

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO 9º ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020).

Radicación: 110013335 009 **2020 00178 00**
Accionante: MARTHA CECILIA OSPINA MURILLO
Accionado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y OTRO

ACCIÓN DE TUTELA

(Sentencia de primera instancia)

El despacho decide la solicitud de tutela de la señora **Martha Cecilia Ospina Murillo** para proteger su derecho fundamental de petición, Mínimo Vital y Seguridad Social y debido proceso que aduce que ha sido vulnerado por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y COMPENSAR E.P.S.

I. ANTECEDENTES

1.1. La solicitud de tutela

La señora Martha Cecilia Ospina Murillo promovió solicitud de amparo, con el fin de obtener:

<<(…) que se declare que Compensar E.P.S. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, han vulnerado los derechos al mínimo vital, derecho de petición, seguridad social y debido proceso

(…) Que, como consecuencia de lo anterior, se ordene a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES el pago de las incapacidades radicadas bajo los números 2020_5329039 del 2 de junio de 2020 y 2020_5790349 del 19 de junio de 2020, las cuales corresponden a las siguientes certificaciones de incapacidad:
a) Certificado de incapacidad No. 12026723 del 26 de junio de 2020, que va desde el 15 de abril de 2020 hasta el 14 de mayo de 2020.
b) Certificado de incapacidad No. 12035493 del 26 de junio de 2020, que va desde el 15 de mayo de 2020 hasta el 29 de mayo de 2020.

c) Certificado de incapacidad No. 12040926 del 26 de junio de 2020, del 30 de mayo de 2020 hasta el 13 de junio de 2020.

d) Certificado de incapacidad No. 12046564 del 26 de junio de 2020, del 14 de junio de 2020 hasta el 13 de julio de 2020.

e) Certificado de incapacidad No. 12062983 del 16 de julio de 2020 del 14 de julio de 2020.

f) Certificado de incapacidad No. 12064402 del 16 de julio de 2020 del 15 de julio de 2020 al 13 de agosto de 2020 >>.

<<(…) En forma subsidiaria a la petición segunda, en caso que EPS COMPENSAR no haya radicado en debida forma el concepto de rehabilitación de la señora MARTHA CECILIA OSPINA MURILLO, se le ordene a COMPENSAR E.P.S. el pago de las incapacidades hasta el momento que remita el concepto de rehabilitación >>.

<<(…) En forma subsidiaria a las anteriores, se ordene a la ADMINISTRADORACOLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES el pago de las incapacidades emanadas en forma posterior a la radicación del concepto de rehabilitación por parte de COMPENSAR E.P.S. >>.

1.2. Hechos

La accionante manifestó, que se encuentra afiliada en salud a Compensar E.P.S. y en pensión a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones

De la misma manera indicó, que sufrió una fractura de la epífisis inferior del fémur y que ha tenido unas incapacidades superiores a 180 días, igualmente adujo que el día 17 de marzo realizó el concepto de rehabilitación, pero desconoce si fue remitido a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones

Además, ostentó que en vista de que las incapacidades superaron los 180 días radicó ante Colpensiones las incapacidades con el número 2020_5329039 del 2 de junio de 2020 y 2020_5790349 del 19 de junio de 2020, donde se solicitó el pago de las incapacidades médicas

Debido a que la fractura que sufrió genero varias incapacidades, continuó radicando las siguientes certificaciones de incapacidad ante Colpensiones, con el fin de que se pague las mismas

a) Certificado de incapacidad No. 12026723 del 26 de junio de 2020, que va desde el 15 de abril de 2020 hasta el 14 de mayo de 2020.

b) Certificado de incapacidad No. 12035493 del 26 de junio de 2020, que va desde el 15 de mayo de 2020 hasta el 29 de mayo de 2020.

c) Certificado de incapacidad No. 12040926 del 26 de junio de 2020, del 30 de mayo de 2020 hasta el 13 de junio de 2020.

d) Certificado de incapacidad No. 12046564 del 26 de junio de 2020, del 14 de junio de 2020 hasta el 13 de julio de 2020.

e) Certificado de incapacidad No. 12062983 del 16 de julio de 2020 del 14 de julio de 2020.

f) Certificado de incapacidad No. 12064402 del 16 de julio de 2020 del 15 de julio de 2020 al 13 de agosto de 2020

Igualmente exteriorizó que la COLPENSIONES a través de dos oficios, señaló que no está obligada a pagar las incapacidades, debido a que COMPENSAR E.P.S. no ha remitido el concepto favorable de rehabilitación, motivo por el cual no ha cancelado las incapacidades

Por esta razón denotó que se está vulnerando su derecho fundamental al mínimo vital, dado que el único ingreso que tiene para subsistir es el que emana de su trabajo y a casusa de sus incapacidades no puede laborar razón por la cual se le esta vulnerado su único ingreso

Por último, manifestó que a la fecha de radicación de la presente demanda de tutela Colpensiones, se ha negado a cancelar el pago de las incapacidades, alegando que no ha recibido el concepto de rehabilitación

1.3. Trámite procesal

La solicitud de tutela fue radicada el 05 de agosto de 2020, admitida por el despacho el día 06 de agosto y notificada el mismo día.

1.4. Oposición

COMPENSAR ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD rindió informe de tutela el 11 de agosto de 2020 en el que señaló:

- ✓ Manifestó que la señora Martha Cecilia Ospina Murillo, identificada con cédula de ciudadanía 65551013, se encuentra activa en el Plan de Beneficios de Salud (PBS), de la EPS Compensar, en calidad de dependiente de la Empresa Contactamos de Colombia S.A.S. NIT 802015186,

Acción de Tutela

Referencia: 110013335 009 2020 000178 00

Accionante: MARTHA CECILIA OSPINA MURILLO

Accionado: COLPENSIONES y OTRO

- ✓ Además, indicó que COMPENSAR E.P.S. ha prestado oportuna y completamente todos los servicios a que tiene derecho como afiliada al Plan de Beneficios de salud de acuerdo con las coberturas que por ley se encuentran indicadas y autorizadas
- ✓ Adujó que con respecto al pago de las incapacidades causadas para la fecha del 05 de mayo del 2020 la accionante completo 180 días de incapacidades que a la fecha fueron debidamente canceladas a favor del empleador

| Fecha Radicación | Numero Documento | Numero Incapacidad | Tipo Incapacidad | Fecha Inicio | Fecha Fin | Cie 10 | Descripcion | Es Prorroga | Días Incapacidad | Días Acumulados | Estado | Fecha Probable Pago | Observaciones |
|------------------|------------------|--------------------|--------------------|--------------|-----------|--------|---|-------------|------------------|-----------------|-----------|---------------------|---|
| 20200716 | 65551013 | 12064402 | Enfermedad General | 20200715 | 20200813 | S724 | FRACTURA DELAEPFISIS INFERIOR DEL FEMUR | Si | 30 | 273 | Negada | | Incapacidad mayor a 180 días |
| 20200716 | 65551013 | 12062983 | Enfermedad General | 20200714 | 20200714 | S724 | FRACTURA DELAEPFISIS INFERIOR DEL FEMUR | Si | 1 | 243 | Negada | | Incapacidad mayor a 180 días |
| 20200626 | 65551013 | 12048564 | Enfermedad General | 20200614 | 20200713 | S724 | FRACTURA DELAEPFISIS INFERIOR DEL FEMUR | Si | 30 | 242 | Negada | | Incapacidad mayor a 180 días |
| 20200626 | 65551013 | 12040926 | Enfermedad General | 20200530 | 20200613 | S724 | FRACTURA DELAEPFISIS INFERIOR DEL FEMUR | Si | 15 | 212 | Negada | | Incapacidad mayor a 180 días |
| 20200626 | 65551013 | 12035493 | Enfermedad General | 20200515 | 20200529 | S724 | FRACTURA DELAEPFISIS INFERIOR DEL FEMUR | Si | 15 | 197 | Negada | | Incapacidad mayor a 180 días |
| 20200626 | 65551013 | 55542031 | Enfermedad General | 20200513 | 20200514 | S724 | FRACTURA DELAEPFISIS INFERIOR DEL FEMUR | Si | 2 | 192 | Negada | | Incapacidad mayor a 180 días |
| 20200626 | 65551013 | 12026723 | Enfermedad General | 20200415 | 20200512 | S724 | FRACTURA DELAEPFISIS INFERIOR DEL FEMUR | Si | 28 | 180 | Cancelada | 20200710 | Incapacidad cancelada a favor de la empresa |
| 20200414 | 65551013 | 12014322 | Enfermedad General | 20200316 | 20200414 | S724 | FRACTURA DELAEPFISIS INFERIOR DEL FEMUR | Si | 30 | 152 | Cancelada | 20200429 | Incapacidad cancelada a favor de la empresa |
| 20200306 | 65551013 | 12001796 | Enfermedad General | 20200304 | 20200315 | S724 | FRACTURA DELAEPFISIS INFERIOR DEL FEMUR | Si | 12 | 122 | Cancelada | 20200401 | Incapacidad cancelada a favor de la empresa |
| 20200305 | 65551013 | 1197628 | Enfermedad General | 20200228 | 20200303 | S724 | FRACTURA DELAEPFISIS INFERIOR DEL FEMUR | Si | 5 | 110 | Cancelada | 20200321 | Incapacidad cancelada a favor de la empresa |
| 20200220 | 65551013 | 11904731 | Enfermedad General | 20200213 | 20200227 | S724 | FRACTURA DELAEPFISIS INFERIOR DEL FEMUR | Si | 15 | 105 | Cancelada | 20200307 | Incapacidad cancelada a favor de la empresa |
| 20200122 | 65551013 | 11957789 | Enfermedad General | 20200114 | 20200212 | S724 | FRACTURA DELAEPFISIS INFERIOR DEL FEMUR | Si | 30 | 90 | Cancelada | 20200207 | Incapacidad cancelada a favor de la empresa |
| 20191219 | 65551013 | 12344 | Enfermedad General | 20191215 | 20200113 | S724 | FRACTURA DELAEPFISIS INFERIOR DEL FEMUR | Si | 30 | 60 | Cancelada | 20200107 | Incapacidad cancelada a favor de la empresa |
| 20191209 | 65551013 | 6963 | Enfermedad General | 20191115 | 20191214 | S724 | FRACTURA DELAEPFISIS INFERIOR DEL FEMUR | No | 30 | 30 | Cancelada | 20191221 | Incapacidad cancelada a favor de la empresa |

- ✓ De la misma manera indicó que las Incapacidades causadas a partir del 13 de mayo de 2020, son superiores a 180 días, por lo tanto, su reconocimiento y pago corresponde a la AFP Colpensiones
- ✓ Que el día 03 de marzo de la presente anualidad Compensar emitió concepto de rehabilitación favorable y que el mismo fue notificado a la AFP Colpensiones el 30 de marzo del 2020 a través de mensaje de datos al correo electrónico juntaregional@colpensiones.gov.co regional debido a la emergencia sanitaria a casusa del COVID-19

Acción de Tutela

Referencia: 110013335 009 2020 000178 00

Accionante: MARTHA CECILIA OSPINA MURILLO

Accionado: COLPENSIONES y OTRO



- ✓ Por anterior manifestó que es evidente que COMPENSAR ha cumplido con deber de cancelar las incapacidades equivalentes a 180 días de manera oportuna hasta el día 12 de mayo de 2020 como lo que dispone la normatividad vigente y jurisprudencia:

Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.

- ✓ Igualmente reiteró que es el Fondo de Pensiones Colpensiones, quien esta llamado a sufragar as incapacidades posteriores al día 181, adicional a ellos adujo que salvo la disposición de excepcionalidad

EL ARTICULO 142. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ.

<<(…) 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.>>

- ✓ Por esta razón indicó que Compensar E.P.S. no está llamada a pagar, debido a que procedió a la emisión del concepto que exige la ley.

El artículo 142 del Decreto 019 de 2012, que modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993:

- ✓ 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.

- ✓ En razón a lo anterior, no hay lugar a que Compensar EPS sea requerida algún tipo de acción al respecto. A contrario sensu, Compensar EPS ha cumplido con la obligación legal de pagar las incapacidades correspondientes de igual manera, sobre la entidad encargada del pago de incapacidades superiores a 180 días, ha reiterado la Corte Constitucional en sentencia T 020 de 2018 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas) lo siguiente:

<< (...) El subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común que sobrepasen los 180 días iniciales, deben ser cancelados por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones, excepto si la EPS incumple con la obligación de emisión del concepto de rehabilitación en los términos atrás indicados. En esos casos la EPS asumirá dicho pago hasta tanto sea emitido el mencionado concepto>>.

- ✓ Indicó que es claro que corresponde a la AFP COLPENSIONES y no a COMPENSAR EPS, realizar el pago de las incapacidades superiores al día 180, es decir, aquellas causadas a partir del 12 de mayo del 2020 y en consecuencia solicitó que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva.

COLPENSIONES rindió informe de tutela el 13 de agosto de 2020 en el que señaló:

- ✓ Manifestó que la señora Martha Cecilia Ospina Murillo, pretende que se realice el pago de las incapacidades desde el día 180 hasta el 13 de agosto de 2020, siendo la última generada.
- ✓ Igualmente, adujo que en dos ocasiones la aquí accionante ha radicado petición de reconocimiento y pago del subsidio por incapacidades, las cuales han sido despachadas desfavorablemente. Las razones por las cuales se ha negado el reconocimiento y pago del subsidio por incapacidades, son por cuanto la EPS no ha remitido concepto de rehabilitación de la aquí accionante, por lo que

Colpensiones se encuentra imposibilitada para realizar dicho reconocimiento

- ✓ De la misma manera exteriorizo que la aquí accionante, pretende que, a través de la presente demanda de tutela, se reconozcan prestaciones económicas, desconociendo así la subsidiariedad, por lo que se pasan a exponer la siguiente argumentación jurídica

Remisión del concepto de rehabilitación

<<(…) El inciso 6° del Artículo 142 del Decreto 019 de 2012, señala que “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 del ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto (...)>>

- ✓ En consecuencia, indicó que en tal sentido aplicando lo dispuesto en el artículo precedente al caso en concreto, es claro que todas las incapacidades que hubieren causado con anterioridad a la fecha de radicación del Concepto Médico de Rehabilitación, esto es antes del 2 de agosto de 2018, debe asumirlas la Entidad Promotora de Salud, en este caso la EPS S.O.S.

Desconocimiento del carácter subsidiario de la acción de tutela

- ✓ Resulta oportuno resaltar que de acuerdo con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 la acción de tutela será improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, razón por la cual, en concordancia con el numeral 4° del artículo 2° del Código Procesal del Trabajo, toda controversia que se presente en el marco

del Sistema de Seguridad Social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administradoras deberá ser conocida por la jurisdicción ordinaria laboral.

- ✓ Por lo tanto indicó que si la aquí accionante presenta desacuerdo con lo resuelto debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su solicitud vía acción de tutela, ya que esta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial, pues la Corte Constitucional ha sido reiterativa en sostener que la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de prestaciones económicas, pues por su naturaleza excepcional y subsidiaria, esta no puede reemplazar las acciones ordinarias creadas por el legislador para resolver asuntos de naturaleza litigiosa
- ✓ Por otro lado, exteriorizó que se debe tenerse en cuenta que decidir de fondo las pretensiones del accionante y acceder a las mismas, invade la órbita del juez ordinario y su autodomínio, pero además excede las competencias del juez constitucional, en la medida que no se probó vulneración a derechos fundamentales, ni la existencia de un perjuicio irremediable que haga viable proteger derecho alguno.

Subsidio por incapacidad

- ✓ Es una prestación económica cuyo objeto es cubrir a los afiliados del Sistema Integral de Seguridad Social frente a las contingencias que menoscaban su salud y su capacidad económica entre los responsables de su reconocimiento se encuentra al empleador las EPS y las Administradoras de Pensiones, es decir, se trata de una prestación en la que concurren diferentes actores del SGSSI; no obstante, las reglas de causación difieren según se trate del Sistema General de Pensiones (SGP) o del Sistema General de Salud (SGS).

- ✓ De conformidad con el Decreto 2943 de 2013, la responsabilidad en el reconocimiento y pago de la prestación, tiene los siguientes estadios:
 1. Los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad general son responsabilidad del empleador.
 2. A partir del tercer (3) día y hasta el día 180 de incapacidad, el reconocimiento y pago están a cargo de la EPS; y,
 3. Del día 181 hasta el día 540, la responsabilidad es del Sistema General de Pensiones, si existe concepto favorable de rehabilitación.

- ✓ Una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable rehabilitación, 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. 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. Contrario sensu, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, se deberá proceder a calificar¹⁵ la pérdida de capacidad del afiliado los ciudadanos

- ✓ También indicó que siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, y siempre que no exista interrupción que supere 30 días calendario de continuidad entre periodos de incapacidad ya que en caso de transcurrir más de 30 días calendario entre la una y la otra, se estaría frente a una nueva incapacidad que originaría el pago de los dos primeros días por parte del empleador y a partir del tercer día por parte de la EPS respectiva

- ✓ En caso de que las incapacidades originadas por enfermedad común que llegaren a superar el día 540 de incapacidad, el legislador determinó que la entidad que debe asumir el pago del subsidio por incapacidad del día 541 18 en adelante es la Entidad Promotora de

Salud EPS, en la que se encuentre efectivamente afiliada la persona, igualmente, facultó a las EPS para 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, que asumió funciones a partir del 1o de agosto de 2017, según lo prescrito en el artículo 1o del Decreto 546 de 2017, lo anterior también se reglamentó en el art. 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018.

- ✓ Por último, solicitó que Declare improcedente la acción de tutela contra la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES.

1.5. Medios de Prueba

- Oficio de fecha 04 de junio de 2020
- Oficio de fecha 23 de junio de 2020
- Concepto de rehabilitación integral
- Certificado de la entidad Compensar Salud E.P.S.
- Certificado de afiliación de Compensar Salud E.P.S.
- Oficio de fecha 18 de marzo de 2020

II. 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 numeral 2º del artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, pues la acción se dirigió contra una autoridad pública de orden nacional.

2.2. Procedencia de la tutela

Legitimación activa: La tutela fue interpuesta en nombre propio. Lo anterior, encuentra su fundamento constitucional en el artículo 86¹ de la Constitución

¹ <<toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública>>.

Política, el cual establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer demanda de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre. De conformidad con lo anterior, el Despacho considera que está acreditada la legitimación en la causa por activa.

Legitimación pasiva: Las entidades accionadas son la EPS COMPENSAR y COLPENSIONES.² Esta es una Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio del Trabajo y Compensar EPS es una empresa prestadora de servicios de salud de derecho privado. De las anteriores, se alega afectación a los derechos invocados por la accionante.

Lo anterior quiere decir que, tanto COLPENSIONES como COMPENSAR EPS cuentan con la calidad subjetiva y el interés sustancial para actuar como accionadas en el caso *subjudice*, toda vez que ante un eventual fallo favorable a la accionante donde se ordene el pago de las incapacidades, la orden iría dirigida a dichas entidades.

El artículo 86 de la Constitución Política, desarrollado por el Decreto 2591 de 1991, estableció la tutela como un mecanismo para reclamar, ante los jueces en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción y omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

Adicionalmente, el artículo 6 del referido decreto 2591 regló improcedente cuando existan otros recursos o mecanismos de defensa judicial, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable o estos resulten ineficaces (mecanismo subsidiario); para proteger derechos que puedan ser atendidos por medio de habeas corpus o derechos colectivos; y cuando la violación del derecho ha originado un daño consumado.

Entonces, se lee que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario, residual, preferente y sumario para obtener la intervención inmediata del juez constitucional en aras de proteger derechos fundamentales.

Para caso objeto de análisis, la Corte Constitucional³ ha señalado en varias oportunidades que, en principio, resulta improcedente la demanda de tutela porque para ello los interesados cuentan con la jurisdicción ordinaria laboral, competente para resolver conflictos que involucren afiliados,

² Decreto 2591 de 1991, artículo 42, numeral 3.

³ Ver Sentencias T-401 de 2017, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-427 de 2018, MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez; y T-161 de 2019, MP. Cristina Pardo Schlesinger.

usuarios, administradora del sistema integral de seguridad social y empleadores; sin embargo, en estos mismos pronunciamientos, ha precisado que, de manera excepcional y atendiendo a las particularidades de cada caso, resulta procedente la tutela, cuando se trata de personas que se encuentran catalogadas como de especial protección constitucional.

Frente al caso, el reclamo del pago por concepto de incapacidad de una persona que por haber perdido su fuerza de trabajo lleva meses dependiendo de dicho auxilio, resulta presumible pensar que ese ingreso es el que le permite llevar una vida digna y atender los gastos de la enfermedad que le generan dicha incapacidad temporal.

Ahora bien, de acuerdo con lo afirmado por la señora Martha Cecilia Ospina Murillo, lo que busca con la presente demanda de tutela es que cancele el pago de sus incapacidades a partir del día 181 debido se le está vulnerando el derecho al mínimo vital, ya que el único ingreso que tiene para vivir es el que emana de su trabajo, y en la actualidad, por la incapacidad no puede laborar. Lo cual implica que procede la acción de tutela para examinar de fondo la situación, con el fin de evitar la configuración de un perjuicio irremediable a sus derechos fundamentales⁴.

2.3. Asunto a resolver

El Despacho debe establecer si las accionadas han vulnerado derechos de la accionante, ante la conducta omisiva que han adoptado frente al reconocimiento y pago del subsidio por incapacidades médicas.

Para resolver, se analizará lo siguiente: (i) el auxilio económico y el subsidio de incapacidades superiores a 180 días y a 540 días; (ii) y el caso concreto.

2.4. Discusión

La tutela tiene como objeto primordial la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados a través de un procedimiento preferente y sumario, mediante el cual es posible establecer si se ha presentado una acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos previstos en la ley, causando con ello un agravio a los derechos invocados por el causante.

2.5 Solución al caso

El auxilio económico y el subsidio de incapacidad superiores a 180 días

⁴ Artículo 86 de la Constitución Política.

De tiempo atrás, con el Código Sustantivo del Trabajo, se previó auxilio económico por incapacidad laboral, protección que se ha sostenido en el tiempo, hoy con la Constitución Política de 1991 se consagró como servicio público y derecho irrenunciable la seguridad social (artículo 48).

Por virtud de este mandato constitucional fue promulgada la Ley 100 de 1993, la cual, junto con sus decretos reglamentarios (2463 de 2001; 019 de 2012; entre otros), desarrolló el aspecto relacionado con las incapacidades tanto de origen común como de origen laboral y las entidades encargadas de dicho reconocimiento, desde el día 1 hasta el día 540. Sin embargo, a lo largo del tiempo, ha sido un tema objeto de debate y de múltiples pronunciamientos judiciales, principalmente por parte de la Corte Constitucional en sede de revisión.

Al respecto, vale la pena señalar que dicha Corporación, en Sentencia T-401 de 2017, estableció las siguientes diferencias: i) certificado de incapacidad temporal: concepto médico que acredita una falta temporal de capacidad laboral; ii) auxilio económico: es el pago que se genera durante los primeros 180 días de incapacidad; y iii) subsidio de incapacidad: aquel que se reconoce a partir del día 181 de incapacidad.

En este mismo pronunciamiento y retomando no solo las previsiones legales ya anotadas, sino decisiones anteriores como las sentencias T-920 de 2009, T-140 de 2016 y T-146 de 2016, entre otras, la Corte estableció las siguientes reglas en materia de reconocimiento del auxilio económico y el subsidio de incapacidad:

1. Los primeros 2 días a cargo del empleador.
2. Desde el día 3 y hasta el día 180 a cargo de la EPS.
3. A partir del día 181 y hasta el día 540 a cargo de la Administradora de Fondo de Pensiones (AFP), sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la EPS es favorable o desfavorable.

Esta regla tiene como excepción que la EPS no haya enviado el concepto de rehabilitación antes de los primeros 180 días, caso en el cual es esta última la que debe responder.

Lo ideal es que entre el día 181 y el día 540 se efectúe al trabajador la calificación de pérdida de capacidad laboral (PCL), ya que de ella se desprenden 3 escenarios: i) un eventual reconocimiento pensional (50% o más de PCL); ii) un eventual reintegro a la vida laboral (menos del 50% de PCL); o iii) incluso, si la persona pese a no alcanzar el 50% de PCL continúa incapacitada, el deber de mantener el pago del auxilio económico o subsidio por incapacidad.

En este sentido, lo que ha pretendido en tanto el tránsito normativo como la interpretación jurisprudencial es el amparo de aquella persona que dependía de su fuerza de trabajo y que por motivo de accidente o enfermedad no ha podido volver a desempeñarse en sus actividades cotidianas afectando su mínimo vital y el de su familia, así como las condiciones dignas de subsistencia.

De esta manera, el pago de esas incapacidades debe realizarse, incluso, después de que se realice el dictamen de pérdida de capacidad laboral, *"hasta que el médico tratante emita un concepto en el que se determine que la persona está en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o **hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%.**"*

2.6 Análisis del caso concreto

En el presente caso, la accionante alega vulnerado los derechos al mínimo vital, petición, debido proceso y a la seguridad social por considerar que la negativa de las entidades accionadas en reconocer y pagar las incapacidades laborales ordenadas por su médico tratante. Los certificados de incapacidad se produjeron como consecuencia de que sufrió una fractura de la epífisis inferior fémur, la cual ha impedido que la tutelante se reintegre de manera satisfactoria a la vida laboral.

A la señora Martha Cecilia Ospina Murillo se le ha prescrito incapacidades en distintos períodos, desde el 15 de noviembre de 2019 hasta el 13 de agosto de 2020. La accionante y la EPS demandada concuerdan en que los primeros 180 días de incapacidad fueron reconocidos y cancelados por esta última institución. Sin embargo, ni COLPENSIONES ni la EPS COMPENSAR han cancelado las incapacidades generadas a partir del día 181.

En sus respectivas contestaciones, las entidades accionadas alegaron que no tienen el deber legal de asumir el pago de las prestaciones económicas solicitadas por el accionante. En efecto, COLPENSIONES esgrimió que no le correspondía sufragar los subsidios de incapacidad originados a partir del día 181 hasta el día 540 dado que la EPS COMPENSAR no ha notificado a la AFP la emisión del respectivo concepto de rehabilitación.

Por su parte, la EPS Compensar explicó que el día 17 de marzo de 2020 se emitió concepto de rehabilitación favorable y que el mismo fue notificado a través del correo electrónico juntaregional@colpensiones.gov.co el día 30 de marzo de 2020

De las pruebas aportadas en el trámite de tutela y sumando a los argumentos expuestos por las entidades accionadas en sus informes, es dable extraer que:

Acción de Tutela

Referencia: 110013335 009 2020 000178 00

Accionante: MARTHA CECILIA OSPINA MURILLO

Accionado: COLPENSIONES y OTRO

La señora Martha Cecilia Ospina Murillo ha tenido incapacidades continuas desde el 11 de noviembre de 2019 hasta el 13 de agosto de 2020;

Cumplió 180 días de incapacidad el 12 de mayo de 2020, que fueron cancelados por la EPS COMPENSAR

Antes del vencimiento de los 180 días la EPS COMPENSAR emitió concepto médico para remisión a la Administradora de Fondo de Pensiones (AFP) donde determinó rehabilitación FAVORABLE y lo envió a COLPENSIONES como administradora del fondo de pensiones, esto es el 30 de marzo de 2020.

Para el Despacho los argumentos de COLPENSIONES no son de recibo, pues desde el 30 de marzo de 2020, fecha del concepto de rehabilitación remitido por la EPS COMPENSAR.

Ahora bien, si internamente existen procedimientos en los cuales el accionante debió involucrarse de manera activa, COLPENSIONES, debió informar al interesado de forma detallada acerca de sus actuaciones o documentos. Cuando es posible que el actor no conozca cuál es esa documentación.

Lo anterior, quiere decir que COLPENSIONES debió pagar el subsidio por incapacidad al accionante, a partir del día 181 (13 de mayo de 2020) hasta el día (13 de agosto de 2020).

En este sentido, es flagrante la vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital por parte de COLPENSIONES, los cuales no ameritan un pronunciamiento puntual acerca de su definición y alcance, pues con lo que se ha expuesto es claro que, por mandato constitucional las personas que se encuentran en condiciones de discapacidad por cualquier y los adultos mayores son sujetos de especial protección constitucional. Además, porque los pagos por incapacidad y el deber de efectuar la calificación de pérdida de capacidad laboral constituyen la materialización efectiva del derecho a la seguridad social y se encuentran estrechamente relacionados con el mínimo vital y la vida en condiciones dignas, toda vez que de esta se desprende la posibilidad de acceder a otro tipo de prestaciones económicas.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Acción de Tutela

Referencia: 110013335 009 2020 000178 00

Accionante: MARTHA CECILIA OSPINA MURILLO

Accionado: COLPENSIONES y OTRO

PRIMERO: TUTELAR los derechos a la seguridad social, el mínimo vital y la vida en condiciones dignas de la señora **Martha Cecilia Ospina Murillo**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

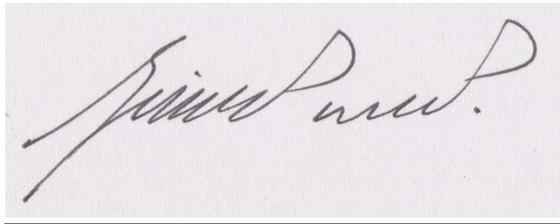
SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES, en el término de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, pague las incapacidades que hayan resultado impagas en favor del actor desde el 13 de mayo de 2020. (día 181 de incapacidad) hasta el día (13 de agosto de 2020).

TERCERO: 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. A la accionante a través del medio más expedito.

CUARTO: IMPUGNABILIDAD. Esta sentencia es susceptible de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro de los tres días siguientes a su notificación a través del correo electrónico jadmin09bta@notificacionesrj.gov.co,

QUINTO: Una vez ejecutoriada **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión (artículo 31 del Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 Derecho³)

DDZ

³ <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>.