JUZGADO TREINTA ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

SECCIÓN SEGUNDA

Correos electrónicos:

jadmin30bta@notificacionesrj.gov.co
admin30bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020).

Expediente: **A.T 11001 33 35 030 2020 00084 00.**
Accionante: **José Benedicto López Pacanchique.**
Accionado: **Colpensiones.**
Vinculado: **Famisanar**
Decisión: **Sentencia Primera Instancia.**

OBJETO.

Resolver la acción de tutela presentada por JOSÉ BENEDICTO LÓPEZ PACANCHIQUE, con el fin de que se le amparen sus derechos fundamentales de la vida, la salud, seguridad social y mínimo vital, amenazados o vulnerados por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S.

II. SÍNTESIS FÁCTICA.

JOSÉ BENEDICTO LÓPEZ PACANCHIQUE solicita que se le amparen sus derechos fundamentales del mínimo vital, la vida, la salud y la seguridad social, que considera amenazados o conculcados por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – en adelante COLPENSIONES-, y la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S. – en adelante FAMISANAR-, toda vez que desde el 13 de diciembre de 2018 hasta la fecha ha tenido incapacidades médicas ininterrumpidas y FAMISANAR le realizó el pago hasta el momento que se cumplió los 180 días indicándole que en adelante el responsable de dicho pago sería

COLPENSIONES. No obstante, mediante comunicación del 14 de enero de 2020, COLPENSIONES le indicó que no puede pagarle las incapacidades porque se encuentra en trámite de calificación de la perdida de la capacidad laboral y, por tanto, debe esperar, sin tener en cuenta que no cuenta con otro ingreso para subsistir.

En consecuencia, solicita que se le amparen los derechos invocados y, por contera, se le ordene a las accionadas efectuar el pago de las incapacidades médicas pendientes a su cargo, expedidas desde el 10 de julio de 2019 a la fecha y, las que en adelante se causen.

III. DEL ACERVO PROBATORIO RECOLECTADO.

Las partes, junto con el escrito de tutela y de contestación, allegaron copia del **i)** derecho de petición interpuesto por el accionante el 5 de febrero de 2020, ante COLPENSIONES, radicado 2020_1603446; **ii)** respuesta de COLPENSIONES del 15 de febrero de 2020, radicado BZ2020_1710906-0344520, dirigida al accionante; **iii)** certificado de incapacidades medicas de JOSÉ BENEDICTO LÓPEZ PACANCHIQUE desde el 13 de diciembre de 2018 hasta el 26 de marzo de 2020, expedido el 28 de febrero de 2020 por FAMISANAR; **iv)** oficios del 31 de marzo de 2020, radicados 2020 3920332 y BZ2020 3988767-0824862, expedidos por COLPENSIONES; **v)** dictamen pericial de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional de JOSÉ BENEDICTO LÓPEZ PACANCHIQUE, expedido el 31 de marzo de 2020; y **vi)** concepto médico de rehabilitación desfavorable expedido por FAMISANAR y su constancia de notificación a COLPENSIONES el 16 de mayo de 2019.

IV. TRÁMITE PROCESAL.

Admitida la demanda se notificó personalmente por vía electrónica a COLPENSIONES, a FAMISANAR y al MINISTERIO PUBLICO.

Al respecto, la Directora de Acciones Constitucionales de COLPENSIONES, mediante escrito de contestación allegado al correo electrónico del despacho el 27 de abril de 2020, solicita que se declare improcedente el presente trámite teniendo

en cuenta que la acción de tutela no es el mecanismo de defensa judicial idóneo con el que cuenta el accionante para solicitar la protección de sus derechos, toda vez que el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo señala que 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.

Así mismo, señala COLPENSIONES que sin perjuicio de la improcedencia de la acción, el accionante no cumple con los requisitos señalados en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012[1], pues establece que para que la Administradora de Fondos de Pensiones otorgue el subsidio de incapacidad por un máximo de 360 días, se hace necesario que **i)** el afiliado padezca una enfermedad de origen común; **ii)** la incapacidad sea continua y supere los 180 días; y **iii)** que se emita concepto **favorable de rehabilitación** por parte de la EPS, supuestos concurrentes que para el caso de JOSÉ BENEDICTO LÓPEZ PACANCHIQUE no se cumplen, pues FAMISANAR presentó fue concepto **desfavorable de rehabilitación** y, en ese sentido, no es procedente el pago de incapacidades por parte de COLPENSIONES, entre otras consideraciones.

Por su parte, el Director de Operaciones Comerciales de FAMISANAR contestó la acción mediante escrito allegado electrónicamente el 28 de abril de 2020, solicitando su desvinculación del presente trámite, teniendo en cuenta que no tiene injerencia alguna sobre los presuntos derechos vulnerados al accionante, por lo que propone la excepción denominada *falta de legitimación en la causa por pasiva*. Afirma que las conductas desplegadas por FAMISANAR son legítimas, ajustándose a las disposiciones legales que regulan el funcionamiento del sistema general de seguridad social en salud, conforme lo señala el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991, entre otras disquisiciones.

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

[1] "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública."

Objeto de la acción de tutela.

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares encargados de la prestación de servicios públicos y en los casos previstos en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

La referida acción tiene carácter supletorio o excepcional, procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Procedencia de la acción de tutela.

La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 del Decreto 2591 de 1991. También procede contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en el capítulo de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito[2].

Competencia.

Atendiendo lo señalado en los artículos 37 del Decreto 2591 de 1991 y el 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017, este juzgado es competente para conocer de la acción de tutela de la referencia, por cuanto la accionada ostenta la calidad de entidad descentralizada del orden nacional.

Del caso a debatir.

De los hechos de la demanda y de las pruebas que obran en el expediente, encuentra el despacho que JOSÉ BENEDICTO LÓPEZ PACANCHIQUE solicita el

[2] Art. 5 Decreto Ley 2991 de 991.ghf

amparo de sus derechos fundamentales del mínimo vital, la salud y la seguridad social, entre otros, que considera amenazados o conculcados por COLPENSIONES y FAMISANAR, toda vez que desde el 13 de diciembre de 2018 hasta la fecha ha tenido incapacidades médicas ininterrumpidas, FAMISANAR le realizó el pago de las incapacidades hasta el momento que cumplió los 180 días -es decir hasta el 9 de julio de 2019- en adelante COLPENSIONES no ha realizado pago alguno

Que COLPENSIONES el 14 de enero de 2020 le indicó que no puede pagarle las incapacidades médicas teniendo en cuenta que se encuentra en trámite de calificación de la pérdida de la capacidad laboral y, por tanto, debe esperar; sin embargo, obra en el plenario **dictamen pericial de pérdida de capacidad laboral** por enfermedad de origen común y con calificación de pérdida del **61.2%,** con fecha de estructuración del 25 de abril de 2019, sin que a la fecha ninguna de las dos entidades hayan pagado las incapacidades adeudadas o pensionado al demandante.

Problema Jurídico por resolver.

¿Es procedente la acción de tutela para reclamar el pago de incapacidades laborales, y de ser así existe vulneración de los derechos fundamentales invocados por el accionante por cuanto las accionadas se han negado a realizar el pago de los días en los que se ha encontrado en incapacidad?

Solución del caso.

La Constitución Política en su artículo 49 establece la garantía para que todos los ciudadanos accedan a los servicios de promoción, protección, prevención, rehabilitación y recuperación de la salud, cuando la misma se ha visto mermada generando como consecuencia las denominadas incapacidades laborales. Por otra parte, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, consagra:

> "Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las

> Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto". (Negrillas fuera del texto original).

Sumado a lo anterior, el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo dispone:

> "En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así**: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante**". (Negrillas fuera del texto original).

Ahora, la H. Corte Constitucional ha sido enfática en la necesidad de que el juez de tutela someta los asuntos que llegan a su conocimiento a la estricta observancia del carácter subsidiario y residual de la acción, y en tratándose del reconocimiento y pago de las incapacidades laborales así como su procedencia en sede de tutela, en sentencia T-161 de 2019[3], señaló:

> "3.2.5 No obstante lo anterior, en lo que se relaciona específicamente con el reconocimiento de incapacidades, este Tribunal ha reconocido la procedencia de la acción de tutela, por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone la vulneración de otros derechos fundamentales habida cuenta de que en muchos casos, dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata. En palabras de la Corte:
>
> "El no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos"[66].
>
> 3.2.6 En suma, ha estimado la Corte que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar; además, protege sus

[3]Corte Constitucional. Expediente: T- 7059948. Accionante: Ricardo Barahona. Accionados: EPS Servicio Occidental en Salud– S.O.S- y Colpensiones. Magistrada Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.9 de abril de 2019.

derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente[67].

Sobre esa base, la jurisprudencia en la materia ha reiterado que "los mecanismos ordinarios instituidos para [reclamar el pago del auxilio por incapacidad], 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[68].

3.2.7 Para el caso objeto de revisión, es indispensable destacar que el accionante: (i) es una persona de 68 años que se ha desempeñado desde hace más de 23 años como cortero de caña en diferentes empresas, encontrándose actualmente vinculado con la Agropecuaria Sociedad Agrícola GAMA S.A.S; (iii) desde el año 2014 ha sido incapacitado, superando ampliamente los 180 días, en razón de un trasplante de codo izquierdo; (iii) desde ese entonces, su única fuente de ingresos económicos se circunscribe al pago que percibe por concepto de subsidio de incapacidad el cual, aduce, fue suspendido desde el 3 de abril de 2015 hasta el 18 de abril de 2018; (iv) en razón de lo anterior, sostiene que ha tenido que acudir a préstamos económicos con personas naturales y entidades financieras para con ello sufragar los gastos suyos y de su hogar; (v) ha sido calificado en tres oportunidades con una pérdida de capacidad laboral superior al 33% e inferior al 50% y (vi) Colpensiones condicionó el reconcomiendo y pago de incapacidades causadas entre el día 181 a 540, a que el accionante aporte el "Certificado de Relación de Incapacidad Actualizado"[69].

3.2.8 Así las cosas, observa la Sala que el mínimo vital del señor Ricardo Barahona se encuentra ante una amenaza inminente. Lo anterior, por cuanto no dispone de los recursos económicos necesarios para cubrir sus gastos mínimos de subsistencia, hecho que lo ha llevado a adquirir deudas que no pueden ser asumidas oportunamente dada la falta de recursos que tiene como consecuencia del no pago de sus incapacidades.

Sobre el particular, cabe advertir, además, que la posibilidad de que el señor Barahona cuente con otra fuente de ingreso es indeterminada e incierta. Máxime, si se tiene en cuenta que el peticionario informó que: (i) su único sustento económico lo recibe de su trabajo, el cual, de acuerdo con su situación concreta se ve representado en el pago de sus incapacidades[70] y que (ii) dada la condición de salud en que se encuentra no puede realizar actividad laboral alguna. Afirmaciones que no fueron desvirtuadas por ninguna de las partes accionadas y que, por lo tanto gozan de presunción de veracidad e implican del mismo modo una amenaza inminente de su mínimo vital.

3.2.9 En ese orden de ideas, estima la Sala que aun cuando existen, para el caso objeto de estudio, otros medios de defensa judicial, tales como la acción ordinaria ante el juez laboral o el trámite administrativo ante la Superintendencia de Salud, estos resultan ineficaces para conjurar la situación de vulneración de derechos fundamentales que padece el accionante. Lo anterior, encuentra su fundamento en: (i) el deterioro progresivo y marcado del mínimo vital del tutelante, que fue explicado en precedencia y (ii) su condición de sujeto de especial protección constitucional, derivada no solo de su situación de discapacidad sino también, del estado de debilidad manifiesta que presenta en razón de sus problemas de salud.

3.2.10 Con fundamento en lo expuesto, considera la Sala que mediante la presente acción de tutela se busca evitar la consumación de un perjuicio irremediable que se materializa en la amenaza grave e inminente sobre el

mínimo vital del peticionario, la cual requiere de medidas urgentes e impostergables para evitar su configuración. En consecuencia, se concluye que la presente acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad, pues pese a la existencia de otros mecanismos judiciales para ventilar las pretensiones del actor, los mismos no resultan idóneos ni eficaces para su situación particular.

Establecida la procedencia de la presente acción constitucional, la Sala continuará con el planteamiento del problema jurídico y el esquema de resolución del mismo.

5. El pago de incapacidades laborales es un sustituto del salario. Reiteración de jurisprudencia

El Sistema General de Seguridad Social establece la protección a la que tienen derecho aquellos trabajadores que, en razón a la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad de origen común, se encuentran incapacitados para desarrollar sus actividades laborales y, en consecuencia, están imposibilitados para proveerse sustento a través de un ingreso económico. Dicha protección se materializa mediante diferentes figuras tales como: el pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilio y pensión de invalidez contempladas todas estas, en la Ley 100 de 1993[71], Decreto 1049 de 1999, Decreto 2943 de 2013[72], la Ley 692 de 2005, entre otras disposiciones.

Las referidas medidas de protección buscan reconocer la importancia que tiene el salario de los trabajadores en la salvaguarda de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. Así lo ha sostenido esta Corporación al referirse particularmente a la incapacidades, estableciendo que el procedimiento para el pago de las mismas se han creado *"(…) en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada"*[73]

Bajo esa línea, la Corte mediante sentencia T-490 de 2015 fijó unas reglas en la materia, señalando que:

"i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;

ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta."

En consecuencia, durante los periodos en los cuales un trabajador no se encuentra en condiciones de salud adecuadas para realizar las labores que le permitan devengar el pago de su salario, el reconocimiento de incapacidades

constituye como una garantía de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. De allí, que la Corte reconozca que sin dicha prestación, se presume la vulneración de los derechos en mención[74].

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

Conforme fue expuesto en precedencia, el Sistema General de Seguridad Social contempla, a través de diferentes disposiciones legales[75], la protección a la que tienen derecho los trabajadores que, con ocasión a una contingencia originada por un accidente o una enfermedad común, se vean limitados en su capacidad laboral para el cumplimiento de las funciones asignadas y la consecuente obtención de un salario que les permita una subsistencia digna.

Respecto de la falta de capacidad laboral. La Corte 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%*[76]*.* Sobre el particular, la propia jurisprudencia ha precisado que las referidas incapacidades pueden ser de origen *laboral o común*, aspecto que resulta particularmente relevante para efectos de determinar sobre quién recae la responsabilidad del pago de las mismas, como se explicará a continuación.

6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen común

Respecto del pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, es preciso empezar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001[80], el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabador percibirá durante ese lapso. Así, cuando se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un **auxilio económico** y cuando se trata del día 181 en adelante se estará frente al pago de un **subsidio de incapacidad.**

Ahora bien, en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

i. 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.

ii. 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.

iii. 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[81] para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS[82].

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto[83].

Así las cosas, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia.

iv. Ahora bien, en cuanto al pago de las incapacidades que superan los 540 días, cabe mencionar que hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional reconocía la existencia de un déficit de protección respecto de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días. Al respecto, esta Corporación mediante sentencia T-468 de 2010[84] advirtió lo siguiente:

"(…) aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son generosas, esta Sala repara en el hecho de que no existe legislación que proteja al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días. Son muchos los casos en que las dolencias o las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común que obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y por tanto, tampoco nace el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir." Agregó que *"En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación legal en la materia, ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad, situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de Protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo."*

6.1.1 En ese orden, el Gobierno Nacional, expidió la Ley 1753 de 2015[85] mediante la cual buscó dar una solución a al aludido déficit de protección. Así, dispuso en el artículo 67 de la mencionada ley, que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas *"[al] reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos."*[86]. Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a **540** días a las EPS.

6.1.2 Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte ha reiterado que, a partir de la vigencia del precitado artículo 67 de Ley 1753 de 2015[87], en todos los casos en que se solicite el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad superior a **540** días, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social están en la obligación

de cumplir con lo dispuesto en dicho precepto legal, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado[88].

6.1.3 Bajo esta línea, este Tribunal mediante sentencia T-144 del 2016[89] conoció el caso de una ciudadana que, como consecuencia de un accidente de tránsito, sufrió varias fracturas que le provocaron incapacidades de más de 540 días, cuyo dictamen de Calificación de Invalidez no superaba el 50% de PCL. En dicha oportunidad, la Sala Quinta de Revisión concluyó que la obligación de reconocer y pagar las incapacidades posteriores al día 540 estaba a cargo de las EPS, en virtud de la Ley 1753 de 2015. Lo anterior, tras considerar que:

"En el caso concreto es evidente que el estado de salud de la actora ha impedido el éxito total de los pretendidos reintegros, pues a favor de ella se siguen expidiendo certificados de incapacidad laboral. Así mismo, es una persona que no goza de una pensión de invalidez; es decir, está incapacitada medicamente para trabajar, pero no es beneficiaria de ninguna fuente de auxilio dinerario para subsistir dignamente. Ello evidentemente indica que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, y que se vulnera su derecho al mínimo vital y se amenazan otros derechos fundamentales, tales como la vida digna y la salud".

De igual manera, por medio de la Sentencia T-144 de 2016 la Corte estableció tres reglas para la aplicación del artículo 67 de la Ley 1753 en caso análogos como el que fue objeto de revisión, al respecto determinó que:

"(i) existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%;

(ii) El deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y,

(iii) La referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad".[90]

6.1.4 Seguidamente, mediante la Sentencia T-200 de 2017, la Sala Novena de Revisión al estudiar un proceso acumulado de dos acciones de tutela en los que se habían prescrito incapacidades ininterrumpidas que sumaban más de 540 días, sin que los actores pudieran acceder a una pensión de invalidez, indicó que las autoridades accionadas no pueden sustraerse de su obligación de cancelar las incapacidades médicas cuando superan los 540 días alegando falta de legislación que regule la materia, pues con la expedición de la Ley 1753 de 2015 se superó el déficit de protección que había sido evidenciado por la jurisprudencia constitucional con anterioridad a su vigencia.
En ese orden, resolvió amparar los derechos fundamentales de cada uno de los accionantes reiterando que "(…) *las incapacidades que superen los 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, deben ser asumidas por las entidades promotoras de salud en donde se encuentren afiliados los reclamantes*"[91].

Sobre el particular, cabe indicar que través de la aludida providencia T-200 de 2017 se sintetizó el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común de la siguiente manera[92]:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

6.1.5 En suma, es claro que atendiendo a lo previsto por la jurisprudencia constitucional en la materia, el origen de la incapacidad constituye un parámetro determinante para establecer cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene a su cargo la obligación de pagar las incapacidades, atendiendo a los diferentes parámetros de temporalidad que operan en los casos de enfermedades de origen común.

6.1.6 Con todo esto, se advierte que aun cuando el desarrollo normativo y jurisprudencial previo al año 2015, reconocía la existencia de un déficit de protección para los trabajadores que eran incapacitados por más de 540 días, el artículo 67 de la Ley 1573 de 2015 supero dicha problemática, al menos mientras se encuentre vigente[93].
(…)" .

Sin embargo, es necesario adicionar que respecto del pago de las incapacidades laborales, en sentencia T-020 de 2018[4] la H. Corte Constitucional, expresó:

> "El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. **No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana,** sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia" (Negrillas fuera del texto original).

[4] Corte Constitucional. Expediente T-6.381.886. Accionante: Sixta Tulia Sierra Caicedo como agente oficiosa de su hijo Yurdy Javier Zapata Sierra, contra la Nueva EPS. Magistrado Sustanciador: José Fernando Reyes Cuartas. 5 de febrero de 2018.

Además, respecto al mínimo vital, la H. Corte Constitucional 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. Es por ello que a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, cuando éstas no se pagan oportunamente se afectan derechos de orden constitucional, por lo que se hace necesaria la intervención del juez de tutela a fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar.

En el mismo sentido, el H. Consejo de Estado[5], en sede de tutela, en sentencia proferida el 19 de febrero de 2015, respecto del pago de las incapacidades superiores a 180 días y 540 días, estableció:

> "(…) Se trata de un apoyo económico que, desde la óptica del constitucionalismo, adquiere una importante connotación para el trabajador. Sin embargo, ello no implica, per se, que para su protección efectiva el juez de tutela desplace del conocimiento del asunto al laboral, habida cuenta que la cláusula general de competencia, para estos casos, se encuentra depositada en el juez laboral. Para conocer de reclamaciones asociadas al pago de una incapacidad laboral, la jurisdicción constitucional se activa solo de manera excepcionalísima. El advenimiento de esa circunstancia se encuentra supeditado a la verificación de ciertos factores: "… [i] las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, para verificar si la mora en el pago de las incapacidades compromete sus derechos fundamentales o los de las personas a su cargo; [ii] si la ausencia de dichos emolumentos los exponen a un perjuicio irremediable o si, en todo caso, [iii] su situación de vulnerabilidad descarta la idoneidad y eficacia de los medios judiciales contemplados para el efecto.
>
> En ese orden de ideas, **el reclamo derivado del pago de incapacidades laborales, es procedente a través del mecanismo de amparo cuando la ausencia de ese beneficio ponga en riesgo derechos fundamentales, como por ejemplo, la salud, el mínimo vital o la vida digna, lo cual, como se dijo, debe presumirse, al ser este la fuente primaria de ingresos sustitutivos del salario.** Por ende, para colegir su improcedencia es necesario que el juez de tutela constate la presencia de elementos que permitan controvertir tal presunción. (…) (Negrillas fuera del texto original).
> (…) Respecto del pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, es preciso empezar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, el tiempo de duración de la

[5] Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Bogotá, D. C., 19 de febrero de 2015, Radicación Número: 11001-03-15-000-2014-03259-00 Accionante: Jhonatan Steve Sotelo Merchán Accionado: Fondo De Pensiones Y Cesantías Protección S.A. y Otro.

> incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabador percibirá durante ese lapso. Así, cuando se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un auxilio económico y cuando se trata del día 181 en adelante se estará frente al pago de un subsidio de incapacidad.
>
> Ahora bien, en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:
>
> i. 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.
>
> ii. 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.
>
> **iii. 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.**
>
> No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto[83].
>
> Así las cosas, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia. (…)

Ahora, en cuanto a la entidad encargada del pago de la incapacidad laboral, de acuerdo con el Parágrafo 1° del Artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual fue modificado mediante Decreto 2943 del 17 de diciembre de 2013, estarán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado; y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y, de conformidad con la normatividad vigente, en el caso en el que el trabajador no recupere su capacidad laboral y, por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, no obstante, haber sido evaluado por la Junta de Calificación de Invalidez y se dictamine una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%, la H. Corte Constitucional ha interpretado, conforme con la Constitución Política y el artículo 23 del Decreto

2463 de 2001, que le corresponde al fondo de pensiones el pago de las incapacidades superiores a los primeros 180 días, a menos que; i) se expida el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, que le permita consolidar el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez o ii) que se emita un nuevo concepto por parte del médico tratante que establezca que el actor se encuentra apto para reanudar labores, advirtiendo en todo caso que las incapacidades que exceden de los 180 días conducen inexorablemente a una evaluación de la pérdida de capacidad laboral por parte de las autoridades calificadoras (ver sentencia T-144 de 2016).

Para resolver se tendrá en cuenta que el accionante es una persona de 59 años que se ha desempeñado en diferentes actividades de pintura, mampostería, colocación de pisos y en general en el sector de la construcción (cuya última vinculación fue con la Empresa LEÓN PICO CONSTRUCCIONES S.A.S, desde enero de 2018); que a partir del 13 de diciembre de 2018 empezó a tener incapacidades medicas extensas, recurrentes e ininterrumpidas, por disfonías progresivas asociadas a dificultad respiratoria; que en el 2019 le fue diagnosticado un tumor maligno en la laringe y, finalmente, el 25 de abril de 2019, se vio sometido a un procedimiento de traqueostomía y resección (extirpación) de un “tumor carcinoma escamocelular moderadamente diferenciado queratizante e infiltrante de laringe con compromiso tumoral por encima y por debajo de la glotis”. Actualmente se encuentra en tratamiento con radioterapia concurrente más quimioterapia (cisplatino), lo que le ha ocasionado alteraciones de la voz y el habla, incapacidades que aún persisten, superando ampliamente los 180 días

Que desde entonces su única fuente de ingreso económico la constituye el pago que percibe por concepto de subsidio de incapacidad, el cual aduce el accionante no ha sido pagado desde el 10 de julio de 2019 –situación que se verifica con la certificación allegada por FAMISANAR-, viéndose menoscabado su mínimo vital; razones por las cuales su hija NANCY ANDREA LÓPEZ se hizo cargo de su manutención, sin embargo, a raíz de la situación de emergencia sanitaria COVID19 esta última también perdió su fuente de empleo, lo que agrava el riesgo de su subsistencia. Aunado a ello, se observa que el 31 de marzo de 2020 ya fue dictaminado por COLPENSIONES con el 61.2% de pérdida de capacidad laboral y ocupacional.

Así, se observa este juez que el mínimo vital de JOSE BENEDICTO LÓPEZ PACANCHIQUE se encuentra ante una amenaza inminente, por cuanto no dispone de los recursos económicos necesarios para cubrir sus gastos mínimos de subsistencia dada la falta de recursos que tiene como resultado del no pago de sus incapacidades, hecho que lo ha llevado a acudir a su prole, quienes tampoco cuentan con los medios suficientes, máxime cuando la posibilidad de que el accionante cuente con otra fuente de ingreso es indeterminada e incierta, teniendo en cuenta que él mismo informó que su único sustento económico venía de su trabajo el cual, de acuerdo con su situación concreta se ve presentado en el no pago de sus incapacidades y dada la condición de salud en que se encuentra, no puede realizar actividad laboral alguna. Afirmaciones que no fueron desvirtuadas por ninguna de las partes accionadas y que, por lo tanto, gozan de presunción de veracidad e implican del mismo modo una amenaza inminente de su mínimo vital.

De modo que, aunque existen otros medios judiciales de defensa en el presente evento, estos no son idóneos ni eficaces para conjurar la situación de vulneración de derechos fundamentales que padece JOSÉ BENEDICTO LÓPEZ PACANCHIQUE teniendo en cuenta el deterioro progresivo y marcado del mínimo vital del accionante y su condición de sujeto de especial protección constitucional derivada de su situación de discapacidad y del estado de debilidad manifiesta por sus condiciones de salud.

Ahora, en el presente caso se tiene que JOSÉ BENEDICTO LÓPEZ PACANCHIQUE se ha encontrado en incapacidad ininterrumpida desde el 13 de diciembre de 2018 a la fecha, por lo que FAMISANAR le pagó las incapacidades médicas hasta que cumplió los 180 días, es decir, hasta el 9 de julio de 2019, fecha en la que de acuerdo con lo manifestado por el accionante y las pruebas allegadas al expediente, FAMISANAR le informó que en adelante el responsable de realizar el pago de las incapacidades era COLPENSIONES porque el **13 de mayo de 2019** FAMISANAR emitió concepto **desfavorable de rehabilitación** y se lo notificó el 16 de mayo de 2019 a COLPENSIONES.

Debido a la situación anterior, mediante derecho de petición del 5 de febrero de 2020, radicado 2020 1603446, JOSÉ BENEDICTO LÓPEZ PACANCHIQUE le

solicitó a COLPENSIONES el pago de las mencionadas incapacidades, quien mediante oficio del 15 de febrero de 2020, radicado BZ2020_1710906-0344520, contestó que no era procedente el pago de incapacidades por parte de COLPENSIONES teniendo en cuenta que no cumplía con lo establecido en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, esto es **i)** que el afiliado padezca una enfermedad de origen común; **ii)** que la incapacidad sea continua y supere los 180 días; y **iii)** que se emita **concepto favorable de rehabilitación** por parte de la EPS, ya que el 16 de mayo de 2019 FAMISANAR les presentó fue concepto **desfavorable de rehabilitación**.

De modo que, respecto al no pago de incapacidades porque el concepto de rehabilitación es desfavorable, se advierte a COLPENSIONES que en sentencia T- 401 de 2017[6] la H. Corte Constitucional había señalado que las incapacidades de origen común que superen los 180 días corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que esté afiliado el trabajador, **ya sea que exista un concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.** Sostuvo, además, que la norma legal no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180, pero la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos, pues, la indeterminación legal no es una carga que deba soportar el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud.

De esta forma, según el Máximo Tribunal Constitucional, se destaca que a partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las Administradoras de Fondo de Pensiones, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable, **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%**.

---

[6] Corte Constitucional. Expediente T-6.019.000. Accionante: *Diana María* contra Sanitas EPS y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. Asunto: Pago de incapacidades superiores a 180 y a 540 días. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado. 23 de junio de 2017.

Además, en el presente evento milita el dictamen pericial de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional DML-2482 del 31 de marzo de 2020, con calificación del 61,2% y **fecha de estructuración 25 de abril de 2019**, comunicado al accionante mediante el Oficio BZ2020_3988767-0824862 del 31 de marzo de 2020, con constancia de la guía de envío en los anexos electrónicos, y que, pese a que no se ha surtido la notificación personal del mismo por la situación de emergencia sanitaria de COVID19 que atraviesa el país, en el cual el accionante no se puede desplazar a la entidad (según lo informado por vía telefónica), daremos por entendido que las partes lo conocen a raíz del escrito de tutela y sus anexos.

Así las cosas, como las incapacidades acaecidas con posterioridad al día 180 no han sido canceladas por ninguna de las accionadas y FAMISANAR acreditó haber emitido dentro de los 120 días el correspondiente concepto de no rehabilitación, y se lo notificó a COLPENSIONES dentro de los 150 días, acorde con el precedente judicial, tanto constitucional como contencioso administrativo, atrás citado, considera este juez, en sede de constitucional, que contrario a lo señalado por COLPENSIONES, el accionante tenía en principio derecho al **subsidio de incapacidad** desde el 10 de julio de 2019 hasta cuando se rehabilitara o se le pensionara por invalidez, pero, como no era posible su rehabilitación y se estableció, con el dictamen pericial DML-2482 del 31 de marzo de 2020, que a partir 25 de abril de 2019 presenta JOSÉ BENEDICTO LÓPEZ PACANCHIQUE una pérdida de capacidad laboral de más del 50% desde esa fecha tiene derecho a una **pensión de invalidez.**

Por contera, como JOSÉ BENEDICTO LÓPEZ PACANCHIQUE tiene derecho a una pensión de invalidez antes de los 180 días de incapacidad de un lado y, por otro, FAMISANAR le canceló el auxilio económico por incapacidades hasta el 9 de julio de 2019, es a partir del **10 de julio de 2019** que debería reconocérsele la pensión de invalidez, por ende, lo adeudado por COLPENSIONES no debería ser a título de **subsidio de incapacidad** sino de **mesada pensional,** para el cual de observarse la condición más beneficiosa o favorable al trabajador, ya que el accionante no debe regresar a la labor que desempeñaba, resulta insensato que la EPS FAMISANAR siga emitiendo incapacidades cuando no hay posibilidades de rehabilitación, y lo que se requiere el caso es que COLPENSIONES actué en consecuencia con sus obligaciones.

En consecuencia, como es evidente que COLPENSIONES vulnera los derechos fundamentales del mínimo vital, vida digna y la seguridad social integral del accionante, razón por la que, sin más consideraciones, se dispondrá su protección, y se ordenará a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, o a quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, reconozca y pague a JOSÉ BENEDICTO LÓPEZ PACANCHIQUE **el subsidio de incapacidad** y/o la **mesada pensional** desde el 10 de julio de 2019 a la fecha, y para el cual debe observar lo más beneficioso o favorable al trabajador, todo con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable que se materializa en la amenaza grave e inminente sobre los derechos fundamentales del accionante, la cual requiere de medidas urgentes e impostergables para evitar su configuración.

Finalmente, no se desvinculará a la FAMISANAR S.A.S porque es la EPS a la cual se encuentra afiliado JOSÉ BENEDICTO LÓPEZ PACANCHIQUE, por ende le presta los servicios médicos y otorga las incapacidades, y COLPENSIONES en el *sub lite* le endilga la responsabilidad de lo debatido en el presente asunto.

Por las razones que se han expuesto, el **JUZGADO TREINTA ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ – SECCIÓN SEGUNDA**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.- Amparar los derechos fundamentales de mínimo vital, la vida digna y la seguridad social integral de JOSÉ BENEDICTO LÓPEZ PACANCHIQUE, identificado con C.C 80.409.700, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Segundo.- Ordenar al Doctor Juan Miguel Villa Lora, Presidente de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, o a quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, reconozca y pague a JOSÉ BENEDICTO LÓPEZ PACANCHIQUE **el subsidio de incapacidad** y/o la **mesada**

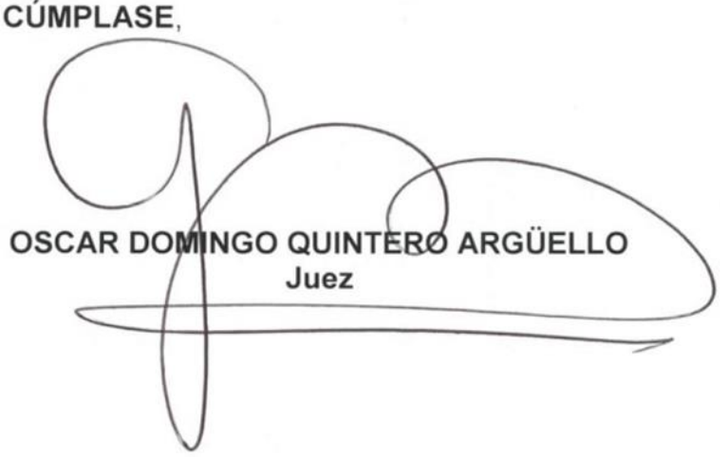
pensional desde el 10 de julio de 2019 a la fecha, y para el cual debe observar lo más beneficioso o favorable al trabajador.

Tercero.- Prevenir al Doctor Juan Miguel Villa Lora, Presidente de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, o a quien haga sus veces, que el desacato a lo dispuesto le acarreará sanción de arresto hasta de seis (6) meses y multa hasta de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio a las sanciones penales a que hubiere lugar, de conformidad a lo previsto por el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

Cuarto.- Notificar personalmente la presente sentencia, por el medio más expedito a las entidades accionadas y al accionante en la dirección electrónica que aparece en estas diligencias, en los términos previstos en el artículo 30 de Decreto 2591 de 1991.

Quinto.- Si no fuere impugnada esta decisión, por Secretaría remítase esta actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión**.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



OSCAR DOMINGO QUINTERO ARGÜELLO
Juez

JPT