

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO TREINTA Y UNO DE FAMILIA
BOGOTÁ D. C.

Bogotá D.C, dieciséis (16) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

PROCESO: TUTELA

RADICADO: 31-2024-00048

ACCIONANTE: ALEJANDRO BAUTISTA ROJAS en calidad de agente oficioso del señor SERGIO IVÁN SEGURA GÓMEZ

ACCIONADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y COMPENSAR EPS

A N T E C E D E N T E S:

Procede el despacho a desatar la acción de tutela instaurada por **ALEJANDRO BAUTISTA ROJAS**, en calidad de agente oficioso del señor **SERGIO IVÁN SEGURA GÓMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y COMPENSAR EPS** a fin de que se le ampare los derechos fundamentales de salud, vida, dignidad humana, igualdad, mínimo vital y seguridad social.

Entre otros se citaron los siguientes hechos:

- Manifiesta el tutelante que, los médicos de la EPS COMPENSAR declararon al señor SERGIO IVÁN SEGURA GÓMEZ los siguientes diagnósticos:
 - ESCLEROSIS MÚLTIPLE • ESQUIZOFRENIA, NO ESPECIFICADA • OTRAS EPILEPSIAS
- Indica el accionante que, el señor SERGIO IVÁN SEGURA GÓMEZ ha venido cotizando la seguridad social por medio mi planilla, ha cumplido esta obligación durante el periodo que ha sido incapacitado por la EPS debido a las enfermedades que padece.
- Asegura el actor que, el señor SERGIO IVÁN SEGURA GÓMEZ ha tenido incapacidad prolongada desde el 19 de abril de 2022, bajo los diagnósticos antes mencionados y en especial con el diagnóstico G35X y las incapacidades que se han concebido derivan del mismo diagnóstico y tienen una continuidad en el tiempo
- Asevera el tutelante que, las entidades accionadas no han reconocido, como tampoco han efectuado el pago correspondiente de las siguientes incapacidades:

No. INCAPACIDAD	FECHA. RADICACIÓN	FECHA. INICIO	DÍAS. INCAPACIDAD
55558438	20221020	20221017	25
12716402	20221117	20221210	30
12786519	20230125	20230223	30
12814646	20230420	20230224	30
30670776	20230829	20230905	8

- Asegura el actor que, el señor SERGIO IVÁN SEGURA GÓMEZ no tiene la capacidad económica para poder subsistir, pagar el lugar donde habita, alimentación y vestido, transporte para poder asistir a las citas médicas y continuar con el tratamiento, no cuenta con

algún tipo de ingreso con el que pueda cubrir con los gastos de subsistencia. Como tampoco tiene la capacidad para poder emplearse debido a su estado de salud.

- Asevera el tutelante que, acude para exigir el pago de las incapacidades, toda vez que es el único sustento, ya que el señor SERGIO IVÁN SEGURA GÓMEZ no recibe algún tipo de ayuda por parte del Gobierno Nacional o entidad distrital, o beneficio de ningún programa social.

P R E T E N S I O N D E L A C C I O N A N T E

“PRIMERA: Tutelar los derechos fundamentales a SERGIO IVÁN SEGURA GÓMEZ a la salud, a la vida, a la dignidad humana, la igualdad, el mínimo vital y seguridad social.

SEGUNDA: Ordenar a la entidad que corresponda el reconocimiento y cancelación de las incapacidades emitidas por el médico tratante de la EPS de SERGIO IVÁN SEGURA GÓMEZ, de las siguientes incapacidades:

No. INCAPACIDAD	FECHA. RADICACIÓN	FECHA. INICIO	DÍAS. INCAPACIDAD	VALOR. INCAPACIDAD
55558438	20221020	20221017	25	904.166
12716402	20221117	20221210	30	1.085.000
12786519	20230125	20230223	30	1.174.694
12814646	20230420	20230224	30	1.258.600
30670776	20230829	20230905	8	251.720

TERCERO: Disponer el reconocimiento y pago las incapacidades que se generen a futuro, hasta el reconocimiento de la pensión de invalidez de SERGIO IVÁN SEGURA GÓMEZ.

C O N T E S T A C I O N A L A M P A R O

COMPENSAR E.P.S., conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a descender el traslado de la presente acción, a través de **CARLOS STEVEN PACHÓN BERNAL**, obrando en calidad de apoderado judicial del programa de salud de la Caja de Compensación Familiar Compensar, quien manifiesta que:

La parte actora presenta 235 días acumulados de incapacidad hasta el 19 de octubre de 2023.

La EPS efectuó el pago de incapacidades hasta el día 180, es decir, hasta el 16 de octubre de 2022.

A partir del 17 de octubre de 2022 (día 181) hasta el día 540, el pago de incapacidades le corresponde a la AFP COLPENSIONES.

Numero Incapacidad	Fecha Inicio	Fecha Fin	Días Acumulados	Estado
3067076	20230829	20230905		AFP
12814646	20230224	20230325		AFP
12786519	20230125	20230223		AFP
12716402	20221111	20221210	235	AFP
55558438	20221017	20221110	205	AFP
12684826	20221012	20221016	180	PAGADO
2981648	20220912	20221011	175	PAGADO

Numero Incapacidad	Fecha Inicio	Fecha Fin	Días Acumulados	Estado
2981647	20220907	20220911	145	PAGADO
12631968	20220823	20220906	140	PAGADO
12601320	20220724	20220822	125	PAGADO
12568425	20220624	20220723	95	PAGADO
12536081	20220525	20220623	65	PAGADO
12530456	20220520	20220524	35	PAGADO
2932026	20220419	20220518	30	PAGADO

Manifiesta que, el 30 de julio de 2022 la accionada emitió concepto de rehabilitación:

RHB: SERGIO IVAN SEGURA GOMEZ 1019028850-295102			
Página 1 de 3			
CONCEPTO MEDICO PARA REMISION A ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES (AFP)			
Este concepto se emite para cumplir lo establecido por el artículo 142 del Decreto Ley 0019 de 2012 y el Artículo 2.2.3.2.2 del Decreto 1333 de 2.018, que estipula que las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir el concepto de rehabilitación y enviarlo antes de cumplirse el día ciento veinte (120) a la Administradora de Fondo de Pensiones, con el fin de que la misma defina si postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud otorgando un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador (para los casos con concepto de rehabilitación favorable) o si procederá a calificar la pérdida de capacidad laboral con el fin de definir si hay lugar a pensión por invalidez. Señor afiliado, una vez recibida la notificación del concepto de rehabilitación emitido por esta entidad; usted debe acercarse a las instalaciones de su fondo de pensiones o Colpensiones, según corresponda, a iniciar el tramite pertinente de acuerdo a la normativa vigente.			
Ninguno.			
Fecha de emisión del concepto:		30/07/2022	
No. Caso SIR:		295102	
IDENTIFICACIÓN GENERAL DEL AFILIADO			
Apellidos: SEGURA GOMEZ		Nombres: SERGIO IVAN	
Documento identidad: CC	No: 1019028850	Edad: 33 AÑOS	Fecha de nacimiento: 19/10/1988
Género: MASCULINO		Municipio/Departamento: BOGOTA, D.C. - BOGOTA	
Dirección: CARRERA 103 B # 140 A - 59 APTO 301			
Teléfono: 5373235	Celular: 3144431311	Email: SERGIOSEGURA20@GMAIL.COM	
EPS: COMPENSAR	ARL: POSITIVA SA	AFP: PROTECCION S.A.	

Indica que, el día 02 de agosto de 2022 la EPS notificó el concepto de rehabilitación a la AFP PROTECCIÓN (anterior AFP del usuario):

Bogotá D.C, agosto 02, 2022

No. de dictámen: 295102

Señores:
PROTECCION S.A.
Atn. Área de Medicina Laboral
Dirección: Cra . 48 N° 10 Sur -72 Piso 2 Medicina Laboral Medellin - Antioquia
Teléfono: (054) 230 7500
MEDELLIN - ANTIOQUIA

REFERENCIA: Remisión de concepto de rehabilitación por incapacidad prolongada.

SERGIO IVAN SEGURA GOMEZ Cc. 1019028850

Manifiesta que, el 23 de enero de 2023 notificó el concepto de rehabilitación a la AFP COLPENSIONES (actual AFP del usuario):

Bogotá D.C., 23 de enero de 2023

Señores
COLPENSIONES
Atn. Área de Medicina Laboral
Cra 9 N° 59 – 43 1er piso Edificio 959.
Teléfono: 2041051
Bogotá

COLPENSIONES - 2023_1210666
25/01/2023 10:38:00 AM
DESPACHOS JUDICIALES
BOGOTA D.C - BOGOTA, D.C
MEDICINA LABORAL
IMAGENES:7

No de Caso: 295102



CONSULTE EL ESTADO DE SU TRÁMITE EN
WWW.COLPENSIONES.GOV.CO

Referencia: Copia de notificación Remisión de concepto de rehabilitación por incapacidad prolongada.
SERGIO IVAN SEGURA GOMEZ Cc. 1019028850

Diagnósticos:

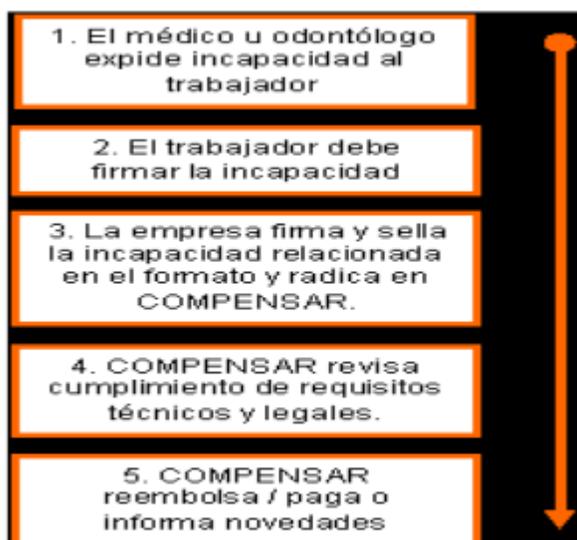
Código: G35X Descripción: ESCLEROSIS MULTIPLE
Código: F209 Descripción: ESQUIZOFRENIA, NO ESPECIFICADA
Código: G408 Descripción: OTRAS EPILEPSIAS
Código: F122 Descripción: TRASTORNOS MENTALES Y DEL COMPORTAMIENTO DEBIDOS AL USO DE CANNABINOIDES: SINDROME DE DEPENDENCIA

Apreciados señores, reciban un cordial y atento saludo de Compensar EPS.

Dicho lo anterior, el pago de las incapacidades solicitadas se encuentra a cargo de la AFP COLPENSIONES, en tratándose de más de 180 días de incapacidad y menos de 541 días.

Por otra parte, le corresponderle al empleador aportante radicar y efectuar en un primer momento, el pago de incapacidades, para que posteriormente la entidad AFP o EPS valide su autenticidad y posteriormente efectúe su reconocimiento económico directamente al empleador aportante, esto en virtud del artículo 121 del Decreto 019 de 2012.

En efecto, para proceder con el pago del subsidio por incapacidad temporal superior al día 540, el empleador aportante deberá radicar las incapacidades que han sido dadas a conocer por su trabajador, de acuerdo con el siguiente procedimiento:



Anexa, certificado de afiliación mediante el cual se acredita la calidad de empleador aportante.

Como excepciones, manifiesta que, se configura la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, por cuanto al accionante se le han reconocido las incapacidades hasta el día ciento ochenta (180) y posteriores al día 540. No

obstante, las incapacidades solicitadas están a cargo de la AFP PORVENIR, por lo cual existe FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA respecto de mi representada.

Lo anterior, como se desprende del artículo 142 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, el pago de las incapacidades solicitadas se encuentra a cargo de la AFP PORVENIR, se trate de concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

Finalmente solicita Se sirva declarar IMPROCEDENTE la acción de tutela respecto de COMPENSAR EPS, toda vez que, a quien corresponde el pago de las incapacidades solicitadas es a la AFP PORVENIR, en tratándose de más de 180 días de incapacidad y menos de 541 días.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a descorrer el traslado de la presente acción, a través de **LAURA TATIANA RAMIREZ BASTIDAS**, obrando en calidad de directora de la Dirección de Acciones Constitucionales, quien manifiesta que:

Como antecedentes y verificado el sistema de información de esta entidad se pudo corroborar que la petición presentada por el actor se respondió de fondo, de manera clara y el día 25 de enero de 2023 bajo BZ 2023_1210666, la EPS COMPENSAR, notificó a Colpensiones concepto de rehabilitación (CRE) con pronóstico DESFAVORABLE.

Mediante oficio de fecha 27 de enero de 2023, se informó a la accionante que para el caso concreto no es jurídicamente procedente el pago de los subsidios económicos por incapacidad, lo que procede llevar a cabo el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, de conformidad con lo previsto en el Decreto 1507 del 2014, que modifica el decreto 917 de 1999 Manual Único para la calificación de la Invalidez, modificando éste el decreto 692 de 1995.

Resalta que el párrafo 6º del artículo 142 del Decreto 019 de 2012 prevé que la EPS debe remitir el Concepto de Rehabilitación a la Administradora de Fondos de Pensiones antes del día 150 de incapacidad. Del mismo modo establece que en el evento que éste no sea remitido y se llegue a superar el día 180, la EPS deberá hacerse cargo de las incapacidades posteriores al día 180 hasta que se efectúe dicha remisión.

Resaltar, que tal como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación (CRE) fue notificado a Colpensiones el 25 de enero de 2023.

Igualmente se informa que mediante dictamen DML5094102 de septiembre 29 de 2023, se calificó pérdida de capacidad laboral del accionante.

Manifiesta que, es improcedente el pago de incapacidades con concepto de rehabilitación desfavorable, por cuanto el auxilio por incapacidad, en palabras de la Corte Constitucional, tiene por objeto que "el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico", es decir, que esta procede, cuando exista un concepto de rehabilitación favorable.

Si por el contrario, el concepto de rehabilitación es desfavorable, la misma sentencia T144 de 2016, señaló que "Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable."

En tal virtud, para que la Administradora de Fondos de Pensiones otorgue el subsidio por incapacidad conforme a la Ley, se hace necesario que el afiliado (i) padezca una enfermedad de origen común; (ii) que la incapacidad sea continua y supere los 180 días y (iii) se emita concepto favorable de rehabilitación por

parte de la EPS, iv) que al momento de cumplirse el día 180 se encuentre afiliado a Colpensiones, y que v) el afiliado tenga cotizaciones a pensión dentro de las 4 semanas anteriores a la fecha de incapacidad reclamada, supuestos concurrentes que no se cumplen en esta oportunidad.

Ahora bien, la Constitución Política de Colombia en su artículo 48 ha determinado que la Seguridad Social es una garantía constitucional, cuya ejecución está en manos tanto de entidades públicas como privadas; es por esto que para Colpensiones no es viable reconocer el pago de obligaciones no contraídas y no exigibles por parte del actor como lo es en el caso del pago de incapacidades superiores al día 181 sin que obre concepto favorable de rehabilitación del afectado, se reitera que esta gestión se efectúa en estricto cumplimiento de lo señalado en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

Por lo anteriormente mencionado, la acción de tutela contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política Nacional carece de objeto, al no haber derechos fundamentales violados por parte de esta entidad, ya que se ha demostrado que Colpensiones no tiene responsabilidad en el pago de incapacidades al existir en el particular CRE desfavorable de conformidad con lo expuesto en precedencia, pues lo que corresponde es la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Manifiesta que, respecto al pago de incapacidades que están a cargo de Colpensiones por enfermedad general o accidente de origen común, es necesario recordar que según lo establecido en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, la obligación es hasta por 360 días calendario, adicionales a los primeros 180 días reconocidos por la Entidad Promotora de Salud (EPS), tal y como se describe a continuación:

"Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro provisional (sic) de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de precisión social correspondiente que lo hubiera expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador."

Pese a lo anterior, como se evidencia de la misma norma transcrita, no basta que se cause el día 180, sino que es requisito indispensable para reconocer los subsidios de incapacidad, que la EPS a la cual se encuentra afiliado el beneficiario del auxilio, allegue a esta administradora el CONCEPTO DE REHABILITACIÓN FAVORABLE del accionante, trámite dispuesto en el artículo 142 del decreto 019 de 2012.

Apegándonos a la mencionada norma, se evidencia que es obligación de la entidad promotora de salud emitir concepto de rehabilitación y enviarlo antes del día 150 de incapacidad a la administradora del fondo de pensiones, pues de no hacerlo deberá cancelar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los 180 días, hasta cuando se emita y comunique a esta Administradora, el correspondiente concepto.

Con base a lo expuesto, claramente se observa que la obligación de pagar incapacidades es por parte de la EPS y se extenderá hasta el momento, en que, de manera formal, remita al fondo de pensiones el Concepto de Rehabilitación – CRE favorable; así las cosas, Colpensiones no puede responder por las incapacidades solicitadas en el presente trámite, ya que hasta la fecha no se registra que la EPS haya cumplido con su obligación, tal como lo señala la ley.

Ahora bien, teniendo en cuenta la situación expuesta, y que no se evidencian incapacidades radicadas en esta administradora, es importante indicar que el estado de incapacidad se deberá probar mediante la presentación, en original,

de la licencia otorgada por el médico tratante, situación que no se ha cumplido en el presente trámite.

En este orden de consideraciones, el estado de incapacidad superior a 180 días se prueba, acreditando la licencia en original debidamente expedida por el médico tratante.

Asegura la accionada que le presentaron una solicitud incompleta, pues verificado los aplicativos y bases de datos de esta entidad, a la fecha, no se observa radicación de los documentos requeridos al accionante para el estudio del pago de incapacidades, en tal sentido se hace necesario que en la mayor brevedad posible el accionante nos aporte la documentación completa, en caso de que el actor no aporte la documental requerido por esta Administradora, se procederá con el cierre y archivo del trámite ante el desistimiento presentado.

En conclusión, el requerimiento para consolidar el expediente pensional se puede realizar para solicitar cualquier clase de documento indispensable para resolver de fondo la petición, lo que ocurre en el presente caso, por lo que si el accionante no aporta la documental que le fue requerida desde un principio, Colpensiones no puede resolver de fondo la solicitud que está reclamando, por lo que no puede considerarse que tras la desidia del actor en allegar dichos documentos en las calidades solicitadas, la responsabilidad sea de la entidad, cuando lo cierto es que si este hubiera cumplido con su obligación de allegar los documentos requeridos, quizás a la fecha ya se había resuelto la solicitud.

El trámite de solicitud de pago de incapacidades debe ser agotado por el afiliado directamente ante la entidad o en su defecto por un tercero debidamente autorizado por el mismo. En este orden de ideas, si la solicitud es elevada por el empleador, éste también debe contar con la autorización del empleado y diligenciar el formato creado para tal fin por esta Administradora, el cual le será suministrado en cualquiera de los Puntos de Atención al Ciudadano - PAC.

En cuanto al procedimiento interno para el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad por parte de Colpensiones consiste es:

(i) Validación Documental en la cual se verifican los siguientes documentos. (ii) Validación de aportes, identificación del día 180 y del IBC. (iii) Validación de pertinencia médica y administrativa. (iv) Control de calidad por parte de Colpensiones. (v) Liquidación y pago del Subsidio por Incapacidad.

Conforme a lo anterior, es claro que al tratarse de recursos que hacen parte del sistema, y en sí mismo del fondo común, es necesario que Colpensiones realice todas las verificaciones a que haya lugar para garantizar que los pagos que se realizan están legalmente soportados.

En cuanto a la órbita de competencia del juez constitucional, la Corte Constitucional analiza el tema de la siguiente manera en la sentencia T-587 de 2015:

"En conclusión, declarar la acción de tutela como procedente para evitar un perjuicio irremediable implicaría, en este caso, anticiparse al sentido de la decisión judicial sin que la misma se hubiese producido, desplazando por esta vía la facultad de la justicia ordinaria de tomar sus propias decisiones. El juez de tutela no puede, "sin vulnerar el derecho a la igualdad y sin que realmente concurra la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, alterar esa situación para conocer en sede de tutela, de manera anticipada y sumaria, lo que debe ser objeto de decisión por el juez ordinario". Además, "no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia porque ello sería contrario al principio de que la tutela es un medio alternativo de defensa judicial, aparte de que se invadiría la órbita de la competencia y la autonomía de que son titulares las otras jurisdicciones".

Así pues, debe tenerse en cuenta que decidir de fondo las pretensiones del accionante y acceder a las mismas, invade la órbita del juez ordinario y su autodominio, pero además excede las competencias del juez constitucional, en la medida que no se probó vulneración a derechos fundamentales, ni la existencia de un perjuicio irremediable que haga viable proteger derecho alguno.

En cuanto a la protección al patrimonio público, el concepto de patrimonio público "cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo". Bajo este criterio, el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público "implica que los recursos públicos sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, con lo cual se evita el detrimento patrimonial"

De conformidad con lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado que el derecho a la defensa del patrimonio público ostenta doble finalidad: "la primera, el mantenimiento de la integridad de su contenido, es decir prevenir y combatir su detrimento; y la segunda, que sus elementos sean eficiente y responsablemente administrados; todo ello, obviamente, conforme lo dispone la normatividad respectiva.

Por tanto, el trámite alegado por el accionante en la presente tutela debe ser declarado improcedente, ante la consagración del patrimonio público como un derecho colectivo, y ante el carácter subsidiario de la acción de tutela.

En cuanto al pago de incapacidades con concepto de rehabilitación desfavorable, el auxilio por incapacidad, en palabras de la Corte Constitucional, tiene por objeto que "el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico", es decir, que esta procede, cuando exista un concepto de rehabilitación favorable.

Si, por el contrario, el concepto de rehabilitación es desfavorable, la misma sentencia T-144 de 2016, señaló que "Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable."

Ahora bien, el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 estableció lo siguiente:

"(...) para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional (sic) de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador". (subrayado y en negrilla fuera del texto)"

Así mismo, indica que:

"Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto."

En tal virtud, para que la Administradora de Fondos de Pensiones otorgue el subsidio por incapacidad conforme a la Ley, se hace necesario que el afiliado (i) padezca una enfermedad de origen común; (ii) que la incapacidad sea continua y supere los 180 días y (iii) se emita concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, iv) que al momento de cumplirse el día 180 se encuentre afiliado a Colpensiones, y que v) el afiliado tenga cotizaciones a pensión dentro de las 4 semanas anteriores a la fecha de incapacidad reclamada, supuestos concurrentes que no se cumplen en esta oportunidad.

En concepto emitido el 21 de mayo de 2015 (rad. 201511400874021) el Ministerio de Salud ha sostenido lo anterior.

Por lo anteriormente mencionado, la acción de tutela contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política Nacional carece de objeto, al no haber derechos fundamentales violados por parte de esta entidad, ya que se ha demostrado que Colpensiones no tiene responsabilidad en el pago de incapacidades al existir en el particular CRE desfavorable de conformidad con lo expuesto en precedencia, pues lo que corresponde es la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Finalmente solicita se deniegue la acción de tutela contra COLPENSIONES por cuanto las pretensiones son abiertamente IMPROCEDENTES, como quiera que la presente tutela no cumple con los requisitos de procedibilidad del art. 6º del Decreto 2591 de 1991, así como tampoco se encuentra demostrado que Colpensiones haya vulnerado los derechos reclamados por el accionante y está actuando conforme a derecho.

TRAMITE PROCESAL

La mencionada acción fue admitida por auto del cinco (5) de febrero de 2024, en el que se ordenó la notificación a la entidad accionada y se le concedió el termino perentorio de dos (02) días, para que se pronuncie sobre los hechos sustento de la presente tutela.

Se encuentra el presente asunto para decidir y a ello se procede, observándose que no se ha incurrido en causal de nulidad que invalide lo actuado, previas las siguientes,

En este punto ha de aclarar el despacho:

- No se vincula al trámite constitucional a las entidades AFP PROTECCIÓN y AFP PORVENIR, por cuanto a pesar de que se mencionan en la respuesta de la EPS COMPENSAR, se evidencia que tales menciones fueron por error, puesto que la administradora de fondo de pensiones del accionante es la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
- LEGITIMACION POR ACTIVA: Pese a que el señor ALEJANDRO BAUTISTA ROJAS, no manifiesta el motivo por el cual el señor SERGIO IVÁN SEGURA GÓMEZ no presenta la acción de tutela a nombre propio, la misma se acredita teniendo en cuenta los diagnósticos médicos de ESCLEROSIS MULTIPLE, ESQUIZOFRENIA NO ESPECIFICADA, EPILEPSIA y TRANSTORNOS MENTALES.

CONSIDERACIONES:

1.- La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo dirigido a proteger en forma inmediata los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos señalados en la ley, y sólo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.- El mínimo vital de subsistencia se ha definido como (T-678/17):

(...) "la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional". (...)

3.- El artículo 142 del Decreto 0192 de 2012, respecto al reconocimiento de incapacidades por enfermedad común, establece,

(...) "Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional (sic) de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto".(...)

Y, respecto del reconocimiento del subsidio o las incapacidades superiores a 540 días, el artículo 67 de la ley 1753 de 2015, planteó en cuanto a la destinación de los recursos que administrara la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud,

"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."

En cuanto a la aplicación del artículo 67 de la ley 1753 de 2015 y su vigencia se refirió la Corte Constitucional, en la Sentencia T 144 de 2016:

"Ahora bien, retomando lo referente al déficit de protección legal para asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días que no tienen derecho a una pensión de invalidez, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015 –Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, reguló lo referido al pago de las incapacidades superiores a los 540 días y estableció, en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de regular el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, dando soluciones a los dos puntos de vista analizados en los fundamentos 31 y 32 de esta sentencia.

En virtud del artículo 67 de la referida Ley 1753 de 2015,

"(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."

En el presente caso, es necesario entonces, tomar en cuenta que a partir de la vigencia de la Ley 9 de junio de 2015, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deben acatar lo normado.

Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 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.

4.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN CON EL PAGO DE INCAPACIDADES SUPERIORES A 180 DÍAS Y 540 DÍAS. SENTENCIA T 401 de 2017:

A) El Decreto 770 de 1975 sustrajo de la órbita de responsabilidad del empleador el pago del auxilio de incapacidad, para radicarlo en cabeza de un agente externo a la relación laboral. De este modo, el artículo 9º de dicha normativa asignó al Instituto de Seguros Sociales la responsabilidad del pago de "un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de (...) salario de base, subsidio que (...) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días".

b) La Ley 100 de 1993, contempló la figura de la incapacidad en su artículo 206, conforme al cual los afiliados al Régimen Contributivo en salud tienen derecho al reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común. Así mismo, el Decreto 2463 de 2001 dispuso que las AFP, previo concepto favorable de recuperación, tienen la potestad de postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los 180 que se encuentran a cargo de las EPS siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Esta disposición se mantuvo sustancialmente en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, norma que actualmente regula la materia.

c) Reconocimiento de incapacidades laborales superiores a 180 días, una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, lo cual dependerá de la prolongación de la situación de salud del trabajador. Es pertinente señalar que, respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181, se han suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001.

Sobre la responsabilidad del pago, incapacidadesón ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, como se expondrá a continuación:

⊞ Respecto del concepto favorable de rehabilitación conviene destacar que, conforme al Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda. No obstante, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

⊞ Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso.

⊞ Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, "el empleador debe reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello"

⊞ No obstante, lo anterior, es factible que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez y a habersele dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%. Por tanto, es indispensable determinar cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe encargarse del pago de dichas incapacidades.

⊞ Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009[98] que las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones.

En consecuencia, las reglas jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540 son las siguientes:

- (i) Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.**
- (ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS.**
- (iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.**

Analizado la normatividad y la jurisprudencia referente al caso que nos ocupa es evidente que la AFP, si está trasgrediendo los derechos conculcados por el señor SERGIO IVÁN SEGURA GÓMEZ, toda vez que, si bien es cierto la EPS FAMISANAR, emitió PRONOSTICO LABORAL DESFAVORABLE, la misma la envió dentro de los términos establecidos por el legislador para que sea la AFP quien asuma esa carga del pago de incapacidades desde el día 181 hasta el día 540.

Actuar que, a voces de esta falladora amparada con todo el análisis jurisprudencial y legal evidencia la clara trasgresión de los presupuestos jurídicos previamente establecidos, pues si bien hizo todas las gestiones para que el actor fuese calificado de acuerdo al concepto desfavorable emitido por la EPS COMPENSAR, también lo es que esta infringiendo lo preceptuado en la Sentencia 401 de 2017, la cual ampliamente señala que esta carga no la debe asumir el afiliado, quien se encuentra en condiciones de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud y debe ser asumida por la AFP hasta que se cumple una de las tres causales a saber:

1. La persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral.
2. o hasta que se determine una pérdida de capacidad laboral superior al 50%.
3. o se completen los 540 días de incapacidad.

5.- En cuanto a la enfermedad que padece la accionante y teniendo en cuenta los múltiples pronunciamientos de la H. Corte Constitucional, con diamantina claridad se concluye que es una persona de especial protección, máxime si se tiene en cuenta que su derecho a la salud está estrechamente ligado con los demás inherentes al ser humano, tales como el mínimo vital, vida en condiciones dignas, etc.

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional, en reiteración de jurisprudencia puntualizó que,

"En relación con la salud como derecho, es necesario mencionar que, en un primer momento, fue catalogado como un derecho prestacional, que dependía de su conexidad con otro derecho considerado como fundamental, para ser protegido a través de la acción de tutela. Posteriormente, la postura cambió y la Corte afirmó que la salud es un derecho fundamental autónomo que protege múltiples ámbitos de la vida humana. Dicha posición fue recogida en el artículo 2º la Ley 1751 de 2015, cuyo control previo de constitucionalidad se ejerció a través de la sentencia C313 de 2014. Así pues, tanto la normativa como la jurisprudencia actual disponen que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción". (T-673 de 2017)

Con fundamento en las consideraciones expuestas, este Despacho concluye que la acción de tutela presentada por el ciudadano ALEJANDRO BAUTISTA ROJAS en calidad de agente oficioso del señor SERGIO IVÁN SEGURA GÓMEZ, es procedente porque al encontrarse afectado el derecho fundamental al mínimo vital y al presentar varias enfermedades como Esclerosis múltiple, Esquizofrenia y trastornos mentales resulta desproporcionado que el ciudadano interponga los medios ordinarios de defensa aun cuando está plenamente demostrada su afectación de salud.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Uno de Familia de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: TUTELAR los derechos a **VIDA DIGNA, SEGURIDAD SOCIAL, SALUD Y MÍNIMO VITAL** incoados por **ALEJANDRO BAUTISTA ROJAS** en

calidad de agente oficioso del señor **SERGIO IVÁN SEGURA GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COMPENSAR EPS**.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir del recibo de la notificación de la presente sentencia pague a la accionante, las incapacidades generadas a partir del día 181 y las que en lo sucesivo se causen, si a ello hubiere lugar, hasta el día 540, aun cuando el concepto de rehabilitación sea desfavorable.

TERCERO: ORDENAR a la EPS FAMISANAR, que en caso de que las incapacidades del señor ALEJANDRO BAUTISTA ROJAS en calidad de agente oficioso del señor **SERGIO IVÁN SEGURA GÓMEZ** superen los 540 días, asuma el pago de estas al accionante, a partir del día 541, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: CONMINAR al señor **ALEJANDRO BAUTISTA ROJAS** en calidad de agente oficioso del señor **SERGIO IVÁN SEGURA GÓMEZ**, para que en lo sucesivo realice los tramites tendientes que le corresponden para obtener el pago de las incapacidades a las que tiene derecho el señor SEGURA GOMEZ.

QUINTO: NOTIFICAR VÍA CORREO ELECTRÓNICO lo aquí resuelto al accionante y a la entidad accionada, y de no ser posible utilícese el medio más expedito.

SEXTO: REMITIR las diligencias de no ser impugnada la presente decisión a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Ofíciense.

**CUMPLASE Y NOTIFÍQUESE,
LA JUEZ;**

MARU

Firmado Por:
Maria Emelina Pardo Barbosa
Juez
Juzgado De Circuito
Familia 031 Oral
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 12117c8a5f992cb54cfda1ebd014909f4ad8c111a0d59b4f6e82484816ed13d0

Documento generado en 16/02/2024 04:31:43 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>