

Sentencia T-401/17

PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 180 DIAS-
Está a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el trabajador

Las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 540 DIAS-Marco normativo y jurisprudencial

El Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES-Reglas jurisprudenciales

DERECHO AL PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL-Orden a EPS y a Fondos de Pensiones, pagar subsidio por incapacidad

Referencia: Expediente T-6.019.000

Acción de tutela presentada por *Diana María* contra Sanitas EPS y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Procedencia: Juzgado Veinticuatro Civil del Circuito de Bogotá.

Asunto: Pago de incapacidades superiores a 180 y a 540 días.

Magistrada Ponente:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de junio de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado (E) Iván Humberto Escrucería Mayolo y las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia, proferido por el Juzgado Veinticuatro Civil del Circuito de Bogotá, el 16 de enero de 2017, que confirmó la decisión adoptada por el Juzgado Setenta y Uno Civil Municipal de Bogotá el 9 de noviembre de 2016, en el proceso de tutela promovido por la ciudadana *Diana María* contra la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. –Sanitas EPS– y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. –Protección AFP–.

Conforme a lo consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Tres de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia¹.

ADVERTENCIA PRELIMINAR:

Con la finalidad de proteger el derecho fundamental a la intimidad de la accionante, la Sala modificará su nombre en la versión pública de esta providencia, debido a que el presente proceso contiene datos personalísimos de la salud y la vida privada de la solicitante, que resultan especialmente

¹ El expediente de la referencia fue seleccionado y repartido a la Magistrada Sustanciadora por la Sala de Selección Número Tres de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados (E) Iván Humberto Escrucería Mayolo y Aquiles Arrieta Gómez el día 16 de marzo de 2017, de acuerdo con los criterios orientadores del proceso de selección de carácter (i) subjetivo, denominado ‘urgencia de proteger un derecho fundamental’ y (ii) objetivo, denominado ‘desconocimiento de un precedente de la Corte Constitucional’.

sensibles. Adicionalmente, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará a la Secretaría General de esta Corporación y a las autoridades judiciales de instancia, guardar estricta reserva respecto a la identificación de la actora².

De acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente, con fundamento en los siguientes

I. ANTECEDENTES

Diana María interpuso acción de tutela contra Sanitas EPS y Protección AFP, por considerar que las entidades accionadas vulneraron sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna debido a su negativa de reconocer y pagar las incapacidades por enfermedad común generadas con posterioridad al día 540.

A. Hechos y pretensiones

1. La accionante es una persona de 43 años de edad³, diagnosticada con *hipotiroidismo* y *trastorno afectivo bipolar tipo I*⁴ cuyos síntomas psicóticos, como los cambios repentinos de ánimo y los “*episodios maniacos y depresivos*”, han ocasionado incidentes de “*autoagresión con fines suicidas*” de acuerdo con su historia clínica, por lo cual ha presentado numerosas hospitalizaciones⁵ y varios intentos de suicidio⁶.

2. La tutelante asevera que se desempeñaba como directora administrativa en una empresa de ingeniería civil⁷. Sin embargo, debido a su cuadro clínico, se le prescribieron incapacidades médicas desde el año 2011⁸ las cuales, según afirma la actora, se tornaron ininterrumpidas⁹ a partir del 5 de abril de 2013 hasta la fecha de presentación de la acción de tutela (26 de octubre de 2016).

3. El 24 de junio de 2013, Sanitas EPS informó por escrito¹⁰ a Protección AFP que la afiliada presentaba incapacidades laborales superiores a los 90 días y

² El nombre de la accionante será sustituido por el de *Diana María*.

³ De acuerdo con la cédula de ciudadanía de la señora *Diana María*, visible en el folio 168 del cuaderno de primera instancia (Cuaderno No. 1), ésta nació el 4 de noviembre de mil novecientos setenta y tres 1973. Siempre que se haga mención a un folio se entenderá que se alude al Cuaderno No. 1 del expediente de tutela, salvo que se indique otra cosa.

⁴ De acuerdo con el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la accionante presenta un diagnóstico de “*Trastorno afectivo bipolar tipo I*” (Folio 380 reverso). Igualmente, según lo reseñado por la copia de las historias clínicas aportada por la accionante, su diagnóstico es de “*Trastorno afectivo bipolar*” (Folios 25 a 167).

⁵ Constan en la copia de las historias clínicas al menos seis hospitalizaciones posteriores al año 2011.

⁶ Se refieren aproximadamente 10 intentos de suicidio anteriores a 2011 y al menos seis posteriores a dicha fecha. Igualmente, se indica que se han presentado “*seis intentos de suicidio de alta letalidad, uno hace año y medio.*” De estos últimos, se presenta un relato en la copia de las historias clínicas. (28/02/17)

⁷ Folio 115 reverso, Cuaderno de Revisión de la Corte Constitucional (en adelante, Cuaderno No. 3).

⁸ En el folio 84 del cuaderno de revisión de la Corte Constitucional obra copia de la respuesta que Sanitas EPS le dio a la señora *Diana María* relacionada con el historial de las incapacidades otorgadas a su favor. En el listado se especifica que la primera incapacidad se prescribió desde el 14 de febrero de 2011 hasta el 24 del mismo mes y año.

⁹ Tal afirmación obra a Folio 1.

¹⁰ A folio 453 consta el concepto desfavorable de rehabilitación, emitido por la médica laboral Jhoana Andrea Chaves (adscrita a la EPS Sanitas) el 24 de junio de 2013.

que su pronóstico de rehabilitación era “*desfavorable*” ya que se le diagnosticó una “*enfermedad neuropsiquiátrica controlable pero no curable*”¹¹.

4. Cumplidos los 180 días de incapacidad y remitido el caso por Sanitas EPS a Protección AFP¹², Suramericana de Seguros, previa solicitud del referido fondo de pensiones, calificó el 9 de febrero de 2015 a la señora *Diana María* con una pérdida de capacidad laboral del 40.87% de origen común¹³.

5. Mediante dictamen del 25 de junio de 2015, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca resolvió la impugnación del anterior dictamen y estableció que la pérdida de capacidad laboral de la actora ascendía a un 41.27% y era de origen común¹⁴. La tutelante apeló la referida evaluación.

6. En el trámite de segunda instancia, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, a través del dictamen del 23 de diciembre de 2015, determinó que la actora presentaba una disminución ocupacional de origen común del 42.17%¹⁵.

7. La peticionaria señala que la EPS Sanitas canceló debidamente todas las incapacidades causadas hasta el día 180 (3 de octubre de 2013). Sin embargo, indica que a partir de dicho momento, ninguna de las entidades demandadas sufragó las mencionadas prestaciones económicas, pese a haber solicitado el pago de las incapacidades requeridas ante cada una de ellas. En efecto, la accionante elevó peticiones ante la AFP Protección¹⁶ y la EPS Sanitas¹⁷ los días 25 y 27 de julio de 2016, respectivamente. Sus respuestas se dieron en los siguientes términos:

- a. Protección AFP explicó que las administradoras de fondos de pensiones son responsables del reconocimiento y pago de incapacidades posteriores al día 181 siempre y cuando exista un pronóstico de recuperación favorable. Por tanto, dado que en el caso de la

¹¹ Folio 185.

¹² De acuerdo al escrito aportado por Sanitas EPS en sede de revisión, visible en el respaldo del folio 24 del cuaderno de revisión de la Corte Constitucional, esta entidad remitió el caso de la señora *Diana María* a la AFP Protección mediante oficio No. LM1DG-0209 del 24 de junio de 2013.

¹³ A folio 423 reverso y 424 obra la comunicación de Protección AFP en la que se le informa a la señora *Diana María* el resultado del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral emitido por Suramericana de Seguros en primera oportunidad (dictamen No. 52148190), con fecha del 9 de febrero de 2015. La fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral fijada en este dictamen es del 23 de octubre de 2014.

¹⁴ De folios 424 reverso a 426 consta el dictamen de pérdida de capacidad laboral en primera instancia, proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, con fecha de 25 de junio de 2015. La fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral fijada en este dictamen es del 16 de junio de 2015.

¹⁵ De folios 378 a 381 consta el dictamen de pérdida de capacidad laboral en segunda instancia, proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, con fecha de 23 de diciembre de 2015. La fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral fijada en este dictamen es del 16 de junio de 2015.

¹⁶ Folios 169 y 170.

¹⁷ Folios 173 y 174.

peticionaria tal concepto es desfavorable, la entidad argumentó que no procedía el pago de las prestaciones solicitadas¹⁸.

b. EPS Sanitas sostuvo que su obligación se limita al pago de las incapacidades generadas hasta el día 180, a partir del cual se deben tramitar estos auxilios ante el fondo de pensiones¹⁹.

8. Debido a que, según su historia clínica “*no está en capacidad de realizar ninguna labor formal*”²⁰, la accionante no ha podido incorporarse nuevamente a su cargo anterior, y se ha dedicado al cuidado de menores de edad y a elaborar llaveros para el comercio²¹.

9. En este orden de ideas, la accionante advierte que su situación es crítica ya que: (i) no ha percibido ningún ingreso económico desde el 3 de octubre de 2014²² por lo que depende económicamente de su madre (persona de 73 años de edad)²³ y de sus familiares; (ii) adeuda una suma importante de dinero²⁴; y (iii) continúa incapacitada. Además, expresa su inconformidad con el dictamen de pérdida de capacidad laboral que se encontraba en firme al momento de la presentación de la tutela y aduce que, mientras solicita la recalificación, requiere de los ingresos derivados de las incapacidades para subsistir.

10. Por lo expuesto, la señora *Diana María* presentó acción de tutela contra Sanitas EPS y Protección AFP, para solicitar el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas causadas con posterioridad al día 540²⁵ hasta el momento en el que se surta nuevamente el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral en forma definitiva.

B. Actuación procesal

Mediante auto de 28 de octubre de 2016²⁶, el Juzgado Setenta y Uno Civil Municipal de Bogotá avocó conocimiento de la acción de tutela y vinculó al Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA–, a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, a la Clínica del

¹⁸ La AFP Protección respondió a la petición formulada mediante oficio de 27 de septiembre de 2016. Folios 171 y 172.

¹⁹ La EPS Sanitas contestó a la solicitud elevada por la actora a través de comunicación del 30 de agosto de 2016, Folio 175.

²⁰ El 5 de abril de 2013, el médico tratante de la señora *Diana María* incluyó en su historia clínica la siguiente nota aclaratoria: “*paciente en proceso de pensión por invalidez por la cronicidad del cuadro afectivo y recurrencia del mismo. No está en capacidad de realizar ninguna labor formal. Se expide incapacidad médica por 30 días a partir de la fecha hasta el 4 de mayo de 2013*”. Folio 120.

²¹ Folio 125 reverso

²² Esta fecha corresponde al día 181 de incapacidades continuas, contadas a partir del 5 de abril de 2013.

²³ Para fundamentar sus afirmaciones, la accionante aporta una declaración extrajuicio que la señora *Josefina* rindió ante la Notaría 40 de Bogotá en la cual afirma que su hija *Diana María* depende económicamente de ella para todos sus gastos, ya que no percibe ingreso alguno (Folio 186).

²⁴ La actora aporta extractos de su tarjeta de crédito en los cuales figura una deuda por \$6.427.000. Se observa que la mayoría de las transacciones llevadas a cabo por este medio de pago corresponden a compras en supermercados y restaurantes (Folios 187 a 189).

²⁵ De conformidad con lo relatado por la actora, el día 540 de incapacidad se cumplió el 14 de octubre de 2014.

²⁶ Folio 203, Cuaderno No. 1.

Bosque²⁷, a la Clínica Campo Abierto y a la ARL Sura. Las siguientes entidades remitieron escrito de contestación:

Respuesta de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Después de llevar a cabo un recuento del proceso, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. –en adelante, AFP Protección– nuevamente sostuvo que la obligación de reconocer y pagar el subsidio por incapacidad pretendido por la accionante se encuentra a cargo de la EPS. En este sentido, expuso que el precedente de la Corte Constitucional que ordenaba a los fondos de pensiones el pago de las incapacidades causadas con posterioridad al día 540 tenía como presupuesto la existencia de un vacío normativo en la materia²⁸.

No obstante, estimó que a partir de la expedición de la Ley 1753 de 2015, la ausencia de regulación sobre incapacidades continuas que exceden el día 540 fue superada, pues en virtud del artículo 67 de dicha norma se asignó este deber a las entidades promotoras de salud. De este modo, consideró que se debía seguir la interpretación sistemática de dicho precepto, acogida por esta Corporación mediante la sentencia T-144 de 2016. Por tanto, esgrimió que en todos los casos suscitados a partir del 9 de junio de 2015 (momento en el cual entra en vigencia la Ley 1753 de 2015) se debe acatar dicha disposición legal.

Por otro lado, resaltó que en aquellos casos en los cuales el concepto de rehabilitación no es favorable, si la pérdida de capacidad laboral es inferior al 50%, el trabajador debe ser reintegrado a su cargo o reubicado en alguno acorde con su situación de incapacidad. También recordó que, debido al carácter subsidiario de la acción de tutela, no resulta ser este el mecanismo idóneo para reclamar el pago de prestaciones económicas.

Finalmente, concluyó que había cumplido con sus obligaciones legales al calificar la pérdida de capacidad laboral de la actora y solicitó condenar a la EPS Sanitas al pago de las incapacidades causadas con posterioridad al día 540.

Respuesta de la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. –Sanitas EPS–.

La entidad solicitó denegar por improcedente la acción de tutela, toda vez que el medio idóneo y principal para acceder a lo requerido por la tutelante es el mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud. Así mismo, estimó que no le son imputables las incapacidades de la tutelante generadas a partir del día 181 ni tampoco aquellas ocasionadas después del día 541²⁹.

²⁷ La entidad, pese a haber sido notificada en debida forma, no se pronunció.

²⁸ En relación con este punto, refirió las sentencias T-004 de 2014, T-404 de 2010, T-786 de 2009 y T-418 de 2006. La contestación de la entidad figura a folios 415 a 421.

²⁹ La contestación de la EPS Sanitas figura a folios 447 a 452.

Manifestó que validó y expidió 540 días de incapacidad, de los cuales asumió el pago de los subsidios correspondientes a los primeros 180 días. Sin embargo, en el periodo comprendido entre el día 181 y el día 540 los certificados de incapacidad *“fueron validados y expedidos sin prestación económica y con cargo a la AFP”*.

Precisó que para la fecha en la cual se cumplieron los 540 días de incapacidades médicas continuas, es decir el 15 de octubre de 2014, aún no había entrado en vigencia la Ley 1753 de 2015³⁰, la cual dispone en sus artículos 66 y 67 la creación de una entidad administradora del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cuyos recursos se destinaran, entre otros propósitos, al pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los 540 días continuos. Así mismo, destacó que la norma legal citada no resulta aplicable, en la medida en que la aludida institución (encargada de administrar los recursos del SGSSS) no ha entrado en funcionamiento y tal es un *“requisito necesario e indispensable para que sea la EPS la que asuma el pago de incapacidades que superen los 540 días”*.

Por lo anterior, consideró que la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios originados en incapacidades posteriores, tanto al día 180 como al 540, persiste en cabeza de la administradora de fondos de pensiones³¹.

Por último, solicitó su desvinculación de la acción de tutela, con fundamento en que: (i) el subsidio de incapacidad no puede reconocerse de manera indefinida; (ii) en casos como el de la accionante, la EPS respectiva se encuentra relevada de asumir las prestaciones económicas generadas por la incapacidad; y (iii) en su momento, la entidad informó a la AFP de la incapacidad prolongada de la accionante³². Igualmente, sostuvo que el amparo es improcedente para el reconocimiento de prestaciones de carácter económico y que la accionante puede acudir a otros mecanismos de defensa judicial como, por ejemplo, la jurisdicción laboral ordinaria y la Superintendencia Nacional de Salud³³.

Respuesta de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca.

En relación con la pretensión de la actora encaminada al pago de incapacidades, la institución resaltó que dicho aspecto es ajeno a sus competencias. Sin embargo, respecto de la petición de realizar nuevamente la calificación de pérdida de capacidad laboral, puso de presente que el artículo

³⁰ La Ley 1753 de 2015 entró en vigencia el 9 de junio de 2015.

³¹ Respecto del reconocimiento y pago de las incapacidades causadas con posterioridad al día 180, la EPS Sanitas puso de presente que la Corte Constitucional ha establecido que dicha obligación corresponde a las AFP. Para el efecto, citó las sentencias T-920 de 2009 y T-890 de 2008.

³² A folio 254 del Cuaderno No. 1 obra constancia de la remisión del concepto de rehabilitación expedido por la EPS Sanitas y las incapacidades validadas y expedidas al fondo de pensiones Protección. Dicha comunicación se encuentra fechada el 24 de junio de 2013.

³³ La EPS Sanitas refirió el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, según el cual *“(…) la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: (...) g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o del Empleador.”*

2.2.5.1.53 del Decreto 1072 de 2015 tiene previsto un procedimiento administrativo para tal propósito³⁴, el cual obedece al hecho de que la salud es una condición cambiante. Por tal motivo, recordó que la accionante puede solicitar la revisión del dictamen ante la entidad correspondiente del Sistema de Seguridad Social. Por último, pidió que la Junta Regional fuera desvinculada del proceso, por cuanto la entidad no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social – FOSYGA.

La institución señaló que, de acuerdo con el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, el Régimen Contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud se encuentra encargado de reconocer las incapacidades generadas por enfermedades generales, de conformidad con las disposiciones vigentes. Añadió que el auxilio por incapacidad es una prestación de tipo económico reconocida en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993. Según este marco legal, el reconocimiento y pago de incapacidades por contingencias de origen común para afiliados cotizantes se encuentra a cargo de la EPS hasta por el término de 180 días. Además, cuando exista concepto favorable de rehabilitación, la AFP postergará el trámite de calificación hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 y otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que la persona percibía³⁵.

Así mismo, el referido Ministerio citó varios fragmentos de la sentencia T-920 de 2009, en los cuales se establece el deber de los fondos de pensiones de asumir las incapacidades reconocidas a partir del día 180 en aquellos eventos en los que la persona fue calificada con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral inferior al 50% y, pese a ello, se le continúan prescribiendo incapacidades médicas por cuanto no ha logrado recuperar su capacidad de trabajo.

³⁴ **Artículo 2.2.5.1.53. Revisión de la calificación de incapacidad permanente parcial o de la Calificación de Invalidez.** *La revisión de la calificación de incapacidad permanente parcial o de la invalidez requiere de la existencia de una calificación o dictamen previo que se encuentre en firme, copia del cual debe reposar en el expediente. La Junta de Calificación de Invalidez, en el proceso de revisión de la calificación de la pérdida de capacidad laboral, solo puede evaluar el grado porcentual de pérdida de capacidad laboral sin que le sea posible pronunciarse sobre el origen o fecha de estructuración salvo las excepciones del presente artículo. Para tal efecto, se tendrá en cuenta el manual o la tabla de calificación vigente en el momento de la calificación o dictamen que le otorgó el derecho. En el Sistema General de Riesgos Laborales la revisión de la pérdida de incapacidad permanente parcial por parte de las Juntas será procedente cuando el porcentaje sea inferior al 50% de pérdida de capacidad laboral a solicitud de la Administradora de Riesgos Laborales, los trabajadores o personas interesadas, mínimo al año siguiente de la calificación y siguiendo los procedimientos y términos de tiempo establecidos en el presente capítulo, la persona objeto de revisión o persona interesada podrá llegar directamente a la Junta solo si pasados 30 días hábiles de la solicitud de revisión de la calificación en primera oportunidad esta no ha sido emitida. En los sistemas generales de riesgos laborales y de pensiones, la revisión pensional por parte de las Juntas será procedente a solicitud de la correspondiente Administradora de Riesgos Laborales o Administradora del Sistema General de Pensiones cada tres (3) años, aportando las pruebas que permitan demostrar cambios en el estado de salud y a solicitud del pensionado en cualquier tiempo. Copia de todo lo actuado deberá reposar en el expediente y se hará constar en la respectiva acta y en el nuevo dictamen.”*

³⁵ El Ministerio de Salud agregó que, cuando la EPS correspondiente no ha emitido el concepto de rehabilitación con destino a la AFP, el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 prevé, a título de sanción, que la entidad promotora de salud asuma el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad que devengaba el paciente. La respuesta de la entidad obra a folios 471 y 472.

Para culminar, en relación con las incapacidades que superan los 540 días continuos aseveró que, una vez expedida la reglamentación que permita desarrollar y ejecutar la Ley 1753 de 2015³⁶, “*se contará con las herramientas necesarias para el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días continuos cuando sean de origen común*”.

Respuesta de la Clínica Campo Abierto

La Institución Prestadora de Salud recordó que entre sus funciones no se encuentra el pago de incapacidades y pidió su desvinculación del presente proceso, toda vez que sus actuaciones adelantadas se ajustan a la ley y no han ocasionado afectación alguna en los derechos fundamentales de la actora.

Respuesta de la ARL SURA

La ARL Sura solicitó que la acción de tutela fuera declarada improcedente respecto de dicha institución, por no haber vulnerado los derechos fundamentales de la accionante. Indicó que las patologías que originaron las incapacidades requeridas son de origen común, de conformidad con lo establecido por el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Por tanto, la entidad llamada a pagar las prestaciones económicas referidas es la EPS o la AFP, según corresponda.

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Setenta y Uno Civil Municipal de Bogotá, mediante sentencia de 9 de noviembre de 2016, concedió el amparo solicitado por considerar que la acción se hallaba dirigida a evitar la configuración de un perjuicio irremediable, pues estimó que la única fuente de ingresos de la tutelante era su salario y, por consiguiente, dependía de los subsidios de incapacidad para subsistir³⁷.

Estableció que el reconocimiento y pago de incapacidades médicas sustituye al salario durante el tiempo en el que el trabajador permanece retirado de sus labores debido a una enfermedad. Por tanto, es una prestación que garantiza la salud del trabajador pues le permite recuperarse de manera satisfactoria. En tal sentido, encontró acreditado que la falta del auxilio de incapacidad amenazaba la existencia de la accionante, pues este garantizaba su subsistencia económica, su vida digna y su mínimo vital, así como su derecho a la salud.

No obstante, el fallador sostuvo que para el momento en que se cumplieron los 540 días continuos de incapacidad, esto es, el 15 de octubre de 2014, no se encontraba en vigencia la Ley 1753 de 2015. Además, explicó que dicha norma tampoco es aplicable actualmente, en la medida en que no se encuentra

³⁶ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “*Todos por un nuevo país*”.

³⁷ La sentencia de primera instancia se encuentra a folios 474-485.

en funcionamiento la entidad administrativa de los recursos del SGSSS la cual, en criterio del juzgador, constituye un requisito necesario e indispensable para que pueda imputarse a las EPS el deber de asumir el reconocimiento y pago de las incapacidades posteriores al día 540. En otras palabras, la existencia de la entidad que ejercería las funciones del FOSYGA es una condición necesaria para que las EPS se encarguen de tales prestaciones.

Por consiguiente, con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional³⁸, determinó que correspondía a la AFP Protección sufragar las incapacidades médicas adeudadas a la tutelante, desde el día 540 de incapacidad hasta el restablecimiento de su salud o la calificación definitiva de su pérdida de capacidad laboral. Aunado a ello, estimó que el amparo concedido tenía carácter transitorio, en la medida en que su vigencia persistiría hasta la recuperación de la actora o hasta el reconocimiento de su derecho pensional.

Impugnación

Inconforme con el fallo de primera instancia, la AFP Protección presentó escrito de impugnación. En su criterio, el pago de las incapacidades adeudadas es una responsabilidad exclusiva de la EPS, por ser posteriores al día 540. Explicó que el precedente de la Corte Constitucional según el cual el subsidio de incapacidad después del día 540 se encontraba a cargo de las administradoras de fondos de pensiones no resulta aplicable, en la medida en que dicha jurisprudencia se estableció en una situación jurídica diferente a la actual, en la que existía un vacío normativo y no se tenía certeza acerca de cuál era la entidad responsable de asumir tal prestación económica.

Sostuvo que mediante los artículos 66 y 67 de la Ley 1753 de 2015, el Legislador impuso la obligación al Sistema General de Seguridad Social en Salud de sufragar las incapacidades superiores a los 540 días continuos. Por lo tanto, en virtud de una interpretación sistemática de tales disposiciones, que fue ratificada por la Corte Constitucional mediante la sentencia T-144 de 2016, la entidad recurrente concluyó que dichas prestaciones están a cargo de las EPS. Agregó que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional actual, no se exige la creación de ninguna institución para que las EPS paguen tales prestaciones.

Debido a lo anterior, solicitó al juez de segunda instancia revocar la decisión del *a quo* y ordenar a la EPS Sanitas el pago del subsidio por incapacidad causado con posterioridad al día 540.

Sentencia de segunda instancia

El 16 de enero de 2017, el Juzgado Veinticuatro Civil del Circuito de Bogotá revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, declaró improcedente la acción de tutela interpuesta³⁹.

³⁸ Particularmente en las sentencias T-920 de 2009 y T-333 de 2013.

³⁹ La sentencia de segunda instancia figura a folios 9 a 16 del cuaderno de segunda instancia (Cuaderno No. 2).

En primer lugar, precisó que, de acuerdo con la ley y la jurisprudencia, la responsabilidad del pago de incapacidades continuas por enfermedad común superiores a 180 días corresponde al fondo de pensiones tanto si existe concepto favorable de recuperación como si no se cuenta con el mismo, hasta el momento en que se produzca un dictamen sobre pérdida de capacidad laboral o se restablezca la salud del paciente y, de este modo, se reintegre al empleo. Lo anterior, debido a que el precedente de la Corte Constitucional había determinado que existía un déficit de protección en relación con el reconocimiento y pago del auxilio cuando se trataba de incapacidades posteriores a 540 días.

Sin embargo, y tal como fue reconocido en la sentencia T-144 de 2016, tal carencia legislativa culminó con la expedición del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015. Sobre el particular, consideró que la referida norma se encuentra vigente en aplicación del mandato contenido en el artículo 53 de la Ley 4ª de 1913⁴⁰.

En segundo lugar, advirtió que la acción de tutela procede para reclamar el pago de incapacidades laborales, en tanto se presume que es la única fuente para garantizar la subsistencia de los trabajadores que presentan una pérdida de capacidad laboral temporal. No obstante destacó que, en el caso concreto, la tutelante no hizo ninguna exposición de la composición de su núcleo familiar ni de su situación económica actual, por lo cual no se demostró ni siquiera sumariamente la afectación en el mínimo vital de la accionante y su familia, ocasionada por la ausencia de pago en sus incapacidades.

Finalmente, el *ad quem* advirtió la “*inactividad absoluta*” de la demandante, pues no se evidenció que hubiera reclamado las prestaciones adeudadas sino hasta 2016, es decir, más de dos años después de que iniciaran las incapacidades continuas (esto es, en octubre de 2013). En contraste, evidenció que la actora tuvo una intensa actividad para impugnar los distintos dictámenes de pérdida de capacidad laboral. Por tanto, con base en la sentencia T-769 de 2011, consideró que el amparo no satisfacía los requisitos mínimos de inmediatez y diligencia exigidos para la procedencia de la tutela en este tipo de asuntos.

D. Actuaciones llevadas a cabo por la Corte Constitucional en sede de revisión

Mediante auto de 8 de mayo de 2017, esta Corporación vinculó a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y solicitó algunas pruebas con el fin de contar con elementos de juicio adicionales para resolver el asunto.

⁴⁰ De conformidad con la Ley 4 de 1913 (sobre Régimen Político y Municipal) “**Artículo 52.** La ley no obliga sino en virtud de su promulgación, y su observancia principia dos meses después de promulgada. (...) **Artículo 53.** Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los casos siguientes. 1. **Cuando la ley fije el día en que deba principiar a regir, o autorice al gobierno para fijarlo, en cuyo caso principiará a regir la ley el día señalado.**” (Resaltado fuera del texto original).

Respuesta de la accionante *Diana María*

De manera escrita, la actora absolvió las preguntas formuladas por la Magistrada Sustanciadora, en los siguientes términos:

- a) En relación con los medios de subsistencia con los que ha contado desde el momento en el que, según afirma, iniciaron sus incapacidades continuas, la accionante indicó que no trabaja⁴¹, pero que se dedica a la venta de diferentes artesanías y manualidades, las cuales aprendió a elaborar en sus terapias ocupacionales. También, señaló que recibe \$200.000 mensuales por el cuidado de la mascota de su hermano. Igualmente, resaltó que su familia la ha apoyado económicamente y ha asumido varias necesidades suyas, entre las que se encuentran el pago de sus servicios públicos domiciliarios y sus gastos personales. Además, aclaró que su madre no es pensionada y que deriva sus ingresos del arrendamiento de un inmueble familiar. Finalmente, informó que es beneficiaria del subsidio de transporte de la tarjeta del SITP de Bogotá, para personas con discapacidad. En consecuencia, indicó que sus ingresos por los anteriores conceptos ascienden a \$572.000.
- b) En cuanto a los egresos mensuales, la accionante afirmó que destina \$100.000 a su alimentación, \$50.000 a su cuidado personal, \$120.000 a transporte, \$250.000 a vivienda y \$150.000 al pago de las cuotas de sus tarjetas de crédito⁴².
- c) Respecto de la composición de su grupo familiar, relató que el mismo está integrado por su padre, madre, hermano y hermana. Añadió que sus padres son separados y que, pese a vivir con su madre, su padre aporta \$100.000 para su manutención, dinero que proviene de su pensión. De igual modo, informó que no tiene personas a cargo y que el único inmueble que posee, en calidad de vivienda familiar, es un apartamento⁴³.
- d) En lo atinente a la actividad administrativa desplegada por la accionante para el pago de las incapacidades adeudadas, aquella afirmó haber formulado 18 peticiones ante las entidades accionadas⁴⁴ y dos quejas ante la Superintendencia

⁴¹ La accionante explica que se encuentra vinculada a la empresa *Construcciones AG Ltda.*, la cual figura como empleador cotizante. Igualmente, explicó que su hermano es socio de dicha empresa, en la cual desempeñó diferentes cargos hasta el momento en que comenzaron a prescribirle incapacidades. Folio 115 reverso del cuaderno de la Corte Constitucional (en adelante Cuaderno No. 3).

⁴² La actora indica que dichas deudas fueron "*adquiridas cuando trabajaba*" (Folio 115 Reverso del Cuaderno No.3).

⁴³ Folios 148 a 150 del Cuaderno No.3.

⁴⁴ La tutelante adujo haber presentado varias "*solicitudes de información*" (los días 16 de octubre de 2014, 21 de julio de 2015, 20 de agosto de 2015, 15 de julio de 2016, 27 de julio de 2016, 21 de febrero de 2017, 1 de marzo de 2017, y 17 de abril de 2017 ante la EPS Sanitas e, igualmente, los días 4 de junio de 2014, 8 de noviembre de 2014, 12 de noviembre de 2014, 25 de julio de 2016, 10 de febrero de 2017 y 22 de marzo de 2017 ante la AFP Protección) y algunos "*derechos de petición*" (los días 21 de julio de 2015, 27 de julio de 2016, 8 de febrero de 2017, 10 de marzo de 2017 ante la EPS Sanitas e, igualmente, el 10 de febrero de 2017 y el 22 de marzo de 2017 ante la AFP Protección). Dicha información se encuentra relacionada en los folios

Nacional de Salud: una contra de Sanitas EPS (debido a su negativa a recibir incapacidades para su transcripción⁴⁵) y otra contra de la AFP Protección (por la omisión en la respuesta a una solicitud⁴⁶). La accionante allegó copias de las peticiones escritas presentadas ante ambas entidades⁴⁷. Por otra parte, señaló que no ha iniciado ningún proceso judicial dirigido a obtener lo pretendido a través de la presente acción de tutela.

- e) Adicionalmente, indicó que solicitó la revisión de la calificación de pérdida de capacidad laboral mediante petición dirigida el 22 de marzo de 2017 a la AFP Protección⁴⁸.
- f) Finalmente, presentó una relación de incapacidades según la cual había completado, a la fecha de remisión de dicho documento, un total de 1136 días de incapacidad⁴⁹. Así mismo, manifestó que ha sido hospitalizada en más de 15 ocasiones en los últimos diez años⁵⁰.

La señora *Diana María* aportó nuevas historias clínicas correspondientes a los meses posteriores a la presentación de la tutela⁵¹. Igualmente, allegó certificados de incapacidad⁵² correspondientes a los siguientes períodos:

Cuadro No. 1 – Certificados de incapacidad allegados por la actora.

Inicio	Fin	No. de certificados	Total días
05/04/2013	26/10/2013	7	204
13/11/2013	07/11/2014	13	359
12/11/2014	10/05/2015	4	180
03/11/2015	02/01/2016	2	60
11/04/2016	13/05/2016	1	33
26/07/2016	22/11/2016	4	120
19/12/2016	13/06/2017	6	180

154 y 155 del Cuaderno No. 3. Así mismo, la accionante aporta copia de las peticiones y solicitudes elevadas entre los folios 156 a 184 del Cuaderno No. 3.

⁴⁵ De acuerdo con el escrito remitido por la accionante en sede de revisión, tal queja se habría interpuesto el 4 de abril de 2017. Folio 154 del cuaderno de revisión de la Corte Constitucional. Sin embargo, no obra constancia de la quejas interpuesta ante la Superintendencia Nacional de Salud entre los documentos aportados por la actora.

⁴⁶ Sobre el particular, la accionante manifestó lo siguiente: “A la fecha NO HE RECIBIDO RESPUESTA DE LA SUPERINTENDENCIA. También mediante email el 28 de abril notifique al AFP PROTECCION que no habían respondido mi derecho de petición ante lo cual me informaron que recibiría respuesta el 19 de mayo de 2017” (Folio 184 del Cuaderno No.3). Sin embargo, no obra constancia de la quejas interpuesta ante la Superintendencia Nacional de Salud entre los documentos aportados por la actora.

⁴⁷ En relación con la EPS Sanitas, las peticiones figuran a folios 160 al 163, 166 al 174 y 177 al 183 del Cuaderno No. 3. Por otra parte, en cuanto a las solicitudes de información elevadas ante la AFP Protección ellas constan a folios 175 y 177 a 181 del Cuaderno No. 3. Cabe destacar que en el caso de la AFP Protección se presentaron más peticiones que las relacionadas, pues se cuenta con solicitudes desde el año 2014.

⁴⁸ La petición, radicada ante AFP Protección el 23 de marzo de 2017, se encuentra visible en los folios 185 al 190 del Cuaderno No.3.

⁴⁹ Folio 116, Cuaderno No. 3.

⁵⁰ Folio 115, Cuaderno No. 3.

⁵¹ Las copias de las historias clínicas figuran entre los folios 192 y 239 del Cuaderno No. 3.

⁵² Las copias de las órdenes de incapacidades otorgadas a la señora *Diana María* se encuentran visibles desde el folio 129 hasta el folio 145 del Cuaderno No. 3.

Respuesta de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

En su escrito de contestación a la acción de tutela, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez describió los resultados del dictamen de pérdida de capacidad laboral practicado a la señora *Diana María* y transcribió el análisis y las conclusiones contenidas en el mismo, las cuales pueden resumirse así: “(...) *paciente de 43 años de edad con diagnóstico de trastorno bipolar con compromiso cognoscitivo actualmente controlado e hipotiroidismo tratado médicamente y controlado; hallazgos corroborados a la valoración médica realizada por esta Junta, calificado acorde a la [historia] clínica del paciente y los parámetros contemplados en el Decreto 919 de 1999 (...) y no se evidencian elementos clínicos de juicio que permitan modificar la calificación (...)*”. Además, señaló que no se registraba una nueva calificación⁵³.

Respuesta de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

En respuesta al requerimiento formulado en sede de revisión, la entidad allegó copia de varias incapacidades registradas en sus bases de datos, las cuales datan de varios períodos entre el 14 de febrero de 2011 y el 14 de octubre de 2014⁵⁴.

Así mismo, aportó copia de un escrito remitido al juez de primera instancia, en el cual la AFP Protección advirtió acerca de la “*imposibilidad jurídica*” para el pago de las incapacidades ordenadas por el fallador, por cuanto no se había logrado determinar el monto de las prestaciones que debían sufragarse en cumplimiento de la orden judicial. En dicho documento, el fondo de pensiones adujo que la EPS Sanitas únicamente había expedido incapacidades hasta el 14 de octubre de 2014 (fecha que corresponde al día 540 de incapacidad), por lo cual no se tenían los soportes documentales necesarios para acatar el fallo.

De igual modo, indicó que los certificados que se anexan al escrito de tutela corresponden a períodos posteriores al 12 de marzo de 2015. Por ende, la AFP concluyó que había existido una interrupción en las incapacidades y, por tanto, su pago correspondía a la EPS.

Respuesta de la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A. –Sanitas EPS–

A través de escrito, Sanitas EPS se refirió a la solicitud probatoria formulada por esta Corporación. Reiteró que (i) entre el 5 de abril de 2013 y el 10 de mayo de 2015 validó y expidió 744 días de incapacidad con origen común a favor de la accionante y (ii) reconoció económicamente los primeros 180 días⁵⁵.

⁵³ La respuesta de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez figura a folios 78 y 79 del Cuaderno No. 3.

⁵⁴ La respuesta de la AFP Protección obra a folios 81 a 95 del Cuaderno No. 3.

⁵⁵ La respuesta de la EPS Sanitas figura a folios 24 a 77 del Cuaderno No. 3.

Agregó que el 24 de junio de 2013, de manera escrita, remitió a la AFP Protección el caso de la accionante anexando el concepto de rehabilitación desfavorable y la validación de las incapacidades de los 564 días adicionales⁵⁶. Resaltó que, en los casos en los que el concepto de rehabilitación es desfavorable, las administradoras de fondos de pensiones pueden iniciar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral a partir del día 181 de incapacidad. Sin embargo, Protección AFP calificó la pérdida de capacidad laboral de la accionante en primera oportunidad el 9 de febrero de 2015, es decir, casi dos años después de los primeros 180 días de incapacidad.

Expresó que las incapacidades comprendidas entre el 3 de noviembre de 2015 y el 15 de mayo de 2017 fueron devueltas al empleador, toda vez que la accionante presenta varios períodos “descubiertos”, es decir, en los que no ha estado incapacitada⁵⁷. Finalmente, señaló que para el 14 de octubre de 2014 (fecha en la que se cumplieron 540 días de incapacidad), la Ley 1753 de 2015 no se encontraba vigente por lo que, en atención al Decreto 019 de 2012, el pago de las incapacidades correspondía al fondo de pensiones.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de análisis y problema jurídico

2. La ciudadana *Diana María* presentó acción de tutela contra la AFP Protección y la EPS Sanitas con el propósito de obtener la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna. Sostuvo que la afectación de los derechos invocados se produjo como consecuencia de la negativa de las accionadas a reconocer y pagar los subsidios correspondientes a las incapacidades médicas. Además, manifestó su inconformidad con el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que determinó un porcentaje de 42.17% de pérdida de capacidad laboral y su intención de controvertirlo. Por tal motivo, se vinculó al proceso a dicha institución.

3. La AFP Protección sostuvo que la obligación de reconocer y pagar el subsidio por incapacidad pretendido por la accionante se encuentra a cargo de

⁵⁶ Comprendidos entre el 3 de octubre de 2013 y el 10 de mayo de 2015.

⁵⁷ Según indica, dichos períodos van del 11 de mayo de 2015 al 2 de noviembre de 2015, del 2 de enero de 2016 al 10 de abril de 2016, del 4 de mayo de 2016 al 25 de julio de 2016, del 23 de noviembre de 2016 al 18 de diciembre de 2016 (Folio 25 reverso del Cuaderno No. 3).

la EPS, en virtud de lo señalado en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 que, en su criterio, impone tal deber. También recordó que, debido a su carácter subsidiario, la tutela no es un mecanismo idóneo para reclamar el pago de incapacidades.

Por su parte, la EPS Sanitas solicitó denegar por improcedente el amparo, pues el mecanismo judicial idóneo es el recurso ante la Superintendencia de Salud. En subsidio de lo anterior, pidió su desvinculación del proceso de tutela dado que el pago de las incapacidades reclamadas no resulta imputable a la entidad pues la Ley 1753 de 2015 no se encontraba vigente al momento en el que se cumplieron los 540 días de incapacidad continua y, en todo caso, la citada norma legal no puede ser aplicada por la falta de creación de la entidad encargada de administrar el SGSSS. En la misma línea, el Ministerio de Salud y Protección Social –FOSYGA expresó que no resultaba posible aplicar la citada norma legal en relación con el pago de incapacidades superiores a 540 días, debido a la ausencia de reglamentación que permitiera ejecutarla.

4. El juez de primera instancia concedió la protección invocada, por considerar que el amparo se dirigía a evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Por ende, ordenó a la AFP Protección sufragar las incapacidades médicas adeudadas a la actora desde el día 540 de incapacidad. El fondo de pensiones accionado impugnó la decisión de instancia y argumentó que el pago de las incapacidades adeudadas era una responsabilidad exclusiva de la EPS, por ser estas posteriores al día 540.

A su turno, el juez de segunda instancia revocó el fallo proferido por el *a quo* y, en su lugar, declaró improcedente la tutela por estimar que no se acreditaba el requisito de inmediatez exigido para la procedencia de la tutela, debido a la ausencia de actividad de la actora orientada a reclamar el pago de los auxilios de incapacidad adeudados.

5. De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional deberá determinar si la acción de tutela es procedente para solicitar el pago de las incapacidades reclamadas en el presente asunto. Verificado lo anterior, deberá resolver: ¿si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna de la accionante al negarse a reconocer y asumir el auxilio correspondiente a las incapacidades originadas con posterioridad al día 180, con fundamento en que, en su criterio, dicha obligación no se encuentra a su cargo?

Para responder a los problemas jurídicos anteriormente enunciados, la Sala examinará inicialmente la procedencia de la acción de tutela. De superarse el análisis de procedibilidad del amparo, se abordará el marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades laborales superiores a 180 días y a 540 días. Finalmente, se emprenderá el estudio del caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela⁵⁸.

Legitimación en la causa por activa y por pasiva

6. Conforme al artículo 86 de la Carta Política, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

En el caso objeto de estudio, se encuentra acreditado que la señora *Diana María* tiene **legitimación por activa** para formular la acción de tutela de la referencia, en la medida en que es titular de los derechos constitucionales fundamentales cuya defensa inmediata invoca.

7. Por su parte, la legitimación por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso⁵⁹. Según los artículos 86 de la Constitución Política y 1° del Decreto 2591 de 1991, la tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares. Al respecto, cabe indicar que el amparo procede contra personas naturales o jurídicas de naturaleza privada en varios casos, entre los cuales se encuentran las situaciones de subordinación o de indefensión, los agentes encargados de la prestación de servicios públicos, los medios de comunicación, entre otros⁶⁰.

En el asunto de la referencia, las entidades que fungen como demandadas son particulares que prestan los servicios públicos de salud y de seguridad social y que, en todo caso, forman parte del Sistema General de Seguridad Social, por lo que contra ellas procede la tutela. Así mismo, cabe anotar que, de acuerdo con los artículos 41 y 42 de la Ley 100 de 1993, las juntas de calificación de invalidez son organismos de creación legal, conformados por particulares. Sin embargo, aunque a primera vista podría pensarse que se trata de entidades privadas, esta Corporación ha señalado que las juntas de calificación de invalidez son “*verdaderos órganos públicos pertenecientes al sector de la seguridad social que ejercen una función pública*”⁶¹, razón por la cual también es procedente el amparo respecto de ellas. Por consiguiente, se encuentra demostrada la **legitimación por pasiva** de las personas jurídicas accionadas en el presente trámite.

⁵⁸ Con el objetivo de respetar el precedente constitucional, promover una mayor eficiencia en la administración de justicia y habida cuenta de que la Corte Constitucional ha decantado un estándar para resumir de manera detallada las reglas jurisprudenciales sobre los requisitos de procedencia de la acción de tutela se tomarán como modelo de reiteración los parámetros fijados por la Magistrada Sustanciadora en las sentencias T-163 de 2017, T-662 de 2016, T-594 de 2016 y T-144 de 2016.

⁵⁹ Sentencia T-373 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶⁰ Artículo 42 y siguientes del Decreto Ley 2591 de 1991.

⁶¹ Sentencias C-914 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y C-1002 de 2004 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Subsidiariedad

8. El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

9. En virtud de tal principio, esta Corporación ha señalado que, de manera general, las acciones de tutela no proceden para el reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, ya que los mismos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de los procesos laborales ordinarios.

En efecto, el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, 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*”.

Así mismo, la Corte Constitucional ha reiterado que el conocimiento de ese tipo de solicitudes exige la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces escapan a la competencia del juez de tutela. De esta manera, es claro que la improcedencia es una regla general para reclamar el reconocimiento y pago de incapacidades⁶².

10. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad⁶³: (i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.

⁶² Véanse, entre otras, sentencias T-968 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T.404 de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa.

⁶³ Sentencia T-662 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos⁶⁴.

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

11. La Corte ha entendido que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de salud y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permitirá *“recuperarse satisfactoriamente (...) 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”*⁶⁵.

Por lo anterior, reiteradamente la jurisprudencia constitucional ha señalado que *“los mecanismos ordinarios instituidos para [reclamar el pago del auxilio por incapacidad], 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”*⁶⁶.

12. En el caso concreto, es indispensable destacar que la accionante: (i) no desarrolla ninguna actividad laboral formal, aunque percibe \$200.000 mensuales por el cuidado de la mascota de su hermano y recibe ingresos esporádicos por la venta de artesanías y manualidades que elabora; (ii) vive con su madre, quien es una mujer de 73 años de edad que deriva sus ingresos del arrendamiento de un inmueble; y (iii) los servicios públicos domiciliarios son sufragados por sus familiares.

Así las cosas, se observa que las ayudas brindadas por sus parientes han aliviado las consecuencias económicas que la actora y su núcleo familiar soportan con ocasión del trastorno afectivo bipolar que ella presenta y han evitado que se encuentre en condiciones de extrema necesidad. No obstante, la Sala estima que la asistencia derivada de la solidaridad familiar no logra suplir

⁶⁴ Sentencias T-163 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); T-328 de 2011 M.P. (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-456 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-136 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), entre otras.

⁶⁵ Sentencia T-311 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁶⁶ Ver, entre otras, las sentencias T-311 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-920 de 2009, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-468 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-182 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo; T-140 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

las necesidades básicas y mínimas de la accionante. Además, la estabilidad de tales fuentes de ingresos es indeterminada e incierta, razón por la cual su mínimo vital se encuentra ante una amenaza inminente.

Lo anterior se evidencia en la medida en que la señora *Diana María*, debido a sus necesidades económicas, se ha visto obligada a recurrir a tareas no relacionadas con su formación profesional (como ingeniera industrial) ni con su experiencia laboral (en la cual ocupó cargos como el de directora administrativa) para lograr reunir recursos que posibiliten su subsistencia.

Adicionalmente, se advierte que la accionante adquirió una tarjeta de crédito con un almacén de cadena, cuya deuda actual asciende a la suma de \$6.320.528. Del análisis de los extractos de dicho medio de pago, aportados en el trámite de tutela⁶⁷, se constata que la mayoría de las compras se han realizado en supermercados y otros establecimientos de comercio de alimentos, por sumas que oscilan entre los \$370.000 y los \$30.000 en cada transacción. En ese sentido, se concluye que la mayor parte de la suma que actualmente adeuda la tutelante se deriva de la compra de víveres para el consumo de su hogar.

También, conviene señalar que la actora ha sido calificada en tres oportunidades con una pérdida de capacidad laboral superior al 40% e inferior al 50% y, de acuerdo con la valoración de su médico tratante, la enfermedad que ocasiona su disminución ocupacional es controlable pero no curable⁶⁸ lo que le impide desarrollar alguna actividad laboral formal⁶⁹. Para agravar la anterior situación, la ausencia de pago del subsidio de incapacidad reclamado por la accionante la sitúa en una circunstancia de vulnerabilidad debido al deterioro de su salud mental.

13. En virtud de lo anterior, la Sala considera que los medios judiciales ordinarios en el presente caso carecen de la idoneidad necesaria para conjurar la situación de vulneración de derechos fundamentales que padece la accionante. Ello se sustenta en: (i) el deterioro progresivo y marcado del mínimo vital de la accionante, que se evidencia en los aspectos anteriormente mencionados y (ii) su situación de desventaja derivada de sus circunstancias de vulnerabilidad que, a su vez, se originan en su situación de salud debido a que, en su caso concreto, la enfermedad ha sido incapacitante.

Así mismo, se observa que existe una amenaza grave e inminente sobre el mínimo vital de la peticionaria, la cual requiere de medidas urgentes e impostergables para evitar su configuración. En consecuencia, la Sala estima que la presente acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad, pues pese a la existencia de otros mecanismos judiciales para efectuar este reclamo, los mismos no resultan idóneos ni eficaces para su situación particular.

⁶⁷ Folio 389.

⁶⁸ Folio 185.

⁶⁹ El 5 de abril de 2013, el médico tratante de la señora *Diana María* incluyó en su historia clínica la siguiente nota aclaratoria: “paciente en proceso de pensión por invalidez por la cronicidad del cuadro afectivo y recurrencia del mismo. No está en capacidad de realizar ninguna labor formal. Se expide incapacidad médica por 30 días a partir de la fecha hasta el 4 de mayo de 2013”. Folio 120.

Inmediatez

14. El principio de inmediatez previsto en el referido artículo 86 Superior, es un límite temporal para la procedencia de la acción de tutela. De acuerdo con este mandato, la interposición del amparo debe hacerse dentro de un plazo razonable, oportuno y justo⁷⁰, toda vez que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales⁷¹.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, la estimación del plazo razonable para la formulación de la acción de tutela debe verificarse en cada caso, a partir de un ejercicio de interpretación judicial sobre sus particularidades⁷². Para comprobar si el término en el cual se acudió a la jurisdicción constitucional es congruente con el principio de inmediatez es necesario valorar que: (i) existan razones válidas para justificar la inactividad del accionante, entre las cuales se enlistan situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o, en general, la incapacidad del tutelante para ejercer la acción en un tiempo razonable⁷³; (ii) la amenaza o vulneración permanezca en el tiempo, a pesar de que el hecho que la originó sea antiguo⁷⁴; o (iii) la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable, resulte desproporcionada en razón de una situación de debilidad manifiesta del accionante, por ejemplo, en casos de interdicción, minoría de edad, abandono, o incapacidad física⁷⁵.

La ocurrencia de cualquiera de los referidos eventos se traduce en la satisfacción del requisito de inmediatez, aunque la instauración de la acción de tutela sea distante en el tiempo respecto del momento en que ocurrió la conducta de la que surge la vulneración de los derechos que se pretende proteger.

15. En relación con el pago de incapacidades expedidas mucho antes de la instauración de la acción de tutela, se ha considerado que la procedencia del amparo está condicionada a la diligencia del peticionario respecto de la omisión o respuesta negativa de las entidades responsables⁷⁶. Se ha tenido en

⁷⁰ Sentencias T-834 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-887 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁷¹ Sentencia T-246 de 2015. M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

⁷² Así en la sentencia T-246 de 2015, M. P. María Victoria Calle Corre, esta Corte señaló que “[...] *no existe un término establecido como regla general para interponer la acción de tutela, ni siquiera cuando se trate de tutelas contra providencias judiciales. Así, el requisito de la inmediatez deberá ser abordado desde la discrecionalidad y autonomía judicial, con el fin de que cada juez evalúe si la solicitud fue presentada dentro de un plazo razonable y proporcional* [...]”.

⁷³ Sentencias T-1009 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-299 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo, entre otras.

⁷⁴ Sentencia T-788 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁷⁵ Sentencia T-410 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁷⁶ Al respecto, la sentencia T-182 de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo, señaló: “*En el presente caso, si bien es cierto que la accionante presentó la acción de tutela en el mes de julio de 2010, luego de haber transcurrido más de un año y tres meses desde que la entidad accionada decidió no seguir cancelando sus incapacidades, no es menos cierto que la peticionaria siempre ha adoptado una actitud diligente para la protección de sus derechos fundamentales, toda vez que está siempre ha recurrido los actos administrativos que le han sido adversos, como lo reconoció la accionada, al señalar que la señora María Nelly Toro Carvajal apeló el dictamen proferido por la Comisión Médico Laboral que le determinó una pérdida de capacidad laboral del 31.90%. Este recurso fue resuelto por la Junta Regional de Calificación de Invalidez,*

cuenta también el lapso transcurrido entre la negativa a sufragar la prestación debida y la formulación de solicitud de amparo⁷⁷.

16. En el proceso de la referencia, la Sala Quinta de Revisión encuentra demostrado que (i) la señora *Diana María* radicó ante Sanitas EPS ocho peticiones escritas en las que requería el pago del auxilio por incapacidad prescrito a su favor⁷⁸, además de las solicitudes de transcripción de incapacidades que, según consta en el plenario, se formularon con frecuencia; (ii) la actora elevó al menos seis peticiones ante la AFP Protección, en las cuales solicitaba que la entidad reconociera y asumiera las incapacidades prescritas⁷⁹; (iii) entre la fecha en la que presentó la última petición⁸⁰ y la fecha en la que instauró la acción de tutela⁸¹ transcurrieron solo tres meses; y (iv) la peticionaria ha sido incapacitada a causa del mismo cuadro clínico⁸² que originó su pérdida de capacidad laboral incluso después de haber presentado la tutela.

Por todo lo anterior, la Sala concluye que la tutelante actuó con notoria diligencia, que su estado de salud pudo haber significado un obstáculo para interponer la tutela en un plazo menor y que su derecho fundamental al mínimo vital continúa afectado. En tal sentido, la Sala considera que la presente acción de tutela cumple con el requisito de inmediatez.

Marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días. Reiteración de jurisprudencia⁸³.

17. Antes de exponer el marco normativo que rige el presente asunto, conviene distinguir entre tres conceptos complementarios pero diferenciables:

El *certificado de incapacidad temporal*, el cual resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir que surge de “*un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica*”⁸⁴ y, por tanto, en su emisión “*el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada*”⁸⁵. Éste genera durante los primeros 180 días un *auxilio económico* a cargo de la EPS, que desde el día 181 se

la cual emitió un concepto de 43.65% de merma de la capacidad laboral, dictamen cuya ponencia y sustentación es del 19 de enero de 2010. Ante esta calificación también interpuso recurso de apelación ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el cual se encuentra actualmente en trámite.”

⁷⁷ Ver sentencia T-193 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo.

⁷⁸ Las copias de las peticiones escritas se encuentran visibles desde el folio 156 al 184 del Cuaderno No. 3.

⁷⁹ Las copias de las peticiones escritas se encuentran visibles desde el folio 156 al 184 del Cuaderno No. 3.

⁸⁰ Dicha petición fue presentada el 26 de julio de 2016.

⁸¹ La acción de tutela fue instaurada el 26 de octubre de 2016.

⁸² En el folio 109 del cuaderno de revisión de la Corte Constitucional obra copia de una orden de incapacidad a favor de la accionante por 30 días generada el 18 de enero de 2017.

⁸³ Las consideraciones que se presentan en este acápite fueron retomadas de las sentencias T-144 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-968 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁸⁴ Ministerio de la Protección Social. Concepto 295689. 04-10-2010. Asunto: Radicado 264518. En cita en: CASTELLANOS RAMÍREZ, Julio César. La incapacidad como acto médico. Universitas Médica, 54(1), 26-38. Bogotá, 2013.

⁸⁵ *Ibíd.*

sustituye por un *subsidio de incapacidad* equivalente al auxilio, pero asumido por el Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador.

18. Desde un primer momento, el Legislador estableció un apartado especial para la regulación de los auxilios económicos por incapacidad laboral. En el artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo, determinó que los mismos se ofrecerían “*en caso de incapacidad comprobada para desempeñar las labores, ocasionada por enfermedad no profesional*” y determinó tanto la cantidad por la que serían reconocidos como los sujetos obligados a otorgarlos. Igualmente, el Decreto 2351 de 1965, aún vigente, prevé en su artículo 16 la obligación del empleador de reinstalar al empleado que se hubiere encontrado incapacitado por causa de enfermedad común. En virtud de esta norma, los dictámenes médicos determinan si la reincorporación debe hacerse al mismo puesto de trabajo o a otro compatible con la capacidad física del trabajador.

Después, el Decreto 770 de 1975 sustrajo de la órbita de responsabilidad del empleador el pago del auxilio de incapacidad, para radicarlo en cabeza de un agente externo a la relación laboral. De este modo, el artículo 9° de dicha normativa asignó al Instituto de Seguros Sociales la responsabilidad del pago de “*un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de[l] (...) salario de base, subsidio que (...) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días*”⁸⁶.

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 contempló la figura de la incapacidad en su artículo 206, conforme al cual los afiliados al Régimen Contributivo en salud tienen derecho al reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común. Así mismo, el Decreto 2463 de 2001⁸⁷ dispuso que las AFP, previo concepto favorable de recuperación, tienen la potestad de postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los 180 que se encuentran a cargo de las EPS siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Esta disposición se mantuvo sustancialmente en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012⁸⁸, norma que actualmente regula la materia.

⁸⁶ Tal reconocimiento dinerario iniciaba por virtud de dicha norma desde el cuarto día de incapacidad o desde el primer día de hospitalización si ello ocurría primero.

⁸⁷ Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez.

⁸⁸ Esta disposición modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y en lo pertinente establece: “*Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. || Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los*

Reconocimiento de incapacidades laborales superiores a 180 días.

19. Ahora bien, una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, lo cual dependerá de la prolongación de la situación de salud del trabajador.

Así, el lapso que hay entre el primer y el segundo día de la incapacidad, competen económicamente al empleador, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013, al párrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999. En virtud de dicha disposición “[e]n 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”⁸⁹.

20. Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlos el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. Tal obligación está sujeta a la afiliación del trabajador por parte del empleador o del propio independiente⁹⁰.

21. Es pertinente señalar que, respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181, se han suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001.

Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren **a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones** a la que está afiliado el trabajador⁹¹, **ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación**, como se expondrá a continuación.

Respecto del concepto favorable de rehabilitación conviene destacar que, conforme al Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda. No obstante, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la

ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”.

⁸⁹ En el caso de enfermedad laboral o accidentes de trabajo, será la ARL quien reconocerá las incapacidades temporales desde el día siguiente al accidente. La norma citada aplica tanto para el sector público como el privado (párrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999).

⁹⁰ Sentencia T-419 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán.

⁹¹ Ver entre otras las sentencias T-097 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-698 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; T-333 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-485 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

22. Es necesario enfatizar 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. Este asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador⁹².

La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto indica que el objetivo de dicha norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Por tanto, se otorga un margen de espera y propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad. Durante este período, el Legislador dispuso que los subsidios de incapacidad estuvieran a cargo de las AFP.

Desde 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.

23. Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso⁹³.

Así mismo, de acuerdo con la normativa citada, el fondo de pensiones podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral *“hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS”*⁹⁴, una vez disponga del concepto favorable de rehabilitación. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador⁹⁵.

24. Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, *“el*

⁹² Decreto 2463 de 2001. Artículo 23 inciso 1°.

⁹³ Sentencia T-419 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán.

⁹⁴ T-419 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán.

⁹⁵ Decreto-Ley 019 de 2012. Art. 142.

empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello”⁹⁶.

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

Al respecto, cabe indicar que la norma legal referida no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral⁹⁷.

25. Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia **T-920 de 2009**⁹⁸ que **las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones** hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones⁹⁹.

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

(i) Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago

⁹⁶ Sentencia T-920 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Véase también: Concepto Jurídico 201511400874021 de 21 de mayo de 2015 del Ministerio de Protección Social.

⁹⁷ Sentencia T-920 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Al respecto, indicó: “*No resultaría coherente con el ordenamiento constitucional, que mientras el Sistema General de Riesgos Profesionales garantiza integralmente todas las prestaciones asistenciales y económicas que se derivan de la incapacidad laboral por enfermedad profesional, otorgándole al trabajador un subsidio por incapacidad temporal equivalente al salario desde el inicio de la incapacidad hasta el momento de su rehabilitación, incluso aquellas que superan los 180 días, no suceda lo mismo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando se trata de una incapacidad que surge por enfermedad de origen común. Ello, comporta una discriminación que no es constitucionalmente admisible, como quiera que el origen de la enfermedad no debe ser factor determinante del grado de protección que merece el trabajador incapacitado. En cualquier circunstancia, quien se encuentre imposibilitado física, psíquica o sensorialmente para desempeñar su trabajo, igualmente requiere de los ingresos necesarios que le permitan subsistir de manera digna y, en tal sentido, es titular de la protección que le otorga el ordenamiento jurídico.*”

⁹⁸ Sentencia T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁹⁹ Véanse, entre otras: sentencia T-146 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); sentencia T-333 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); sentencia T-729 de 2012 (M.P. Alexei Julio Estrada); sentencia T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

del auxilio correspondiente¹⁰⁰.

(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.

(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.

Reconocimiento de incapacidades laborales posteriores al día 540.

27. Las eventualidades y responsabilidades en materia de incapacidades que superan los 180 días conducen a una evaluación por parte de las autoridades calificadoras acerca de la pérdida de capacidad laboral. Una vez efectuada la calificación, los escenarios posibles son: (i) que no exista pérdida de capacidad laboral relevante para el Sistema General de Seguridad Social, esto es, cuando el porcentaje de pérdida de capacidad laboral oscila entre 0% y 5%; (ii) que se presente una incapacidad permanente parcial, esto es cuando el porcentaje es superior al 5% e inferior al 50%; y (iii) que se genere una condición de invalidez cuando el porcentaje es superior al 50%.

Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente (es decir, inferior al 50%), se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos, como se indicó anteriormente, es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras, el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

¹⁰⁰ Es indispensable aclarar que el empleador deberá asumir el pago de las incapacidades y en general de todas las prestaciones garantizadas por el Sistema de Seguridad Social Integral cuando no haya afiliado al trabajador o cuando a pesar de haber sido requerido por las entidades del sistema, se haya encontrado en mora en las cotizaciones al momento de ocurrir el siniestro. Ver: sentencias T-146 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-723 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa).

28. Ahora bien, cabe preguntarse ¿qué sucede con el empleado que, a pesar de tener una incapacidad permanente parcial, sigue con problemas de salud de tal índole que le impiden médicamente ejercer su trabajo? Es decir, ¿qué pasa cuando, agotado todo el procedimiento antes relatado, el trabajador no obtiene un porcentaje superior al 50% de pérdida de capacidad laboral, pero aun así continúa recibiendo certificados médicos de incapacidad laboral, pasados los referidos 540 días? Estas preguntas se pueden aclarar desde dos puntos de vista:

El **primero**, apunta a reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado, en especial respecto del **concepto de invalidez**, pues según la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁰¹ y de la Corte Suprema de Justicia, *“la invalidez es un estado que tiene relación directa con el individuo y con la sociedad en la cual se desenvuelve, el criterio de evaluación debe tener patrones científicos que midan hasta qué punto el trabajador queda afectado para desempeñar la labor de acuerdo con las características del mercado laboral”*¹⁰².

De lo precedente se puede colegir que una persona que, pese a no considerarse técnicamente en estado de invalidez, sigue incapacitada para trabajar con posterioridad a los 540 días, por motivos atribuibles a la razón primigenia de la incapacidad, debe contar con un mecanismo para reevaluar su porcentaje de habilidad para laborar especialmente en aquellos casos en que el concepto de rehabilitación que le aplica es desfavorable, pues el porcentaje de pérdida de capacidad laboral está íntimamente relacionado con su labor u oficio. Sobre este punto se hará referencia más adelante.

El **segundo** punto de vista está relacionado con la desprotección que enfrenta una persona que recibe **incapacidades prolongadas más allá de 540 días** pues, en principio, no existía una obligación legal de pago de dichos certificados a cargo de ninguna de las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social, con lo cual el trabajador quedaba desprotegido.

29. Esta situación fue inicialmente descrita por esta Corte mediante sentencia **T-468 de 2010**¹⁰³, en la cual se advirtió que el trabajador se encontraba desprotegido por la ausencia de regulación legal sobre dicha materia, pues no existía claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad. Así mismo, la providencia señaló que la situación empeoraba en aquellos casos en los cuales no resultaba posible el reintegro al cargo, debido a la misma incapacidad del trabajador para reincorporarse a sus funciones.

La Corte sostuvo que, *“en el anterior caso, el trabajador quedaría*

¹⁰¹ Según la Sentencia T-561 de 2010, M. P. Nilson Pinilla Pinilla *“una persona es inválida cuando no puede seguir ofreciendo su fuerza laboral, por la disminución sustancial de sus capacidades físicas e intelectuales para desarrollar una actividad laboralmente remunerada”*. Así mismo, sobre concepto de invalidez ver T-377 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁰² Sala de Casación Laboral, rad. 17187 de noviembre 27 de 2001, M. P. Germán Valdés Sánchez.

¹⁰³ **Sentencia T-468 de 2010. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio**. En esta ocasión, la Corte resolvió varios expedientes acumulados sobre incapacidades. En el expediente T-2497616, el actor presentaba más de 540 días de incapacidad y, pese a que había sido calificado su pérdida de capacidad laboral con un porcentaje del 33.65%, los médicos seguían prescribiéndole incapacidades.

desprovisto del pago de las incapacidades laborales después del día 541 (...) por tanto, sin sustento económico para su congrua subsistencia”¹⁰⁴. De igual modo, explicó que esta situación dejaría desprotegido al trabajador y en situación de desigualdad respecto de los afiliados cuya incapacidad permanente parcial se origina en una enfermedad profesional, pues si la enfermedad es de origen común “no tendrá derecho a indemnización, contrario a lo que sucede cuando (...) tiene su origen en una enfermedad de origen profesional”¹⁰⁵.

También, en la citada providencia, esta Corporación indicó que ni la EPS ni la AFP habían vulnerado los derechos fundamentales del entonces accionante, por considerar que no existía ninguna norma legal que estipulara la obligación de reconocer el pago de incapacidades de origen común que excedieran los 540 días¹⁰⁶. No obstante, aclaró que le asistían otros derechos derivados de la relación laboral vigente, entre los que se encontraban: (i) que su empleador mantenía el deber de hacer aportes a la seguridad social en su beneficio; (ii) la posibilidad de reintegro una vez se alcanzara su rehabilitación; y (iii) la oportunidad de que su pérdida de capacidad laboral fuera nuevamente valorada.

30. Con posterioridad a dicho fallo, la Corte profirió la sentencia **T-684 de 2010**¹⁰⁷ en la cual, si bien se hicieron algunas consideraciones en torno al déficit de protección de los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, se decidió negar por improcedente la acción de tutela debido a que el caso concreto había sido resuelto por una sentencia anterior.

31. Aproximadamente tres años más tarde, la sentencia **T-876 de 2013**¹⁰⁸, reiteró que existía una desprotección legal en un caso en el cual se perseguía el pago de incapacidades superiores a los 540 días. En esa providencia, esta Corporación estimó que no se vulneraban los derechos fundamentales del tutelante, por cuanto la EPS y la AFP habían pagado las incapacidades respectivas. En consecuencia, negó parcialmente el amparo y ordenó una nueva calificación al entonces accionante.

32. Ahora bien, debido al déficit de protección legal que afrontaron los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, ya sea porque no ha sido calificado su porcentaje de pérdida de capacidad laboral o porque su disminución ocupacional es inferior al 50%, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la **Ley 1753 de 2015** –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, atribuyó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las entidades promotoras de salud (EPS) y radicó en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, para solucionar los dos puntos de vista analizados en los

¹⁰⁴ Sentencia T-468 de 2010. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁰⁵ Sentencia T-468 de 2010. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁰⁶ Sentencia T-468 de 2010. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. Se entendió que, en este caso, al accionante “se le habían reconocido más de los días estipulados en las normas pertinentes”.

¹⁰⁷ Sentencia T-684 de 2010. M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁰⁸ Sentencia T-876 de 2013. M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

fundamentos jurídicos 28 y 29 de esta sentencia.

En efecto, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, indicó:

“ARTÍCULO 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:

(...)

Estos recursos se destinarán a:

*a) El reconocimiento y pago a las **Entidades Promotoras de Salud** por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos**. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.”* (Resaltado de la Sala)

Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto ante la *entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud*, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Igualmente, conviene aclarar que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que, se reitera, está en cabeza de las EPS) no se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada.

33. Con fundamento en esta normativa, es claro que en todos los casos futuros, esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la ley –9 de junio de 2015¹⁰⁹–, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social deberán acatar lo dispuesto en dicho precepto legal.

No obstante, esta Corporación ha ordenado la aplicación retroactiva del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, con base principalmente en el principio de igualdad material ante un déficit de protección previamente advertido por

¹⁰⁹ 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.

la Corte Constitucional¹¹⁰. En esta medida, se ha admitido la aplicación de la citada ley respecto de períodos anteriores a su vigencia, en virtud de poderosas razones constitucionales como lo son: (i) la necesidad de evitar que se genere un trato desigual entre las personas cuyas incapacidades fueron expedidas con anterioridad a la vigencia de la norma en cuestión y aquellas que gozan de certificados de incapacidad emitidos con posterioridad¹¹¹; (ii) que las personas que reclaman el pago de incapacidades superiores a los 540 días continuos no han conseguido reintegrarse a la vida laboral pero tampoco han sido calificados con una pérdida de capacidad laboral definitiva, con lo cual se evidencia su situación de vulnerabilidad que origina especial protección del Estado; y (iii) que aunque la aplicación de la ley impone una carga administrativa a las EPS, dichas entidades tienen permitido repetir ante el Estado por los valores pagados, con lo que se asegura la sostenibilidad económica del Sistema General de Seguridad Social en Salud¹¹².

Jurisprudencia constitucional posterior a la vigencia de la Ley 1753 de 2015 en materia de incapacidades posteriores a los 540 días.

34. En consonancia con el cambio normativo que se produjo con la introducción de la Ley 1753 de 2015 en el ordenamiento jurídico, las Salas de Revisión de esta Corporación han obedecido este mandato legal y han aplicado la disposición que, con claridad, asigna a las EPS la responsabilidad en el reconocimiento y pago de las incapacidades que se prolongan más allá de los 540 días.

35. De este modo, en la sentencia **T-144 de 2016**¹¹³, la Sala Quinta de Revisión estudió el caso de una ciudadana que sufrió un grave accidente de tránsito, el cual ocasionó que fuera incapacitada por más de 540 días. Sin embargo, se dictaminó que la tutelante tenía un porcentaje de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, por lo cual no cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, pese a que continuaba en incapacidad médica.

En este caso, la Corte concluyó que la obligación de reconocer y pagar las incapacidades posteriores al día 540 estaba a cargo de las EPS, en virtud de la Ley 1753 de 2015. En tal sentido, estableció tres reglas para la aplicación de este mandato que, en términos generales, son las siguientes: (i) existe la

¹¹⁰ Sentencia T-144 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); sentencia T-200 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amarís).

¹¹¹ Sentencia T-144 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) “*Esa situación de desigualdad tiene un fundamento legal que es entendible desde el punto de vista de las reglas de vigencia y aplicación de las leyes. Sin embargo, genera una tensión constitucional que no puede ser omitida por la Corte, pues a la luz del principio de igualdad material, no hay razón para diferenciar y beneficiar sólo a un grupo de personas, en virtud de una consideración temporal, a sabiendas de que la situación se evidenciaba con anterioridad. Es decir, no hay una justificación constitucionalmente válida para fijar tal diferencia en la posibilidad de protección legal.*”

¹¹² Sentencia T-144 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) “*Como fundamento adicional, ha de resaltarse que la aplicación retroactiva de la Ley, si bien impone una carga administrativa en cabeza de las EPS, no son ellas quienes al final van a asumir la obligación, pues es en últimas el Estado, en cabeza de la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, quien les pagará a éstas los dineros cancelados por dicho concepto.*”

¹¹³ Sentencia T-144 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%; (ii) el deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y (iii) la referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad¹¹⁴.

36. Posteriormente, mediante la sentencia **T-200 de 2017**¹¹⁵, la Sala Novena de Revisión se pronunció en relación con dos procesos de tutela acumulados y amparó los derechos de cada uno de los accionantes. En ambos casos, se habían prescrito incapacidades ininterrumpidas que sumaban más de 540 días sin que los actores pudieran acceder a una pensión de invalidez, pues en el primer caso el porcentaje de pérdida de capacidad laboral era inferior al 50% y en el segundo el actor ni siquiera había sido calificado¹¹⁶.

En el citado fallo, la Corte Constitucional entendió que *“la regla actual de incapacidades que superan 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, es que deben asumirlas las EPS”*¹¹⁷. De este modo, consideró que mediante la Ley 1753 de 2015 se superó el déficit de protección que había sido evidenciado por la jurisprudencia constitucional anterior a su vigencia¹¹⁸.

Solución del caso concreto

37. *Diana María* presentó acción de tutela contra la AFP Protección y la EPS Sanitas, por considerar que la negativa de dichas entidades a reconocer y pagar las incapacidades laborales ordenadas por su médico tratante, vulneraba sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna. Los certificados de incapacidad se produjeron como consecuencia de sus diagnósticos de *“trastorno afectivo bipolar tipo I”* e *“hipotiroidismo”*, los cuales han impedido que la tutelante se reintegre de manera satisfactoria a la vida laboral.

Debido al cuadro clínico de la señora *Diana María*, su médico tratante le ha prescrito incapacidades en distintos períodos, desde el 5 de abril de 2013¹¹⁹ hasta el 13 de junio del 2017¹²⁰. La accionante y la EPS demandada

¹¹⁴ Sentencia T-144 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Cabe anotar que la identificación de las tres reglas establecidas por la citada providencia fue llevada a cabo por la sentencia T-200 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amarís).

¹¹⁵ Sentencia T-200 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

¹¹⁶ Sentencia T-200 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

¹¹⁷ Sentencia T-200 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

¹¹⁸ Sentencia T-200 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

¹¹⁹ En el folio 84 del cuaderno de revisión de la Corte Constitucional obra copia de la respuesta que Sanitas EPS le dio a la señora *Diana María* relacionada con el historial de las incapacidades otorgadas a su favor. En el listado se especifica que la primera incapacidad se prescribió desde el 14 de febrero de 2011 hasta el 24 del mismo mes y año.

¹²⁰ El soporte de las incapacidades se encuentra en los folios 65 al 77 del Cuaderno No. 1 y en los folios 129 al 145 del Cuaderno No. 3.

concuerdan en que los primeros 180 días de incapacidad fueron reconocidos y cancelados por esta última institución. Sin embargo, ni la AFP Protección ni la EPS Sanitas han cancelado las incapacidades generadas a partir del día 181.

En sus respectivas contestaciones, las entidades accionadas alegaron que no tienen el deber legal de asumir el pago de las prestaciones económicas solicitadas por la accionante. En efecto, la AFP Protección esgrimió que no le correspondía sufragar los subsidios de incapacidad originados a partir del día 180 dado que el concepto de rehabilitación de la accionante era desfavorable; así mismo, se negó a responder por las incapacidades posteriores al día 540 pues adujo que se encontraban a cargo de la EPS.

Por su parte, la EPS Sanitas explicó que las incapacidades de la accionante presentaban períodos “*descubiertos*” (es decir, eran discontinuas) y, por tanto, no podían ser validadas. Aunado a ello, sostuvo que la Ley 1753 de 2015 no regulaba el caso de la tutelante toda vez que: (i) dicha norma no se encontraba en vigencia al momento en que se cumplió el día 540 de incapacidad; y (ii) en todo caso, no podía ser aplicada la disposición legal debido a la falta de creación del ente administrador de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud.

38. El juez de primera instancia concedió el amparo solicitado y ordenó al fondo de pensiones Protección que efectuara el pago de las incapacidades posteriores al día 540. Sin embargo, con base en las pruebas recaudadas en sede de revisión, la Sala pudo establecer que la AFP demandada adujo una “*imposibilidad jurídica*” para cumplir con el aludido fallo, por cuanto no se había logrado determinar el monto de las prestaciones que debían sufragarse en acatamiento de la orden judicial.

No obstante, la decisión anterior fue revocada por el *ad quem*, por considerar que la tutela no era el mecanismo procedente para obtener las incapacidades reclamadas, habida cuenta de que la actora no solicitó con suficiente diligencia las prestaciones económicas pretendidas y no demostró un perjuicio irremediable que le impidiera acudir a la jurisdicción ordinaria.

39. En primer lugar, es necesario indicar que la mayoría de argumentos expuestos por las entidades accionadas para sustraerse de sus obligaciones legales respecto de las incapacidades prescritas a la accionante no son de recibo.

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 providencia¹²¹. 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.

¹²¹ Fundamentos jurídicos 19 a 26.

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.

40. En segundo lugar, la Sala Quinta de Revisión advierte que la interpretación propuesta por la EPS Sanitas respecto de la vigencia y aplicación de la Ley 1753 de 2013, que también ha sido sostenida por el Ministerio de Salud y Protección Social –tanto en el presente proceso como en sus conceptos jurídicos¹²²–, no desarrolla adecuadamente los mandatos constitucionales y, por lo tanto, debe ser abandonada.

En efecto, si bien es cierto que el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 entró en vigencia el 9 de junio de 2015, como se expuso previamente¹²³ la jurisprudencia constitucional ha admitido su aplicación retroactiva con fundamento en: (i) el principio de igualdad; (ii) la especial protección de la cual son titulares las personas con incapacidades prolongadas y que, en consecuencia, no han podido integrarse nuevamente a la actividad laboral; y (iii) en la facultad que tienen las EPS de repetir lo pagado ante el Estado¹²⁴.

41. A su vez, en relación con la supuesta imposibilidad de aplicar la norma anteriormente referida debido a que la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud no ha sido creada y no se ha reglamentado el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS¹²⁵, la Sala estima que dicha lectura de la norma es contraria al

¹²² Ministerio de Salud y Protección Social. Conceptos 201611602242601 del 1 de diciembre de 2016 y 201511401799501 de 26 de octubre de 2015.

¹²³ Fundamentos jurídicos 27 a 33.

¹²⁴ La EPS podrá perseguir el pago de dichas incapacidades ante la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

¹²⁵ Con el fin de ilustrar los fundamentos de dicha postura, se transcriben los artículos 66 y 67 de la Ley 1753 de 2015, en sus apartes pertinentes:

“ARTÍCULO 66. Del manejo unificado de los recursos destinados a la financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Con el fin de garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, créase una entidad de naturaleza especial del nivel descentralizado del orden nacional asimilada a una empresa industrial y comercial del Estado que se denominará Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS)

(...)

ARTÍCULO 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:

(...)

Estos recursos se destinarán a:

a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades. (...).”

sentido de las propias normas y a los derechos fundamentales de las personas con incapacidades que superan los 540 días, por las siguientes razones:

(i) El Legislador atribuyó expresamente a las EPS la responsabilidad de reconocer y pagar las “*incapacidades de origen común que superen los 540 días continuos*”. Dicha asignación, además de ser explícita, no está sometida a ningún condicionamiento. Por lo tanto, de la lectura de la norma no se infiere que el Congreso de la República haya diferido su aplicación a la reglamentación del Gobierno Nacional. Por el contrario, el mandato según el cual “[e]l Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS” es independiente del enunciado normativo que radica en cabeza de las EPS el pago de las incapacidades que superen los 540 días.

(ii) La interpretación aducida va en contra de la vigencia expresa de la norma (que fue reconocida por la propia EPS). Así, de acuerdo con el artículo 267 de la Ley 1753 de 2015, la norma rige “*a partir de su promulgación*”, sin que sea admisible sostener que su vigencia pueda ser desconocida¹²⁶.

(iii) El entendimiento antes aludido desconoce el principio de accesibilidad del derecho fundamental a la salud¹²⁷, en la medida en que impone una barrera administrativa que no se encuentra prevista ni en la ley ni en el reglamento y que surge simplemente de la interpretación de la entidad. Sobre el particular, conviene tener en cuenta que el auxilio de incapacidad incide en la garantía del derecho a la salud en la medida en que permite la recuperación satisfactoria del paciente. Por tanto, debe evitarse la negación del trámite de las incapacidades posteriores a 540 días sin el debido fundamento legal.

(iv) Por último, las Salas de Revisión de esta Corporación se han pronunciado expresamente acerca de la aplicabilidad de esta norma y han ordenado a las EPS sufragar las incapacidades superiores al día 540, con base en tal disposición.

En conclusión, la Sala **ordenará** a Sanitas EPS el pago de las incapacidades que excedan los 540 días.

42. En este punto, conviene recordar la atribución de responsabilidades en relación con el pago de incapacidades, señalada previamente:

Cuadro No. 2 – Atribución legal de responsabilidad en el pago de incapacidades

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993

¹²⁶ Así lo reconoció el juez de segunda instancia en el proceso de la referencia.

¹²⁷ Artículo 6, literal c) de la Ley 1751 de 2015. Así mismo, véase: Sentencia C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Día 181 hasta 540	Fondo de Pensiones ¹²⁸	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Con fundamento en lo expuesto anteriormente, en el presente caso la AFP Protección debía asumir el pago de las incapacidades superiores a 180 días y hasta los 540, pues el concepto de rehabilitación se expidió y remitió dentro del término legal. Por su parte, la EPS Sanitas se encontraba obligada a sufragar el auxilio de incapacidad entre el día 3 y el 180; también, después del 9 de junio de 2015, radica en cabeza de las EPS el deber de sufragar los subsidios correspondientes a los períodos que superen los 540 días de incapacidades continuas. No obstante lo anterior, también tiene la obligación de reconocer y pagar incapacidades anteriores a la vigencia de la Ley 1753 de 2015, cuando se decida su aplicación retroactiva debido a poderosas razones de índole constitucional.

43. Dicho lo anterior, corresponde verificar cuál de las entidades accionadas tiene, en cada caso, el deber de sufragar las incapacidades respectivas. Así las cosas, para resolver esta cuestión de acuerdo con los fundamentos jurisprudenciales y legales anteriormente reseñados, resulta indispensable **determinar cuáles son los períodos de incapacidad laboral** que se deben pagar y a cuál de las entidades accionadas corresponde reconocer y pagar cada uno de los mismos. En este sentido, la Sala encuentra acreditado que la accionante ha recibido certificados de incapacidad correspondientes a los siguientes períodos¹²⁹:

Cuadro No. 3 – Relación de períodos de incapacidad e interrupciones

Inicio	Fin	Número de certificados	Total días
05/04/2013	26/10/2013	7	204
27/10/2013	12/11/2013	Interrupción	15
13/11/2013	07/11/2014	13	359
08/11/2014	11/11/2014	Interrupción	4
12/11/2014	10/05/2015	4	180
11/05/2015	02/11/2015	Interrupción	181
03/11/2015	02/01/2016	2	60
03/01/2016	10/04/2016	Interrupción	97
11/04/2016	13/05/2016	1	33
14/05/2016	25/07/2016	Interrupción	71
26/07/2016	22/11/2016	4	120

¹²⁸ Excepcionalmente, las EPS pueden estar obligadas a asumir el reconocimiento y pago de incapacidades posteriores al día 180 y anteriores al día 540, si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación. En dichos casos, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto. Fundamentos jurídicos 27 a 31.

¹²⁹ Sanitas EPS, mediante escrito aportado en el trámite de revisión, especificó los periodos en los que la accionante no había sido incapacitada. Respaldo del folio 25 del Cuaderno No. 3. También, la accionante allegó un listado de las órdenes de incapacidades prescritas a su favor. Folio 116 y su respaldo del Cuaderno No.3.

23/11/2016	18/12/2016	Interrupción	25
19/12/2016	13/06/2017	6	180

44. Ahora bien, contrario a lo sostenido por la EPS Sanitas, **la simple interrupción de la continuidad de los períodos en los que se prescriben certificados de incapacidad no basta para que se pueda predicar una ausencia de continuidad en las incapacidades.** En efecto, como lo han reconocido tanto esta Corporación¹³⁰ como el Ministerio de Salud y Protección Social, las interrupciones inferiores a 30 días no rompen con la continuidad de un período de incapacidad. De este modo, a partir de la aplicación analógica del artículo 13 de la Resolución 2266 de 1998, “*se entiende como prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya interrupción mayor a treinta (30) días calendario*”¹³¹.

En razón de lo anterior, resulta necesario establecer en cuáles casos se prorrogaron las incapacidades de la accionante y en cuáles eventos existió una interrupción que implica reiniciar la contabilización de los días de incapacidades continuas.

Cuadro No. 4 –Períodos de incapacidades continuas e interrupciones

Período de incapacidades continuas	Inicio	Fin	Días de interrupción	Total días de incapacidad
Primer período	05/04/201 3	26/10/201 3	0	204
	27/10/201 3	12/11/201 3	15	0
	13/11/201 3	07/11/201 4	0	359
	08/11/201 4	11/11/201 4	4	0
	12/11/201 4	10/05/201 5	0	180
<i>Interrupción</i>	11/05/201 5	02/11/201 5	181	0
Segundo período	03/11/201 5	02/01/201 6	0	60
<i>Interrupción</i>	03/01/201 6	10/04/201 6	97	0
Tercer período	11/04/201 6	13/05/201 6	0	33
<i>Interrupción</i>	14/05/201 6	25/07/201 6	71	0

¹³⁰ Sentencia T-144 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹³¹ Ministerio de Salud y Protección Social. Conceptos 201611601330861 del 7 de julio de 2016 y 201511600088971 de 26 de enero de 2015.

Cuarto período	26/07/201 6	22/11/201 6	0	120
	23/11/201 6	18/12/201 6	25	0
	19/12/201 6	13/06/201 7	0	180

Por consiguiente, al descontar los días en los cuales no consta que se hayan prescrito incapacidades, se evidencia que la peticionaria ha registrado cuatro períodos de incapacidades continuas, los cuales corresponden a los siguientes lapsos:

Cuadro No. 5 – Incapacidades que efectivamente registra la accionante

Período de incapacidades continuas	Inicio	Fin	Total días de incapacidad
Primer período	05/04/2013	10/05/2015	724
Segundo período	03/11/2015	02/01/2016	60
Tercer período	11/04/2016	13/05/2016	33
Cuarto período	26/07/2016	13/06/2017	275
Incapacidades totales	05/04/2013	13/06/2017	1092

45. Una vez determinados los períodos de incapacidades que ha registrado la accionante, resulta posible asignar las responsabilidades respecto del reconocimiento y pago de cada uno de ellos:

a. En cuanto al *primer período*, valga aclarar que el auxilio de incapacidad correspondiente a los primeros 180 días fue efectivamente sufragado por la EPS. Por lo tanto, el pago del subsidio de incapacidad causado a partir del 3 de octubre de 2013 y hasta el día 540 corresponderá a la AFP Protección, habida cuenta de que la EPS Sanitas expidió el concepto de rehabilitación en el plazo estipulado por la ley.

Así mismo, desde el día 541 hasta el día 724 (el cual se cumplió el 10 de mayo de 2015) la prestación económica derivada de las incapacidades deberá ser asumida por la EPS Sanitas. En efecto, en el presente caso corresponde dar aplicación retroactiva a la Ley 1753 de 2015, en virtud del principio constitucional de igualdad y de las demás poderosas razones que fueron expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

b. En cuanto al *segundo y tercer período*, es claro que las incapacidades desde el día 2 y hasta la finalización del lapso establecido corresponden a la EPS Sanitas toda vez que no se prolongaron más allá de 180 días.

c. Por último, en cuanto al *cuarto período* de incapacidades, se debe señalar que los primeros 180 días deben ser cubiertos por la EPS Sanitas. Sin embargo, a partir del día 180 y hasta el día 540, la obligación de sufragar el subsidio de incapacidad corresponde a la AFP Protección.

Cabe resaltar que, en caso de que se expidan certificados de incapacidad más allá de los 540 días, el pago de dichos subsidios deberá ser asumido por la EPS Sanitas, en aplicación al mandato legal contenido en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015. Dicha responsabilidad se extiende hasta el momento en que la actora se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%.

Consideraciones respecto de la calificación de pérdida de capacidad laboral de la accionante.

46. Finalmente, esta Sala de Revisión no puede dejar de advertir que mediante dictamen del 23 de diciembre de 2015, la accionante fue calificada con una pérdida de capacidad laboral permanente parcial de origen común correspondiente al 42.17%¹³². No obstante lo anterior, existen diversos aspectos que permiten a esta Corporación inferir que la disminución ocupacional de la actora pudo haber progresado desde dicho momento.

47. En primer lugar, conviene precisar que según las historias clínicas posteriores al referido dictamen –tanto aquellas anexas al escrito de tutela como las aportadas en sede de revisión–, el estado de salud de la accionante ha empeorado, pues registra un nuevo intento de suicidio de alta lesividad, muestra signos de “*deterioro cognitivo*” y presenta agravamiento de los síntomas de su enfermedad. Además, la paciente refiere que ha padecido alucinaciones y crisis de manía cuando intenta desempeñar funciones relacionadas con sus estudios¹³³.

Así mismo, las valoraciones médicas han señalado que “*la paciente (...) no está en capacidad de realizar ninguna labor formal*”¹³⁴ y en el concepto de rehabilitación se indicó que la actora presentaba una “*enfermedad neuropsiquiátrica controlable pero no curable*”¹³⁵, por lo que su resultado fue desfavorable.

48. En segundo lugar, es pertinente resaltar que a la tutelante se le han continuado prescribiendo incapacidades desde el momento en que se emitió el dictamen de pérdida de capacidad laboral que resolvió la cuestión con carácter definitivo. Incluso, al momento del fallo, la tutelante ya acumula más de 275 días de incapacidad en el período más reciente de incapacidades continuas. Este hecho también fue resaltado también por la EPS demandada, quien advirtió que la accionante “*ha continuado incapacitada hasta mayo de 2017*”

¹³² Se debe recordar que la accionante es una persona diagnosticada con *hipotiroidismo*¹³² y *trastorno afectivo bipolar* cuyos síntomas psicóticos, como los cambios repentinos de ánimo y los “*episodios maniacos y depresivos*”, han originado incidentes de “*autoagresión con fines suicidas*”¹³².

¹³³ Las copias de las historias clínicas aportadas en sede de revisión figuran entre los folios 192 y 239 del Cuaderno No. 3.

¹³⁴ El 5 de abril de 2013, el médico tratante de la señora *Diana María* incluyó en su historia clínica la siguiente nota aclaratoria: “*paciente en proceso de pensión por invalidez por la cronicidad del cuadro afectivo y recurrencia del mismo. No está en capacidad de realizar ninguna labor formal. Se expide incapacidad médica por 30 días a partir de la fecha hasta el 4 de mayo de 2013*”. Folio 120.

¹³⁵ Folio 185.

en forma continua, lo cual evidencia que su estado de salud no le ha permitido reincorporarse laboralmente”¹³⁶.

Así mismo, la Sala observa que entre el 5 de abril de 2013 (fecha en que comenzaron a prescribirse incapacidades continuas) y el 13 de junio de 2017 (fecha de finalización de la última incapacidad que la actora tuvo ocasión de aportar al proceso) la tutelante certificó incapacidades por 1092 de los 1530 días que transcurrieron entre ambas fechas. En otras palabras, la señora *Diana María* estuvo incapacitada durante el 71,37% de este período.

49. Por último, cabe destacar que la peticionaria expresó su inconformidad con el dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez desde la presentación de la acción de tutela. De igual modo, se verificó que la accionante solicitó ante la AFP Protección la revisión de la calificación de pérdida de capacidad laboral mediante petición del 22 de marzo de 2017¹³⁷. En este sentido, es manifiesta la intención de la actora de que el porcentaje de pérdida de capacidad que le fue asignado mediante dictamen del 23 de diciembre de 2015 sea revisado o, en su defecto, que se inicie el proceso para obtener una nueva calificación.

50. Sobre el particular, es importante destacar que la accionante tiene la posibilidad de solicitar que se surta nuevamente el proceso de calificación de su disminución ocupacional así como de requerir la revisión del dictamen de pérdida de capacidad laboral que se encuentra en firme. De este modo, el artículo 55 del Decreto 1352 de 2013 dispone, en lo pertinente:

“ARTÍCULO 55. Revisión de la calificación de incapacidad permanente parcial o de la calificación de invalidez. La revisión de la calificación de incapacidad permanente parcial o de la invalidez requiere de la existencia de una calificación o dictamen previo que se encuentre en firme, copia del cual debe reposar en el expediente.

La Junta de Calificación de Invalidez en el proceso de revisión de la calificación de la pérdida de capacidad laboral, solo puede evaluar el grado porcentual de pérdida de capacidad laboral sin que le sea posible pronunciarse sobre el origen o fecha de estructuración salvo las excepciones del presente artículo. Para tal efecto, se tendrá en cuenta el manual o la tabla de calificación vigente en el momento de la calificación o dictamen que le otorgó el derecho. (...)”

Por tanto, la accionante se encuentra legitimada para acudir directamente a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, con el fin de que se revise el porcentaje de su incapacidad permanente parcial. Al respecto, la Sala encuentra que dicho medio puede ser más expedito y garantizar de mejor manera los derechos de la accionante, pues el mismo no excluye una eventual

¹³⁶ Folio 25, cuaderno No. 3.

¹³⁷ La petición, radicada ante AFP Protección el 23 de marzo de 2017, se encuentra visible en los folios 185 al 190 del Cuaderno No.3.

valoración de pérdida de capacidad laboral surtida desde la calificación en primera oportunidad que corresponde al fondo de pensiones.

En este orden de ideas, se **informará** a la accionante que puede hacer uso del mecanismo de revisión de la calificación de incapacidad permanente parcial y se le otorgará el término máximo de un (1) mes para que manifieste a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y a las entidades demandadas si desea utilizarlo. En caso afirmativo, se **suspenderá** el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral desde la primera oportunidad que solicitó la accionante mediante petición del 22 de marzo de 2017 hasta que se conozca el resultado de la revisión del dictamen ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Ahora bien, si la actora opta por no hacer uso del recurso de revisión, **seguirá su curso** la calificación en primera oportunidad y se surtirá el proceso desde el inicio. En ambos casos, la entidad del Sistema de Seguridad Social encargada de la valoración de la accionante deberá tener en cuenta la totalidad de la historia clínica de la tutelante para soportar su dictamen.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de segunda instancia dictada el 16 de enero de 2017, por el Juzgado Veinticuatro Civil del Circuito de Bogotá que, a su vez, revocó la decisión de primera instancia, proferida por el Juzgado Setenta y Uno Civil Municipal de Bogotá el 9 de noviembre de 2016. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud y a la vida digna de la señora *Diana María*, por las razones expuestas en este fallo.

SEGUNDO. ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que, dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia y si aún no lo ha hecho, **pague** a la señora *Diana María* el subsidio por incapacidad **desde el 3 de octubre de 2013 y hasta el 12 de octubre de 2014** (360 días, habida cuenta la interrupción de 15 días que se produjo en dicho lapso), y **desde el 23 de enero de 2017 hasta el 13 de junio del mismo año** (95 días).

Igualmente, **PREVENIR** a la AFP Protección para que sufrague las incapacidades que correspondan y se causen en el caso de la accionante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. ORDENAR a la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A., por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces que, dentro de los

ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia y si aún no lo ha hecho, **pague** a la señora *Diana María* el subsidio por incapacidad correspondiente a los periodos comprendidos entre: (i) el **13 de octubre de 2014 y hasta el 10 de mayo de 2015** (184 días, habida cuenta de la deducción de 4 días por la falta de certificado de incapacidad entre el 8 y el 11 de noviembre de 2014); (ii) el **3 de noviembre de 2015 y el 2 de enero de 2016** (60 días); (iii) el **11 de abril de 2016 y el 13 de mayo de 2016** (33 días) y (iv) del **26 de julio de 2016 al 22 de enero de 2017** (180 días), según lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

Igualmente, **PREVENIR** a Sanitas EPS para que sufrague las incapacidades que correspondan y se causen en el caso de la accionante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. EPS Sanitas podrá emprender todas las acciones pertinentes con el fin de obtener el reembolso de los dineros pagados por concepto de incapacidades superiores a 540 días, en virtud de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

CUARTO. INFORMAR a la señora *Diana María* que se encuentra legitimada para solicitar la revisión del dictamen del 23 de diciembre de 2015 mediante el recurso previsto en el artículo 55 del Decreto 1352 de 2013. En el evento en que la actora decida agotarlo, **ORDENAR** a la AFP Protección o a quien haga sus veces como entidad encargada del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral desde la primera oportunidad solicitado por la accionante mediante petición del 22 de marzo de 2017, que **suspenda dicho proceso** hasta que se conozca el resultado de la revisión del dictamen ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Si la valoración de pérdida de capacidad laboral supera el 50%, se **dejará sin efectos** la nueva calificación en el estado en que se encuentre. En caso de que la accionante opte por no solicitar la revisión, **seguirá su curso** la calificación en primera oportunidad y se surtirá el proceso desde el inicio.

La tutelante dispondrá del término máximo de un (1) mes contado a partir de la notificación de esta providencia para manifestar por escrito a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, a las entidades demandadas y al juez de primera instancia si desea utilizar el recurso de revisión en los términos de la presente parte resolutive.

En cualquier caso, la entidad del Sistema de Seguridad Social encargada de la valoración de la accionante **DEBERÁ** tener en cuenta la totalidad de la historia clínica de la tutelante para soportar su dictamen

QUINTO. INSTAR a la EPS Sanitas y al Ministerio de Salud y Protección Social para que acojan la interpretación acerca de la vigencia y aplicabilidad del artículo 67 de la Ley 1735 de 2015 que han establecido las Salas de Revisión de la Corte Constitucional y que se encuentra desarrollada en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO. ADVERTIR 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.

SÉPTIMO. SOLICITAR al Ministerio de Salud y Protección Social que lleve a cabo la **difusión**, por el medio más expedito posible, de la presente sentencia entre las entidades del Sistema General de Seguridad Social encargadas del reconocimiento y pago de incapacidades para que, en adelante, apliquen los criterios establecidos en este fallo acerca de la obligación de las EPS de sufragar las incapacidades continuas que se prolonguen más allá del día 540.

OCTAVO. ORDENAR a la Secretaría General de la Corte Constitucional que el nombre real de la accionante sea suprimido de toda publicación del presente fallo y de las providencias proferidas en este proceso. Igualmente, **ORDENAR** por intermedio de la Secretaría General de esta Corporación, al Juzgado Veinticuatro Civil del Circuito de Bogotá y al Juzgado Setenta y Uno Civil Municipal de Bogotá que mantengan estricta reserva sobre el expediente para salvaguardar la intimidad de la demandante.

NOVENO. Por Secretaría General de esta Corporación, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO
Magistrado (E)

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

ROCÍO LOAIZA MILIÁN
Secretaria General (E)

