensiones **deberá responder** por el pago de las incapacidades médicas prescritas a la tutelante a partir del día 180 de incapacidad y hasta el día 540.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, se concluye que la tutela presentada por la gestora del amparo es procedente por encontrarse acreditados los requisitos de legitimación, inmediatez y subsidiariedad, este último porque el pago de las incapacidades sustituye el salario de la accionante, durante el tiempo que por razones médicas está impedida para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta para garantizarse su mínimo vital y el de su mamá, persona de la tercera edad y por la condición especial de salud, de tal forma que resulta desproporcionado que la tutelante interponga los medios ordinarios de defensa.

De conformidad con lo expuesto se ordenará a COLPENSIONES que efectúe el pago de las incapacidades que adeuda al accionante, así como las que se causen hasta el día 540, con el propósito de restablecer el derecho fundamental al mínimo vital, salud y la vida en condiciones dignas de la accionante.

Por último, se advierte a COLPENSIONES sobre el deber de respetar y cumplir con la jurisprudencia constitucional para que, en lo sucesivo, se abstenga de negar el pago de incapacidades posteriores al día 180 con fundamento en que el concepto de rehabilitación es desfavorable. Lo anterior, por cuanto el máximo órgano constitucional, desde el año 2009, decantó un precedente judicial que ha determinado que los fondos de pensiones no pueden, ni deben rehusarse al pago de incapacidades so pretexto del concepto de rehabilitación no favorable.

En virtud de lo anterior, el Juzgado Noveno (9) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá - Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

⁶ Fundamentos jurídicos 19 a 26.

FALLA:

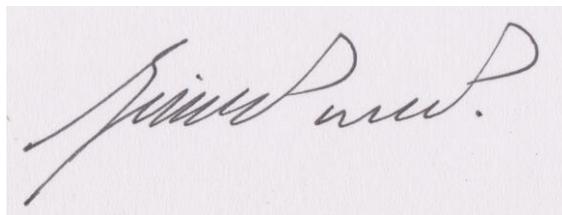
PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y la vida en condiciones dignas de la señora KATRIN DAYANA UJUETA MARBELLO, identificada con cédula de ciudadanía 49.719.309, conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES que, dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia y si aún no lo ha hecho, reconozca y pague a la señora KATRIN DAYANA UJUETA MARBELLO las incapacidades causadas entre los días 181 y 540.

TERCERO: ADVERTIR a COLPENSIONES acerca de su deber de acatar la jurisprudencia constitucional para que, en lo sucesivo, se abstenga de negar el pago de incapacidades posteriores al día 180 con fundamento en requisitos administrativos que no tienen fundamento legal.

CUARTO: NOTIFÍQUESE esta sentencia a las partes. A la accionada mediante mensaje de datos que incluya el texto íntegro de esta decisión dirigido al buzón electrónico oficial. Al accionante a través del medio más expedito.

QUINTO: IMPUGNABILIDAD. Esta sentencia es susceptible de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro de los tres días siguientes a su notificación. Una vez ejecutoriada **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión (artículo 31 del Decreto 2591 de 1991).



GUILLERMO POVEDA PERDOMO
Juez

(Firma escaneada conforme al artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020 del Ministerio de Justicia y del Derecho⁷)

YAMA

⁷ <De las firmas de los actos, providencias y decisiones. Durante el período de aislamiento preventivo obligatorio las autoridades a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto, cuando no cuenten con firma digital, podrán válidamente suscribir los actos, providencias y decisiones que adopten mediante firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas, según la disponibilidad de dichos medios. Cada autoridad será responsable de adoptar las medidas internas necesarias para garantizar la seguridad de los documentos que se firmen por este medio>.