



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, Trece (13) abril de dos mil Veinte (2020)

RAD: 20001 40 03 003 2019 00747 01 Acción de tutela de segunda instancia promovida por **CAROLINA MIER GUERRA** contra **COLFONDOS**. Derechos fundamentales al **Mínimo Vital**.

ASUNTO A TRATAR:

El Despacho procede a resolver la impugnación interpuesta por la parte accionada contra la sentencia de 23 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Valledupar, Cesar, dentro de la acción de tutela de la referencia.

HECHOS:

Como fundamento fáctico de la acción Constitucional la accionante adujo en síntesis lo siguiente:

Está afiliada a Sanitas EPS, en calidad cotizante, con diagnóstico de cáncer de mama con metástasis en piel, con 28 años de edad, y cotiza su pensión en Colfondos. En estos momentos está en tratamiento de quimioterapia y radioterapia en la Sociedad de Oncología y Hematología del Cesar, con excelentes resultados.

Cumplió 180 días de incapacidad, por ello, la EPS le informó que le corresponde al Fondo de pensiones COLFONDOS, el pago del subsidio de incapacidad desde el mes de abril hasta agosto, por razones que la EPS ya emitió el concepto favorable. Así mismo, Sanitas EPS, el 17 de octubre de 2019, emitió concepto desfavorable, debido a su metástasis.

Por lo anterior, COLFONDOS en el mes de Noviembre por medio de oficio le informó que ya no pagaría más el subsidio de incapacidad debido al nuevo concepto, ya que se debería esperar la calificación de la PCL.

A la fecha no devenga ningún sueldo, ya que es independiente y desde el mes de septiembre Colfondos se niega a dicho pago alegando que está a la espera de la PCL; así mismo, está esperando la calificación de la Junta Regional de Santa Marta y no cuenta con recursos económicos para sostenerse porque su actividad económica se encuentra suspendida por sus incapacidades.

Colfondos se niega a pagar las siguientes incapacidades:

1. Incapacidad de 30 días, del 05 de septiembre al 05 de octubre de 2019.

2. Incapacidad de 30 días, del 06 de octubre al 05 de noviembre de 2019.
3. Incapacidad de 30 días, del 06 de noviembre al 06 de diciembre de 2019.
4. Incapacidad de 30 días, del 07 de diciembre al 06 de enero de 2020.

PRETENSIONES:

En virtud de lo anterior, la parte accionante solicita que se ordene al Fondo de Pensiones - COLFONDOS, o a quien corresponda, el reconocimiento y pago de las incapacidades que se han generado desde el mes de septiembre hasta la fecha y todas las que se sigan generando en razón a su enfermedad.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El *iudex a quo* con sentencia del 23 de Enero del 2020, concedió el amparo a los derechos fundamentales invocados.

En consecuencia ordenó al Representante Legal de Colpensiones Pensiones y Cesantías, que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, si aún no la hubiere hecho, proceda a realizar el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas a favor de la señora MIER GUERRA, por su médico Oncóloga tratante en relación a su patología TUMOR MALIGNO DE LA MAMA, PARTE NO ESPECIFICADA, generadas desde el mes de septiembre hasta la fecha y las que prescriban de ahora en adelante generadas por su médico Oncólogo tratante, hasta tanto le sea determinada su pérdida de capacidad laboral, a fin que la accionante no quede descubierta en sus necesidades económicas básicas y sin que sea afectado su mínimo vital.

Así mismo desvinculó a SANITAS EPS por no hallarse responsabilidad que se le pueda imputar dentro de la acción de tutela.

Al considerar que la accionante no puede quedar descubierta en sus necesidades, máxime cuando la enfermedad que la aqueja, es una enfermedad catastrófica, que requiere de tratamientos efectivos para su manejo y de un salario para su sustento, lo cual no puede sufragar por sus propios medios al no encontrarse apta para laborar.

Por último, la sentencia impugnada fue corregida mediante auto adiado 06 de febrero de 2020, indicando que la entidad accionada es COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

Dentro del término legal la parte accionada impugnó el fallo de tutela alegando lo siguiente:

Alega que, se debe delimitar el pago de incapacidades, puesto que no pueden pagar más de 360 días adicionales a los primeros 180, es decir, un pago de incapacidades máximo de 540 días a cargo de la Sociedad Administradora del Fondo de Pensiones, luego del día 540

como es el caso el pago está en cabeza de la EPS, de acuerdo a lo establecido en la ley 1753 de 2015.

Argumenta que las pensiones de invalidez y sobrevivencia están respaldadas por seguros previsionales que las Administradores de Fondos de Pensiones contratan a favor de sus afiliados, es decir, causado el derecho, la respectiva aseguradora crea el siniestro y gira a favor del beneficiario los dineros para financiar una previsión vitalicia.

En virtud de lo anterior, solicita denegar o declarar improcedente la presente, de forma subsidiaria, que se ordene a la Aseguradora Bolívar que con cargo a la póliza previsional, reconozca y pague la prestación económica; así mismo, solicita delimitar el pago de incapacidades hasta el día 540 y las que se causen en adelante sean pagadas por la EPS, tal como lo determina la ley 1753 de 2015 y ordenar a la Asegurado Bolívar aceptar simples copias de las incapacidades de las incapacidades de la accionante para realizar el desembolso.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

Reiteradamente han venido sosteniendo los Jueces y Tribunales que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Magna y desarrollada por el decreto 2591 del 91, es un mecanismo judicial de protección inmediata de los derechos Constitucionales fundamentales mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando quiera que ellos resulten vulnerados o amenazados generalmente, por autoridad pública o de un particular en los términos que señala la ley. Se trata de una acción que presenta como características fundamental la de ser un mecanismo inmediato o directo para la debida protección del derecho Constitucional fundamental violado; y la de ser subsidiaria, esto es, que su implantación solamente resulta procedente a falta de otro medio de defensa judicial.

De lo anterior se colige que la acción de tutela sólo procede para amparar derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o en casos especiales por particulares, cuando estos tengan entre sus funciones la prestación de servicios públicos o cuando entre accionante y accionado exista una relación de subordinación o indefensión.

En el asunto de marras, el problema jurídico radica si la sentencia impugnada está ajusta a los lineamientos normativos y jurisprudenciales vigentes para haber concedido el amparo constitucional?

Frente a las incapacidades la jurisprudencia constitucional ha señalado en Sentencia T-312/18:

El pago recibido por las incapacidades laborales es un sustituto del salario. Reiteración de jurisprudencia:

“Como se observó en párrafos anteriores, el ordenamiento jurídico contempla una serie de medidas que permiten

garantizar la protección de aquellos trabajadores que se ven inmersos en una situación que les impida desarrollar sus labores, como consecuencia de un accidente o enfermedad, lo que a su vez deriva en la imposibilidad de recibir los recursos necesarios para su subsistencia. Por tal motivo, se ha previsto el reconocimiento del pago de incapacidades laborales, seguros, auxilios económicos y la pensión de invalidez.

Lo anterior cobra relevancia, toda vez que lo señalado se identifica aquellas medidas encaminadas a proteger el mínimo vital de quien se ve en imposibilidad de percibir un salario por sus condiciones de salud. Así, de no reconocer la importancia de proveerse sus propios recursos, el sistema no se ocuparía de garantizar el pago de las incapacidades laborales, puesto que no tendrían una relación con el derecho mencionado y los que guardan conexión con el mismo.

Bajo ese orden, esta Corte a través de distintos pronunciamientos, por ejemplo, **la sentencia T-200 de 2017** ha reconocido el pago de incapacidades laborales como el ingreso que permite sustituir el salario durante el periodo en el cual el trabajador no puede desarrollar sus labores, a causa de su condición de salud. En efecto, dicha providencia trajo de presente lo señalado por este Tribunal en el **fallo T-876 de 2013**, en el que se advirtió que los mecanismos para el pago de estos auxilios fueron implementados **"(...) 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"**.

En igual sentido, la **sentencia T-200 de 2017** antes citada, recordó que en **fallo T-490 de 2015**, este Tribunal, a fin de proveer un mejor entendimiento de la naturaleza y objetivo del pago de incapacidades, estableció una serie de reglas, a saber:

"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."

Con base en ello, esta Corte concluyó que la incapacidad laboral garantiza el derecho a la vida digna, a la salud y al mínimo vital durante el tiempo en que el trabajador no se encuentra en la posibilidad de desarrollar las labores, pues permite que este reciba el ingreso necesario para satisfacer sus necesidades básicas".

En este caso concreto, al demandante se le violó el derecho al mínimo vital. Es deber del juez definir provisionalmente al responsable del pago de incapacidades, cuando la violación del derecho es cierta Sentencia T-404/10:

"En este caso, la Corte constata que aun cuando el señor José Leovigildo Cuadrado Angulo tenía derecho al pago de

incapacidades, ninguna entidad se las canceló. Dado que, como lo ha señalado la Corte, "se presume que las incapacidades son la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar",¹ debe presumirse también que el trabajador dependía de ese pago para satisfacer las necesidades de una existencia verdaderamente digna (como las de alimentarse, asearse, vestirse y proveerse una vivienda digna), y que como no tenía otros ingresos como salarios, mesadas pensionales, ni rentas probadas en el expediente, fue sometido a una situación de apremio y precariedad innecesaria, que resulta inconstitucional. En consecuencia, la Sala concederá la tutela del derecho al mínimo vital del tutelante, y así lo dispondrá en la parte resolutive. La pregunta siguiente sería quién debe pagar las correspondientes incapacidades, para que cese la violación de sus derechos.

Al respecto, en la **sentencia T-786 de 2009**, se sostuvo que cuando no se sabe quién es el responsable de cubrir determinadas incapacidades laborales, pero se tiene certeza que alguien debe pagarlas o de lo contrario se le ocasionaría al trabajador una afectación inconstitucional en su derecho al mínimo vital, el juez de tutela debe obrar con la misma prontitud y señalar un responsable provisional del cumplimiento de esa obligación, dejando a salvo para este último la facultad de repetir contra quien crea es el verdadero obligado, de acuerdo con la ley y los reglamentos correspondientes. En palabras textuales, dijo:

" La tutela es, entonces, procedente en ciertos casos para obtener el pago de incapacidades laborales. Cuando lo es, la tutela debe ser resuelta con una definición provisional acerca del sujeto que en principio está obligado al pago de las referidas incapacidades. Pero, la definición que al respecto pueda dar el juez de tutela en nada determina el verdadero y real origen que, de acuerdo con la ley y los reglamentos correspondientes, tienen la enfermedad o el accidente sufrido por el tutelante. Si alguna provisión se adopta en ese sentido, está justificada porque del pago de las incapacidades depende la garantía del mínimo vital del peticionario y de su familia. De manera que si el sujeto destinatario de las órdenes con las que concluyan las sentencias de tutela en esta materia, estima que es otro sujeto el que debe correr con ellas, debe iniciar el correspondiente trámite regular que el ordenamiento dispone para la definición del origen de las enfermedades o los accidentes, y para la consecuente determinación del sujeto legal y reglamentariamente obligado al pago de la prestación".

Esa no es más que la aplicación concreta de una regla más general, empleada por la Corte en casos en los cuales se decide quién debe ser el responsable de cubrir una determinada prestación laboral o pensional, regulada por la ley. En efecto, en diversas ocasiones, referidas a solicitudes de orden pensional, la Corte Constitucional ha sostenido que las controversias administrativas acerca de cuál es, en definitiva, la entidad obligada y con competencia para realizar el reconocimiento o la devolución de aportes, no es una razón legítima para negarle o postergarle a una persona la protección que merece, a quien se le están limitando o desconociendo derechos fundamentales de un modo sensible y que justifica en últimas la existencia de todas las instituciones públicas (art. 2, C.P.). Así se afirmó en la **sentencia T-418 de 2006**,² al decidir que no era constitucionalmente posible postergar el pago de mesadas pensionales debidamente reconocidas, mientras se resuelve una controversia administrativa sobre quién era el legal y reglamentariamente obligado a hacerlo. Se dijo, entonces:

" (...) la Corte ha considerado que la carga que conlleva la incertidumbre entre distintas entidades sobre cuál de ellas debe asumir el pago de obligaciones

¹ Sentencia T-789 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

² (MP Jaime Córdoba Triviño). En sentido similar, al resolver casos semejantes, se ha pronunciado la Corte, entre otras, en las Sentencias T-328 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) y T-912 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

pensionales ciertas e indiscutibles, no puede ser trasladada al titular del derecho. Menos aún, como se ha manifestado, cuando dicho titular depende del pago de la mesada a la que tiene derecho, para satisfacer el derecho al mínimo vital suyo y de su familia”.

Naturalmente, esa consideración no sólo es válida para quienes sufren la desprotección de sus derechos, a causa del incumplimiento en el pago de una obligación pensional. Ella es también extensible a todos los casos en los cuales una persona tiene indudablemente un derecho fundamental amenazado o violado de forma decisiva, y tras solicitar la concurrencia a diversas autoridades con competencias funcional o temáticamente tangentes, éstas se enlazan en una controversia que dilata o entorpece el goce efectivo del derecho fundamental. Por lo tanto, lo que corresponde en esos casos es resolver la solicitud ciudadana con la salvedad de no tener certeza acerca de quién debía pagar la correspondiente prestación, y luego repetir contra quien se considera que es el realmente responsable de satisfacer los derechos invocados.

De hecho, cuando un caso de esa naturaleza se presenta ante el juez de tutela, no debe ser él quien defina con carácter inmodificable el conflicto de competencias, aunque para proteger los derechos fundamentales del peticionario puede definir de forma provisional y transitoria cuál es la entidad obligada a responder y a adelantar las gestiones necesarias para conjurar la amenaza o hacer cesar la violación fundamental. Por lo tanto, y si existe desacuerdo en ese punto, la entidad que considere no ser la legal y reglamentariamente obligada a ello, debe brindar la protección requerida y luego puede repetir contra quien estime que sí lo es, de conformidad con el ordenamiento jurídico. En el mismo sentido ha sostenido la Corte, por ejemplo en la precitada sentencia T-418 de 2006, que:

“En casos como el descrito, la tutela procede, de manera transitoria, para ordenarle el pago a la entidad que, en principio, aparezca como responsable de la obligación. Esta entidad, sin embargo, queda autorizada para repetir contra la otra o las otras entidades que, en su criterio, deben asumir, total o parcialmente, la respectiva obligación. En un proceso posterior, el juez competente puede reasignar la responsabilidad por el pago de la obligación y condenar a la entidad responsable al pago de los perjuicios causados. Sin embargo, la disputa entre estas entidades no puede afectar a quien tiene, de manera indiscutible, el derecho a su pensión de jubilación. Como lo ha señalado la Corte, esta disputa y la carga que ella conlleva, debe ser asumida por las entidades que, por su estructura administrativa y financiera tienen capacidad para asumir transitoriamente la carga pensional en discusión, y no por el titular del derecho de cuya satisfacción depende la realización de su derecho fundamental al mínimo vital”.³

Ahora bien, el hecho de que la definición sea provisional, no significa que pueda ser caprichosa o irrazonable. La ley y los reglamentos, tal como han sido interpretados por la jurisprudencia constitucional, ofrecen todo un haz de reglas para determinar *prima facie* cuáles sujetos están obligados al pago de las incapacidades laborales de los *trabajadores dependientes*. En esta sentencia no se pretende hacer una referencia exhaustiva de las mismas.

Procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de incapacidades laborales siempre y cuando se esté frente a un derecho cierto e indiscutible.

“Esta corporación ha reconocido en reiterada jurisprudencia, que corresponde a la jurisdicción ordinaria, mediante el ejercicio de la acción laboral respectiva, resolver reclamaciones de naturaleza laboral. Sin embargo, excepcionalmente, cuando la

³ Sentencia T-418 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño), ya citada.

falta de pago de acreencias de origen laboral vulnera o amenaza los derechos fundamentales a la vida digna, el mínimo vital y la subsistencia, la tutela procede para la reclamación efectiva de aquellas acreencias que constituyan la única fuente de recursos económicos indispensables para atender las necesidades básicas, personales y familiares del actor.

Así entonces, ante la falta de desembolso oportuno y completo de lo debido a raíz de incapacidades laborales, es indudable que la acción de tutela que se interponga para reclamarlo, habrá de ser procedente, siempre y cuando esté afectando el mínimo vital del actor. Así lo ha señalado esta corporación

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.

Entonces, 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.

... ..

Ahora bien, 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."

Debe entonces demostrarse también que el perjuicio sufrido afecta o coloca en inminente riesgo derechos fundamentales de especial magnitud, como, para el caso, la dignidad humana, la seguridad social, la salud y el mínimo vital, a tal punto que la demora que suele afectar el trámite de los procedimientos ordinarios haría ineficaz, por tardío, el amparo específico.

Sólo en tales eventos, cuando se tiene la certeza que la incapacidad es un derecho cierto e indiscutible, la acción de tutela desplaza el mecanismo ordinario de defensa, por no resultar eficaz en tal medida y oportunidad, frente a lo irrefragable de la prestación y las circunstancias particulares del caso concreto, por lo cual tampoco procederá como meramente transitoria, sino definitiva.

Estado Social de Derecho y derecho al mínimo vital en Sentencia T-716/17:

"Según la Corte Constitucional, el derecho al mínimo vital tiene dos dimensiones: (i) la positiva, presupone que el Estado y en algunas ocasiones los particulares, cuando se reúnen las condiciones establecidas, "están obligados a suministrar a la persona que se encuentra en una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las

condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano"; (ii) la negativa, es un límite que no puede ser traspasado por el Estado, en materia de disposición de los recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna. En palabras de la Corte, "el Estado debe asegurar, en primer lugar, las condiciones para que las personas, de manera autónoma, puedan satisfacer sus requerimientos vitales y ello implica que, mientras no existan razones imperiosas, no puede el Estado restringir ese espacio de autonomía de manera que se comprometa esa posibilidad de las personas de asegurar por sí mismas sus medios de subsistencia".

Reconocimiento de incapacidades laborales posteriores al día 540

- Sentencia T-401/17:

"Las eventualidades y responsabilidades en materia de incapacidades que superan los 180 días conducen a una evaluación por parte de las autoridades calificadoras acerca de la pérdida de capacidad laboral. Una vez efectuada la calificación, los escenarios posibles son: (i) que no exista pérdida de capacidad laboral relevante para el Sistema General de Seguridad Social, esto es, cuando el porcentaje de pérdida de capacidad laboral oscila entre 0% y 5%; (ii) que se presente una incapacidad permanente parcial, esto es cuando el porcentaje es superior al 5% e inferior al 50%; y (iii) que se genere una condición de invalidez cuando el porcentaje es superior al 50%.

Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente (es decir, inferior al 50%), se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos, como se indicó anteriormente, es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras, el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿qué sucede con el empleado que, a pesar de tener una incapacidad permanente parcial, sigue con problemas de salud de tal índole que le impiden médicamente ejercer su trabajo? Es decir, ¿qué pasa cuando, agotado todo el procedimiento antes relatado, el trabajador no obtiene un porcentaje superior al 50% de pérdida de capacidad laboral, pero aun así continúa recibiendo certificados médicos de incapacidad laboral, pasados los referidos 540 días? Estas preguntas se pueden aclarar desde dos puntos de vista:

El **primero**, apunta a reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado, en especial respecto del **concepto de invalidez**, pues según la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, *"la invalidez es un estado que tiene relación directa con el individuo y con la sociedad en la cual se desenvuelve, el criterio de evaluación debe tener patrones científicos que midan hasta qué punto el trabajador queda afectado para desempeñar la labor de acuerdo con las características del mercado laboral"*.

De lo precedente se puede colegir que una persona que, pese a no considerarse técnicamente en estado de invalidez, sigue incapacitada para trabajar con posterioridad a los 540 días, por motivos atribuibles a la razón primigenia de la incapacidad, debe contar con un mecanismo para reevaluar su porcentaje de habilidad para laborar especialmente en aquellos casos en que el concepto de rehabilitación que le aplica es desfavorable, pues el porcentaje de pérdida de capacidad laboral está íntimamente relacionado con su labor u oficio. Sobre este punto se hará referencia más adelante.

El **segundo** punto de vista está relacionado con la desprotección que enfrenta una persona que recibe **incapacidades prolongadas más allá de 540 días** pues, en principio, no existía una obligación legal de pago de dichos certificados a cargo de ninguna de las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social, con lo cual el trabajador quedaba desprotegido.

29. Esta situación fue inicialmente descrita por esta Corte mediante sentencia **T-468 de 2010**, en la cual se advirtió que el trabajador se encontraba desprotegido por la ausencia de regulación legal sobre dicha materia, pues no existía claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad. Así mismo, la providencia señaló que la situación empeoraba en aquellos casos en los cuales no resultaba posible el reintegro al cargo, debido a la misma incapacidad del trabajador para reincorporarse a sus funciones.

La Corte sostuvo que, *"en el anterior caso, el trabajador quedaría desprovisto del pago de las incapacidades laborales después del día 541 (...) por tanto, sin sustento económico para su congrua subsistencia"*. De igual modo, explicó que esta situación dejaría desprotegido al trabajador y en situación de desigualdad respecto de los afiliados cuya incapacidad permanente parcial se origina en una enfermedad profesional, pues si la enfermedad es de origen común *"no tendrá derecho a indemnización, contrario a lo que sucede cuando (...) tiene su origen en una enfermedad de origen profesional"*.

También, en la citada providencia, esta Corporación indicó que ni la EPS ni la AFP habían vulnerado los derechos fundamentales del entonces accionante, por considerar que no existía ninguna norma legal que estipulara la obligación de reconocer el pago de incapacidades de origen común que excedieran los 540 días. No obstante, aclaró que le asistían otros derechos derivados de la relación laboral vigente, entre los que se encontraban: (i) que su empleador mantenía el deber de hacer aportes a la seguridad social en su beneficio; (ii) la posibilidad de reintegro una vez se alcanzara su rehabilitación; y (iii) la oportunidad de que su pérdida de capacidad laboral fuera nuevamente valorada.

30. Con posterioridad a dicho fallo, la Corte profirió la sentencia **T-684 de 2010** en la cual, si bien se hicieron algunas consideraciones en torno al déficit de protección de los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, se decidió negar por improcedente la acción de tutela debido a que el caso concreto había sido resuelto por una sentencia anterior.

31. Aproximadamente tres años más tarde, la sentencia **T-876 de 2013**, reiteró que existía una desprotección legal en un caso en el cual se perseguía el pago de incapacidades superiores a los 540 días. En esa providencia, esta Corporación estimó que no se vulneraban los derechos fundamentales del tutelante, por cuanto la EPS y la AFP habían pagado las incapacidades respectivas. En consecuencia, negó parcialmente el amparo y ordenó una nueva calificación al entonces accionante.

Ahora bien, debido al déficit de protección legal que afrontaron los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, ya sea porque no ha sido calificado su porcentaje de pérdida de capacidad laboral o porque su disminución ocupacional es inferior al 50%, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la **Ley 1753 de 2015** -Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018-, atribuyó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las entidades promotoras de salud (EPS) y radicó en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, para solucionar los dos puntos de vista analizados en los fundamentos jurídicos 28 y 29 de esta sentencia.

En efecto, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, indicó:

"ARTÍCULO 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:

(...)

Estos recursos se destinarán a:

*a) El reconocimiento y pago a las **Entidades Promotoras de Salud** por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos**. El Gobierno Nacional reglamentará, entre*

otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.” (Resaltado de la Sala)

Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto ante la *entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud*, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

EL CASO CONCRETO

Para comenzar, la respuesta al problema jurídico es de carácter positivo, puesto que el no pago de las incapacidades vulnera el mínimo vital de la persona, por lo tanto, acertó parcialmente el juez de primera instancia al ordenar a COLFONDOS el pago de las incapacidades a favor de la actora de tutela, por razones que ellos según la ley y la jurisprudencia le corresponde el pago del subsidio económico del día 181 hasta el 540.

Así mismo, como fundamentando a la repuesta al problema jurídico tenemos que la **Sentencia T 404 de 2010**, manifiesta “*se presume que las incapacidades son la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar*”, debe presumirse también que el trabajador dependía de ese pago para satisfacer las necesidades de una existencia verdaderamente digna (como las de alimentarse, asearse, vestirse y proveerse una vivienda digna), y que como no tenía otros ingresos como salarios, mesadas pensionales, ni rentas probadas en el expediente, fue sometido a una situación de apremio y precariedad innecesaria, que resulta inconstitucional”.

Por ende, cabe resaltar que, la acción de tutela no es el mecanismo para reclamar acreencia laborales como lo es en el presente caso, pues, la misma goza de una características que es preferente y sumaria, por lo tanto, solo es procedente cuando se configure un perjuicio irremediable, sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido frente al pago de incapacidades una excepción para la viabilidad de la presente acción, es que el no pago de las incapacidades se le vulnera el derecho fundamental al mínimo vital al actor de la tutela, pues al no estar trabajando la incapacidad suple al salario.

Así entonces, las partes accionadas contestaron la acción de tutela, quienes se rehúsan ambas de cancelar las incapacidades, sin embargo, la AFP COLFONDOS mantiene su posición, alegano que no paga las incapacidades según la accionante por razones que existe un concepto no favorable hacia la actora de la tutela y se debe esperar la PCL.

Como se puede observar, está acreditado la negativa de las entidades de cancelarle las incapacidades a la tutelante, por ende, están probadas las incapacidades por SANITAS EPS, por lo tanto, le vulneran el derecho al mínimo vital, presunción ésta que no fue desvirtuada por las partes accionadas, solo se limitaron en este caso COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS, que el concepto fue desfavorable, además de ello, aduce que solo tienen derecho a pagar hasta el día 540 de incapacidad, de ahí en adelante le corresponde a la EPS por disposición de la ley 1753 de 2015.

Dentro del caso de marras, está probado que (i) a la hoy accionante tiene diagnosticado TUMOR MALIGNO DE LA MAMA, PARTE NO ESPECIFICADA, (ii) Que le han generado 04 incapacidades así: 1. Incapacidad de 30 días, del 05 de septiembre al 05 de octubre de 2019. 2. Incapacidad de 30 días, del 06 de octubre al 05 de noviembre de 2019. 3. Incapacidad de 30 días, del 06 de noviembre al 06 de diciembre de 2019. 4. Incapacidad de 30 días, del 07 de diciembre al 06 de enero de 2020, (iii) que Sanitas EPS emitió el concepto de rehabilitación desfavorable el 24 de diciembre de 2018, a la AFP COLFONDOS (iv) que la AFP COLFONDOS le suspendió el pago de las incapacidades.

Ahora bien, la actora aduce que Colfodos le notificó que no pagaría más el subsidio debido al nuevo concepto de rehabilitación y que se debería esperar la PCL, argumento que para este juez de tutela no es admisible, dado a que esperar las resultas de una calificación por parte de la Junta Regional de Invalidez, es demasiado demorado, aún más cuando surge un hecho nuevo a nivel mundial del covid 19, "CORONAVIRUS" en la cual muchas entidades públicas han suspendido la atención al público, inclusive, las actividades, lo cual indica supeditar el pago de dichas incapacidades a la emisión de la PCL, sería dejar la puerta a vulneración a sus derechos fundamentales como lo es mínimo vital, la vida digna y la dignidad humana.

Sin embargo, atendiendo los argumentos del escrito de impugnación, es cierto que las administradores de pensiones, una vez le haya comunicado el concepto de rehabilitación favorable o desfavorable, debe cancelar la incapacidades de acuerdo el art. 142 del decreto 019 de 2012, y del día 541 en adelante, lo regula el art. 67 de la ley 1753 de 2015, y la sentencia T- 144 de 2016 y decreto 1333 de 2018, el cual le corresponde a las EPS.

Así las cosas, al juez sentenciador le asiste la razón parcialmente, puesto que si bien es cierto a la AFP COLFONDOS le corresponde pagar los días incapacidades una vez le sea notificado el concepto de rehabilitación favorable, esto es, a partir del día 181 hasta el 540, de allí en adelante, es de competencia de la EPS, seguir cancelando las incapacidades generadas a la actora de la tutela.

Así entonces, el hecho que aún no se haya emitido el dictamen de la PCL, eso no quiere decir que no tenga derecho a que le cancelen sus incapacidades, puesto que de no hacerlo se le estaría vulnerando el mínimo vital, la salud, inclusive, la vida, máxime cuando estamos en presencia de una persona que tiene diagnosticado un TUMOR MALIGNO DE MAMA, PARTE NO ESPECIFICADA, siendo esta una enfermedad catastrófica, por ende, la actora es un sujeto de especial protección constitucional, dado a que su enfermedad no da espera por su irreversibilidad de sus efectos en caso que no se controle oportunamente y colocarle esta barrera de no pagarle sus incapacidades sería un acto atroz contra sus derechos fundamentales constitucionales.

En ese orden de ideas, cabe resaltar que la actora a la fecha no ha sido calificada de su pérdida de capacidad laboral, por ende la pregunta surge ¿Qué pasa si llega a los 540 días de incapacidad y se le sigue prorrogando y aun no sea proferido la PCL? para ello,

se trae lo manifestado la Corte Constitucional en sentencia T-401 de 2017.

Igualmente, conviene aclarar que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que, se reitera, está en cabeza de las EPS) no se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada.

33. Con fundamento en esta normativa, es claro que, en todos los casos futuros, esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la ley -9 de junio de 2015-, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social deberán acatar lo dispuesto en dicho precepto legal.

No obstante, esta Corporación ha ordenado la aplicación retroactiva del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, con base principalmente en el principio de igualdad material ante un déficit de protección previamente advertido por la Corte Constitucional. En esta medida, se ha admitido la aplicación de la citada ley respecto de períodos anteriores a su vigencia, en virtud de poderosas razones constitucionales como lo son: (i) la necesidad de evitar que se genere un trato desigual entre las personas cuyas incapacidades fueron expedidas con anterioridad a la vigencia de la norma en cuestión y aquellas que gozan de certificados de incapacidad emitidos con posterioridad; (ii) que las personas que reclaman el pago de incapacidades superiores a los 540 días continuos no han conseguido reintegrarse a la vida laboral pero tampoco han sido calificados con una pérdida de capacidad laboral definitiva, con lo cual se evidencia su situación de vulnerabilidad que origina especial protección del Estado; y (iii) que aunque la aplicación de la ley impone una carga administrativa a las EPS, dichas entidades tienen permitido repetir ante el Estado por los valores pagados, con lo que se asegura la sostenibilidad económica del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De acuerdo a lo anterior, aunque no se haya calificado la pérdida de capacidad laboral, y se llegue a los 540 días, de ahí en adelante le corresponde a la EPS seguir cancelando las incapacidades a la parte actora, hasta que se le defina su situación de invalidez o lo que determinen sus médicos tratantes.

Así las cosas, se procede a revocar el numeral tercero y modificar el segundo de la parte resolutive de la sentencia adiada 23 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Valledupar, en el punto de delimitar el pago de las incapacidades por parte de COLFONDOS hasta el día 540, y del día 541 en adelante, le corresponde a la SANITAS EPS seguir cancelando las incapacidades generadas por causa de la patología TUMOR MALIGNO DE LA MAMA, PARTE NO ESPECIFICADA a CAROLINA MIER GUERRA.

Ordenar a la AFP COFONDOS que una vez haya cancelado todas las incapacidades hasta el día 540, haga un seguimiento del caso de la accionante en el punto de no dejarla desamparada y le comunique de manera oportuna a la EPS SANITAS, las incapacidades que surgen a partir del día 541 en adelante para que la EPS de manera inmediata proceda a su reconocimiento y pago por causa de la patología TUMOR MALIGNO DE LA MAMA, PARTE NO ESPECIFICADA.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero y modificar el segundo de la parte resolutive de la sentencia adiada 23 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Valledupar, en el punto de delimitar el pago de las incapacidades por parte de COLFONDOS hasta el día 540, y del día 541 en adelante, le corresponde a SANITAS EPS seguir cancelando las incapacidades generadas por causa de la patología TUMOR MALIGNO DE LA MAMA, PARTE NO ESPECIFICADA a CAROLINA MIER GUERRA, por las motivaciones antes expuestas.

SEGUNDO: Ordenar a la AFP COFONDOS que una vez haya cancelado todas las incapacidades hasta el día 540, haga un seguimiento del caso de la accionante en el punto de no dejarla desamparada y le comunique de manera oportuna a la EPS SANITAS, las incapacidades que surgen a partir del día 541 en adelante para que la EPS de manera inmediata proceda a su reconocimiento y pago por causa de la patología TUMOR MALIGNO DE LA MAMA, PARTE NO ESPECIFICADA.

TERCERO: Notifíquese esta providencia a las partes en la forma más expedita.

CUARTO: En consecuencia, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

GERMAN DAZA ARIZA
JUEZ.