JUZGADO TERCERO DE FAMILIA

Ibagué Tolima, quince (15) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Proferir sentencia dentro de la acción de tutela instaurada por el señor JAIRO CASTRO CONTRERAS contra COLPENSIONES por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y salud en conexidad con la vida, consagrados en la Constitución Política de Colombia.

2. ANTECEDENTES

2.1. HECHOS

Manifiesta el señor JAIRO CASTRO CONTRERAS, que el 29 de octubre de 2021 sufrió un accidente de origen común, fue hospitalizado y operado de la columna, estuvo en observación postquirúrgica hasta el día 9 de noviembre de 2021 y le fue ordenada incapacidad por un mes aproximadamente. Desde entonces ha recibido incapacidades consecutivamente, las cuales fueron canceladas hasta el día 180 por SALUD TOTAL E.P.S. Después de los 180 días, ha pasado las incapacidades a COLPENSIONES y el 7 de julio de 2022, la entidad le informó que entrarían a estudio para determinar si se podrían cancelar.

Afirma el accionante, que siguió pasando las incapacidades a COLPENSIONES y le informaron que no se podían cancelar. El 4 de agosto de 2022, mediante documento “Ref. Carta protegido con incapacidad superior a 120 días” dirigido por SALUD TOTAL a COLPENSIONES, le informó sobre el concepto DESFAVORABLE en el que se encuentra haciendo resumen de la historia clínica y las terapias a que se ha sometido.

Agrega el actor, que, mediante oficio, COLPENSIONES le informó del pago de quinientos mil pesos ($500.000,oo), correspondiente a los días de incapacidad comprendidos del 11 al 26 de mayo de 2022 y, después de esa respuesta ha insistido ante COLPENSIONES para que le cancelen la totalidad de las incapacidades, donde le han exigido una certificación de las incapacidades por parte de SALUD TOTAL, la cual ya aportó. Sin embargo, COLPENSIONES le informó nuevamente que la misma no cumplía con los requisitos para el pago de las incapacidades. Por ello, el 27 de marzo de 2023, se dirigió a COLPENSIONES, siendo atendido en el módulo No 2, para solicitar información sobre el pago de sus incapacidades, pero no le fue suministrada.

Agrega que ha seguido pasando incapacidades a COLPENSIONES en espera del pago respectivo, anexando el certificado reciente expedido por la EPS; que debido a su condición física es imposible acceder a un trabajo a fin de percibir ingresos económicos para el sostenimiento de su esposa, su progenitora quien es una persona de la tercera edad y sus necesidades básicas y mínimo vital.

2.2. PRETENSIONES

Solicita el accionante, que se tutelen sus derechos fundamentales ya que se emitió concepto desfavorable para rehabilitación y mejoría médica por parte de SALUD TOTAL y que se ordene a COLPENSIONES el pago de todas las incapacidades derivadas del accidente de origen común.

3. TRÁMITE DE LA INSTANCIA

La tutela fue admitida por auto del 3 de mayo de 2023, mediante el cual se vinculó como a la EPS SALUD TOTAL, ordenando la notificación de las entidades accionadas, acto procesal que se cumplió a través del correo electrónico.

3.1. PRONUNCIAMIENTO DE LOS ACCIONADOS:

3.1.1. COLPENSIONES

La Directora de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones, informó que, mediante petición radicada bajo el No 2022_9291544 del 7 de julio del 2022, el accionante solicitó el reconocimiento y pago del subsidio; frente a la solicitud, la Dirección de Medicina Laboral expidió comunicación informando al ciudadano que no había lugar al reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad, teniendo en cuenta que la validación de los documentos no había sido exitosa e indicándole lo necesario para subsanar la solicitud. Posteriormente, se allegó el Certificado de Rehabilitación (CRE) expedido por la EPS SALUD TOTAL el día 4 de agosto del 2022, DESFAVORABLE, por lo que no es procedente el pago de las incapacidades, correspondiendo a la EPS la cancelación de los subsidios por incapacidad.

Igualmente indicó, que, respecto al trámite de Calificación de pérdida de capacidad laboral, se emitió el DICTAMEN DML: 4737790 del 12/11/2022; que el accionante promueve acción de tutela con el fin que se protejan los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social, presuntamente vulnerados por esa administradora con ocasión de la negativa del reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad, lo cual está ajustado a derecho y pretende su reconocimiento vía tutela.

Considera el accionado, que la acción de tutela es un mecanismo residual que no puede ser elegido al arbitrio por los ciudadanos, pues tal como está consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política, solo será procedente cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial y, excepcionalmente a pesar de existir, cuando sea utilizada para evitar un perjuicio irremediable. En consecuencia, solicitó que se niegue el amparo invocado al ser abiertamente improcedentes las pretensiones, como quiera que no cumple con los requisitos de procedibilidad del art. 6º del Decreto 2591 de 1991 y no haberse demostrado que COLPENSIONES haya vulnerado los derechos reclamados por el actor.

3.1.2. SALUD TOTAL EPS

El Gerente de SALUD TOTAL EPS-S S.A Sucursal Ibagué, informó que el 10 de Mayo del 2022, el señor CASTRO CONTRERAS completó los 180 días de incapacidad continuos, periodo que SALUD TOTAL EPS cubrió como legalmente le corresponde, por lo que, desde el 11 de Mayo del 2022 (día 181 de incapacidad) le corresponde directamente al Fondo de Pensiones realizar el reconocimiento económico de las incapacidades e iniciar el proceso de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral; al tiempo que señaló que el usuario cuenta con CRI Favorable del 12 de Abril del 2022 y una actualización de CRI con pronóstico Desfavorable del 04 de Agosto del 2022.

Aclaró que, con el Concepto de Rehabilitación Integral Desfavorable, se considera que no es posible la rehabilitación del trabajador y que antes del día 150 las Administradoras de Fondos de Pensiones, deben remitir los casos a las Juntas de Calificación de Invalidez.

Respecto a la calificación de invalidez, si el porcentaje de pérdida de capacidad laboral es del 50% o mayor, se genera el reconocimiento de una pensión de invalidez a favor del trabajador afectado, siendo responsabilidad el reconocimiento económico desde la fecha del evento y a la fecha no cuentan con información de calificación de PCL.

Informó que la normatividad para el pago de incapacidades es la siguiente:

NORMATIVIDAD SOBRE PAGO DE INCAPACIDADES:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 181 hasta 540	Fondo de Pensiones	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993

Dado lo anterior, la entidad accionada solicitó al Despacho se niegue la tutela en su contra por falta de Legitimación en la causa por pasiva de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, agregando que esa entidad no ha puesto

en riesgo algún derecho fundamental del accionante, por lo que se configura una clara inexistencia de vulneración de derechos fundamentales, debiendo dirigirse la acción y la posible decisión únicamente al COLPENSIONES, quien es el llamado a garantizar el reconocimiento de los pagos solicitados y es obligación de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES proceder con el pago de los periodos reclamados.

4. MATERIAL PROBATORIO

Se aportaron como pruebas:

- Fotocopia de cédula de ciudadanía del accionante.
- Certificado de primera incapacidad general expedida por la IPS CLINICA NUESTRA SEDE IBAGUE.
- Certificado de relación de todas las incapacidades por parte de salud total.
- Formulario de determinación del subsidio por incapacidades del 7 de julio de 2022.
- Documento expedido por COLPENSIONES el 22 de agosto de 2022.
- Solicitud elevada COLPENSIONES para el pago de incapacidades del 29 de agosto de 202 y respuesta del 1 de septiembre de 2022.
- Carta “protegido con incapacidad superior a 120 días por parte de SALUD TOTAL con concepto desfavorable.
- Oficio No. 60604 del 4 de noviembre de 2022 donde se informa el pago de $500.000.
- Respuesta de COLPENSIONES a certificación de incapacidad del 5 de enero de 2023.
- Certificación de incapacidades con las exigencias de COLPENSIONES y solicitud personal de pago de las incapacidades.
- Certificado de incapacidad médica reciente.

5. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

5.1. Competencia

El Despacho asumió la competencia atendiendo la naturaleza jurídica de COLPENSIONES y SALUD TOTAL E.P.S, y que los derechos fundamentales del señor JAIRO CASTRO CONTRERAS se reclaman vulnerados en la ciudad de Ibagué, conforme al artículo 1° del Decreto 1983 de 2017 que modificó el Decreto 1069 de 2015.

5.2. Problema Jurídico Planteado

Consiste en establecer si se han vulnerado los derechos fundamentales del señor JAIRO CASTRO CONTRERAS por parte de COLPENSIONES Y SALUD TOTAL EPS, al no pagar las incapacidades laborales que exceden los 180 días, en razón a una enfermedad de origen común.

5.3. Tesis del Despacho

El Despacho sostendrá que las entidades accionadas vulneran los derechos fundamentales cuya protección invoca el señor JAIRO CASTRO CONTRERAS al no cancelar las incapacidades médicas reclamadas, pese a que se encuentra incapacitado desde octubre de 2021 debido a la enfermedad de origen común que padece, tiene 59 años de edad, no ha podido acceder a un trabajo ni percibir ingresos económicos para el sostenimiento de su esposa, su progenitora y su manutención, por lo que se debe conceder el amparo invocado.

5.4. Precedente Jurisprudencial

DERECHO AL MÍNIMO VITAL

La Corte Constitucional ha definido el derecho al mínimo vital (alimentos congruos) como el conjunto de condiciones básicas indispensables para garantizar la subsistencia digna de la persona y de su familia.

"El derecho al mínimo vital ha sido considerado por la jurisprudencia constitucional como una de las garantías más importantes en el Estado Social de Derecho. No solo porque sefundamenta en otros derechos como la vida (Art. 11 C.P.), la salud (Art. 49 C.P.), el trabajo (Art. 25 C.P.) y la seguridad social(Art. 48 C.P.), sino porque en sí mismo es ese mínimo sin el cual las personas no podrían vivir dignamente. Es un concepto que no solo busca garantizarle al individuo percibir ciertos recursos, sino permitirle desarrollar un proyecto de vida igual que al común de la sociedad. De allí que también sea una medida de justicia social, propia de nuestro Estado Constitucional. En ese sentido,derecho al mínimo vital ha sido definido por la Corte como "la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que estándestinados a la financiación de sus necesidades básicas, comoson 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". Es decir, la garantía mínima de vida."[1]

1 Sentencia T-891 de 2013.

Respecto al alcance de este concepto, la Alta Corporación ha manifestado que no puede solo limitarse al aspecto monetario, toda vez que no solamente debe garantizarse la vida digna del individuo,sino que además le permita desarrollar la vida en sociedad, de lo quese colige que el mínimo vital, lleva implícita una garantía no solo cuantitativa sino cualitativa, por lo que debe examinarse cada caso concreto, con el fin de determinar su protección.

SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD:

La Constitución Política de Colombia, en el artículo 48, al referirse a la seguridad social, la describe como "un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley.

Pues bien, en cuanto a la seguridad social en salud, debe entenderse que todas las personas deben tener un acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a los servicios, bienes, facilidades y establecimientos que se requieran para garantizarlo. Esto significa que, tanto legal como administrativamente, el sistema de salud debe brindar unas condiciones de cobertura que incluyan su accesibilidad jurídica, física y prestacional.

LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LAS TUTELAS INSTAURADAS PARA RECLAMAR EL PAGO DE LAS INCAPACIDADES LABORALES:

La Corte Constitucional ha señalado que en virtud de la existencia de unos mecanismos judiciales específicamente diseñados para resolver las controversias relativas al pago de las acreencias laborales y a la cobertura de las contingencias amparadas por el Sistema General de Seguridad Social Integral (SGSSI), en principio, se impide que las discusiones sobre el reconocimiento y pago de derechos pensionales, salarios, indemnizaciones o incapacidades sean sometidos a consideración del juez de tutela; de manera que la posibilidad de discutir esos asuntos en sede constitucional ha sido admitida en situaciones excepcionales, en las que exigirle al peticionario el agotamiento de los medios ordinarios de defensa puede resultar excesivo, bien sea porque se trata de un sujeto de especial protección constitucional o porque, por distintas razones, tal trámite lo expone a un perjuicio irremediable[2].

Por eso, la Corte ha insistido ampliamente en que el examen de subsidiariedad de la acción constitucional debe establecerse a partirdel análisis fáctico que sustenta la pretensión de amparo, teniendo en cuenta aspectos como la edad, el estado de salud,

2 Sentencia T-333 de 2013.

las condiciones económicas y la forma en que está integrado el grupo familiar de quien reclama la protección[3].

Frente al caso específico de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, ha dicho la Corte que debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresosdistintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia[4]; de manera que, la falta de pago de la incapacidad médica no implica solamente el desconocimiento de un derecho laboral, sino además, se pueden ver trasgredidos derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario y, es allí donde resulta viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la formamás expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de losrecursos que requiere para subsistir dignamente[5].

LAS INCAPACIDADES LABORALES POR ENFERMEDAD COMÚN QUE SUPERAN LOS 180 DÍAS. RESPONSABILIDAD DE LOS EMPLEADORES, LAS EPS Y LAS ADMINISTRADORAS DE PENSIONES EN SU RECONOCIMIENTO Y PAGO.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo (enfermedad profesional) y el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 (enfermedad de origen Común), el subsidio por incapacidad laboral hace parte del esquema de prestaciones económicas diseñado con el objeto de cubrir a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral frente a las eventualidades que menoscaban su salud y su capacidad económica. En concreto, ha dicho la Corte Constitucional, que el subsidio cumple el propósito desustituir el salario cuando el trabajador debe ausentarse del lugar en el que cumple sus actividades laborales, tras sufrir una enfermedad o un accidente que le impide desempeñar temporalmente su profesión u oficio[6].

Así, el papel que cumple el subsidio de incapacidad laboral es la de proteger a quienes quedan temporalmente desprovistos de los recursosque destinaban a satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia por razones de salud. En ese orden de ideas, y en concordancia con loprevisto en el Decreto 1049 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de1993, se ha entendido que el empleador es responsable del pago

3 Sentencia T-721 de 2012.

4 Ídem 6.

5 Sentencias T- 311 de 1996, T-404 de 2010 y T-154 de 2011, citadas en sentencia T-333 de 2013.

6 sentencia T-333 de 2013

delas incapacidades laborales de origen común iguales o menores a dosdías[7] y que las EPS cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180, a menos que el empleador no haya afiliado a su trabajador al SGSSI o haya incurrido en mora en las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, en cuyo caso las incapacidades correrán porsu cuenta.

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad en el pago de las incapacidades causadas después del día 180, según lo previsto en elartículo 23 del Decreto 2463 de 2001, norma que regula el trámite previoa la solicitud de la calificación de la invalidez, les asigna a las administradoras de fondos de pensiones (AFP) y a las administradoras de riesgos profesionales (según se trate de incapacidades de origencomún o laboral, respectivamente) la función de remitir a sus afiliadosa las juntas de calificación, previo concepto de rehabilitación integral.

Así, por regla general, tal remisión debe efectuarse antes de que secumpla el día 150 de incapacidad temporal, salvo lo dispuesto en el artículo 30 de la misma norma, que permite que la AFP postergue eltrámite de calificación hasta por 360 días calendario adicionales a losprimeros 180 días de incapacidad temporal que otorgó la EPS, si el mencionado concepto de rehabilitación es favorable y con la condición de que *"otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador"*[8].

En éste punto, 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 haasumido que el pago está condicionado a la existencia de unconcepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001; **no obstante la Corte Constitucional ha enfatizado en que estas corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la queestá afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación[9]**.

Ahora, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación – sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión del mismo a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, **le compete a la EPS**

---

7 Parágrafo 1º, Artículo 40 del Decreto 1049 de 1999: "Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados".

8 Artículo 30, Decreto 2463 de 2001.

9 Sentencia T-401 de 2017.

pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, 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 emitael concepto en mención[10]

Bajo tal contexto, la Corte Constitucional[11] ha dicho que el conceptofavorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral que asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador, y que constituye una condiciónpara la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico[12.]

Así las cosas, en los términos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia T-401 de 2017, cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse elproceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable; deber que es aún más apremiante cuandoya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad, pues en ese estado de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidadlaboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso. **En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado**[13]

Al respecto, cabe indicar que la normatividad legal que regula la materia no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudenciaconstitucional ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues **la**

10 Sentencia T-246 de 2018

11 Ídem 14. 20 Decreto 24

12 Decreto 2463 de 2001. Artículo 23 inciso 1º

13 Ídem 18.

indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por elafiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral[14].

La Corte ha sido enfática en que el afiliado no tiene por qué soportar, bajo ninguna circunstancia, los efectos de esas controversias, mucho menos cuando existe certeza sobre su derecho. Así, ha insistido en que las diligencias previas al reconocimiento y pago de las prestaciones del sistema de seguridad social integral deben resolverse oportunamente, sin inmiscuir al afiliado en disputas que no le competen y que, en cualquier caso, pueden poner en riesgo sus condiciones mínimas de existencia y, con el mismo propósito, avaló la posibilidad de que los jueces de tutela señalen un responsable provisional del pago de las incapacidades laborales, para salvaguardar los derechos fundamentales de quienes las reclaman, mientras las entidades del caso definen cuál de ellas es la encargada de cancelarlas, en aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias respectivas[15].

En conclusión, en atención a las condiciones en que se encuentran las personas que por razones de salud se ven afectadas en su sustento diario, se debe privilegiar la protección de sus garantías mínimas, sobre las disputas de índole Contractual que puedan presentarse en relación con la responsabilidad de los actores del SGSS en el reconocimiento y pago de esas prestaciones[16].

LAS INCAPACIDADES LABORALES POR ENFERMEDAD COMÚN QUE SUPERANLOS 540 DÍAS

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 perodefinitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al5%, pero inferior al 50%, y iii) permanente (o invalidez), cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%[17].

Tratándose de las referidas incapacidades, cuando son de origen común, existen dos posibilidades: i) que se cuenta con concepto favorable de rehabilitación y/o con

14 Sentencia T-920 de 2009.

15 Sentencia T-333 de 2013.

16 Sentencias T-786 de 2009, T-404 de 2010 y T-1047 de 2010.

17 Corte Constitucional, sentencia T-920 de 2009 (M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), reiterada en sentencias T-468 de10 (M.P Jorge Iván Palacio Palacio),T- 684 de 2010 (M.P Nilson Pinilla Pinilla), T- 200 de 2017 (M.P (e) José Antonio Cepeda Amarís), entre otras.

dictamen de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, o ii) se tiene concepto desfavorablede rehabilitación y dictamen de pérdida de capacidad laboral superioral 50%.

En la primera hipótesis, la jurisprudencia constitucional ha señalado que si bien hasta el año 2015 existía un déficit de protección en relación contales circunstancias, a partir de la vigencia del artículo 67 de Ley 1753 de 2015, corresponde a la EPS a la cual se encuentre afiliado el afectado, el pago de las incapacidades generadas, bien hasta que severifique la recuperación integral y el reintegro efectivo del aseguradoa su vida laboral o en su defecto, hasta que la calificación de pérdidade capacidad laboral iguales o supere el 50%, y pueda optar por la pensión de invalidez[18]

En los casos en que al presentarse incapacidades luego de los 540 días, el afectado tenga concepto desfavorable de rehabilitación y/o haya sido calificada su pérdida de capacidad laboral por encima del 50%, corresponde a la EPS a la cual este se encuentra afiliado el pago de las mismas, puesto que una de las causales determinadas por la norma es que precisamente el paciente no haya tenido recuperación en su enfermedad o lesión que ocasionó la enfermedad de origen común.

La anterior tesis se refuerza, en cuanto que la Corte Constitucional haseñalado que la obligación atribuida legalmente a las EPS respecto alpago de incapacidades que sobrepasen los 540 días, no puede suspenderse por haberse realizado el examen de perdida capacidadlaboral, sino únicamente cuando le haya sido reconocida la pensión de invalidez[19]

5.5. CASO CONCRETO

Conforme lo expuesto en precedencia, se tiene que el señor JAIRO CASTRO CONTRERAS, acudió a este mecanismo constitucional buscando la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y salud en conexidad con la vida en atención a que, COLPENSIONES no ha pagado el subsidio de incapacidad por enfermedad general, al superar 180 días de incapacidad laboral. El Despacho vinculó a SALUD TOTAL EPS por considerar que tenía injerencia directa con la situación de hecho planteada por el actor.

Entonces, se procede a determinar si en el asunto, el actuar de las entidades accionadas atentó o no contra los derechos fundamentales del accionante, para lo cual se estudiarán las pruebas allegadas al plenario.

---

18 T-161 de 2019, T-246 de 2018 y T-693 de 2017, entre otras.

19 Sentencia T-008 de 2018.

El accionante JAIRO CASTRO CONTRERAS nació el 19 de enero de 1964, es decir que a la fecha tiene 59 años de edad, conforme se desprende de copia de la cédula de ciudadanía.

Mediante solicitudes radicadas el 14 de abril de 2023, 27 de febrero de 2023, 07 de julio de 2022, 23 de julio de 2022, 29 de agosto de 2022, 13 de octubre de 2022, el hoy tutelante solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago del correspondiente subsidio.

Obra como prueba también, copia de las respuestas emitidas por COLPENSIONES así:

El 22 de agosto de 2022, le informa al señor CASTRO CONTRERAS que los certificados de incapacidades no cumplen con los requisitos establecidos en la normatividad vigente.

Con oficio del 1 de septiembre de 2022, le informa que la responsabilidad del pago de las incapacidades varía de acuerdo a los días de incapacidad y le mencionan quiénes son las entidades obligadas y cuál es la normatividad vigente; así mismo le indica que SALUD TOTAL aportó el concepto de rehabilitación emitido el 12 de abril de 2022, con pronóstico de rehabilitación favorable, motivo por el cual el pago de las incapacidades sería procedente, siempre que se mantenga el pronóstico favorable; que posteriormente el afiliado solicitó el pago de unas incapacidades, las cuales fueron negadas por cuanto los certificados no cumplen los requisitos exigidos de acuerdo a la normatividad vigente.

Mediante oficio del 4 de noviembre de 2022, procedente de COLPENSIONES y dirigido al señor JAIRO CASTRO CONTRERAS, le informan del pago de una incapacidad por valor de quinientos mil pesos ($500.000,oo).

Por oficio del 5 de enero de 2023, procedente de COLPENSIONES y dirigido al accionante, le comunican que se dio inicio al trámite de pérdida de capacidad laboral, mediante radicado No 2022-11644346; que una vez realizado el estudio correspondiente por parte del grupo interdisciplinario de medicina laboral, se emitió Dictamen DML 4737790 del 12/11/2022, en cual se determinó una pérdida de capacidad laboral del 39.09% con fecha de estructuración del 11/11/2022, el cual fue notificado conforme a la ley, evidenciando que presentó manifestación de inconformidad contra el dictamen emitido por esa entidad, mediante radicado 2022-180035100 el 06/12/2022. Se le informa igualmente que, al contar con concepto de rehabilitación desfavorable, a partir de la emisión del mismo, no es procedente acceder a la solicitud respecto al pago de incapacidades.

Igualmente, el accionante aportó como pruebas:

Oficio de SALUD TOTAL EPS del 3 de abril de 2023, donde informa al accionante, en atención a la solicitud presentada, que le ha sido generada la relación de las incapacidades, las cuales van desde el 11/08/2021 hasta el 04/17/2023 con la nota que las incapacidades se encuentran en liquidación $0, no aparecen pagas, es decir del 05/17/2022 hasta el 04/17/2023.

Carta de protegido con incapacidad superior a 120 días, emitida por SALUD TOTAL EPS y dirigida a COLPENSIONES, del 04 de agosto de 2022, donde se informa que el señor JAIRO CASTRO CONTRERAS identificado con C.C. No 79.295.449 se encuentra afiliado a EPS como cotizante y cuenta con más de 120 días de incapacidad continua por un mismo diagnóstico de enfermedad de origen común, con pronóstico desfavorable.

Formato concepto de rehabilitación de SALUD TOTAL EPS, donde se señala que no hay posibilidad de recuperación.

Certificados de incapacidad cancelados por la EPS SALUD TOTAL y certificado de vigencia de la cuenta de ahorros que posee en DAVIVIENDA.

Frente a la acción de tutela, el artículo 86 de la Carta Política establece que la misma fue instituida para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, siempre y cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial, o que, en caso de existir otra vía jurídica, la tutela se utilice como mecanismo transitorio con el fin de precaver un perjuicio irremediable. Estos principios de subsidiaridad e inmediatez de la acción de tutela, se hacen necesarios para evitar que las personas acudan a este mecanismo, sin reconocer la efectividad de los medios ordinarios legalmente establecidos para salvaguardar sus derechos.

En cuanto a las incapacidades laborales, la jurisprudencia ha establecido ampliamente que la acción de tutela no es procedente para el pago de esta clase de prestaciones dado que, a pesar que el pago oportuno del salario del empleado es un derecho legalmente consagrado, existen mecanismos judiciales establecidos en la ley para hacer valer su cumplimiento; no obstante, el mecanismo tutelar se hace procedente excepcionalmente, con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable, en caso de que se comprometa el mínimo vital, situación que se presenta de acuerdo con lo expuesto por la Honorable Corte Constitucional, cuando el incumplimiento en el pago del salario es prolongado e indefinido o cuando se demuestre que el afectado no cuenta con recursos para su subsistencia, entre otros.

De acuerdo con lo anterior, para determinar la procedencia de la acción de tutela en el presente caso, debe establecerse previamente, si existe vulneración del derecho a la seguridad social, mínimo vital y salud en conexidad con la vida del accionante,

ante la mora y/o falta de pago de la incapacidad médica adeudada por las entidades accionadas.

Se tiene entonces, que el señor JAIRO CASTRO CONTRERAS promueve acción de tutela contra COLPENSIONES a fin que se ordene a las accionadas el reconocimiento y pago de incapacidades dejadas de cancelar desde el 17 de mayo de 2022 hasta el 17 de abril de 2023, conforme a la certificación expedida por SALUD TOTAL EPS.

Según lo manifestado por el actor y de los documentos aportados con la solicitud de tutela, se pudo establecer que el accionante tuvo como diagnóstico, según el formato de concepto de rehabilitación INTEGRAL de SALUD TOTAL EPS, "paciente con antecedentes de politraumatismo el 29/10/2021 fx clavícula derecha, fx de vertebras torácicas fx de costillas al caer de un segundo piso de su casa. Estado actual el 04/08/2022: paciente en buenas condiciones generales, afebril, no dificultad respiratoria. Terapia posible: en manejo integral con neurocx, ortopedia, fisiatría y clínica del dolor".

En el presente caso, se pudo establecer que el accionante se encuentra incapacitado desde el 29 de octubre de 2021, sin que haya podido laborar, además, que desde el 17 de mayo de 2022 no ha recibido el pago de las incapacidades, debido a que SALUD TOTAL considera que a partir del día 181, conforme a la normatividad vigente, el pago corresponde a COLPENSIONES, entidad que tampoco ha cancelado las incapacidades, en razón a que por haberse emitido concepto desfavorable de rehabilitación por parte de la EPS corresponde a la SALUD TOTAL EPS la cancelación de los subsidios por incapacidad.

Así las cosas, encuentra esta agencia judicial que existe un perjuicio irremediable para el accionante, al no cancelar las incapacidades médicas reclamadas, toda vez que el señor CASTRO CONTRERAS se encuentra incapacitado debido a la enfermedad de origen común que lo afecta, no la podido laborar, además tiene 59 años de edad y, según su manifestación, le es imposible acceder a un trabajo y por ende percibir ingresos económicos para el sostenimiento de su esposa, su progenitora quien es una persona de la tercera edad, viéndose afectado de esta manera su mínimo vital.

Como se expuso en la parte considerativa de esta providencia, la posibilidad de reclamar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela es excepcional y salvo que el peticionario se encuentre en una situación de vulnerabilidad que impida supeditar la efectiva protección de sus derechos fundamentales al trámite de un proceso judicial ordinario, atendiendo el papel que cumple el subsidio de incapacidad como mecanismo sustitutivo del salario, cuando el trabajador se ve obligado a suspender temporalmente sus actividades laborales

por razones de salud y, en esa medida, se ve desprovisto del único ingreso con que cuenta para subsistir dignamente.

Aplicadas las anteriores premisas al caso concreto, se encuentra demostrada la procedibilidad formal y material de la acción de tutela formulada por el señor JAIRO CASTRO CONTRERAS, quien es destinatario de la protección constitucional reforzada que el Estado, atendiendo las graves afecciones de salud que sufre por lo que se ha visto privado de los recursos económicos que destinaba a satisfacer sus necesidades básicas frente a la total imposibilidad física para desempeñar su empleo, derivada de incapacidades médicas expedidas desde el 29 de octubre de 2021, pues como él mismo informó, su única fuente de ingresos es el salario; razones más que suficientes para que, encontrándose vulnerados los derechos invocados, proceda el amparo transitorio de los mismos en relación con el pago de las incapacidades laborales, más si se tiene en cuenta que ha elevado varias peticiones solicitando el pago de las incapacidades médicas.

Ahora bien, como el accionante manifiesta que la vulneración de sus derechos fundamentales se deriva de la suspensión en el pago de las incapacidades laborales a partir del día 181, de conformidad con la normativa aplicable y la jurisprudencia constitucional antes referida, debe remitirse el Despacho a determinar si SALUD TOTAL EPS cumplió oportunamente su obligación, en relación con la emisión y comunicación a COLPENSIONES dentro de los 120 y 150 días respectivamente.

Al respecto, tenemos que dicha entidad emitió concepto desfavorable de rehabilitación el día 4 de agosto de 2022, es decir después de transcurridos los 180 días de incapacidad, los cuales se cumplieron el 10 de mayo del 2022, de manera que el plazo de 120 días con que contaba la EPS a fin de rendir dicho concepto para remitirlo a COLPENSIONES, fue ampliamente superado, incumpliendo así con su obligación legal.

Por lo tanto, dado que el envío expedito del concepto médico de rehabilitación a la AFP es un presupuesto indispensable para garantizar la continuidad en el pago de las incapacidades laborales que superan los 180 días y/o para el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, su remisión tardía en el caso concreto, por parte de SALUD TOTAL EPS, supuso una transgresión de los derechos fundamentales del señor JAIRO CASTRO CONTRERAS.

Así las cosas, de conformidad con el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, compete a la EPS SALUD TOTAL pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal que se prolongó más allá de los 180 días, hasta la fecha en que remitió el concepto en mención a COLPENSIONES.

Ahora bien, en lo que respecta a la obligación de la AFP COLPENSIONES,debe señalarse que no es cierto, como lo afirma dicha entidad, que por contar el accionante con concepto desfavorable de rehabilitación éste tenga que quedar desprovisto de su sustento cuando continúan siendo expedidas incapacidades médicas que le impiden desarrollar sus labores o empleo, pues por el contrario, se encuentra definido claramente que los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación porparte de la EPS, sea favorable o no para el afiliado.

Luego, el concepto de rehabilitación, sea favorable o no, impone a la Administradora del Fondo de Pensiones la remisión del afiliado a la junta de calificación de invalidez, ello con el fin que sea calificada la pérdida de su capacidad laboral y, de acuerdo con el porcentaje de pérdida, determine si se le debe reconocer la pensión de invalidez o reintegrarlo a su cargo, o reubicarlo en uno acorde con su situación de incapacidad, así como pagarle el subsidio de incapacidad mientras ello sucede.

De este modo, aun cuando COLPENSIONES emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral DML 4737790 del 12/11/2022, en un porcentaje 39.09% con fecha de estructuración del 11/11/2022, debido al concepto de rehabilitación desfavorable, ello no emerge como un argumento suficiente para limitar o suspender el pago de las incapacidades a partir del día 180, pues éstas justamente se estructuran como la forma de salvaguardar las garantías de quien por una situación de salud ha perdido o ha visto limitada su capacidad laboral.

En ese sentido, COLPENSIONES deberá asumir el pago del subsidio de incapacidad a partir de la fecha en que fue comunicado el concepto de rehabilitación el 4 de agosto de 2022, por parte de SALUD TOTAL EPS, hasta la fecha en que cesen las incapacidades que no excedan el día 540.

Por otra parte, resulta oportuno mencionar que, en todo caso, las incapacidades posteriores al día 540, conforme lo dispone el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y la citada jurisprudencia de la Corte Constitucional, corresponde pagarlas a la EPS a la cual se encuentra afiliado el afectado, por lo que, dado el caso que las incapacidades del señor JAIRO CASTRO CONTRERAS llegaren a superar dicho término, corresponderá a SALUD TOTAL EPS continuar con el pago del respectivo subsidio en favor del accionante, hasta tanto se determine si se le debe reconocer la pensión de invalidez o reintegrarlo a su cargo, o reubicarlo en uno acorde con su situación de incapacidad; ello sin perjuicio de que dicha EPS pueda 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.

Finalmente, no resulta procedente declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por COLPENSIONES y por SALUD TOTAL EPS ya que, como se

indicó en la presente providencia, compete al Fondo de Pensiones el pago de las incapacidades laborales desde el día 181 al día 540, salvo que la EPS haya remitido el concepto de rehabilitación de manera extemporánea, caso en el cual ésta deberá asumir dicho pago desde el día 181 hasta la fecha de la respectiva remisión a la AFP, así como corresponde a la EPS el pago de dicho auxilio por las incapacidades que superen los 540 días, cualquiera que sea el sentido del concepto de rehabilitación o se cuente o no con dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Por consiguiente, se concederá el amparo invocado por el señor JAIRO CASTRO CONTRERAS y se dictarán las siguientes órdenes:

A SALUD TOTAL que, en el término impostergable de cuarenta y ocho (48) horas subsiguientes a la notificación de esta sentencia, pague al accionante, si no se ha hecho, todas aquellas incapacidades laborales que le hayan sido reconocidas por su médico tratante a partir del día 181 de incapacidad hasta el 4 de agosto de 2022 (fecha en que remitió a la AFP el concepto de rehabilitación), por las razones expuestas.

A COLPENSIONES que, en el término impostergable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, pague al accionante, si no lo ha hecho, todas aquellas incapacidades laborales prescritas por su médico tratante a partir del 4 de agosto de 2022 y hasta cuando cesen las incapacidades que no excedan el día 540.

A SALUD TOTAAL EPS que, de llegarse a extender las incapacidades del señor CASTRO CONTRERAS más allá del día 540, pague el subsidio correspondiente desde el día 541 y hasta tanto cesen las mismas, se determine si se le debe reconocer la pensión de invalidez o reintegrarlo a su cargo, o se establezca su reubicación en un cargo acorde con su situación de incapacidad.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE IBAGUE TOLIMA, Administrando Justicia en Nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley

RESUELVE:

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales al mínimo vital y la salud en conexidad con la vida, del señor JAIRO CASTRO CONTRERAS identificado con C.C. No 79.295.449, por las razones anotadas.

SEGUNDO: ORDENAR al GERENTE Y/O REPRESENTALE LEGAL DE SALUD TOTAL EPS que, directamente o a través del funcionario competente al interior de la entidad, en el término impostergable de cuarenta y ocho (48) horas subsiguientes a la notificación de esta sentencia, pague al accionante, si no se ha hecho, todas

aquellas incapacidades laborales que le hayan sido reconocidas por su médico tratante a partir del día 181 de incapacidad, hasta el 4 de agosto de 2022 (fecha en que remitió a la AFP el concepto de rehabilitación); igualmente que, de llegarse a extender las incapacidades del señor CASTRO CONTRERAS más allá del día 540, pague el subsidio correspondiente desde el día 541 y hasta tanto cesen las mismas, se determine si se le debe reconocer la pensión de invalidez o reintegrarlo a su cargo o se establezca su reubicación en un cargo acorde con su situación de incapacidad, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: ORDENAR al GERENTE Y/O REPRESENTANTE LEGAL DE COLPENSIONES que, directamente o a través del funcionario competente al interior de la entidad, en el término impostergable de cuarenta y ocho (48) horas subsiguientes a la notificación de esta sentencia, pague al accionante sino lo ha hecho, todas aquellas incapacidades laborales prescritas por su médico tratante a partir del 4 de agosto de 2022 y hasta cuando cesen las incapacidades que no excedan el día 540.

CUARTO: DECLARAR no probada la falta de legitimación por pasiva, alegada por las entidades accionadas, por lo antes anotado.

QUINTO: NOTIFICAR la presente decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz, conforme lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, advirtiendo que contra ella procede la impugnación dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

SEXTO: Si no fuere impugnada esta providencia oportunamente, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Por secretaría, líbrense las comunicaciones a que haya lugar.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La Juez,

ÁNGELA MARÍA TASCÓN MOLINA

Firma escaneada conforme al artículo 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020 del Ministerio de Justicia y del Derecho

N.S.V.