

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



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

---

Bogotá D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil veinte (2020)

Clase de Proceso : **ACCIÓN DE TUTELA**

Accionante : **EMILIO ALFONSO HERNÁNDEZ GARCÍA**

Accionadas : **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y  
EPS FAMISANAR S.A.S**

Vinculada : **COOPERATIVA CONTINENTAL DE TRANSPORTADORES**

Radicación No. : **11001334204720200011100**

Asunto : **DERECHOS FUNDAMENTALES A LA VIDA, A LA SALUD, AL MÍNIMO  
VITAL, AL DEBIDO PROCESO Y DE PETICIÓN**

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 el señor **Emilio Alfonso Hernández García**, quien actúa en nombre propio, contra la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES** y la **EPS FAMISANAR S.A.S.**, por presunta vulneración a sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, al mínimo vital, al debido proceso y de petición.

## **1.1. HECHOS**

1. El señor Emilio Alfonso Hernández García tiene 54 años, trabaja actualmente como conductor en la Empresa Cooperativa Continental de Transporte LTDA y padece un tumor maligno, con concepto desfavorable de rehabilitación, afiliado a Famisanar (salud) y Colpensiones (pensión).
2. El accionante ha tenido incapacidades laborales sucesivas desde el 19 de junio de 2019, las cuales con posterioridad al día 180 suman un valor total de \$5.014.217, y que la E.P.S. Famisanar se ha negado a pagar a partir del 10 de diciembre de 2019 y hasta el 31 de mayo de 2020, bajo el argumento que de acuerdo con el artículo 227 del C.S.T., esto le corresponde al fondo de pensiones.
3. Manifiesta que a pesar de la situación actual por la que atraviesa el país por el Covid-19 y poniendo en riesgo su salud e integridad física, ha acudido en varias ocasiones a Colpensiones para preguntar por el pago de las incapacidades, pero le informan los funcionarios únicamente lo que tiene que ver con la invalidez, esto es, que debe esperar a que se otorgue un dictamen de pérdida de capacidad laboral, frente a la solicitud radicada el 02 de enero de 2020 bajo el No. 2020\_27483, cuyo término vencía el 1º de mayo de 2020.
4. Considera que si la E.P.S. no está dando trámite a las incapacidades generadas con posterioridad al día 180, debió remitir su petición ante el Fondo de Pensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del C.P.A.C.A.
5. Señala no tener ingresos de ninguna índole para sus gastos personales de manutención de él y su familia, al no permitírsele trabajar aunque se encuentra vinculado a la empresa, no accede a subsidios de cesante por la Caja de Compensación, ni tampoco ha sido amparado por las ayudas que otorga el Gobierno en razón a la emergencia mundial.
6. Afirma que al ser el proveedor y único cotizante de su hogar, Colpensiones le está vulnerando los derechos fundamentales de su núcleo familiar, incluida una menor de edad, ante la negligencia frente a la determinación de la pérdida de la capacidad laboral, ya que desconoce si puede retomar sus labores como empleado o si puede acceder a una pensión de invalidez.

## **1.2. DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS**

El accionante sostiene que con el actuar de Colpensiones y de la EPS Famisanar S.A.S. se le han vulnerado sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, al mínimo vital, al debido proceso y petición.

## **II. ACTUACIÓN PROCESAL**

Como la solicitud reunió los requisitos de ley, se le dio trámite a través del auto admisorio del 09 de junio del año en curso, que se notificó al **Presidente de COLPENSIONES** y al **Representante Legal de la EPS Famisanar S.A.S.**, para que informaran 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 Cooperativa Continental de Transportes LTDA.**, en calidad de empleador para que se pronunciara frente a los hechos y pretensiones de la tutela e indicara, si el accionante ha sido incorporado a su empleo como conductor.

## **III. CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

### **3.1. COLPENSIONES**

La Dra. MALKY KATRINA FERRO AHCAR en calidad de Directora de Acciones Constitucionales de Colpensiones, a través de escrito enviado al correo institucional del Juzgado el día 11 de junio de los corrientes, dio contestación a la acción tutelar manifestando que en razón a que el 10 de diciembre de 2019 se allegó concepto de rehabilitación de carácter desfavorable para el accionante, no es procedente el reconocimiento del pago de incapacidades, además que el 02 de enero de 2020 solicitó iniciar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, lo que significa que dicha petición se encuentra en etapa de validación documental, con el fin de realizar apreciación integra de sus patologías y proceder a emitir el dictamen correspondiente, sin contar que no se ha elevado solicitud alguna con la documentación necesaria para realizar el estudio de determinación del subsidio.

Indicó que el trámite de calificación de pérdida de capacidad Laboral es adelantado por parte de Colpensiones a través de su proveedor de servicios de Salud CODESS, cuyo fin es establecer el porcentaje en que un afiliado tiene disminuido el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que permiten desempeñarse en un trabajo, o también determinar si sus enfermedades o patologías se derivaron del trabajo que realizan o si por el contrario se trata de enfermedades que puede sufrir cualquier persona en el desarrollo de su vida cotidiana.

Así pues, conforme lo contemplan los párrafos 20 y 50 del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, el proceso anterior se adelanta exclusivamente con los afiliados i) que tengan Concepto de Rehabilitación No Favorable o Desfavorable expedido y remitido por su EPS y ii) que teniendo Concepto de Rehabilitación Favorable se haya postergado su trámite de calificación por 360 días calendario.

Como acto seguido, refirió que para que la Administradora de Fondos de Pensiones otorgue el subsidio por incapacidad, 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**, circunstancia esta última que no se cumple en este caso.

Indicó que a partir de la vigencia Ley 1753 de 2015, la responsabilidad de pago de incapacidades originadas en enfermedad común que superan el día 540, quedó a cargo de las EPS y desde entonces, tienen el deber de sufragar los valores por dicho concepto a favor del asegurado, pues en últimas el Estado les pagará a las EPS los dineros cancelados en tal sentido, sin que se encuentre condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada.

En cuanto al pago de incapacidades de origen común ocasionadas entre el día 181 y el 540 de incapacidad, expresó que el afiliado por sí mismo, o a través de un tercero debidamente autorizado, debe agotar directamente el trámite de solicitud ante la entidad, por lo tanto, si la solicitud es elevada por el empleador,

éste también debe contar con la autorización del empleado, en razón a que la información se encuentra sometida a reserva, con un grado de limitación para su acceso y conocimiento, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley 1266 de 2008 (Habeas Data) y por último, diligenciar el formato creado para tal fin por la administradora, el cual le será suministrado en cualquiera de los Puntos de Atención al Ciudadano.

En tal sentido, cuando se radiquen las incapacidades, el proceso que medicina laboral adelanta son las siguientes etapas de 1) Aprobación, autorización y prórroga de las incapacidades mayores a 180 días, 2) Calificación del estado de invalidez en primera oportunidad - Pérdida de la Capacidad Laboral (PCL) derivada de accidente o enfermedad de origen común, y 3) Revisión del estado de invalidez cada 3 años cuando así lo considere.

Hizo referencia que el procedimiento interno llevado a cabo por Colpensiones para el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad, requiere de la verificación previa y minuciosa por parte de la Entidad con el fin de garantizar la debida administración de los recursos públicos y los preceptos legales ya constituidos de protección al ciudadano, componiéndose de las etapas de i) validación documental, ii) validación de aportes, establecimiento del día 180 y del IBC, iii) validación de pertinencia médica y administrativa, iv) Control de calidad y v) Liquidación y pago del subsidio por Incapacidad, cuyos tiempos entre una y otra varían de conformidad a las situaciones particulares de cada caso.

En consecuencia, solicitó se desestimen las pretensiones del accionante y se declare la improcedencia de la acción de tutela de la referencia, debido a que no se cumplió con los requisitos esenciales de subsidiariedad y residualidad de este medio constitucional.

### **3.2. FAMISANAR E.P.S**

El Director de Operaciones Comerciales de la EPS FAMISANAR S.A.S. respondió la acción tutelar de la referencia el día 11 de junio de 2020, informando que no es posible imputarle alguna acción u omisión a su representada que ha actuado legítimamente, cumpliendo con las reglas establecidas en la ley.

Por otro lado, refirió que el accionante se encuentra activo en calidad de cotizante y de su historial de incapacidades se registran 316 días, del 17 de enero de 2014 hasta el 20 de abril de 2020, de los cuales cumplió 180 días el 09 de diciembre de 2019 y conforme a ello, el 20 de noviembre de 2019 le fue emitido Concepto de Rehabilitación -CRHB DESFAVORABLE y notificado a Colpensiones el 10 de diciembre de ese mismo año.

Conforme a lo anterior, las incapacidades temporales por enfermedad o accidente de origen común posteriores al día 180 y hasta el día 540 deben ser reconocidas por la Administradora de Fondo de Pensiones, a la cual se encuentra afiliado el accionante, en atención a que de acuerdo con la normatividad dispuesta en la materia y los pronunciamientos de la Corte Constitucional en sentencia T-140 de 2016, T-199 de 2017 y T-401 de 2017, las Empresas Promotoras de Salud únicamente están obligadas a reconocer y cancelar estas prestaciones hasta el día 180 de incapacidad por una misma patología y a partir del día 181 la obligación se transfiere a los Fondos de Pensiones, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones; así como la remisión a la Junta de calificación de invalidez, con el objetivo de prescribir el grado de pérdida de la capacidad y si hay lugar a reconocer mesada pensional por invalidez conforme con el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

Conforme a lo regulado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 y sumado a lo manifestado por el propio accionante en su libelo tutelar, advirtió que la EPS no está legitimada en la causa para satisfacer las pretensiones del accionante, referentes al pago correspondiente a lo que supere los 180 días de incapacidad, en tanto cumplió su obligación de liquidar las incapacidades causadas hasta el día 180 y remitió al Fondo de Pensiones el concepto de Rehabilitación respectivo.

De tal manera, señala que EPS FAMISANAR con su conducta no ha vulnerado, transgredido o puesto en peligro derecho fundamental alguno del usuario, como quiera que su actuar se ajusta en estricto orden a la legislación y los parámetros que regulan el SGSSS autorizando y brindando los servicios requeridos, y la decisión judicial no podría ser contraria a derecho.

Bajo ese contexto, concluyó que, ante la evidencia de ausencia de vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno y de un perjuicio irremediable, las pretensiones planteadas por el accionante no están llamadas a prosperar y como

tal, solicita declarar la improcedente de la acción de tutela, pues la entidad ha cumplido con sus obligaciones dentro de los parámetros que reglamentan la prestación de servicios de salud y el pago de incapacidades.

### **3.3. COOPERATIVA CONTINENTAL DE TRANSPORTADORES L.T.D.A.**

El Gerente de la empresa empleadora del accionante rindió informe por vía correo electrónico del 11 de junio hogaño, manifestando oponerse a las pretensiones de la demanda por haber cumplido con todas las obligaciones del sistema integral de seguridad social respecto del accionante y no ser el responsable del pago de las incapacidades invocadas.

En ese sentido, consideró que la tutela debe dirigirse en contra de quien vulnera el derecho, que de acuerdo con el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, es la Entidad Promotora de Salud (Famisanar) la que se encuentra obligada a pagar la incapacidad que se genera por enfermedad común o no profesional hasta el día 180 y a partir del día 181 le corresponde a la Administradora del Fondo de Pensiones (Colpensiones), otorgar un subsidio equivalente a la incapacidad que venía asumiendo la primera de estas.

En consecuencia, no se ha transgredido derecho alguno al accionante y mucho menos lo que se pretenden hacer valer en la presente acción constitucional.

### **3.4. CONCEPTO REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La Dra. ZULLY MARICELA LADINO ROA en calidad de Procuradora 187 Judicial I para Asuntos Administrativos y delegada para este Despacho, emitió concepto en las presentes diligencias el día 16 de junio de 2020, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 277-7 de la Carta Política y artículos 28, 30 y 44 del Decreto 262 de 2000, relacionando el recuento fáctico, estableciendo el problema jurídico y la procedencia general de la misma, exponiendo el marco jurídico aplicable y analizando el caso de autos.

En primer lugar, argumentó que en aplicación del principio de veracidad, teniendo en cuenta la edad del accionante, la enfermedad catastrófica de cáncer que padece que lo ha llevado de incapacidad a incapacidad, y que es

quien sufraga no solo sus gastos propios sino los de su núcleo familiar, quedó más que satisfechos el requisito de subsidiariedad.

Así mismo, se evidencia que ha cumplido con el presupuesto de inmediatez, dado que ha elevado las solicitudes tanto a la EPS FAMISANAR como a COLPENSIONES, que incluso se ha acercado a las oficinas de esta última a preguntar por el trámite dado al reconocimiento y pago de las incapacidades adeudadas, poniendo incluso en riesgo su propia vida, dado que por su estado de salud tan deteriorado su sistema inmunológico lo pone en alto riesgo de sufrir consecuencias de ser contagiado por COVID, al residir en Bogotá, que en el momento es la ciudad con mayor número de casos contagiados registrados a nivel nacional.

En cuanto al caso en concreto, refirió que las incapacidades que superan los 180 días, deben ser reconocidas por el Fondo de Pensiones, sin importar si se ha emitido o no concepto de rehabilitación, el pago se efectuará por la AFP, aunque para el caso ya fue proferido concepto desfavorable de rehabilitación el 30 de noviembre de 2019.

Por tanto, el accionante se encuentra pendiente para que se resuelva por parte de la EPS Famisanar el grado de pérdida de su capacidad laboral, a fin de tener claridad si va a ser beneficiario o no de pensión de invalidez.

Por lo expuesto, solicitó al Despacho i) ordenar a Colpensiones el pago de las incapacidades emitidas al señor Emilio Alfonso Hernández García dentro de los 5 días siguientes a la notificación del fallo, reconociendo lo adeudado a partir del día 181 y hasta la fecha, si las hubiere, junto con los intereses moratorios conforme a lo fijado por la Superintendencia Financiera, ii) conminar a Colpensiones que en lo sucesivo se sirva cancelar de forma oportuna las incapacidades que se le ordenen al accionante, iii) se dé respuesta de fondo tanto de parte de la EPS Famisanar como de Colpensiones, sobre el trámite dado a cada una de las incapacidades radicadas superiores a los 180 días, y iv) que en término improrrogable de 15 días, la EPS Famisanar se sirva dar concepto o dictamen de fondo, donde indique el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral del señor Emilio Alfonso Hernández García.

#### 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.

#### **4.1. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico se contrae a determinar si **COLPENSIONES y EPS FAMISANAR**, han vulnerado los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al mínimo vital, al debido proceso y de petición del señor Emilio Alfonso Hernández García; la primera entidad, al no efectuar el pago de los valores correspondientes a las incapacidades de más de 180 días, desde el 10 de diciembre de 2019 al 31 de mayo de 2020, expedidas por los médicos tratantes derivadas del diagnóstico C19X- tumor maligno de la unión Rectosigmoidea y, la segunda, al omitir el traslado para el reconocimiento y pago de las incapacidades a la administradora del Fondo Pensional, de aquellas que superaron los 180 días.

#### **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 pago de incapacidades médicas**

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."*

En sentencia anterior T-097 de 2015, bajo ponencia de Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se establecieron unos criterios que deben tenerse en cuenta para que proceda el reconocimiento de incapacidades laborales a través de la acción de tutela, así:

"(...)

*Tratándose del reconocimiento de incapacidades, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario para la protección de derechos fundamentales y por regla general, no es el medio idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones de tipo económico, como es el caso de las incapacidades laborales.*

*A su vez, la Corte Constitucional estableció que "el pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración*

*del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”.*

*De esa forma, este Tribunal reconoció la procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales ante la afectación de un derecho de carácter fundamental, como por ejemplo, la vida digna o el mínimo vital, debido a que con ello se permite la estabilización económica del trabajador, que durante este periodo puede vivir de manera digna”.*

*Por último, cabe señalar que en la **sentencia T-404 de 2010** se reiteró que ante la falta de salario, el pago de incapacidades se constituye como la única fuente de ingresos del trabajador, a través de la cual puede suplir sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar. La Sala primera de revisión aseguró que de declararse la improcedencia de la acción de tutela, se estaría dejando al azar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.*

*Adicionalmente, en la misma ocasión señaló que el incumplimiento en el pago de dicha prestación puede conllevar a que el accionante no consiga un estado de recuperación adecuado y opte por volver a trabajar ante la falta de ingresos. Además presentó dos casos en los que se recurrió a la tutela como un medio idóneo para solicitar el pago de incapacidades laborales. Al respecto indicó:*

*“Ahora bien, el derecho al pago de prestaciones económicas por incapacidades laborales no es, en sí mismo, un derecho fundamental. Por ese motivo, la acción de tutela no es en principio el medio judicial adecuado para perseguir el pago de la referida prestación. **No obstante, si del derecho al pago de incapacidades laborales depende el goce efectivo, por ejemplo, del derecho fundamental al mínimo vital del trabajador y su familia, la tutela es procedente, pues se admite que, en esos casos (i) se busca de manera inmediata proteger un derecho fundamental y, además, (ii) evitar un perjuicio irremediable”.***

*En síntesis, la procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de acreencias laborales y específicamente de incapacidades, es de carácter excepcional y tiene su razón de ser debido a que el pago de dicha prestación sustituye el salario en periodos en que el trabajador no se encuentra ejerciendo sus labores y se podrían ver afectados sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de no reconocerse las incapacidades.*

*De modo similar, la acción de tutela se presenta como un mecanismo idóneo para solicitar el pago de incapacidades, cuando **i) se trata de proteger un derecho de carácter fundamental y ii) se pretende evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.**” (Negrilla propia)*

En lo que respecta al mínimo vital, esa Alta Corporación ha insistido que se presume que el pago de las incapacidades laborales constituye la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su subsistencia y la de su familia, tal como ocurre con su salario. Es por ello que a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, cuando éstas no se pagan oportunamente se afectan derechos del orden constitucional, por lo que se hace necesaria la

intervención del juez de tutela a fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar.

De acuerdo con el requisito de subsidiariedad, la acción de tutela resulta procedente cuando 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.

En consecuencia, resulta evidente que en el presente caso, procede la acción de tutela a efecto de ordenar el pago de incapacidades laborales, dado que se cumplen los requisitos establecidos por el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, toda vez que el actor manifiesta que su salario era el único medio de subsistencia suyo y de su núcleo familiar, por lo que el pago de la incapacidad laboral sustituye este; el cual, además cuenta con estado de salud deplorable que no le ha permitido continuar con sus labores de trabajo.

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 de 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 al trabajador a asegurar un ingreso económico durante el período de su convalecencia, permitiéndole asumir su proceso de recuperación en los términos y condiciones médicamente diagnosticadas.

#### **4.2.2 Derecho a la vida**

El Derecho a la vida ha sido considerado como el sustento y razón de ser para el ejercicio y goce de los restantes derechos, establecidos tanto en la Constitución como en la ley; con lo cual se convierte en la premisa mayor e indispensable para que cualquier persona natural se pueda convertir en titular de derechos u obligaciones.

En ese sentido, la H. Corte Constitucional, en abundante jurisprudencia ha sostenido que el derecho a la vida reconocido por el constituyente, no abarca únicamente la posibilidad de que el ser humano exista, es decir, de que se mantenga vivo de cualquier manera, sino que conlleva a que esa existencia deba entenderse a la luz del principio de la dignidad humana<sup>[15]</sup>, reconocido en el artículo 1º de la Carta como principio fundamental e inspirador del Estado Social de Derecho.

Así las cosas, la efectividad del derecho fundamental a la vida, sólo se entiende bajo condiciones de dignidad, lo que comporta algo más que el simple hecho de existir, porque implica unos mínimos vitales, inherentes a la condición del ser humano.

#### **4.2.3 El derecho fundamental al 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 Corte<sup>1</sup>. Primero se reconoció como derecho fundamental innominado, como parte de una interpretación sistemática 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"*<sup>2</sup>.

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 comprenden<sup>3</sup> *"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 se ha admitido la viabilidad de la solicitud de amparo.

#### **4.2.4 Debido proceso**

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-995 de 1999

<sup>3</sup> Ver Sentencia de revisión Corte Constitucional T-716 de 2017. Magistrado ponente: CARLOS BERNAL PULIDO.

El Constituyente de 1991 consagró el debido proceso como un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio colombiano, decretando que dicho derecho se aplicaría en todas las actuaciones administrativas y judiciales; al respecto cabe recordar:

*“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.*  
(Subrayado fuera del texto)

Luego, del articulado pretrascrito no cabe duda que las autoridades públicas deben velar por garantizar el debido proceso a todos los habitantes del territorio en las diferentes actuaciones tanto administrativas como judiciales sin dilatar injustificadamente dichas actuaciones, permitir que se presenten pruebas, controvertir las que lleguen en su contra e impugnar las decisiones adoptadas, salvaguardando los derechos de toda persona.

Así mismo, la Corte Constitucional ha establecido conclusiones relacionadas con el debido proceso administrativo, y al respecto en sentencia T – 1082 de 12 de diciembre de 2012, Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub dispuso:

“(…)

*De lo expuesto hasta ahora y de la jurisprudencia citada, la Sala extrae estas conclusiones:(i) el derecho al debido proceso administrativo es de rango constitucional, porque se encuentra consagrado en el artículo 29 superior; (ii) este derecho involucra principios y garantías como el principio de legalidad, el de competencia, el de publicidad, y los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, así como el derecho de impugnación; (iii) por lo tanto, el derecho al debido proceso administrativo no existe solamente para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación, y (iv) el debido proceso administrativo debe responder no sólo a las garantías estrictamente procesales, sino también a la efectividad de los principios que*

*informan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.*

(...)"

#### **4.2.5 El derecho de petición**

El **art. 23 de la Constitución Política** consagra el derecho de toda persona a presentar peticiones respetuosas ante las autoridades por motivos de interés general o particular, por lo tanto, es un derecho fundamental del cual procede la acción de tutela.

La **Ley 1755 del 30 de junio de 2015**, reguló el derecho fundamental de petición y sustituyó el título II del CPACA, y en su artículo 13 indica que toda actuación de una persona ante autoridad indica el ejercicio del derecho de petición del art. 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Las personas pueden pasar varias solicitudes como son:

- Reconocimiento de un derecho.
- Intervención de una entidad o funcionario.
- Resolución de una situación jurídica.
- Prestación de un servicio.
- Requerir información.
- Consultar.
- Examinar y requerir copias de documentos.
- Formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.

Otro punto importante que contempla dicha ley es que el término para resolver el derecho de petición es de 15 días después de la recepción de dicha solicitud. Ahora bien cuando lo que se solicita son documentos o información se deberán resolver dentro de los 10 días siguientes a su recepción y si no se le da respuesta al peticionario se entenderá que la solicitud ha sido aceptada y por ende las copias se entregarán dentro de los 3 días siguientes. Por su parte las peticiones donde se eleve consulta deberán resolverse dentro de los 30 días siguientes a su recepción. El artículo 20 de la Ley 1755 prevé sobre la atención prioritaria a las peticiones de reconocimiento de un derecho fundamental cuando deban ser resueltas para evitar un perjuicio irremediable al peticionario.

El Derecho de petición adquiere real importancia en un Estado Social de Derecho como el nuestro, por cuanto es considerado como uno de los instrumentos fundamentales con que cuenta el Estado, para hacer efectiva la Democracia participativa, pues con fundamento en este los ciudadanos pueden acudir ante las autoridades públicas con el fin de informarse y hacer efectivos los demás derechos fundamentales.

#### **4.2.6 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 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<sup>4</sup>”

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,*

---

<sup>4</sup> 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.

- 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.

#### **4.2.7 Marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días**

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 mismas<sup>5</sup>.*

#### **4.2.8 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:

- 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 2005<sup>6</sup> para postergar la calificación

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia T-920 de 2009 (M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), reiterada en sentencias T-468 de 10 (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.

<sup>6</sup> Este artículo modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS<sup>7</sup>.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto<sup>8</sup>.

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 de los 540 días. Al respecto, esta Corporación mediante sentencia T-468 de 2010<sup>9</sup> 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*

---

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> Corte Constitucional, sentencia T-401 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

<sup>9</sup> 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.

*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 2015<sup>10</sup> 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.*”<sup>11</sup>. 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 2015<sup>12</sup>, en todos los casos en que se solicite el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad superior a 540 días, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social **están en la obligación de cumplir con lo dispuesto en dicho precepto legal, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado**<sup>13</sup>.

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,*

---

<sup>10</sup> Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo comprendido entre 2014 y 2018.

<sup>11</sup> Literal a del artículo 67 de la Ley 1753 del 2015.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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.

(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 Constitucional 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 referida providencia 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
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.***

La anterior posición fue 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 a 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 reforzada<sup>14</sup>, la jurisdicción constitucional ha indicado que excepcionalmente es posible solicitar el reintegro laboral de personas en situación de debilidad manifiesta y beneficiarias de estabilidad laboral reforzada.

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*”<sup>15</sup> 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

---

<sup>14</sup> 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).

<sup>15</sup> T-181-12.

*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:

- Historia Clínica del señor Emilio Alfonso Hernández García.
- Certificados de incapacidades emitidas por Famisanar E.P.S. y el Centro de Investigaciones Oncológicas Clínica San Diego CIOSAD SAS desde el 17 de noviembre de 2019 hasta el 31 de mayo del año en curso.
- Concepto de rehabilitación desfavorable emitido por FAMISANAR de fecha 30 de noviembre de 2019.
- Oficio de remisión de dicho concepto a Colpensiones el día 10 de diciembre de 2019.
- Constancia de radicado del derecho de petición elevado por el actor ante Colpensiones el 02 de enero de 2020 bajo el No. 2020\_27483, a fin de obtener la determinación de pérdida de su capacidad laboral.
- Certificación de incapacidades emitido por el Director de Operaciones Comerciales de Famisanar del 12 de junio de 2019 al 20 de abril de 2020.
- Pantallazo del estado electrónico de la solicitud del accionante relacionada con la calificación de pérdida de la capacidad laboral, informando que se encuentra en verificación y que el trámite de los 120 días calendario para dar respuesta vencen el 1° de mayo de 2020.

#### **4.4. CASO CONCRETO**

El señor **EMILIO ALFONSO HERNÁNDEZ GARCÍA**, considera vulnerados sus derechos a la vida, a la salud, al mínimo vital, al debido proceso y de petición por parte de **COLPENSIONES**, al no efectuarse el pago de los valores correspondientes a las incapacidades de más de 180 días, desde el 10 de diciembre de 2019 al 31 de mayo de 2020, expedidas por los médicos tratantes derivadas del diagnóstico de C19X- tumor maligno de la unión Rectosigmoidea y por parte de la **EPS FAMISANAR**, al omitir el traslado para el reconocimiento y pago de las incapacidades a la administradora del Fondo Pensional, de aquellas que superaron los 180 días.

De las pruebas aportadas y documentación anexa al expediente, se puede dilucidar que el señor Emilio Alfonso Hernández García es empleado de la Empresa Cooperativa Continental de Transporte LTDA y padece un tumor maligno, con concepto desfavorable de rehabilitación, presentando una incapacidad por enfermedad de origen común desde el 12 de junio de 2019 hasta el 31 de mayo del año en curso de manera ininterrumpida.

El accionante y Famisanar E.P.S. coinciden en que hasta el día 09 de diciembre de 2019, fecha en que se cumplieron 180 días de incapacidades emitidas por los médicos tratantes, estas le fueron canceladas en oportunidad; empero a partir del día 181 no ha obtenido pago alguno por dicho concepto.

Por su parte, Colpensiones refirió que en razón a que el 10 de diciembre de 2019 se allegó concepto de rehabilitación de carácter desfavorable para el accionante, no es procedente el reconocimiento del pago de incapacidades, además que el 02 de enero de 2020 solicitó iniciar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, lo que significa que dicha petición se encuentra en etapa de validación documental, con el fin de realizar apreciación integral de sus patologías y proceder a emitir el dictamen correspondiente.

Precisó frente al reconocimiento del subsidio de incapacidad, que el actor no ha elevado solicitud alguna con la documentación necesaria para realizar el estudio de determinación del referido subsidio; indicó 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**, circunstancia esta última que no se cumple en este caso, toda vez que Famisanar EPS remitió concepto DESFAVORABLE de rehabilitación a través de comunicación radicada el 10 de diciembre de 2019.

Adicionalmente, se acredita que el accionante mediante radicado 2020\_27483 del 2 de enero de 2020, solicitó a través de COLPENSIONES la correspondiente calificación de pérdida de capacidad laboral, sin obtener respuesta alguna.

Pues bien, la respuesta suministrada por COLPENSIONES, aduciendo de una parte, la improcedencia del reconocimiento del subsidio de incapacidad por no contar con concepto favorable de rehabilitación, resulta abiertamente arbitraria e inconstitucional al sustraerse de su obligación del referido reconocimiento y pago de las incapacidades en virtud del Decreto 2463 de 2001, pues 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, al no constituirse en un presupuesto para su reconocimiento.**

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%.**

Otro de los argumentos que expone la entidad en la improcedencia de su pago, es que el interesado no presentó la reclamación respectiva. En efecto, de la documental allegada al expediente no se observa trámite de radicado ante COLPENSIONES por parte del señor Hernández García, en el que acredite el reclamo previo del reconocimiento de sus incapacidades posterior al día 180, con el que se pueda imputar responsabilidad alguna al administrador del fondo pensional. Destáquese que el accionante tenía conocimiento que las incapacidades superiores a 180 días debían ser cubiertas por COLPENSIONES, ya que esta directriz le fue señalada por la EPS FAMISANAR, al momento de la

expedición de la certificación en la que relaciona cada una de las incapacidades otorgadas al actor, discriminando cuáles fueron pagadas por esta entidad y cuáles habían sido negadas por superar los 180 días.

En la solicitud de amparo, el accionante señala la falta de traslado de estas incapacidades por parte de la EPS FAMISANAR a COLPENSIONES; pues bien, el ordenamiento normativo prevé a las EPS's, al margen del reconocimiento de las incapacidades entre el día 3 a 180 días de incapacidad, emitir el concepto de rehabilitación dentro de los 150 días y remitirlo al Fondo Pensional dentro del día 180 –de no hacerlo, se obliga a pagar las incapacidades que superen los 180 días de incapacidad-, para los trámites posteriores, como es, que la AFP dictamine la pérdida de capacidad laboral del interesado, al contar con concepto desfavorable de rehabilitación.

Lo anterior sin duda alguna, implica que al dar traslado del referido concepto desfavorable, la administradora pensional conozca de la situación médica e incapacitante del cotizante, por lo que en criterio de esta agencia judicial, tampoco puede sustraerse del reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad que reclama el actor, máxime que con el traslado de la solicitud constitucional, tiene igualmente conocimiento de las incapacidades otorgadas al señor Emilio Alfonso Hernández García, entre el 10 de diciembre de 2019 al 31 de mayo de 2020, por lo tanto, estas situaciones son prueba de la existencia de las referidas incapacidades del actor.

En consecuencia, el despacho 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 del actor e incluso en las de su núcleo familiar.

Adicionalmente, el señor Emilio Alfonso Hernández García, es también 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 COOPERATIVA

CONTINENTAL DE TRANSPORTADORES, quien ha estado efectuando los aportes al sistema.

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 al trabajador asegurar un ingreso económico durante el período de su convalecencia, permitiéndole asumir su proceso de recuperación en los términos y condiciones médicamente diagnosticadas.

En otro aspecto, esta Agencia Judicial considera que como quiera que desde el 2 de enero del en curso, el accionante elevó ante COLPENSIONES el trámite para dictaminar su pérdida de capacidad laboral, vulnera igualmente el derecho fundamental del actor para que se defina su estado de salud, máxime, al encontrarse vencido el término de los 120 días calendario -1º de mayo de 2020-, que indicó la entidad para resolver.

En este orden, el despacho ordenará a **EPS FAMISANAR**, que en un término de cuarenta y ocho (48) horas, remita a COLPENSIONES las incapacidades otorgadas a el señor Hernández García, posteriores al día 181; a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, para que i) una vez cuente con la remisión completa de las incapacidades, **gestione ante las dependencias respectivas, lo cual deberá concretar en un término máximo de diez (10) días hábiles**, el pago al señor Emilio Alfonso Hernández García, del subsidio de incapacidad por concepto de las incapacidades emitidas por la E.P.S FAMISANAR, desde el 10 de diciembre de 2019 hasta el día 31 de mayo de 2020 o en adelante si fueran expedidas nuevas incapacidades ininterrumpidas 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 y, ii) para que dentro de los **quince (15) días hábiles** a la notificación de la presente providencia, emita el dictamen correspondiente al trámite de calificación de la pérdida de la capacidad laboral del señor Emilio Alfonso Hernández García, el cual deberá ser debidamente notificando al accionante y a la entidad empleadora.

De otra parte, se ordenará a la **COMPAÑÍA COOPERATIVA CONTINENTAL DE TRANSPORTADORES**, en calidad de empleador que cumpla la obligación de reintegrar al actor, señor HERNÁNDEZ GARCÍA 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 retirado de su trabajo, sin previa autorización o permiso del Ministerio de Trabajo, a menos que se dictamine pérdida de capacidad laboral superior al 50% que se traduzca en el reconocimiento de la pensión de invalidez.

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: CONCÉDASE** la acción de tutela instaurada por el señor **EMILIO ALFONSO HERNÁNDEZ GARCÍA**, identificado con cédula de ciudadanía **4.200.704** de Otanche –Boyacá, por la vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital móvil, vida digna, salud y debido proceso, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: ORDENAR** a **EPS FAMISANAR**, que dentro de las **cuarenta y ocho (48) horas**, siguientes a la notificación de la presente providencia, remita a COLPENSIONES las incapacidades otorgadas al accionante, señor Emilio Alfonso Hernández García, identificado con cédula de ciudadanía **4.200.704** de Otanche-Boyacá posteriores al día 181.

**TERCERO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, para lo siguiente:

- i. Una vez cuente con la remisión completa de las incapacidades por parte de la EPS, **gestione ante las dependencias respectivas, lo cual deberá concretar en un término máximo de diez (10) días hábiles**, el pago al **señor Emilio Alfonso Hernández García**, del subsidio de incapacidad por concepto de las incapacidades emitidas por la E.P.S FAMISANAR, desde el

**10 de diciembre de 2019 hasta el día 31 de mayo de 2020** o en adelante si fueran expedidas nuevas incapacidades ininterrumpidas 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 y,

- ii. Para que dentro de los quince (15) días hábiles a la notificación de la presente providencia, emita el dictamen correspondiente al trámite de calificación de la pérdida de la capacidad laboral del señor Emilio Alfonso Hernández García, el cual deberá ser debidamente notificando al accionante y a la entidad empleadora.

**CUARTO: ORDENAR** a la **COOPERATIVA CONTINENTAL DE TRANSPORTADORES**, en calidad de empleador que cumpla la obligación de reintegrar al actor, señor **EMILIO ALFONSO HERNÁNDEZ GARCÍA** 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 retirado de su trabajo, sin previa autorización o permiso del Ministerio de Trabajo, a menos que se dictamine pérdida de capacidad laboral superior al 50% que se traduzca en el reconocimiento de la pensión de invalidez.

**QUINTO: NOTIFÍQUESE** a las entidades accionadas, a la vinculada, al accionante 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 GUTIÉRREZ RUEDA**  
Juez