

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO CUARENTA Y SIETE (47) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., ocho (8) de junio de dos mil veinte (2020)

Clase de Proceso : **ACCIÓN DE TUTELA**

Accionante : **EMILIANA MORENO DE RODRÍGUEZ - AGENCIADA POR MARÍA LILIANA RODRÍGUEZ MORENO**

Accionado : **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**

Radicación No. : **11001334204720200009800**

Asunto : **MÍNIMO VITAL Y MÓVIL EN CONEXIDAD CON LA VIDA DIGNA**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y Siete (47) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente

SENTENCIA

1.- ANTECEDENTES

Con fundamento en el art. 86 de la C.P., el Decreto 2591 de 1991 y el 1382 de 2000, procede el Despacho a decidir en primera instancia, la acción de tutela, promovida por la señora **María Liliana Rodríguez Moreno**, quien actúa en calidad de agente oficioso de su señora madre Emiliana Moreno de Rodríguez, contra la **Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES**, por presunta vulneración a sus derechos fundamentales mínimo vital y móvil en conexidad con la vida digna.

1.1. HECHOS

1. La señora Emiliana Moreno de Rodríguez se encuentra afiliada como cotizante por parte de la empresa Flores Aurora en COLPENSIONES.
2. La agenciada ha sido incapacitada de forma reiterativa desde el mes de diciembre de 2018, con diagnóstico de Artrosis Reumatoide Seropositiva, sin otra especificación, con concepto desfavorable de rehabilitación.
3. Durante los primeros 180 días de incapacidad el pago correspondiente fue asumido por Nueva E.P.S de forma oportuna, pero a partir del 24 mayo de 2019, la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, se sustrajo de su obligación omitiendo los pagos correspondientes por incapacidad.
4. Registran en el historial clínico de la señora Emiliana Moreno de Rodríguez, la expedición de las siguientes incapacidades del 25/05/2019 al 23/06/2019; del 24/06/2019 al 23/07/2019; del 24/07/2019 al 22/08/2019; del 23/08/2019 al 21/09/2019; del 22/09/2019 al 21/10/2019; del 22/10/2019 al 05/11/2019; del 06/11/2019 al 20/11/2019; del 21/11/2019 al 19/12/2019; del 20/12/2019 al 08/01/2020; del 09/01/2020 al 19/01/2020; del 20/01/2020 al 18/02/2020; del 19/02/2020 al 19/03/2020; del 20/03/2020 al 03/04/2020; del 06/04/2020 al 20/04/2020; del 20/04/2020 al 04/05/2020 y del 05/05/2020 al 03/06/2020.
5. Mediante requerimiento radicado en la página Web bajo el N° 2020- 4411625 de 24 de abril de 2020, la señora Moreno de Rodríguez solicitó a COLPENSIONES el pago pendiente de sus incapacidades, no obstante la entidad despachó negativamente la solicitud en atención al concepto desfavorable de rehabilitación que para la entidad no permite el pago de incapacidades.
6. Actualmente la agenciada tiene 61 años, depende de forma exclusiva de sus incapacidades pues no cuenta con ingresos adicionales, además vive con su esposo en el municipio de Ventaquemada, Boyacá, afectando directamente su mínimo vital al no poder sufragar gastos básicos como pago de servicios públicos, alimentación, transporte entre otros.

1.2. DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

La accionante sostiene que con el actuar de la entidad accionada, se le han vulnerado sus derechos fundamentales mínimo vital y móvil en conexidad con la vida digna.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

Como la solicitud reunió los requisitos de ley, se le dio trámite a través del auto admisorio del 27 de mayo del año en curso, se notificó su iniciación al **Presidente de COLPENSIONES**, para que informara a este Despacho sobre los hechos expuestos en la acción de tutela respecto de los derechos deprecados, además, **se ordenó la vinculación oficiosa de la empresa FLORES AURORA S.A.S** en calidad de empleador para que indicara los trámites pertinentes encaminados a reintegrar a la señora EMILIANA MORENO DE RODRÍGUEZ teniendo en cuenta la asignación de nuevas funciones en razón a su estado de salud y pérdida de capacidad laboral equivalente al 38.6%, según la calificación expedida mediante dictamen DML-7491 del 26 de diciembre de 2019.

Igualmente, de manera oficiosa **se ordenó la vinculación de la Empresa Promotora de Salud -NUEVA E.P.S S.A-** a las Áreas Técnicas de Prestaciones Económicas y Medicina Laboral, a través del Director de Prestaciones Económicas y del Coordinador de Medicina Laboral, Doctores CÉSAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE Y LILIANA DEL PILAR ARÉVALO MORALES para que rindieran informe respecto a los fundamentos de esta acción.

III. CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

3.1. COLPENSIONES

Mediante correo electrónico de 1 de junio del año en curso, la Dra. Malky Katrina Ferro Ahcar en calidad de Directora de Acciones Constitucionales de COLPENSIONES, presentó informe indicando que la entidad a la que representa no tiene responsabilidades frente al pago de las incapacidades reclamadas.

Adicionalmente, es la tutela un mecanismo residual supeditado al agotamiento de otros medios judiciales ordinarios que sean idóneos y eficaces para la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados e improcedente para obtener el reconocimiento de prestaciones económicas.

Respecto a los presupuestos fácticos de la acción, la entidad cuestiona el por qué se exige el pago de incapacidades a través de la tutela, si ha transcurrido más de un año desde que se hicieron exigibles.

En relación con la normativa del pago de incapacidades se trae a colación el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, concluyéndose por la entidad que para que la Administradora de Fondos de Pensiones otorgue el subsidio por incapacidad por un MÁXIMO de 360 días, 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, circunstancias que no se cumplen en este caso, toda vez, que verificado el expediente, se observa que la NUEVA EPS remitió el pasado 07 de mayo del 2019, concepto DESFAVORABLE de rehabilitación, por lo tanto, **no procede el pago de incapacidades sino la CALIFICACIÓN de pérdida de capacidad laboral**, ya surtida a través de oficio del 27 de abril del 2020 anexo a la acción tutelar mediante el cual se le informó que no procede el pago de incapacidades por contar con concepto desfavorable.

Indica que la responsabilidad de pago de incapacidades de más de 540 días recae sobre la E.P.S en virtud de lo normado en la ley 1753 de 2015 así:

(...)

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.

Posición reiterada en sentencia T-144 de 2016, de fecha 28 de marzo de 2016, aclaró:

“(...) 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. (...)”

Citó el contenido dispuesto en el Decreto 1333 de 27 de Julio de 2018 Capítulo III Artículo 2.2.3.3.1 con relación al reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días, así:

Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:

- 1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.*
- 2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.*
- 3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.*

De presentar el Afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos y uno (541).

Frente a la prórroga de incapacidades, se solicita tener en cuenta el artículo 2.2.3.2.3 en caso de que exista entre una y otra incapacidad una interrupción mayor a 30 días calendario ya que en tal caso iniciaría un nuevo conteo, retomando desde el día 1 de incapacidad, afectando nuevamente la responsabilidad en el pago de incapacidades.

Concluye la entidad, que se debe declarar improcedente la presente acción ya que no puede entenderse que Colpensiones se encuentre incurso en acción u omisión que vulnere los derechos fundamentales de la accionante toda vez que no tiene responsabilidad en el pago de las incapacidades que reclama la señora EMILIANA MORENO DE RODRIGUEZ.

3.2. NUEVA E.P.S

El día 01 de junio de 2020, el apoderado especial de la entidad procedió en primera medida a indicar al Despacho el funcionario responsable sobre el cual recae el cumplimiento de una eventual orden judicial, en relación con la dependencia y las funciones establecidas al interior de la entidad, que en este caso es el Director del Área de Prestaciones Económicas, Doctor CÉSAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE, siendo su superior jerárquico el Doctor SEIRD NUÑEZ GALLO.

En relación con el caso que nos ocupa, la paciente se encuentra en servicio activo dentro del régimen contributivo, que para el caso del reconocimiento de incapacidades a la E.P.S no es posible acceder al pago de las mismas teniendo en cuenta, que a partir del día 08 de mayo de 2019, se presentaron 180 días de

incapacidad, cumpliendo hasta dicho momento con su obligación, según los presupuestos descritos en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

De tal manera a partir del día 181 procede al Fondo de Pensiones a realizar los reconocimientos económicos pertinentes hasta tanto no se produzca un dictamen sobre pérdida de capacidad laboral del paciente, se restablezca su salud o se gestione el reconocimiento pensional con dicha entidad.

El concepto de rehabilitación de la afiliada fue emitido por esta E.P.S el día 29 de marzo de 2019, con concepto desfavorable, notificado a COLPENSIONES el 07 de mayo de 2019 en virtud del artículo 142 del Decreto 019 de 2012. Es así, como la administradora de pensiones debe asumir las prestaciones sociales a las que haya lugar o a gestionar la pensión de invalidez al afiliado.

Es así, que en cuanto a las reglas encaminadas al reconocimiento de incapacidades se tiene:

(...)

- a. Los primeros dos días de incapacidad, **el empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.
- b. **Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad**, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra **a cargo de las EPS** y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlos el empleador .
- c. **A partir del día 180**, la prestación económica corresponde, por regla general a las Administradoras del Fondo de Pensiones, sin importar **si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable**. (en este periodo es deber del fondo de pensiones realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral).
- d. Posterior al día 540, las Empresas Promotoras de Salud asumen el pago del subsidio de incapacidad con recobro a la ADRES, siempre y cuando, se dé uno de los siguientes presupuestos que establece el Decreto 1333 de 2018, que sustituye el Título 3 de la parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, a saber:
 - Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.
 - Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.
 - Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

En virtud de lo expuesto, se concluye que es el Fondo de Pensiones el encargado del pago de las incapacidades posteriores a 180 días y no es NUEVA E.P.S configurándose falta de legitimación por pasiva al no ser sujeto dentro de la acción constitucional responsable de la vulneración de los derechos fundamentales vulnerados, como tampoco es la acción de tutela el mecanismo residual y

transitorio que debe instaurarse para la reclamación de derechos de contenido económico, debiéndose denegar las pretensiones incoadas por la tutelante al no configurarse amenaza en sus derechos fundamentales.

3.3. **La compañía FLORES AURORA S.A.S.**

Por correo del 29 de mayo la Directora de Gestión Humana de la empresa informa que no tienen conocimiento de asignación de nuevas funciones, que nunca les fue allegado y, que el único documento que reposa es el pronóstico de rehabilitación, aportado por la señora María Liliana Rodríguez Moreno.

IV. CONSIDERACIONES

La acción de tutela, considerada como una de las grandes innovaciones del Constituyente de 1991, con la cual se pretendió salvaguardar en una forma efectiva, eficiente y oportuna los derechos fundamentales, pues se trata de un mecanismo expedito que permite la protección inmediata de aquellos.

Este mecanismo, de origen netamente constitucional ha sido propuesto como un elemento procesal complementario, específico y directo cuyo objeto es la protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos sean violados o se presente amenaza de su violación, sin que se pueda plantear en esos estrados discusión jurídica sobre el derecho mismo.

De esta manera el art. 86 de la C.P. lo consagró en los siguientes términos:

“ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta

afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

La mentada disposición constitucional fue desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, en la que se dispuso además de los principios que la regían, su objeto y el procedimiento que ha de seguirse en los estrados judiciales.

Ha de advertirse que tanto en la norma constitucional como en la reglamentaria, el ejercicio de la citada acción está supeditado a la presentación ante el Juez Constitucional de una situación concreta y específica de violación o amenaza de vulneración, de los derechos fundamentales, cuya autoría debe ser atribuida a cualquier autoridad pública, o en ciertos eventos definidos por la ley a sujetos particulares; además, el sujeto que invoca la protección debe carecer de otro medio de defensa judicial para proteger los derechos cuya tutela pretende, pues de existir estos la tutela es improcedente, excepto cuando se use como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, al no ser suficientes los mecanismos ordinarios para lograr la protección reclamada.

Ahora bien, en cuanto al caso que nos ocupa la procedencia de la acción de tutela en relación con el pago de incapacidades expedidas mucho antes de la instauración del amparo, está condicionada a la diligencia del peticionario respecto de la omisión o respuesta negativa de las entidades responsables, hecho acreditado mediante petición elevada en el portal web de COLPENSIONES bajo el radicado Numero 2020-4411625 de 24 de abril de 2020, que dio origen al despacho desfavorable de su requerimiento a través de oficio BZ2020_4432882-0937075, suscrito por la Directora de Medicina Laboral de la entidad administradora de pensiones.

Si bien, en principio no es procedente la solicitud de reconocimiento y pago de derechos de carácter económico como los auxilios por incapacidad a través de estas diligencias, al existir mecanismos de carácter ordinario para su obtención, tal como lo dispone el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, ya que fijó en cabeza de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, la competencia para resolver *“las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos”*; igualmente, la Ley 1438 de 2011 en el literal g de su artículo 126

prevé un trámite administrativo ante la Superintendencia Nacional de Salud, donde se establece, dentro de las funciones jurisdiccionales que tiene dicho órgano de control, “conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”; no obstante, en relación al reconocimiento de incapacidades, la Corte Constitucional ha aceptado la procedencia de la acción de tutela, por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, **supone la vulneración de otros derechos fundamentales habida cuenta de que en muchos casos, dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar**, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata, tal como se cita en sentencia T-693 de 2017, M.P Cristina Pardo Schlesinger:

(...)

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.

4.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si **COLPENSIONES**, ha vulnerado los derechos fundamentales al mínimo vital y móvil en conexidad con la vida digna de la señora Emiliana Moreno de Rodríguez, al no efectuarse el pago de los valores de correspondientes a las incapacidades de más de 180 días, desde el 25 de mayo de 2019 al 3 de junio de 2020, expedidas por los médicos tratantes derivadas del diagnóstico de poliartritis no especificada y artritis reumatoide seropositiva, quien a pesar de elevar múltiples requerimientos a la entidad dentro del SGSSS no ha recibido el pago de las prestaciones a las que tiene derecho, denegados en razón al concepto de rehabilitación desfavorable emitido por la Nueva EPS el 29 de marzo de 2019 y porque se surtió la calificación de pérdida de capacidad laboral, mediante dictamen DML-7491 del 26 de diciembre de 2019 que estableció pérdida de capacidad laboral equivalente al 38.6%.

4.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para resolver el problema jurídico planteado, el Despacho considera que se hace necesario estudiar la normativa aplicable al caso y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo que atañe a los derechos presuntamente vulnerados.

4.2.1 Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar acreencias laborales.

En lo que respecta al reconocimiento de acreencias laborales por medio de la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha señalado que por regla general dicha pretensión **no es susceptible de ampararse por esta vía**, por cuanto en el ordenamiento jurídico la jurisdicción ordinaria laboral, o la jurisdicción de contenciosa administrativa tienen mecanismos idóneos y eficaces de defensa judicial según el caso. Sin embargo, de manera excepcional, se ha contemplado la procedencia del amparo para obtener el pago de dicho tipo de acreencias cuando se afecta el derecho fundamental al mínimo vital del accionante¹.

Sobre este punto, la Sentencia T-457 de 2011 indicó que:

*“Por regla general, la resolución de las controversias relativas al incumplimiento en el pago de acreencias laborales, entre ellas el salario o contraprestación mensual, es un asunto que compete a la jurisdicción laboral. (...) Sin embargo, la sólida línea jurisprudencial que por varios años ha trazado esta Corporación, plantea de forma pacífica una única excepción sobre la improcedencia general anotada. Ella se presenta en aquellos eventos en los que el no pago de la prestación tiene como consecuencia directa la **afectación de derechos fundamentales, concreta y especialmente, el del mínimo vital**”. (Negrilla fuera de texto).*

En cuanto al mínimo vital, esta corresponde a aquel ingreso destinado a cubrir las necesidades básicas como alimentación, salud, educación, recreación, servicios públicos domiciliarios, etc., de ahí que su conceptualización no sólo comprenda un componente cuantitativo vinculado con la simple subsistencia, sino también un elemento cualitativo relacionado con el respeto a la dignidad humana como valor fundante del ordenamiento constitucional. En todo caso, siempre que se alega su vulneración, es necesario **que el interesado enuncie los motivos que le sirven de fundamento para solicitar su protección, de manera que el juez pueda evaluar la situación concreta del accionante.**

¹ Ver sentencia Corte Constitucional T-043 de 2018.

De acuerdo con el requisito de subsidiariedad, la acción de tutela es improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo a los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, este requisito puede flexibilizarse si el juez constitucional logra determinar alguno de estos supuestos: (i) *los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no resultan lo suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados;* (ii) *se requiere la protección constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el afectado se enfrentaría a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales;* y, (iii) *el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional. Así mismo, debe señalarse que las controversias respecto de derechos laborales ciertos e indiscutibles tienen una gran relevancia constitucional, ya que éstos involucran derechos fundamentales y por eso constituyen un límite infranqueable dentro de las relaciones laborales, los derechos inciertos y discutibles dentro de la relación laboral son derechos legales que pueden ser protegidos por esa jurisdicción natural.*

4.2.2 El mínimo vital.

El mínimo vital constituye un presupuesto básico para el efectivo goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales, en tanto salvaguarda de las condiciones básicas de subsistencia del individuo, de acuerdo con lo anterior, la salvaguarda del derecho al mínimo vital se materializa en la satisfacción de las necesidades básicas del individuo, para el desarrollo de su proyecto de vida.

Es en ese sentido que la Honorable Corte Constitucional ha señalado que “derecho al mínimo vital adopta una visión de la justicia constitucional en la que el individuo tiene derecho a percibir un mínimo básico e indispensable para desarrollar su proyecto de vida (...)”

Es así como en un Estado Social de Derecho se exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance.

El mínimo vital como derecho fundamental, ha sido reconocido desde 1992 en forma reiterada por la jurisprudencia de esta Corte². Primero se reconoció como derecho fundamental innominado, como parte de una interpretación sistemática

² Corte Constitucional, Sentencias SU-022 de 1998; SU-1354 de 2000; SU-1023 de 2001; SU-434 de 2008; SU-131 de 2013; SU-415 de 2015; SU-428 de 2016; SU-133 de 2017.

de la Constitución, luego se le concibió como un elemento de los derechos sociales prestacionales.

Posteriormente, se señaló que es un derecho fundamental ligado a la dignidad humana, *"la idea de un mínimo de condiciones decorosas de vida (...), no va ligada sólo con una valoración numérica de las necesidades biológicas (...) para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo, de las circunstancias propias de cada individuo, y del respeto por sus particulares condiciones de vida"*³.

La Corte Constitucional ha reiterado que, si bien este es un derecho predicable de todos los ciudadanos, existen determinados sectores de la población que, en razón de su vulnerabilidad, son susceptibles de encontrarse con mayor facilidad en situaciones que comprometan ese derecho. Estos sectores comprenden⁴ *"a personas o colectivos indefensos que merecen una particular protección del Estado para que puedan desplegar su autonomía en condiciones de igualdad con los restantes miembros del conglomerado social, y no se vean reducidos, con grave menoscabo de su dignidad, a organismos disminuidos y oprimidos por las necesidades de orden más básico, a este grupo pertenecen las personas de la tercera edad, quienes al final de su vida laboral tienen derecho a gozar de una vejez digna y plena."*

En conclusión, existe una relación estrecha entre el reconocimiento de las incapacidades aquí solicitadas y el derecho al mínimo vital, más aún cuando se trata de personas cuyas condiciones físicas las hacen sujetos de especial protección constitucional, por esta razón la Corte ha admitido la viabilidad de la solicitud de amparo.

4.2.3 El pago de incapacidades laborales es un sustituto del salario.

El Sistema General de Seguridad Social establece la protección a la que tienen derecho aquellos trabajadores que, en razón a la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad de origen común, se encuentran incapacitados para desarrollar sus actividades laborales y, en consecuencia, están imposibilitados para proveerse sustento a través de un ingreso económico. Dicha protección se materializa mediante diferentes figuras tales como: el pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilio y pensión de invalidez contempladas todas estas, en la

³ Corte Constitucional, Sentencia SU-995 de 1999

⁴ Ver Sentencia de revisión Corte Constitucional T-716 de 2017. Magistrado ponente: CARLOS BERNAL PULIDO.

Ley 100 de 1993, Decreto 1049 de 1999, Decreto 2943 de 2013, la Ley 692 de 2005, entre otras disposiciones.

Las referidas medidas de protección buscan reconocer la importancia que tiene el salario de los trabajadores en la salvaguarda de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional al referirse particularmente a las incapacidades, estableciendo el procedimiento para el pago de estas “... *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*⁵”

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

(...)

- i. *el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;*
- ii. *el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia;*
y
- iii. *Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.*

En consecuencia, durante los periodos en los cuales un trabajador no se encuentra en condiciones de salud adecuadas para realizar las labores que le permitan devengar el pago de su salario, el reconocimiento de incapacidades constituye como una garantía de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. Es así, que la Corte Constitucional reconoce que sin dicha prestación, se presume la vulneración de los derechos en mención.

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

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-876 de 2013 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) reiterada en sentencias T- 200 de 2017 (M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís), T-312 de 2018 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo), entre otras.

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

Respecto de la falta de capacidad laboral, la Corte Constitucional 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 una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%,*
- iii. *permanente (o invalidez), cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%. Sobre el particular, la propia jurisprudencia ha precisado que las referidas incapacidades pueden ser de origen laboral o común, aspecto que resulta particularmente relevante para efectos de determinar sobre quién recae la responsabilidad del pago de las mismas⁶.*

4.2.5 De las incapacidades por enfermedad de origen común.

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

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

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), reiterada en sentencias T-468 de 2010 (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.

- Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.
- Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.
- Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005⁷ para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS⁸.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto⁹.

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

Ahora bien, en cuanto al pago de las incapacidades que superan los 540 días, cabe mencionar que hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional reconocía la existencia de un déficit de protección respecto de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá

⁷ Este artículo modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

⁸ Sobre el particular se advierte que este concepto debe emitirse antes del vencimiento de los primeros 150 días de incapacidad. Si la EPS no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-401 de 2017 (M.P Gloria Stella Ortiz Delgado).

de los 540 días. Al respecto, esta Corporación mediante sentencia T-468 de 2010¹⁰ advirtió lo siguiente:

(...)

aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son generosas, esta Sala repara en el hecho de que no existe legislación que proteja al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días. Son muchos los casos en que las dolencias o las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común que obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y por tanto, tampoco nace el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir.”

En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación legal en la materia, ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad, situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de Protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo.

En ese orden, el Gobierno Nacional, expidió la Ley 1753 de 2015¹¹ mediante la cual buscó dar una solución al aludido déficit de protección. Así, dispuso en el artículo 67 de la mencionada ley, que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas “*al reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.*”¹². Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS.

Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que, a partir de la vigencia del precitado artículo 67 de Ley 1753 de 2015¹³, en todos los casos en que se solicite el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad superior a 540 días, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social **están en la obligación de cumplir con lo**

¹⁰ Mediante sentencias T-684 de 2010 y T-876 de 2013 se reiteró la existencia de un déficit de protección para incapacidades superiores a 540 días.

¹¹ Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo comprendido entre 2014 y 2018.

¹² Literal a del artículo 67 de la Ley 1753 del 2015.

¹³ Ley 1753 de 2015. “ARTÍCULO 267. Vigencias y Derogatorias. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.” La ley fue publicada en el Diario Oficial No. 49.538 de 9 de junio de 2015.

dispuesto en dicho precepto legal, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado¹⁴.

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

- (...)
- (i) existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%;
 - (ii) El deber legal impuesto a las EPS respecto de las **incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y,**
 - (iii) La referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad”. (Negrilla fuera de texto)

Seguidamente, también en sentencia de la Corte T-200 de 2017, la Sala Novena de Revisión al estudiar un proceso acumulado de dos acciones de tutela en los que se habían prescrito incapacidades ininterrumpidas que sumaban más de 540 días, sin que los actores pudieran acceder a una pensión de invalidez, indicó que las autoridades accionadas no pueden sustraerse de su obligación de cancelar las incapacidades médicas cuando superan los 540 días alegando falta de legislación que regule la materia, **pues con la expedición de la Ley 1753 de 2015 se superó el déficit de protección que había sido evidenciado por la jurisprudencia constitucional con anterioridad a su vigencia.**

En la sentencia de la Corte Constitucional T-200 de 2017 se sintetizó el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013

¹⁴ Corte Constitucional Sentencias T-144 de 2016 (M.P Gloria Stella Ortiz Delgado), T-200 de 2017 (M.P José Antonio Cepeda Amarís) y T-401 de 2017 (M.P Gloria Stella Ortiz Delgado), sentencia T-693 de 2017 (M.P Cristina Pardo Schlesinger), entre otras.

Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Aclaradas ya las responsabilidades de cada entidad dentro del sistema de salud y pensiones al momento de asumir la cancelación de incapacidades laborales, es necesario enfatizar respecto al **concepto desfavorable de recuperación** y la posición jurisprudencial que ha tomado la Corte Constitucional, sobre el pago que deben realizar las entidades del SGSS, que desde la sentencia T-920 de 2009 precisó **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**, posición reiterada en sentencia de la Corte Constitucional T-401 de 2017 en la que se advirtió lo siguiente frente a la negativa de la AFP respecto al reconocimiento del pago de incapacidades de forma posterior a los 180 días:

(...)

En relación con la existencia de un concepto de rehabilitación desfavorable alegada por la AFP Protección, es indispensable señalar que este aspecto no impide de manera alguna que los fondos de pensiones paguen los subsidios de incapacidad que son de su competencia, tal y como se explicó anteriormente en esta providencia. Por tanto, el citado fondo de pensiones deberá responder por el pago de las incapacidades médicas prescritas a la tutelante a partir del día 180 de incapacidad y hasta el día 540.

De igual modo, se advertirá a la AFP Protección acerca de su deber de acatar la jurisprudencia constitucional para que, en lo sucesivo, se abstenga de negar el pago de incapacidades posteriores al día 180 con fundamento en que el concepto de rehabilitación es desfavorable. Lo anterior, por cuanto la Sala evidencia que, desde el año 2009, se ha decantado un precedente judicial que ha determinado que los fondos de pensiones no pueden esgrimir el hecho de que el concepto de rehabilitación no es favorable para rehusarse al pago de incapacidades, como fue expuesto de forma extensa en el acápite correspondiente de la parte considerativa de esta sentencia. (Negrilla fuera del texto).

Al respecto, al resolver la impugnación de un caso similar la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP8372 de 8 de junio de 2017, radicación 92083, señaló que al margen de que el concepto de rehabilitación, es decir, sea favorable o no, las incapacidades causadas después del día 180, deben ser pagadas por la administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliado el paciente, reiterando la posición anterior:

(...)

*Por su parte, Protección S.A. reconoció que tiene conocimiento del estado de salud de la accionante, sin embargo, refirió que no le corresponde pagar las incapacidades superiores al día 180 a favor debido a que el concepto de rehabilitación remitido por la EPS fue desfavorable. "No obstante, contrario a lo señalado por la AFP, la Corte Constitucional ha indicado **que tales incapacidades deben ser asumidas por dicho fondo sin que para ello se deba tener en cuenta el tipo de concepto (favorable o desfavorable) de recuperación. Al respecto, en sentencia CC T-144/16, indicó: (...) 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. Es necesario hacer hincapié en que el concepto favorable 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. Asegura que el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador. La forma condicionante en que el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto, lleva a pensar que se orienta al equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Da un margen de espera y rehúsa tener por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad, y que se fijaron a cargo de las AFP. Bajo esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para 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. (Negrilla fuera del texto).***

Concluye el despacho claramente, que el concepto de rehabilitación desfavorable no emerge como un argumento suficiente para limitar o suspender el pago de las incapacidades reconocidas por parte de la administradora de pensiones a partir del día 180, pues las incapacidades justamente se estructuran como la forma de salvaguardar las garantías de quien por una situación de salud ha perdido o se ha visto limitada su capacidad laboral.

Finalmente, cuando se califica a un empleado con pérdida de capacidad laboral inferior al 50% surge en cabeza del empleador **la obligación de reintegrar al trabajador a las labores que desempeñaba o la reubicación a un cargo de igual o de superior jerarquía al que venía desempeñando, en este caso el vínculo laboral solo puede ser terminado mediante permiso del Ministerio del Trabajo.**

En relación con la procedencia de la acción de tutela para garantizar los derechos de personas en situación de debilidad manifiesta, que gozan del derecho a la estabilidad laboral reforzada¹⁵, esta Corporación ha indicado que excepcionalmente es posible solicitar el reintegro laboral de personas en situación de debilidad manifiesta y beneficiarias de estabilidad laboral reforzada.

¹⁵ Ver sentencias T-103/08 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-415/11 (M.P. María Victoria Calle Correa) T-899/14 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-106/15 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

La anterior disposición, encuentra su fundamento en el principio de solidaridad, definido como *“un deber, impuesto a toda persona y a las autoridades estatales por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo”*¹⁶. También ha manifestado la Corte Constitucional que la solidaridad posee una estructura compleja que abarca, al menos, las siguientes dimensiones: *“(i) es una pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas ocasiones; (ii) un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales; y (iii) un límite a los derechos propios”*.

En desarrollo de estos mandatos, el Legislador expidió la Ley 361 de 1997, adoptando medidas para la integración laboral de la población con discapacidad. Por un lado, dispuso acciones positivas, tendientes a propiciar la contratación de personas con discapacidad, instaurando una serie de incentivos crediticios, tributarios y de prelación en procesos de licitación, adjudicación y contratación con el Estado.

Así, las personas con discapacidad y aquellas que se encuentren en condición de vulnerabilidad por razones de salud enfrentan una situación de debilidad social que genera deberes derivados del principio de solidaridad, tanto para las autoridades como para los particulares.

4.3. HECHOS PROBADOS

Se encuentran demostrados en el proceso con los medios de prueba documentales aportados al plenario, los siguientes:

- Cédula de ciudadanía de la señora María Liliana Rodríguez Moreno.
- Cédula de ciudadanía de la señora Emiliana Moreno de Rodríguez.
- Registro clínico emitido por BIOMAB I.P.S, Centro de Atención Integral de Artritis Reumatoide, en Bogotá de la señora Emiliana Moreno de Rodríguez, con registro desde el 24 de mayo de 2019, diagnóstico artritis reumatoide seropositiva, sin otra especificación y cuadro depresivo.

¹⁶ T-181-12.

- Incapacidades emitidas por NUEVA E.P.S y BIOMAB I.P.S desde el 25 de mayo de 2019 sin interrupciones hasta el 03 de junio del año en curso.
- Constancia de recibido Derecho de petición radicado en la página web de COLPENSIONES el día 24 de abril de 2020 radicado 2020_4411625.
- Certificación de incapacidades emitido por Nueva E.P.S S.A desde el 26 de octubre de 2018 al 20 de abril de 2020.
- Derecho de petición de suscrito por la señora Emiliana Moreno de Rodríguez en donde solicita a COLPENSIONES el pago de sus incapacidades superiores a los 180 días.
- Oficio BZ2020_4432882-0937075 del 27 de abril de 2020, Suscrito por la Directora de Medicina Laboral de COLPENSIONES, mediante el cual se niega la solicitud de la demandante en virtud del artículo 142 de Decreto 019 de 2012 al no contar con concepto favorable de rehabilitación, adicionalmente, se indica que a través de la calificación de pérdida de capacidad realizada mediante dictamen DML-7491 del 26 de diciembre de 2019 se emitió pérdida de capacidad en un 38.6% estructurado el 27 de junio de 2019, notificado el 27 de junio de 2019.
- Comunicación y remisión del 29 de marzo de 2019 radicado a COLPENSIONES el 7 de mayo de 2019, suscrito por NUEVA E.P.S, regional centro oriente, en donde se remite el concepto de rehabilitación desfavorable de la señora Moreno de Rodríguez.
- Certificación del 19 de marzo de 2020 emitida por la Dirección de Afiliaciones de COLPENSIONES, en donde consta que la agenciada se encuentra afiliada a la A.F.P en calidad de activo cotizante desde el 13 de octubre de 1993.
- Concepto de pronóstico de rehabilitación emitido por NUEVA E.P.S en donde se hace constar el concepto de rehabilitación desfavorable a corto plazo y mediano plazo.

4.4. CASO CONCRETO

La señora **MARÍA LILIANA RODRÍGUEZ MORENO**, considera en calidad de agente oficioso vulnerados los derechos de su señora madre Emiliana Moreno de Rodríguez al mínimo vital móvil y vida digna por parte de **COLPENSIONES**, al no efectuarse el pago de los valores correspondientes a las incapacidades de más de 180 días, desde el 25 de mayo de 2019 al 3 de junio de 2020, expedidas por los médicos tratantes derivadas del diagnóstico de poliartritis no especificada y artritis reumatoide seropositiva, quien a pesar de elevar múltiples requerimientos a la

entidad dentro del SGSSS no ha recibido el pago de las prestaciones a las que tiene derecho, denegados en razón al concepto de rehabilitación desfavorable emitido por la Nueva EPS el 29 de marzo de 2019 y porque se surtió la calificación de pérdida de capacidad laboral, mediante dictamen DML-7491 del 26 de diciembre de 2019, que estableció pérdida de capacidad laboral equivalente al 38.6%.

De las pruebas aportadas y documentación anexa al expediente, se puede dilucidar que la señora Emiliana Moreno de Rodríguez, es empleada de la compañía Flores Aurora S.A.S, quien presenta actualmente un cuadro de poliartritis no especificada y artritis reumatoide seropositiva, con incapacidad por enfermedad de origen común desde el 26 de octubre de 2018 hasta el 3 de junio del año en curso de manera ininterrumpida.

La accionante y Nueva E.P.S coinciden en que hasta el día 24 de mayo de 2019 momento en el que cumplieron 180 días de incapacidad para la agenciada, las incapacidades emitidas por los médicos tratantes de la señora Moreno de Rodríguez fueron canceladas en oportunidad; a partir del día 181 de incapacidad COLPENSIONES deniega el pago de las nuevas incapacidades, por lo anterior, la agenciada elevó petición a la AFP día 24 de abril de 2020 radicado 2020_4411625 a través de la página Web principal de la entidad.

COLPENSIONES, a través de oficio BZ2020_4432882-0937075 del 27 de abril de 2020 deniega el requerimiento de pago en observancia a las disposiciones establecidas en artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, Decreto 1333 de 2018 artículo 2.2.3.3.1., artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, concluyéndose por la entidad que para que la Administradora de Fondos de Pensiones proceda a realizar el pago a partir del día 181 de incapacidad el afiliado deberá (i) *padecer una enfermedad de origen común*, (ii) *con una incapacidad sea continua y supere los 180 días* y (iii) *con emisión de CONCEPTO FAVORABLE* de rehabilitación por parte de la EPS, circunstancias que no se cumplen en este caso, toda vez que, la NUEVA EPS remitió concepto DESFAVORABLE de rehabilitación a través de Comunicación radicada a COLPENSIONES el 7 de mayo de 2019.

Adicionalmente, se acredita que la accionante mediante radicado 2019_3695477 solicitó a través de COLPENSIONES la correspondiente calificación de pérdida de capacidad laboral, realizada mediante dictamen DML-7491 del 26 de diciembre de 2019 dando como resultado una pérdida de la capacidad laboral del 38.6%.

Es así, que como quedó anotado en las consideraciones expuestas, que la actuación de COLPENSIONES resulta abiertamente arbitraria e inconstitucional al condicionar el pago de las incapacidades a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001, por tanto, a partir del día 181 de incapacidad, **sí resulta exigible a la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador la cancelación de las incapacidades emitidas ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.**

Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, la Corte Constitucional dejó claro desde la sentencia T-920 de 2009, que las incapacidades de los afiliados con 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%.**

En consecuencia, esta Sede Judicial considera que en el caso concreto procede el amparo de tutela con el fin de efectuarse el reconocimiento de incapacidades laborales a partir del día 181 generadas por enfermedad de origen común, ya que se evidencia la afectación del derecho fundamental al mínimo vital y vida digna, pues, existe una plena acreditación de la sustracción en el pago de sus incapacidades equivalentes a salario, **sin justificación legal válida**, impactando de forma directa en las condiciones básicas de vida de la agenciada e incluso en las de su núcleo familiar, adicionalmente, es también la señora Emiliana Moreno de Rodríguez, sujeto de especial protección constitucional al encontrarse en un estado de indefensión a causa del diagnóstico de su enfermedad, ostentando la protección especial denominada estabilidad reforzada dentro de la compañía FLORES AURORA S.A.S.

De otro lado, en virtud de la suspensión de términos judiciales a nivel nacional y con esto el cierre total de los despachos judiciales como consecuencia a la actual crisis derivada de la pandemia COVID-19, resulta ser este medio constitucional, el único con la capacidad de proteger los derechos fundamentales quebrantados de forma eficaz ya que el pago de las incapacidades reclamadas posibilita a la trabajadora asegurar un ingreso económico durante el período de su convalecencia, permitiéndole asumir su proceso de recuperación en los términos y condiciones médicamente diagnosticadas.

En consecuencia, este despacho ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, para que dentro de las cuarenta y ocho **(48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, gestione ante las dependencias respectivas, lo cual deberá concretar en un término máximo de ocho (8) días hábiles**, el pago a la señora Emiliana Moreno de Rodríguez, del subsidio de incapacidad por concepto de las incapacidades emitidas por la Nueva E.P.S y la I.P.S BIOMAB desde el 25 de mayo de 2019 hasta el día 3 de junio de 2020 o en adelante si fueran expedidas nuevas incapacidades hasta completar los 540 días según lo dispuesto en el artículo 1753 de 2015 artículo 67 y la interpretación jurisprudencial dada al artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

De otra parte, se ordenará a la compañía Flores Aurora S.A.S, en calidad de empleador que cumpla la obligación de reintegrar a la señora Emiliana Moreno de Rodríguez a las labores que desempeñaba o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, en que se le permita realizar adecuadamente las actividades asignadas sin afectar su estado de salud, siempre y cuando cese órdenes médicas de incapacidad, quien en todo caso, no podrá ser retirada de su trabajo, sin previa autorización o permiso del Ministerio de Trabajo.

Finalmente se procederá con la desvinculación de la NUEVA E.P.S., pues, es claro que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, toda vez que, cumplió con la obligación legal de pagar e auxilio económico derivado de las incapacidades correspondientes a los primeros 180 días.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado 47 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DESVINCULAR del presente asunto a la **Empresa Promotora de Salud NUEVA EPS S.A-**, y en tal virtud, absolverla de las obligaciones derivadas de la presente sentencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONCÉDASE la acción de tutela instaurada a través de la señora **MARÍA LILIANA RODRÍGUEZ MORENO** identificada con cédula de ciudadanía No. 24.219.543, quien actúa como agente oficioso de su señora madre, **EMILIANA**

MORENO DE RODRÍGUEZ identificada con cédula de ciudadanía **24.217.391** por la vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital móvil y vida digna de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

TERCERO: ORDENAR a la **Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES** para que dentro de las cuarenta y ocho **(48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, gestione ante las dependencias respectivas, lo cual deberá concretar en un término máximo de ocho (8) días hábiles**, el pago a la señora Emiliana Moreno de Rodríguez, del subsidio de incapacidad por concepto de las incapacidades emitidas por la Nueva E.P.S y la I.P.S BIOMAB desde el 25 de mayo de 2019 hasta el día 3 de junio de 2020 o en adelante si fueran expedidas nuevas incapacidades hasta completar los 540 días según lo dispuesto en el artículo 1753 de 2015 artículo 67 y la interpretación jurisprudencial dada al artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

CUARTO: ORDENAR a la empresa **FLORES AURORA S.A.S Nit: 860.521.8132** en calidad de empleador que dentro de las **cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia**, gestione ante las dependencias respectivas y, en un término no mayor a **treinta (30) días calendario**, proceda a reintegrar a la señora Emiliana Moreno de Rodríguez a las labores que desempeñaba o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, en que se le permita realizar adecuadamente las actividades asignadas sin afectar su estado de salud, siempre y cuando cese órdenes médicas de incapacidad, quien en todo caso, no podrá ser retirada de su trabajo, sin previa autorización o permiso del Ministerio de Trabajo.

QUINTO: NOTIFÍQUESE a las entidades accionadas y vinculadas, a la señora María Liliana Rodríguez Moreno en calidad de agente oficioso y al Defensor del Pueblo, por el medio más expedito, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: Si no fuere impugnada la presente decisión judicial, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


LUZ NUBIA GUTIERREZ RUEDA
Juez