



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

TUTELA – PAGO DE INCAPACIDAD / Después del día 180 es la AFP quien debe asumir su pago hasta tanto finalice el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, sin importar si se emite concepto favorable o desfavorable de rehabilitación / las incapacidades 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.

“Así las cosas, en punto del análisis de procedibilidad, resulta preciso indicar que de acuerdo a lo definido por la H. Corte Constitucional, se encuentra demostrada la procedibilidad formal de la acción de tutela formulada por el señor PEDRO NOSSA RODRÍGUEZ, pues fueron aportados cada uno de los elementos de prueba de los cuales es posible inferir que su estado actual de salud lo sitúa en un alto grado de vulnerabilidad, circunstancia ampliamente agravada por el no pago de las incapacidades alegadas, impidiéndose por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES que se perciba un ingreso mínimo para él y para su núcleo familiar”.

“En punto de lo anterior, es del caso señalar que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, prevé que en los casos en que "exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud", y que en esos eventos "la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador”.

Lo anterior, de inicio impondría una interpretación según la cual, una vez remitido en término por la EPS el concepto favorable de rehabilitación, las incapacidades causadas después del día 180, deben ser pagadas al trabajador por la Administradora de Pensiones hasta tanto se califique la pérdida de su capacidad laboral con el fin de determinar si mejoró la patología que imposibilitaba su desempeño o, si por el contrario, su condición impide reincorporarse a sus tareas habituales, siendo procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Sin embargo, de acuerdo a la interpretación realizada por la H. Corte Constitucional en sentencia T-144/16, el concepto de rehabilitación, sea favorable o no, impone a la Administradora del Fondo de Pensiones la remisión del afiliado a la junta de calificación de invalidez, ello con el fin de que sea calificada la pérdida de su capacidad laboral y, de acuerdo con el porcentaje de pérdida, determine si se le debe reconocer la pensión de invalidez o reintegrarlo a su cargo, o reubicarlo en uno acorde con su situación de incapacidad, así como pagarle el subsidio de incapacidad mientras ello sucede.

Implica lo dicho que el concepto sobre rehabilitación ha sido impuesto e interpretado como una condición que permite la ampliación del término de las incapacidades, pasados los primeros 180 días, por 360 días más, ello con el fin de que el paciente o afiliado pueda recuperarse con la plena convicción de que se encuentra amparado por un sistema de seguridad social que le garantiza un ingreso económico, interpretación pregonada y acogida ampliamente por la H. Corte Suprema de Justicia, en donde claramente se ha señalado que "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."

De este modo, claramente se denota 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.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL SANTA ROSA DE VITERBO SALA ÚNICA

Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación
Ley 1128 de 2007

Septiembre, diecisiete (17) de dos mil diecinueve (2019).

PROCESO:	Acción de Tutela-Segunda Instancia
RADICACIÓN:	15759-31 -03-001 -2019-00099-01
DEMANDANTE:	PEDRO NOSSA RODRÍGUEZ
DEMANDADO:	NUEVA EPS y COLPENSIONES
JDO. ORIGEN:	Juzgado Primero Civil del Circuito de Sogamoso
DECISIÓN:	Confirma
ACTA No.	091
M. PONENTE:	LUZ PATRICIA ARISTIZ ABAL GARAVITO (Sala Primera)

Se ocupa esta Judicatura de resolver la impugnación propuesta por la Directora de Acciones Constitucionales de COLPENSIONES, contra el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Sogamoso el 15 de agosto de 2019.

1.-ANTECEDENTES:¹

1.1.- Las pretensiones del accionante ostentan el siguiente tenor literal:

"(...) Solicito al señor Juez disponer y ordenar a la parte accionada a mi favor lo siguiente:

1. Tutelar los derechos fundamentales a la vida, de Igualdad, el Mínimo Vital, a vivir dignamente y en consecuencia ordenar a LA NUEVA EPS cancelarme las incapacidades a continuación relacionadas:

¹ FI 2 Cuaderno 1- instancia



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

0004757069 del 14-11/2018 al 13-
12/2018 0005033389 del 22-
02/2019 al 23-03/2019
0005095024 del 24-03/2019 al 07-
04/2019 0005310781 del 10-
06/2019 al 01-07/2019

2. Los demás que sean necesarios para hacer vale mis derechos." 1.2.-

Fundamentó la interposición de la acción sobre los siguientes argumentos:²

- Manifestó ser un paciente con lesión tumoral vesical, tumor urotelial musculoinvasor con TAC de abdomen con evidencia de compromiso ganglionar en retroperitoneo, en manejo con quimioterapia neoadyuvante y cistectomía radical más linfadenectomía pélvica y retroperitoneal.
- De la misma manera, refirió que se encuentra en tratamiento desde el 2018, con incapacidades desde el 5 de mayo de ese mismo año, las que le han sido expedidas por ciclos, dependiendo del tratamiento recibido.
- Argumentó que le fueron canceladas las incapacidades otorgadas del 5 de mayo al 11 de noviembre de 2018, pero que al hacer entrega de los documentos exigidos para el reconocimiento y cancelación de las incapacidades del 14 de noviembre de 2018 a la presente fecha, le fueron negadas, razón por la cual alude a que radicó una petición el 6 de mayo de 2019, solicitando el reconocimiento y cancelación de las incapacidades para las fechas mencionadas, obteniendo como respuesta que *"no se le reconocerá las prestaciones económicas objeto de su solicitud, debido a que el afiliado presenta concepto desfavorable de rehabilitación"*.

2.- PROVIDENCIA IMPUGNADA:³

² FI 1 Cuaderno I³ instancia

³ FI 67 Cuaderno instancia



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

Con fallo tutelar del 15 de agosto de 2019, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Sogamoso resolvió:

"PRIMERO: CONCEDER el amparo constitucional de la tutela, por el derecho fundamental al MÍNIMO VITAL del accionante PEDRO NOSSA RODRÍGUEZ, quien actúa en nombre propio, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior ordenar al Representante legal de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, que en el término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de ésta providencia, proceda a cancelar al accionante PEDRO NOSSA RODRÍGUEZ, las incapacidades otorgadas por la NUEVA E.P.S. que se hayan generado desde el día 181 hasta que se le concrete la calificación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, so pena de desacato.

TERCERO: NEGAR el amparo constitucional de la Tutela en contra de la NUEVA E.P.S. por la razón expuesta en la parte motiva de esta providencia."

Las consideraciones sobre las cuales fue soportada la anterior determinación, se sintetizan de la siguiente manera:⁴

- Indicó que a pesar de que la norma citada por COLPENSIONES alude a la preexistencia de un concepto favorable de rehabilitación para que proceda el pago de incapacidades después del día 180, también es cierto que la jurisprudencia ha sido reiterativa en cuanto a que ya sea el concepto favorable o desfavorable, es la AFP quien debe asumir su pago hasta tanto finalice el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral.
- Refirió igualmente que sin que exista duda respecto al pago de incapacidades entre el día 180 y 540, es el fondo de pensiones del afiliado al que le corresponde el pago de la prestación económica, pues es a esa misma entidad a la cual le corresponde promover y efectuar la calificación de pérdida de capacidad laboral del.
- Argumentó el *A quo* que la AFP vinculada COLPENSIONES, aceptó su responsabilidad y manifestó que la calificación de invalidez se encontraba en trámite, lo que implicaba que no se había agotado dicha instancia y, que mientras ello ocurría, era esa misma entidad la que debía

⁴ Fls 63-67 Cuaderno P instancia



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

asumir el pago de las incapacidades generadas al afiliado hasta tanto se finalizará la etapa de calificación de porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

- Por último, precisó que la falta del reconocimiento y pago de las incapacidades, vulnera el derecho al mínimo vital por ser un sustituto del salario que percibía y le permitía solventar los gastos que del diario vivir han de requerirse y, finalmente, concluyó que los derechos invocados por el accionante han sido vulnerados por COLPENSIONES y que el pago de las incapacidades nombradas se encuentra a cargo de la misma entidad.

3.- DE LA IMPUGNACIÓN:

Inconforme con la decisión adoptada la entidad vinculada COLPENSIONES impugnó⁵ la decisión adoptada, en los siguientes términos:

- Deprecó que la AFP está a cargo del pago de incapacidades por enfermedad general o accidente de origen común, hasta por 360 días calendario, siempre y cuando cuente con concepto de rehabilitación favorable adicionales a los primeros 180 días reconocidos por su Entidad Promotora de Salud (EPS), según lo establecido en el art. 142 del Decreto ley 019 de 2012

- Por lo anterior, la entidad impugnante concluyó que el señor NOSSA RODRÍGUEZ no tenía derecho al pago de incapacidades por parte de COLPENSIONES y que, en consecuencia, se lograba inferir que esa entidad no ha vulnerado sus derechos y solicitó que fuera revocada la orden de tutela impartida por la primera instancia, para, en su lugar, negar el amparo constitucional invocado.

4.- CONSIDERACIONES:

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene derecho a acudir ante los Jueces de la República, en procura de una protección inmediata de sus derechos fundamentales, siempre que se advierta que éstos han sido conculcados o se

⁵ Fls 69-72 Cuaderno Iª instancia



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

encuentren amenazados, por virtud de alguna conducta activa u omisiva desplegada por la autoridad pública o en casos especiales, por los particulares, como lo prevé el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela.

4.1.- COMPETENCIA:

Radica en este Tribunal Superior de Distrito Judicial el conocimiento de la impugnación formulada por la accionante, de conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, al ser esta Sala la superior jerárquica del Juez constitucional de primera instancia.

4.2. - PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a los argumentos expuestos en la impugnación, esta Sala de Decisión se ocupará de decidir lo siguiente:

- ¿Determinar si es procedente la revocatoria del fallo tutelar de primera instancia, bajo el supuesto de que el accionante no tiene un concepto favorable de rehabilitación?

4.3. - ANÁLISIS DE PROCEDIBILIDAD DE LA PRESENTE ACCIÓN:

La acción de tutela, como mecanismo de amparo de los derechos fundamentales no es procedente por regla general cuando existen otros medios de defensa judiciales para reclamar su protección, no obstante, el artículo 86 de la Constitución establece que esta deberá ser revisada por el juez de tutela cuando a pesar de existir otros procedimientos en la vía ordinaria se busque evitar la consumación de un perjuicio irremediable, lo cual es desarrollado en el numeral 1º del artículo 6 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

En este orden de ideas, corresponde a la Sala revisar cuáles son los mecanismos de defensa judiciales existentes en el ordenamiento de jurídico para solicitar el pago de incapacidades laborales, así como la idoneidad y eficacia de los mismos cuando el accionante se encuentra en una situación de debilidad manifiesta.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

El numeral 4 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social establece que le corresponde a la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, conocer de "Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan". Por lo anterior, las reclamaciones relativas al reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, en principio, no podrían ser ventiladas por vía de tutela.

Sin embargo, estos pagos se constituyen en el medio de subsistencia de la persona que como consecuencia de una afectación en su estado de salud ha visto reducida la capacidad de procurarse por sus propios medios los recursos para su subsistencia y la de su familia, tal como se refirió en la Sentencia T-761 de 2006:

"El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia".

Lo anterior en atención a que la persona que se encuentra incapacitada carece de las condiciones para prestar la labor correspondiente, por lo que sería impreciso hablar de una remuneración respecto de aquellos pagos que sustituyen al salario en el tiempo durante el cual la persona no puede prestar sus servicios, constituyéndose el reconocimiento y pago de las incapacidades en el medio para garantizar su sustento y el de su familia.

De lo anterior claramente se identifica que en aquellos casos en que se incurre en una vulneración de garantías fundamentales por el no pago de incapacidades, la acción de tutela se



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

erige como el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital y la salud, máxime al tener en cuenta que el peticionario se ve desprovisto de un ingreso mensual y por las entidades correspondientes se niega el reconocimiento y pago de las incapacidades a que haya lugar.

Lo anterior, aun cuando el conocimiento de las reclamaciones concernientes a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social Integral corresponda, en principio, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social.

Al respecto la Corte en sentencia T 920 de 2009. Refirió:

"Así las cosas, esta Corporación ha procedido a ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela, cuando se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador, en la medida en que dicha prestación constituya la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades personales y familiares, ello sobre la base de que los mecanismos ordinarios instituidos para el efecto, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza".

A su vez en sentencia T 468 de 2010 se aludió sobre la posibilidad de ocurrencia de un perjuicio irremediable derivado de la falta de pago de las incapacidades laborales:

"Es así, como a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, esta Corporación ha reiterado, que cuando no se pagan oportunamente las incapacidades debidamente certificadas al trabajador y con ello se vulneran de paso derechos constitucionales, el juez de tutela se legitima para pronunciarse sobre el fondo del asunto con el fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar."

Sobre la posibilidad de afectación del mínimo vital de las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta por su precario estado de salud, la Corte indicó:

"Cuando quiera que no se paguen las incapacidades laborales de manera oportuna y completa, se afecta el mínimo vital del trabajador y el de su familia, razón por lo cual la acción de tutela es procedente, la Corte ha sostenido que al determinar la



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

procedencia excepcional de la acción de tutela en aquellos eventos en donde se comprueba la existencia de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico alguno, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras; que dependen económicamente de la prestación reclamada y que carecen de capacidad económica para garantizarse su propia subsistencia, se exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional. Así mismo, es importante resaltar que los requisitos para la procedencia de la acción de tutela en tratándose del pago de acreencias laborales -como son las incapacidades laborales-, deben ser analizados con mayor flexibilidad, en atención a que los peticionarios son sujetos de especial protección constitucional. ^{1e}

Esta posición fue recogida en la Sentencia T-097 de 2015 en donde se hizo énfasis en la idea de que, en el caso de las incapacidades laborales, se deben analizar las circunstancias concretas de cada caso para verificar si existe la posibilidad de consumación de un perjuicio irremediable:

"Para terminar, la simple declaratoria de improcedencia de la acción, sin un análisis de los elementos tácticos y probatorios de cada caso en particular, traería consigo la posibilidad de que se deje librada al azar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y la vulneración de derechos fundamentales de cualquier individuo."

De esta manera se concluye que si bien existen mecanismos de defensa judiciales en la vía ordinaria para ventilar las reclamaciones por prestaciones económicas garantizadas por el Sistema de Seguridad Integral, cuando estas versen sobre incapacidades laborales, le corresponde al juez de tutela verificar las circunstancias concretas del accionante en cuanto al hecho de que estas sean su única fuente de ingreso.

4.4.- MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

Inicialmente debe relievase la función crucial que cumple el subsidio de incapacidad, el cual refulge como mecanismo sustitutivo del salario cuando el trabajador se ve obligado a suspender temporalmente sus actividades laborales por razones de salud y, en esa medida, se ve desprovisto del único ingreso con que cuenta para subsistir dignamente.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

Así mismo, cuando el concepto de rehabilitación no sea favorable, la Administradora del Fondo de Pensiones debe remitir al afiliado a la junta de calificación de invalidez, para que califique la pérdida de su capacidad laboral y, de acuerdo con el porcentaje de pérdida, determine si se le debe reconocer la pensión de invalidez o reintegrarlo a su cargo o, en caso dado, reubicarlo en uno acorde con su situación de incapacidad, *así como pagarle el subsidio de incapacidad mientras ello sucede.*

En el anterior orden de ideas, deben atenderse lineamientos expuestos por el Legislador, respecto de la entidad a la cual corresponde el pago de las incapacidades de sus afiliados. En ese sentido, al artículo 1° del Decreto 2943 de 2013 dispone que:

"Parágrafo 1°. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.

De la misma manera, el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 deja claro lo correspondiente a la incapacidad laboral comprendida entre los días 3 y 180, así como expone las reglas para determinar a quién corresponde tal obligación a partir del día 181 hasta el día 540, de la siguiente manera:

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

A pesar de que la anterior determinación legislativa es clara al señalar que el pago de incapacidades por enfermedad de origen común debe darse si se cumple con la condición de un concepto favorable de rehabilitación, la Jurisprudencia nacional ha puesto en duda tal aseveración, en el entendido de amparar al trabajador que a pesar de recibir un concepto de rehabilitación desfavorable, debe percibir el pago de las incapacidades por parte de la EPS o la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual esté vinculado, con el fin de evitar un detrimento de su derecho al mínimo vital, tras considerar que el pago de dichas incapacidades es el único sustituto de la prestación salarial que venía recibiendo el trabajador, de manera previa a la ocurrencia la enfermedad de origen común, para el presente caso que nos convoca.

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, al advertir:

"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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

laboral, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador⁶.

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 mamen 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. *(Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

Así las cosas, razón le asistió al Tribunal Superior de Cali, cuando indicó que aunque el concepto de la EPS sea desfavorable, lo cierto es que el Fondo de Pensiones (en este caso Protección S.A.), está en la obligación de por un lado, calificar el grado de invalidez del paciente y, de otro, cancelar el auxilio económico por incapacidad del trabajador.

Así también, en otra oportunidad la Honorable Corte Constitucional, en sentencia del 5 de febrero de 2018⁷, se encargó de retomar lo correspondiente al tema analizado, relievándose que:

El procedimiento y la competencia para el pago de dichas incapacidades que sobrepasan los 180 días, en lo relacionado con la calificación de invalidez, esta Corporación en la sentencia T-401 de 2017 recapituló las reglas para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por enfermedad común, desde el día 1 hasta el día 540, así:

"(i) Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente

(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las **EPS**.

(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las **AFP**, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.

⁶ Decreto 2463 de 2001. Artículo 23 inciso 1°.

⁷ Sentencia T-020 del 5 de febrero de 2018. Mag. Ponente JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, 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.

De este modo, 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 explicó previamente".

En efecto, de conformidad con el citado proveído, el subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común que sobrepasen los 180 días iniciales, deben ser cancelados por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones, excepto si la EPS incumple con la obligación de emisión del concepto de rehabilitación en los términos atrás indicados. En esos casos la EPS asumirá dicho pago hasta tanto sea emitido el mencionado concepto.

Por su parte, una sentencia del 26 de junio de 2018⁸ proferida por la misma Corporación, reafirma lo anteriormente dicho, al manifestar que:

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Al respecto, si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, esta Corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación

(...) si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.

⁸ Sentencia T-246 del 26 de junio de 2018; Mag. Ponente ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

4.- CASO EN CONCRETO:

De manera inicial, es del caso referir que la impugnación de COLPENSIONES pretende que sea declarada la improcedencia de la acción de tutela, argumentando para tal efecto que la entidad informó al accionante que el pago incapacidades no era procedente al haberse emitido concepto desfavorable de rehabilitación por parte de la NUEVA EPS, por consiguiente, aludió la Administradora Colombiana de Pensiones que no resultaba viable reconocer el pago de obligaciones no contraídas y no exigibles por parte del actor, como lo es el pago de incapacidades superiores al día 181 y sin que obre concepto favorable de rehabilitación del afectado, concluyendo en el hecho de que no se verificaba una vulneración de garantías fundamentales.

De forma previa a gestar las consideraciones del caso, es del caso relieves las siguientes circunstancias:

- El accionante presentó acción de tutela contra la NUEVA EPS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, tras considerar que la negativa de dichas entidades de reconocer y pagar las incapacidades laborales expedidas por su médico tratante, vulnera sus derechos fundamentales a la vida, igualdad, mínimo vital y vida digna, debiéndose precisar que las incapacidades otorgadas al señor PEDRO NOSSA RODRÍGUEZ, se produjeron como consecuencia de su diagnóstico de *"LESIÓN TUMORAL VESICAL, TUMOR UROTELIAL MUSCULOINVASOR CON TAC DE ABDOMEN CON EVIDENCIA DE COMPROMISO GANGLIONAR EN RETROPERITONEO, EN MANEJO CON QUIMIOTERAPIA NEOAYUVANTE Y CISTECTOMIA RADICAL MAS LINFADENE C TOMIA PELVICA Y RETROPERITONEAL "*, sin que a la fecha haya sido posible su reintegro a la vida laboral, ni la correspondiente calificación del porcentaje de pérdida laboral sufrida.

Así las cosas, en punto del análisis de procedibilidad, resulta preciso indicar que de acuerdo a lo definido por la H. Corte Constitucional, se encuentra demostrada la procedibilidad formal de la acción de tutela formulada por el señor PEDRO NOSSA RODRÍGUEZ, pues fueron aportados cada uno de los elementos de prueba de los cuales es posible inferir que su estado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

actual de salud lo sitúa en un alto grado de vulnerabilidad, circunstancia ampliamente agravada por el no pago de las incapacidades alegadas, impidiéndose por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES que se perciba un ingreso mínimo para él y para su núcleo familiar.

Y es que si bien es cierto la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES acude a la carencia de concepto favorable de rehabilitación para negarse al reconocimiento y pago de incapacidades, acudiendo para tal fin a lo preceptuado en el artículo 142 de la Ley 019 de 2012, a juicio de esta Corporación se evade la interpretación gestada por la H. Corte Constitucional, en donde se han erigido una serie argumentaciones dispuestas a proteger las prerrogativas mínimas de quienes por motivos de salud se han visto obligados a dejar sus puestos de trabajo.

En punto de lo anterior, es del caso señalar que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, prevé que en los casos en que *"exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud"*, y que en esos eventos *"la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador"*.

Lo anterior, de inicio impondría una interpretación según la cual, una vez remitido en término por la EPS el concepto favorable de rehabilitación, las incapacidades causadas después del día 180, deben ser pagadas al trabajador por la Administradora de Pensiones hasta tanto se califique la pérdida de su capacidad laboral con el fin de determinar si mejoró la patología que imposibilitaba su desempeño o, si por el contrario, su condición impide reincorporarse a sus tareas habituales, siendo procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Sin embargo, de acuerdo a la interpretación realizada por la H. Corte Constitucional en sentencia T-144/16, el concepto de rehabilitación, sea favorable o no, impone a la Administradora del



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

Fondo de Pensiones la remisión del afiliado a la junta de calificación de invalidez, ello con el fin de que sea calificada la pérdida de su capacidad laboral y, de acuerdo con el porcentaje de pérdida, determine si se le debe reconocer la pensión de invalidez o reintegrarlo a su cargo, o reubicarlo en uno acorde con su situación de incapacidad, *así como pagarle el subsidio de incapacidad mientras ello sucede.*

Implica lo dicho que el concepto sobre rehabilitación ha sido impuesto e interpretado como una condición que permite la ampliación del término de las incapacidades, pasados los primeros 180 días, por 360 días más, ello con el fin de que el paciente o afiliado pueda recuperarse con la plena convicción de que se encuentra amparado por un sistema de seguridad social que le garantiza un ingreso económico, interpretación pregonada y acogida ampliamente por la H. Corte Suprema de Justicia⁹, en donde claramente se ha señalado que *"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."

De este modo, claramente se denota 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.

En ese orden de ideas, existen suficientes elementos de juicio para considerar que al accionante, tal y como así lo consideró la primera instancia constitucional, le fueron vulnerados sus derechos a la dignidad humana, al mínimo vital y a la seguridad social en su faceta prestacional de pago de incapacidades pues por cuenta de la omisión de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, pues la ausencia de pago de las incapacidades laborales ordenadas por su

⁹ Sentencia STP8372 del 8 de junio de 2017. Rad. No. 92083



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

médico tratante acaece pese a que: el peticionario indicó en su escrito de tutela que no contaba con fuente de ingresos diferente al pago de su salario y, como se argumentó, estas incapacidades sustituyen el salario, de manera que su no pago en el presente asunto lesiona las garantías fundamentales del señor PEDRO NOSSA RODRÍGUEZ.

De los anteriores argumentos deviene la procedencia de la presente solicitud de amparo, pues la omisión de COLPENSIONES y el precario estado de salud del actor imponen la necesaria conclusión de que no se contaba con otra alternativa que acudir a este mecanismo constitucional para garantizar su mínimo vital, ello, por cuanto carece de recursos, además de que su núcleo familiar depende de sus ingresos y en la actualidad debe viajar a controles a la ciudad de Bogotá, tal y como así se refirió en el escrito de inicio.

En tal orden de ideas, no puede ser otra la conclusión a la cual arribe esta Corporación, que la de confirmar en forma íntegra la providencia emitida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Sogamoso el 15 de agosto de 2019.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo de tutela proferido por el JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO el 15 de agosto de 2019, en consideración a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Notificar esta decisión a los interesados por el medio más expedito y eficaz.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

TERCERO.- Remitir el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de este fallo.¹⁰

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada Ponente

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado

GLORIA INES LINARES VILLABA
Magistrada

¹⁰Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.