



Sentencia T-268/20

Referencia: Expediente T-7.692.912.

Acción de tutela formulada por Germán Fandiño contra Nueva E.P.S.

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veinte (2020).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y los Magistrados Carlos Bernal Pulido y Alberto Rojas Ríos -quien la preside-, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Civil-, el 9 de octubre de 2019, que confirmó la decisión proferida por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de esa misma ciudad, el 2 de septiembre de 2019, que concedió el amparo solicitado dentro del trámite de la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El 14 de junio de 2019, y mediante apoderada judicial¹, Germán Fandiño formuló acción de tutela contra Nueva E.P.S., por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida en condiciones dignas, dignidad humana, salud y seguridad social, ante la negativa en el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas por más de 180 días.

Hechos probados en el expediente y pretensión de la demanda

1. Germán Fandiño de 57 años de edad en la actualidad², está afiliado al Sistema General en Salud mediante la Nueva E.P.S. Asimismo, se encuentra afiliado a la Administradora Colombiana de Pensiones (en adelante Colpensiones)³.

2. El demandante padece de gastritis, glaucoma, hipertensión esencial, mialgia, otros trastornos especificados de los discos intervertebrales, síndrome del túnel carpiano, síndrome del manguito rotatorio y síndrome del colon irritable⁴, por lo que le fueron expedidas sendas incapacidades desde el 14 febrero de 2014.

3. El 1 de febrero de 2019 la Junta Nacional de Calificación de Invalidez calificó al actor con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 56.98%, con fecha de estructuración de 7 de noviembre de 2018⁵. No obstante, para la fecha de presentación de la acción de tutela no se le había reconocido pensión de invalidez.

4. El 27 de marzo de 2019, el accionante solicitó ante Nueva E.P.S. el pago de las incapacidades generadas desde el 8 de octubre de 2014 hasta el 28 de marzo de 2019⁶.

5. Por correo electrónico de 1 de abril de 2019, Nueva E.P.S. negó lo reclamado, ya que el peticionario presenta una Pérdida de Capacidad Laboral (en adelante PCL) superior al 50%, adquirió un estatus de invalidez permanente y disfrute de la pensión de invalidez por riesgo común⁷.

6. El accionante manifestó que, debido a las enfermedades que padece y su pérdida de capacidad laboral, no puede trabajar y no cuenta con otro medio de subsistencia diferente a su salario, lo cual afecta sus condiciones de

¹Ver poder que obra a folio 1 del cuaderno principal.

² Conforme se lee en el certificado de incapacidad a folio 9 del cuaderno inicial.

³ Así consta en la contestación dada por Nueva E.P.S. folio 154. y a folio 150 por manifestación del actor.

⁴ Folios 39 a 41 del cuaderno de revisión de la Corte Constitucional.

⁵ CD a folio 41 del cuaderno de revisión de la Corte Constitucional.

⁶ Folios 103 a 106 del cuaderno inicial.

⁷ Folio 108 ibídem.

vida, pues debe cubrir gastos de alimentación, transporte, salud, servicios y todo lo que implica sostener una familia. Con base en ello, solicitó el amparo de sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordene a Nueva E.P.S. reconocer y pagar las incapacidades generadas por más de 180 días.

Material probatorio relevante cuya copia obra en el expediente

1. Poder conferido a la apoderada judicial⁸.
2. Incapacidades expedidas por Nueva E.P.S. a favor del señor Germán Fandiño del periodo comprendido entre el 8 de octubre de 2014 y el 22 de junio de 2019⁹.
3. Facturas de servicios públicos domiciliarios de energía, agua y gas. Así como del servicio de televisión por cable. Las cuales corresponden a la dirección de notificación que señala el accionante en su escrito de tutela¹⁰.
4. Solicitud de pago de incapacidades radicada por el actor ante Nueva E.P.S el 27 marzo de 2019, del periodo comprendido entre el 8 de octubre de 2014 y el 28 de marzo de 2019¹¹.
5. Respuesta negativa emitida por Nueva E.P.S.¹² de fecha 1 de abril de 2019, frente a la solicitud de reconocimiento y pago de incapacidades del señor Germán Fandiño.
6. Constancia de desembolso de crédito por la suma de \$22.664.240, adquirido con la Cooperativa de Ahorro y Crédito de Tenjo- Cajicá¹³.
7. Certificados de incapacidades emitidas por Nueva E.P.S. a favor del señor Germán Fandiño, correspondientes al periodo comprendido entre el 14 de febrero de 2014 y el 7 de junio de 2019¹⁴.
8. Oficio AMC-SSC-ADS-059-2019, expedido por la Secretaría de Salud Municipal de Cajicá, por medio del cual se admite al señor Germán Fandiño dentro del programa de ruta saludable y le otorga un subsidio de transporte.

⁸ Folio 1 del cuaderno inicial.

⁹ Folios 9 a 96 ibídem.

¹⁰ Folios 97 a 102 ib.

¹¹ Folios 103 a 106 ib.

¹² Folio 108 ib.

¹³ Folio 100 ib.

¹⁴ Folios 111 a 122 ib.

Actuación procesal

Por auto¹⁵ del 26 de junio de 2019, el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá admitió la acción de tutela, corrió traslado a la accionada para que ejerciera su derecho de defensa y vinculó a Colpensiones, por ser el fondo de pensiones al cual está afiliado el accionante.

Nueva E.P.S., en contestación¹⁶ del 28 de junio de 2019, indicó que carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que los derechos fundamentales invocados presuntamente fueron vulnerados por Colpensiones, en la medida que a dicha entidad le corresponde el reconocimiento y pago de las incapacidades que exceden los 180 días continuos. Asimismo, señaló que la acción de tutela es improcedente por cuanto se pretende el reconocimiento de derechos de contenido económico. Por último, sostuvo que, toda vez que el accionante fue calificado con una PCL superior al 50%, resulta incompatible el pago de incapacidades con el pago de la pensión de invalidez.

Colpensiones guardó silencio.

En sentencia del 4 de julio de 2019¹⁷, el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá protegió los derechos fundamentales y, en consecuencia, resolvió “ordenar a COLPENSIONES que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, desembolse al señor GERMÁN FANDIÑO el pago de las incapacidades médicas posteriores al día 180 y las que generen con posterioridad al día 540, hasta el momento en que reciba la pensión de invalidez, previa acreditación de su expedición”. Lo anterior, debido a que, en enero de 2019 el tutelante recibió concepto desfavorable de rehabilitación y posteriormente fue calificado con pérdida de capacidad laboral superior al 50%. Dicha situación exime de responsabilidad a la E.P.S. accionada, por cuanto el numeral 1 del artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018, dispone que las E.P.S. pagarán las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a los 540 días, siempre y cuando exista concepto favorable de rehabilitación.

Mediante escrito de 11 de julio de 2019, Colpensiones impugnó¹⁸ la decisión para solicitar su revocatoria y, en su lugar, se declare la desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que es la E.P.S. la llamada a pagar las incapacidades superiores al día 540.

¹⁵ Folio 143 ib.

¹⁶ Folios 153 a 161 ib.

¹⁷ Folios 164 a 167 ib.

¹⁸ Folios 181 a 188 ib.

En providencia del 14 de agosto de 2019¹⁹, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Civil-, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del fallo proferido en primera instancia, por cuanto se omitió vincular a la empresa empleadora del señor Fandiño (Agronegocios de la Sabana S.A.S.) y a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá.

En cumplimiento a lo ordenado por el referido Tribunal, el 20 de agosto de 2019²⁰, el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá vinculó a Agronegocios de la Sabana S.A.S. y a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá para que se pronunciaran al respecto.

Colpensiones informó en escrito del 22 de agosto de 2019²¹ que, mediante oficio BZ2018_5905776 de 12 de junio de 2018, le precisó al accionante las incapacidades que ya habían sido reconocidas mediante la Resolución 731 de agosto de 2016, correspondientes a 360 días de subsidio durante el periodo del 08 de octubre de 2014 hasta el 2 de octubre de 2015, es decir, del día 181 hasta el día 540. Y aclaró que el pago de las incapacidades posteriores al día 540 corresponde a la E.P.S.

La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá²² señaló que el único trámite en el que esa entidad ha intervenido frente al accionante es la calificación de la pérdida de capacidad laboral y su origen, por lo que no es la competente para tramitar las pretensiones económicas reclamadas.

Agronegocios de la Sabana S.A.S. guardó silencio.

Sentencia de primera instancia

El 2 de septiembre de 2019²³, el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá reiteró su decisión inicialmente adoptada, esto es, concede la protección de los derechos fundamentales, por lo que resolvió *“ordenar a COLPENSIONES que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, reconozca y cancele, previa la acreditación correspondiente de su expedición, al señor GERMÁN FANDIÑO las incapacidades médicas posteriores al día 180 y las que generen con posterioridad al día 540, hasta el momento en que reciba la pensión de invalidez”*. Ello, por cuanto el numeral 1º del artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018, establece que las E.P.S. pagarán las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a los 540 días, siempre y cuando exista concepto

¹⁹ Folios 3 y 4 del cuaderno No. 2.

²⁰ Folio 11 ibídem.

²¹ Folios 15 al 21 ib.

²² Folios 22 y 23 ib.

²³ Folios 26 a 29 ib.

favorable de rehabilitación. Según el *A quo*, en enero de 2019 el accionante recibió concepto desfavorable de rehabilitación²⁴ y posteriormente fue calificado con PCL superior al 50%, lo cual exime de responsabilidad a la E.P.S. accionada.

Impugnación

Colpensiones impugnó tal decisión con oficio del 9 de septiembre de 2019²⁵, señaló que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para perseguir el reconocimiento y pago de prestaciones de tipo económico, además, el pago de las incapacidades superiores al día 540 son responsabilidad de las entidades promotoras de salud.

Sentencia de segunda instancia

El 9 de octubre de 2019²⁶, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Civil-, confirmó la decisión de primera instancia. Expresó que corresponde a Colpensiones asumir el pago de las incapacidades, por cuanto en sentencia T-004 de 2014 se señaló 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%”*.

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEDE DE REVISIÓN

1. La Sala de Selección de Tutelas Número Once²⁷ de la Corte Constitucional, en Auto²⁸ del 26 de noviembre de 2019, seleccionó el expediente T-7.692.912 para su revisión y, de acuerdo con el sorteo realizado, lo repartió al Despacho del Magistrado Alberto Rojas Ríos, para que tramitara y proyectara la sentencia correspondiente.

2. Por Auto²⁹ del 28 de enero de 2020, el Despacho del Magistrado Sustanciador ordenó a: (i) Colpensiones y al accionante para que informaran si se dio cumplimiento a lo dictado en las sentencias de instancias; (ii) Colpensiones para que informara y acreditara si le otorgó la

²⁴ Frente a esta afirmación, la Sala decretó en el auto de 28 de enero de 2020 que la EPS allegara el concepto desfavorable de rehabilitación para su verificación. En él se pudo constatar que, contrario a lo sostenido por el *A quo* este concepto desfavorable fue expedido por la EPS el 14 de septiembre de 2017. De igual forma constató esta Sala que en el año 2019 se emitió dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral, no concepto desfavorable de rehabilitación.

²⁵ Folios 41 a 45 del cuaderno No. 2.

²⁶ Folios 5 y 6 ibídem.

²⁷ Integrada por los Magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado y Alejandro Linares Cantillo.

²⁸ Visible a folios 8 a 24 del cuaderno de revisión de la Corte Constitucional.

²⁹ Folios 27 a 30 ibídem.

pensión de invalidez al accionante; y (iii) Nueva E.P.S. para que allegara concepto desfavorable de rehabilitación emitido al señor Germán Fandiño.

3. Efectuadas las correspondientes comunicaciones y vencido el término probatorio, se produjeron los siguientes pronunciamientos:

3.1. Nueva E.P.S. allegó CD³⁰ contentivo de la siguiente información:

- Solicitud emitida el 4 de diciembre de 2013 para calificación de origen de diagnósticos trastorno de disco lumbar con radiculopatía, asma bronquial.
- Dictamen de origen común por los diagnósticos otras degeneraciones especificadas de disco intervertebral, asma, emitido por Nueva E.P.S el 6 de mayo de 2014.
- Notificación al señor Germán Fandiño, Empresa Agronegocios de la Sabana S.A.S., Colpensiones y ARL Positiva, de la calificación de origen común de los diagnósticos discopatía lumbar múltiple, asma, de fecha 14 de mayo de 2014.
- Comunicación de ARL Positiva, donde manifiesta estar de acuerdo con el dictamen emitido respecto de los diagnósticos discopatía lumbar múltiple, asma, de 9 de junio de 2014.
- Concepto de rehabilitación favorable emitido por Nueva E.P.S. de 18 de junio de 2014.
- Remisión a Colpensiones del Concepto de rehabilitación favorable emitido por Nueva E.P.S., de 2 de julio de 2014.
- Dictamen emitido el 1 de octubre de 2015 por la Junta Nacional de Invalidez por los diagnósticos otros trastornos específicos de los discos intervertebrales, discopatía múltiple lumbar, como enfermedades de origen común.
- Solicitud de requisitos para calificación de origen del diagnóstico laringitis crónica de 18 de diciembre de 2015.
- Dictamen de origen laboral emitido el 8 de agosto de 2016 por la Nueva E.P.S. por el diagnóstico laringitis crónica.
- Notificación de calificación de origen a la ARL Positiva por el diagnóstico laringitis crónica como enfermedad de origen laboral de 26 de octubre de 2016, emitida por Nueva E.P.S.
- Respuesta emitida el 4 de noviembre de 2016 por la ARL Positiva, en la cual manifiesta su inconformidad con la calificación emitida frente al origen laboral del diagnóstico laringitis crónica.
- Dictamen emitido el 9 de noviembre de 2016 por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de Bogotá, con relación al origen común del

³⁰ Folios 39 a 41 del cuaderno de revisión de la Corte Constitucional.

diagnóstico osteo artrosis generalizada, reflujo, gastritis crónica, con una pérdida de capacidad laboral de 26.37% con fecha de estructuración 18 de mayo de 2016.

- Remisión de 26 de diciembre 2016 a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, del caso del señor Germán Fandiño en atención a la controversia suscitada por ARL Positiva.
- Concepto desfavorable de rehabilitación emitido por Nueva E.P.S. el 14 de septiembre de 2017, frente al diagnóstico radiculopatía, otras degeneraciones especificadas de disco intervertebral, osteo artrosis primaria generalizada, enfermedad del reflujo gastroesofágico, hiperplasia de la próstata, gastritis crónica, hipertensión esencial y asma, de origen común.
- Remisión del concepto desfavorable de rehabilitación a Colpensiones, de 26 de septiembre de 2017.
- Dictamen de calificación de origen emitido el 6 de octubre de 2017 por Colpensiones, con relación a los diagnósticos otros trastornos especificados de los discos intervertebrales, artrosis, reflujo, gastritis, como enfermedades de origen común con una PCL de 42.39% con fecha de estructuración 15 de agosto de 2017.
- Notificación de reincorporación laboral por calificación de pérdida de capacidad laboral menor al 50%, de 18 de abril de 2018.
- Dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 1 de febrero de 2019, con relación a los diagnósticos gastritis, glaucoma, hipertensión esencial, mialgia, otros trastornos especificados de los discos intervertebrales, síndrome de manguito rotatorio, colon irritable y síndrome del túnel, como enfermedades de origen común, con pérdida de capacidad laboral de 56.98%, con fecha de estructuración 7 de noviembre de 2018.
- Dictamen de origen emitido por Nueva E.P.S. el 29 de junio de 2019, por los diagnósticos síndrome del túnel carpiano, tenosinovitis de estiloides radial, síndrome de manguito rotatorio, como enfermedades de origen común y epicondilitis como enfermedad de origen laboral.
- Remisión a ARL Positiva, el 18 de noviembre de 2019 de la notificación de calificación de origen de los diagnósticos síndrome del túnel carpiano, tenosinovitis de estiloides radial, síndrome de manguito rotatorio, como enfermedades de origen común y epicondilitis como enfermedad de origen laboral.
- Oficio de 11 de octubre de 2019, remitido por la ARL Positiva, mediante el cual manifiesta su conformidad con la calificación de origen de los diagnósticos síndrome del túnel carpiano, tenosinovitis de estiloides radial, síndrome de manguito rotatorio, como enfermedades de origen común y desacuerdo con la calificación de origen laboral del diagnóstico epicondilitis.

Asimismo, en otro CD³¹ arrió certificado de existencia y representación legal de la entidad, memorial notificando la desvinculación laboral de la doctora Zulma Acuña como Gerente Regional en Bogotá de Nueva E.P.S., poder conferido por escritura pública al doctor Hernán Soriano y solicitud de desvinculación del Presidente de Nueva E.P.S., por cuanto no es el facultado para cumplir las órdenes impartidas en la acción de tutela.

3.2. Por su parte, Colpensiones informó³² que dio cumplimiento a lo ordenado en las decisiones de instancia y que otorgó la pensión de invalidez al señor Germán Fandiño, mediante Resolución SUB285236 de 16 de octubre de 2019, a partir del 1 de noviembre de 2019.

Para tal efecto, allegó memorial que radicó el 25 de septiembre de 2019 en el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, en el cual informó sobre el cumplimiento del fallo. Indicó que mediante oficio 31504 de 18 de septiembre de 2019, le comunicó al actor que la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones le reconoció subsidio económico por concepto de 1780 días de incapacidad médica temporal, destacándose el pago de 25 de abril de 2018 a 3 de septiembre de 2019. Asimismo, anexó certificación de tesorería de los pagos efectuados al tutelante.

De igual forma señaló, que las incapacidades fueron reconocidas hasta el último certificado de incapacidad radicado en esa entidad, ya que no se evidencian incapacidades posteriores a la del 3 de septiembre de 2019, pero, de expedirse incapacidades con posterioridad, deberán allegarlas para su reconocimiento y pago.

En sustento de su respuesta, arrió la Resolución SUB285236 de 16 de octubre de 2019, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago de la pensión de invalidez al accionante.

3.3. La apoderada del accionante allegó memorial³³ en el cual señaló:

(i) Con relación al cumplimiento de la orden dada por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, el 18 de septiembre de 2019 Colpensiones comunicó el cumplimiento parcial del pago de incapacidades, pues pagó las comprendidas así:

DESDE EL	HASTA EL
-----------------	-----------------

³¹ Folios 108 y 109 del cuaderno de revisión de la Corte Constitucional.

³² Folios 42 a 69 ibídem.

³³ Folios 70 a 96 del cuaderno de revisión de la Corte Constitucional.

19 de septiembre de 2014	13 de septiembre de 2015
19 de septiembre de 2014	7 de octubre de 2014
3 de octubre de 2016	24 de abril de 2018
13 de enero de 2019	03 de septiembre de 2019

Afirmó que Colpensiones cumplió parcialmente lo ordenado, puesto que, faltó el pago de las incapacidades desde el 04 de septiembre de 2019 al 31 de octubre de 2019, en vista de que el reconocimiento de la pensión de invalidez se hizo efectivo a partir del 1 de noviembre de 2019.

(ii) Referente al reconocimiento de la pensión de invalidez, indicó que la misma fue reconocida mediante la Resolución No. 2019-10921133 de fecha 16 de octubre de 2019.

Con lo anterior, allegó copia del oficio de 18 de septiembre de 2019 emitido por Colpensiones en el cual reconoce al señor Germán Fandiño el pago de las incapacidades ordenadas por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá, por un total de 1780 días. De igual forma, arrió la certificación de tesorería de los pagos efectuados, el oficio BZ2016_11742745 de 12 de octubre de 2016 en el cual Colpensiones señaló que mediante la Resolución 731 de agosto de 2016 se acreditó el pago de las incapacidades generadas entre el 8 de octubre de 2014 y el 2 de octubre de 2015 (por concepto de 360 días) y la notificación por aviso de la Resolución 2019-10921133 de fecha 16 de octubre de 2019 por medio de la cual le reconoce al señor Fandiño la pensión de invalidez.

Anexa certificación de las incapacidades generadas de 4 de septiembre de 2019 a 13 de septiembre de 2019, de 14 de septiembre de 2019 a 23 de septiembre de 2019 y de 24 de octubre de 2019 a 2 de noviembre de 2019, con su respectiva transcripción por parte de la E.P.S. Frente a las cuales alega que no han sido reconocidas y pagadas por Colpensiones.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

A. Competencia

1. La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso 3, y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

B. Cuestiones previas a resolver

2. La Sala advierte la necesidad de examinar, de manera preliminar, los siguientes aspectos: (i) procedencia formal de la acción de tutela y (ii) carencia actual de objeto.

Primera cuestión previa: Análisis de procedencia de la acción de tutela

3. Se establecerá si concurren los requisitos de procedencia formal de la solicitud de amparo: (i) legitimación en la causa por activa, (ii) legitimación en la causa por pasiva, (iii) inmediatez y (iv) subsidiariedad. Para ello, se reiterarán las reglas jurisprudenciales en la materia y, con base en ellas, se verificará el cumplimiento de esas exigencias.

Legitimación en la causa por activa

4. Se ha indicado que: (i) la acción de tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales que toda persona puede formular “*por sí misma o por quien actúe a su nombre*”; (ii) no es necesario que el titular de los derechos instaure directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre; y (iii) ese tercero debe tener la calidad de: a) representante del titular de los derechos, b) agente oficioso, o c) Defensor del Pueblo o Personero Municipal³⁴.

5. Esta Sala encuentra cumplido el referido presupuesto de procedibilidad. Se verifica que el actor por intermedio de apoderada judicial, debidamente facultada por el poder especial otorgado, acude en procura de sus derechos fundamentales presuntamente violados.

Legitimación en la causa por pasiva

6. Según lo establecido en el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra: (i) toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya vulnerado, vulnere o amenace vulnerar cualquier derecho fundamental, y (ii) las acciones u omisiones de los particulares³⁵. Esta exigencia refiere a la aptitud legal y constitucional de la persona (natural o jurídica) contra quien se dirige la acción, de ser la posiblemente llamada a responder por la violación o amenaza del derecho fundamental³⁶.

³⁴ Sentencia SU-377 de 2014. Reglas reiteradas en las sentencias T-083 de 2016, T-291 de 2016, T-100 de 2017, T-651 de 2017, T-063 de 2018, T-176 de 2018, T-240 de 2019 y T-565 de 2019.

³⁵ Ver sentencias T-100 de 2017, T-651 de 2017, T-063 de 2018, T-176 de 2018 y T-565 de 2019.

³⁶ Cfr. providencias T-1015 de 2006, T-780 de 2011, T-008 de 2016, T-009 de 2016, T-100 de 2017, T-651 de 2017, T-063 de 2018, T-176 de 2018 y T-565 de 2019.

7. La Sala encuentra reunido este requisito, toda vez que, por un lado, Nueva E.P.S. y Colpensiones tendrían la aptitud legal y constitucional de ser las posiblemente llamadas a responder por el presunto desconocimiento de los derechos fundamentales invocados por el peticionario, ya que esas entidades, conforme a la normatividad y la jurisprudencia de la materia, serían las encargadas de asumir el correspondiente reconocimiento y pago de las incapacidades médicas reclamadas. Y por otro, respecto de las vinculadas, Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Agronegocios de la Sabana S.A.S., estas carecen de legitimación en la causa por pasiva, ya que no tienen el deber legal y constitucional de reconocer y pagar las incapacidades reclamadas por el accionante.

En efecto, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá tiene como función decidir controversias sobre calificaciones de origen y pérdida de la capacidad laboral u ocupacional y su fecha de estructuración, no el pago de incapacidades, y, en el caso de Agronegocios de la Sabana S.A.S., este fungió como empleador del actor y no tiene a su cargo el pago de las incapacidades superiores a los 180 días, objeto de reclamación por el trabajador, por lo que, los legitimados por pasiva resultan ser Nueva E.P.S. y Colpensiones.

Inmediatez

8. Aquí se debe comprobar cualquiera de estas situaciones: (i) si resulta razonable el tiempo comprendido entre el día en que ocurrió o se conoció el hecho vulnerador y/o constitutivo de la amenaza de algún derecho fundamental y el día en que se formuló la acción de tutela³⁷; y/o (ii) si resulta razonable el lapso comprendido entre el día en que cesaron los efectos de la última actuación que el accionante desplegó en defensa de sus derechos presuntamente vulnerados y el día en que se solicitó el amparo³⁸.

9. La Sala también observa cumplida la exigencia de inmediatez. En efecto: (i) el 27 marzo de 2019 el accionante radicó petición ante Nueva E.P.S. para que le reconozca y pague las incapacidades generadas desde el 8 de octubre de 2014 hasta el 28 de marzo de 2019; (ii) el 1 de abril del mismo año, Nueva E.P.S. dio respuesta negativa a la solicitud anteriormente referida; por lo que (iii) el demandante formuló la acción de tutela el 14 de junio de 2019, es decir, 2 meses y 13 días después, término que es razonable para esta Sala de Revisión.

Subsidiariedad en materia de reclamación de incapacidades médicas

³⁷ Fallos T-135 de 2015, T-291 de 2016, T-063 de 2018, T-176 de 2018, T-240 de 2019 y T-565 de 2019.

³⁸ Sentencias T-135 de 2015, T-291 de 2016, T-480 de 2016, T-063 de 2018, T-176 de 2018, T-240 de 2019 y T-565 de 2019.

10. Se ha reiterado que la solicitud de amparo es un medio de protección de carácter residual y subsidiario que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio de defensa o, existiendo, no resulte idóneo, eficaz u oportuno o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable³⁹.

11. Este Tribunal ha precisado que existen eventos en los cuales es posible que el juez de tutela pueda desatar de fondo controversias relacionadas con el reconocimiento de incapacidades médicas, dependiendo de las circunstancias del caso, toda vez que dicha prestación podría ser el único sustento de las personas en situación de discapacidad para garantizar para sí mismos y para su familia un mínimo vital y una vida digna⁴⁰.

12. Así lo señaló la Corte en la Sentencia **T-008 de 2018**: *“(...) Así las cosas, el mecanismo idóneo para solucionar las controversias sobre el reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, corresponde a la justicia ordinaria.*

Sin embargo, cuando el pago de incapacidades laborales constituye el único medio para la satisfacción de necesidades básicas, la acción de tutela también se convierte en mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al mínimo vital (...).

(...) En síntesis, la Corte Constitucional ha reconocido que la interposición de acciones de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales es procedente, aun cuando no se han agotado los medios ordinarios de defensa, cuando de la satisfacción de tal pretensión dependa la garantía del derecho fundamental al mínimo vital.

De esta manera, no basta con la existencia de medios de defensa judiciales para establecer la improcedencia de la acción de tutela, sino que debe determinarse si los mismos son idóneos y eficaces (...).”

13. En este mismo sentido, la Sentencia **T-246 de 2018**, al estudiar el caso de una ciudadana, quien presentó acción de tutela contra la empresa Perfumes y Cosméticos Internacionales –PERCOINT–, Nueva E.P.S. y Colpensiones, por el no pago de las incapacidades médicas prescritas por su médico tratante, indicó: *“(...) De igual manera, tratándose de*

³⁹ Ver T-1085 de 2003, T-806 de 2004, T-397 de 2008, T-629 de 2009, T-338 de 2010, T-135 de 2015, T-379 de 2015, T-291 de 2016, T-100 de 2017, T-651 de 2017, T-063 de 2018 y T-176 de 2018.

⁴⁰ Sentencias T-920 de 2009 y T-008 de 2018 entre otras.

solicitudes que buscan el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, la Corte Constitucional de manera reiterada, ha sido enfática en disponer que las acciones ante la jurisdicción ordinaria también constituyen mecanismos idóneos para su amparo.

Sin embargo, la Corporación excepcionalmente ha permitido la procedencia de la acción de tutela, atendiendo a las circunstancias especiales y a la situación de cada individuo, que hace que la intervención del juez constitucional se haga necesaria e inminente.

Así, en diferentes pronunciamientos de la Corporación, con el fin de determinar la procedencia de la acción de amparo cuando media este tipo de pretensiones, se han ponderado aspectos como la edad del presunto afectado (menor de edad, adulto mayor), la situación económica, el estado de salud del solicitante y de su familia, el grado de afectación que tendrían sus derechos fundamentales ante la falta de pago de la prestación económica solicitada (mínimo vital), así como la actividad administrativa adelantada para obtener la protección de sus derechos.

La acción de tutela con referencia T-6.577.261, cuestiona el no pago de las incapacidades que superan los 540 días por parte de la Nueva EPS. Por esto, en principio, dicha reclamación quedaría comprendida dentro de las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, en virtud de lo dispuesto en el literal b) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

Sin embargo, con todo, recuerda la Sala que en este caso, la acción de tutela la presenta una mujer de 56 años, que tiene afectaciones y padecimientos en su salud, que le generan dolor lumbar persistente como lo evidencian las pruebas aportadas al proceso, y que por ende, no se encuentra en capacidad de retomar sus actividades laborales en aras de obtener un ingreso que le permita cubrir sus necesidades y la obligación hipotecaria que recae sobre su vivienda. La accionante requiere del pago de las referidas incapacidades para ver incólume su derecho al mínimo vital, toda vez que, aunque cuenta con el apoyo de su esposo, de acuerdo con el análisis de gastos mensuales presentado ante esta Sala, no resulta ser suficiente para cubrir sus necesidades básicas.

Así, la unicidad de su fuente de ingresos y el monto devengado, implican en los términos previamente expuestos, que la ausencia y la dilación de los pagos que la accionante reclama, la sitúa en una circunstancia de vulnerabilidad que se agrava ante su estado de salud. Por lo cual, esta Sala estima que la idoneidad y la eficacia del medio judicial ordinario es, en este caso en particular, inocua, más aún cuando de ello también se

deriva que existe una amenaza grave sobre su mínimo vital y el de su familia, que para ser conjurada requiere de medidas urgentes (...)”.

14. Con base en los anteriores parámetros y vistas las particularidades en las que está inmerso el asunto bajo estudio, la Sala considera que la acción de tutela reúne el requisito de subsidiariedad. Si bien en principio el señor Germán Fandiño cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para pretender el reconocimiento y pago de las incapacidades que alude tener derecho, lo cierto es que ese medio ordinario carece de eficacia para la efectiva salvaguarda de los derechos fundamentales que reclama, dadas las siguientes circunstancias especiales:

(i) El tutelante efectuó un mínimo de diligencia en procura de sus intereses, ya que agotó los mecanismos administrativos que disponía en el marco del respectivo trámite que adelantó ante la entidad accionada, es decir, presentó reclamación, la cual fue negada.

(ii) El actor afronta un delicado estado de salud, por cuanto padece gastritis, glaucoma, hipertensión esencial, mialgia, otros trastornos especificados de los discos intervertebrales, síndrome del túnel carpiano, síndrome del manguito rotatorio y síndrome del colon irritable.

(iii) Con ocasión de ello, el peticionario fue calificado con pérdida de capacidad laboral del 56.98%, de origen/evento: enfermedad y origen/riesgo: común.

(iv) El demandante sostiene que debido a las enfermedades que padece no puede trabajar y no cuenta con otro medio de sustento, que *“debe cubrir gastos de alimentación, transporte, salud, servicios y todo lo que implica sostener una familia”*. Inclusive, se ha visto abocado a realizar préstamos con entidades crediticias para solventar dichos gastos. En aplicación de la presunción de veracidad prevista en el artículo 20⁴¹ del Decreto 2591 de 1991, se tendrá por cierta tal afirmación, en la medida que la accionada guardó silencio una vez se le dio traslado de la demanda de tutela, y tampoco se pronunció frente a ello en sede de revisión.

15. Es claro que el actor es un sujeto de especial protección constitucional, en atención a su delicado estado de salud, discapacidad y precaria situación económica, por lo que es imperioso que esta Sala de Revisión resuelva el asunto de manera definitiva. La Sala estima que someterlo a las cargas procesales y a los plazos establecidos en la justicia ordinaria para que se

⁴¹ *“Artículo 20. Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.”*

desaten de fondo sus pretensiones, podría ser desproporcionado dada las condiciones específicas del actor, pues ello además dilataría la protección efectiva e integral que requiere de su mínimo vital.

Segunda cuestión previa: Análisis de carencia actual de objeto

16. Superada la procedencia formal de la acción de tutela, es necesario determinar si en el presente asunto existe carencia actual de objeto, debido a que en sede de revisión se informó que al actor le reconocieron y pagaron las incapacidades reclamadas. Para tal cometido, se reiterarán las reglas a que haya lugar y, con base en ellas, se verificará la configuración de dicho fenómeno.

Carencia actual de objeto. Reiteración de jurisprudencia⁴²

17. El artículo 86 de la Constitución consagró la acción de tutela con el objetivo de proteger *derechos fundamentales* cuando los mismos resulten *amenazados o vulnerados* por la *acción u omisión* de cualquier autoridad pública y, en casos específicos, por los particulares. Su protección consistirá en una *orden* para que, aquel respecto de quien se solicita la tutela, *actúe o se abstenga de hacerlo*⁴³.

18. La orden en la acción de tutela busca que cese la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales, por lo que su eficacia precisamente depende de la actualidad del hecho vulnerador. De esta forma, si cesa la conducta que viola los derechos fundamentales, el juez no tiene un objeto sobre el cual pronunciarse, escenario en el que se configura lo que la jurisprudencia ha denominado carencia actual de objeto⁴⁴.

19. De igual manera, este Tribunal ha señalado que el recurso de amparo puede perder, en ocasiones, su esencia, cuando se originan en el transcurso del trámite de la acción de tutela circunstancias que le permiten al juez inferir que la amenaza o transgresión denunciadas se concretaron o desaparecieron, lo que conlleva a que ésta pierda su “*razón de ser*” como mecanismo extraordinario de protección judicial. Así lo señaló al precisar que la “*tutela es una garantía constitucional destinada a la protección de los derechos fundamentales, y por lo mismo, cuando cesa la amenaza o la violación de los derechos fundamentales del solicitante, bien porque la causa de la amenaza desapareció o fue superada, o porque la violación cesó o el derecho fue satisfecho, entonces la acción de tutela pierde su*

⁴² Se seguirán de cerca los apartes expuestos en las sentencias T-701 de 2016, T-100 de 2017, T-063 de 2018, T-029 de 2019 y T-565 de 2019, todas con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos.

⁴³ Sentencias T-701 de 2016, T-100 de 2017, T-063 de 2018, T-029 de 2019 y T-565 de 2019.

⁴⁴ *Ibidem*.

*razón de ser, en la medida en que cualquier decisión que el juez pueda adoptar, carecerá de fundamento fáctico. De este modo, el juez de tutela queda imposibilitado para emitir cualquier orden de protección del derecho invocado, en tanto que la decisión judicial resulta inocua.*⁴⁵

20. La carencia actual de objeto se presenta ante lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado como: (i) hecho superado, (ii) daño consumado⁴⁶ o (iii) el acaecimiento de una situación sobreviniente⁴⁷.

20.1. El hecho superado se configura cuando se *“repara la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se ha solicitado”* o cuando *“cesa la violación del derecho fundamental o el hecho que amenazaba vulnerarlo, es decir, en el curso del proceso de tutela las situaciones de hecho generadoras de la vulneración desaparecen o se solucionan.*⁴⁸

20.2. El daño consumado se da cuando *“no se repara la vulneración del derecho, sino que, a raíz de su falta de garantía, se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela.”*⁴⁹ También se ha explicado que *“consiste en que a partir de la vulneración ius-fundamental que venía ejecutándose, se ha consumado el daño o afectación que con la acción de tutela se pretendía evitar, de forma que ante la imposibilidad de hacer cesar la vulneración o impedir que se concrete el peligro, no es factible que el juez de tutela dé una orden al respecto.”*⁵⁰

20.3. Y el acaecimiento de una situación sobreviniente es *“una tercera modalidad de eventos en los que la protección pretendida del juez de tutela termina por carecer por completo de objeto y es en aquellos casos en que como producto del acaecimiento de una ‘situación sobreviniente’ que no tiene origen en el obrar de la entidad accionada la vulneración predicada ya no tiene lugar, ya sea porque el actor mismo asumió la carga que no le correspondía, o porque a raíz de dicha situación, perdió interés en el resultado de la litis.*

Se tiene que, esta nueva y particular forma de clasificar las modalidades en que puede configurarse la carencia actual de objeto en una acción de tutela, parte de una diferenciación entre el concepto que usualmente la jurisprudencia ha otorgado a la figura del ‘hecho superado’ y limita su alcance únicamente a aquellos eventos en los que el factor a partir del cual

⁴⁵ Sentencia SU-655 de 2017.

⁴⁶ Fallos T-253 de 2012, T-895 de 2011, T-100 de 2017, T-063 de 2018, T-029 de 2019 y T-565 de 2019.

⁴⁷ Sentencias T-988 de 2007, T-585 de 2010, T-200 de 2013, T-481 de 2016, T-100 de 2017, T-063 de 2018, T-029 de 2019 y T-565 de 2019.

⁴⁸ Sentencia T-291 de 2011, reiterada en T-100 de 2017, T-063 de 2018, T-029 de 2019 y T-565 de 2019.

⁴⁹ Sentencia SU-677 de 2017.

⁵⁰ Sentencia T-481 de 2016.

se superó la vulneración está directamente relacionado con el accionar del sujeto pasivo del trámite tutelar. De forma que es posible hacer referencia a un 'hecho superado' cuando, por ejemplo, dentro del trámite tutelar una E.P.S. entrega los medicamentos que su afiliado demandaba, y una 'situación sobreviniente' cuando es el afiliado quien, al evidenciar la excesiva demora en su suministro, decide asumir su costo y procurárselos por sus propios medios."⁵¹

21. Como una de las modalidades de ocurrencia de la carencia actual de objeto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que dicho fenómeno se materializa de manera previa a la adopción del fallo correspondiente, ya que, en el transcurso del proceso de acción de tutela se satisface la pretensión del accionante, por lo cual haría inocua cualquier decisión de fondo frente a lo pretendido. Sobre el particular ha indicado: *"Durante el trámite de la acción de tutela, hasta antes de que se profiera la respectiva sentencia, pueden presentarse dos situaciones: (i) que los hechos que dieron origen a la acción persistan, y por ello el asunto amerite emitir un pronunciamiento de fondo, ya sea porque puede evidenciarse la configuración de la vulneración alegada, y es procedente amparar los derechos invocados, o porque no pudo comprobarse la misma, y debe entonces negarse la protección solicitada; o (ii) que ocurra una variación sustancial en los hechos, de tal forma que desaparezca el objeto jurídico del litigio, porque fueron satisfechas las pretensiones, ocurrió el daño que se pretendía evitar o se perdió el interés en su prosperidad. Al respecto, este tribunal ha reconocido, que antes de emitir un pronunciamiento de fondo, pueden presentarse ciertas circunstancias que, por encajar en alguna de las modalidades antes mencionadas, hacen desaparecer el objeto jurídico de la acción, de tal forma que la orden que pudiera emitirse al respecto "caería en el vacío" o "no tendría efecto alguno"*"⁵².

22. En este sentido se ha precisado que el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado se presenta antes, durante o después de la presentación de la correspondiente acción de tutela, pero su acontecimiento operará previo a que el Juez del caso profiera decisión de fondo⁵³.

Es por esto que, cuando la pretensión se satisface en virtud del cumplimiento de la orden impartida por los jueces de instancia, no acaece la carencia actual de objeto por hecho superado, pues se reitera, lo que ocurrió fue la satisfacción de una pretensión bajo el marco del cumplimiento de orden judicial, no la superación del hecho vulnerador.

⁵¹ *Ibídem.*

⁵² Sentencia T-344 de 2019.

⁵³ Sentencia T-045 de 2008.

23. Tal es el caso de la Sentencia **T-715 de 2017**, en la cual está Corte puntualizó: *“La jurisprudencia constitucional ha entendido que el hecho superado tiene lugar cuando desaparece la afectación al derecho fundamental cuya protección se solicita y se satisfacen las pretensiones del accionante⁵⁴. En estas condiciones, ‘la acción de tutela pierde eficacia e inmediatez y, por ende su justificación constitucional’⁵⁵. Esta circunstancia puede ser consecuencia de ‘la observancia de las pretensiones del accionante a partir de una conducta desplegada por el agente transgresor’⁵⁶, lo cual acaece entre la interposición de la acción de tutela y la decisión del juez constitucional⁵⁷.*

En pronunciamientos recientes, se ha estimado que la hipótesis de carencia actual de objeto por hecho superado se configura ‘cuando entre la interposición de la acción de tutela y el fallo de la misma, se satisface por completo la pretensión contenida en la acción de tutela, es decir, que por razones ajenas a la intervención del juez constitucional, desaparece la causa que originó la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del peticionario’⁵⁸. (Subrayas fuera del texto).

En este caso, de un lado, se verificó que el Colegio entregó los títulos académicos de la estudiante Britney Barragán, en cumplimiento de la sentencia de primera instancia. No obstante, dicha entrega de los documentos devino como consecuencia de la orden judicial del a quo; es más, la entrega de estos documentos solo se realizó tras el incidente de desacato promovido en contra de la Hermana Superiora Chaux Rojas. Inconforme con la orden del fallo de tutela, la rectora interpuso el recurso de impugnación, el cual fue indebidamente inadmitido, tal como se señaló párrafos atrás. En tales términos, a pesar del cumplimiento de la orden, difícilmente se podría sostener que, en relación con la solicitud de amparo en favor de la estudiante Britney Barragán, se ha superado el interés litigioso de ambas partes.

De otro lado, lo cierto es que, tal como está acreditado en el expediente, la estudiante Kylie Barragán no ha sido admitida en el Colegio accionado de nuevo y, según la demandante, este año no atiende institución educativa alguna. Por lo tanto, de presentarse vulneración alguna de su derecho a la

⁵⁴ Sentencia SU 540 de 2007: “el hecho superado se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que “carece” de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en la tutela.”

⁵⁵ Sentencia T-265 de 2004.

⁵⁶ Sentencias T-238 de 2017 y T-011 de 2016.

⁵⁷ Sentencias T-238 de 2017 y T-047 de 2016.

⁵⁸ Sentencia T-321 de 2016. En el mismo sentido, se encuentra la sentencia T-154 de 2017.

educación, la intervención judicial conserva vigencia y devendría oportuna: no caería en el vacío. En tales términos, el litigio en favor de la estudiante Kylie Barragán tampoco se ha superado, conserva actualidad y, por lo tanto, demanda un pronunciamiento judicial de fondo.

Dado lo anterior, en relación con ninguna de las dos pretensiones de amparo se advierte litigio superado alguno. Por lo tanto, no es posible declarar en este caso la carencia actual de objeto. En su lugar, resulta procedente que esta Sala resuelva de fondo el problema jurídico sustancial del presente asunto (...)”.

Verificación de carencia actual de objeto

24. Visto lo informado por el demandante y lo acreditado por el demandado a la luz de las anteriores pautas jurisprudenciales, esta Sala estima que no se encuentra ante el fenómeno de la carencia actual de objeto, ya que la vulneración de los derechos fundamentales del señor Germán Fandiño cesó, una vez el juez de instancia impartió sentencia que amparó sus derechos y adoptó las medidas correspondientes dirigidas al pago de las incapacidades reclamadas.

25. En efecto, en sede de Revisión, la apoderada judicial del señor Fandiño radicó memorial en el cual señaló que, en atención a las órdenes impartidas en primera y segunda instancia por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior de Bogotá -Sala Civil-, Colpensiones pagó las incapacidades hasta el día 3 de septiembre de 2019, no obstante, informó que faltó por reconocer y pagar las generadas a partir del 4 de septiembre de 2019 y hasta el 31 de octubre de 2019.

26. Abordadas, desarrolladas y concluidas las cuestiones previas planteadas en precedencia, pasa la Sala a realizar el examen de fondo con la formulación del problema jurídico.

C. Problema jurídico a resolver

27. Conforme al anterior escenario, corresponde a la Sala Novena de Revisión establecer si los derechos fundamentales al mínimo vital, vida en condiciones dignas, dignidad humana, salud y seguridad social del señor Germán Fandiño fueron vulnerados por Nueva E.P.S. y/o Colpensiones, al negarse a reconocer y pagar las correspondientes incapacidades que le fueron generadas con posterioridad a los primeros 180 días.

Con la finalidad de resolver el problema jurídico planteado, la Sala se referirá al marco normativo y jurisprudencial relacionado con el pago de

incapacidades superiores a 180 días y 540 días. Conforme a ello, se solucionará el caso concreto.

Marco normativo y jurisprudencial relacionado con el pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días. Reiteración de jurisprudencia.⁵⁹

28. El Sistema General de Seguridad Social contempla en la Ley 100 de 1993, los Decretos 692 de 1994, 1748 de 1995, 1406 de 1999 y 2943 de 2013, postulados que propugnan por el amparo de los trabajadores que, en virtud de un accidente o una enfermedad de origen común, adviertan la imposibilidad de desempeñar sus labores u oficios y por ende ven frustrada la posibilidad de percibir la remuneración correspondiente y que les facilita la manutención de sus necesidades⁶⁰.

29. Según la Jurisprudencia de este Tribunal, con relación a la falta capacidad laboral existen tres tipos de incapacidades: “(...) (i) **temporal**, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) **permanente parcial**, cuando se presenta una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) **permanente (o invalidez)**, cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%⁶¹(...)”.

30. De igual forma, ha señalado la Corte⁶² que las incapacidades según su origen obedecen a dos tipos:

- (i) Por enfermedad de origen laboral: Con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales. Estas incapacidades son asumidas y pagadas por las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL-, en atención a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.

Se ha dicho que este pago se efectuará “(...) hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de

⁵⁹Se seguirá de cerca el marco legal y jurisprudencial expuesto en la Sentencia T-161 de 2019.

⁶⁰Sentencia T-161 de 2019.

⁶¹Sentencia T-920 de 2009, reiterada en sentencias T-468 de 2010, T- 684 de 2010, T- 200 de 2017 y T-161 de 2019, entre otras.

⁶²Sentencia T-161 de 2019.

capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez”⁶³

- (ii) Por enfermedad de origen común: De conformidad con los Artículos 227 del Código Sustantivo del Trabajo y 23 del Decreto 2463 de 2001, el tiempo de duración de la incapacidad incide en la denominación que se le dé a la remuneración que se perciba durante la vigencia de dicha incapacidad. Es así como, dentro de los primeros 180 días se reconocerá el pago de un auxilio económico y en tratándose del día 181 en adelante, se causará el pago de un subsidio de incapacidad⁶⁴.

31. Respecto de quien debe asumir el pago de incapacidades, este se efectúa conforme la siguiente explicación:

Término	Responsable	Norma que reglamenta
2 primeros días	Empleador	Decreto 2943 de 2013
Del día 3 hasta el día 180	E.P.S.	Decreto 2943 de 2013
Del día 181 al 540	Fondo de Pensiones	Ley 962 de 2005 ⁶⁵
Del día 541 en adelante	E.P.S.	Ley 1753 de 2015

32. Con relación al pago de las incapacidades que superan los 540 días, esta Corte reconoció hasta antes del año 2015, que no se evidenciaba protección con relación a quienes tuvieran concepto favorable de rehabilitación y/o calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y seguían incapacitados por la misma causa más allá de los 540 días⁶⁶.

Con el fin de superar este vacío, se expidió la Ley 1753 de 2015, que en el artículo 67 estableció que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud se destinaran, entre otros: (...) 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)*

⁶³ T-490 de 2015, T-693 de 2017, T- 200 de 2017, T-161 de 2019, entre otras.

⁶⁴ Sentencia T-161 de 2019.

⁶⁵ Según la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la E.P.S. Sentencia T-401 de 2017: *Se advierte que este concepto debe emitirse antes del vencimiento de los primeros 150 días de incapacidad. Si la E.P.S. no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.*

⁶⁶ Sentencia T-161 de 2019. También ver sentencia T-468 de 2010.

días continuos. Es así como se fijó la obligación a cargo de las E.P.S. de asumir y pagar las incapacidades generadas con posterioridad al día 540.⁶⁷

33. Para la Corte no existe duda que es obligatorio el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, por lo que, en los casos en que se reclame el reconocimiento y pago de incapacidades superiores al día 540, las E.P.S. deberán asumir la carga prestacional.

En efecto, en la Sentencia **T-144 de 2016**, la Sala Quinta de Revisión estudió la acción de tutela interpuesta, en la cual, una mujer reclamaba el pago de incapacidades superiores a los 540 días, las cuales le fueron generadas por virtud de un accidente de tránsito severo y adicionalmente le emitieron dictamen de Calificación de Invalidez que no superaba el 50% de PCL. La Corte Consideró que en atención a lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, la E.P.S. a la que se encontraba afiliada la peticionaria debía asumir las incapacidades⁶⁸.

*“En el caso concreto es evidente que el estado de salud de la actora ha impedido el éxito total de los pretendidos reintegros, pues a favor de ella se siguen expidiendo certificados de incapacidad laboral. Así mismo, es una persona que no goza de una pensión de invalidez; es decir, está incapacitada medicamente para trabajar, pero no es beneficiaria de ninguna fuente de auxilio dinerario para subsistir dignamente. Ello evidentemente indica que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, y que se vulnera su derecho al mínimo vital y se amenazan otros derechos fundamentales, tales como la vida digna y la salud”.*⁶⁹

En esta misma sentencia, se estableció lo siguiente para la aplicación del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 en casos similares: *“(i) existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%; (ii) el deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y, (iii) la referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad”.*⁷⁰

⁶⁷ T-161 de 2019.

⁶⁸ T-144 de 2016.

⁶⁹ *Ibídem*.

⁷⁰ Sentencia T-144 de 2016. Ver también la Sentencia T-161 de 2019.

34. De igual manera, en la Sentencia **T-161 de 2019**, al estudiar la acción de tutela interpuesta por el señor Ricardo Barahona contra Colpensiones, por la negativa en el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a los 180 días, generadas como consecuencia de un trasplante de codo que le impidió reintegrarse a sus labores, la Corte consideró que el referido fondo de pensiones deberá responder por el pago del subsidio de incapacidad a partir del día 181 hasta el día 540 y que, con relación a las incapacidades que superan los 540 días, la obligación de pago recae sobre la E.P.S. Precisó la Corte en este fallo: “(...) *Por todo lo anterior, y con base en la obligación impuesta por la Ley 1753 de 2015, se le ordenará a la EPS SOS realizar el pago de las incapacidades que excedan los 540 días hasta que cese su emisión en favor del actor(...)*”.

Decreto 1333 de 27 de julio de 2018

35. El Ministerio de Salud y Protección Social expidió el Decreto 1333 de 27 de julio de 2018⁷¹. Dicho Decreto reguló el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 2.2.3.3.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días. Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:

1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.

2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.

3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

⁷¹ “Por medio del cual se sustituye el Título 3 de la parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016”.

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

36. Del recuento Jurisprudencial y normativo anteriormente expuesto, se denotan las reglas mediante las cuales se orienta la atribución del pago de las incapacidades generadas, ya sean por el origen de dicha incapacidad o a los diferentes parámetros de temporalidad que operan en los casos de enfermedades de origen común.

Resolución del caso concreto

37. El señor Germán Fandiño interpuso acción de tutela contra Nueva E.P.S., con el fin de que se amparen sus derechos fundamentales, los cuales considera violados ante la negativa en el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas por más de 180 días. Dentro del trámite se ordenó la vinculación de Colpensiones, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Agronegocios de la Sabana S.A.S.

38. Con ocasión al estado de salud en que se encuentra el accionante, la E.P.S. le ha expedido sendas incapacidades en distintos periodos, desde el 14 de febrero de 2014 hasta el 2 de noviembre de 2019. Coinciden las partes en señalar que las incapacidades generadas por los primeros 540 días fueron reconocidas y canceladas al accionante conforme a las disposiciones legales pertinentes. No obstante, afirma el actor que las incapacidades generadas con posterioridad al día 540 no han sido reconocidas y pagadas por la E.P.S.

39. Los jueces de instancia concedieron el amparo invocado y resolvieron “ordenar a Colpensiones que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, reconozca y cancele, previa la acreditación correspondiente de su expedición, al señor GERMÁN FANDIÑO las incapacidades médicas posteriores al día 180 y las que generen con posterioridad al día 540, hasta el momento en que reciba la pensión de invalidez”.

40. Ahora bien, con el fin de adoptar una decisión de fondo y en atención al material probatorio que obra en el expediente, particularmente de la prueba recaudada en sede de revisión, la Sala deberá delimitar el asunto aclarando que en el presente proceso concurren tres situaciones que merecen ser debidamente diferenciadas: (i) existen incapacidades que se pagaron antes de la presentación de la acción de tutela (**que van desde el día 181 hasta el día 540**); (ii) hay incapacidades que se pagaron como consecuencia del cumplimiento de la orden judicial de primera instancia (**que también van desde el día 181 en adelante**); y (iii) algunas incapacidades que se

reclamaron en sede de revisión y son posteriores a la solicitud de amparo y a los fallos de instancia (**que son posteriores al día 540**).

41. Frente al primer grupo de incapacidades, que corresponden a las generadas entre los días 181 y 540, encuentra la Sala que fueron pagadas por Colpensiones previa presentación de la acción de tutela, puesto que, en la contestación allegada indica que mediante oficio BZ2018_5905776 de 12 de junio de 2018 le precisó al accionante que el pago de las incapacidades causadas entre el año 2014 y 2015 por concepto de los primeros 360 días, se tramitó mediante la Resolución 731 de agosto de 2016. Es claro que, la acreditación del pago de dichas incapacidades no solo fue hecha por el Fondo en mención en su escrito de contestación y en las intervenciones arrimadas, sino que fue reconocido debidamente por el peticionario, quien en sede de revisión hizo referencia al oficio BZ2016_11742745 de 12 de octubre de 2016, en el cual Colpensiones le reiteró que ya había efectuado dicho pago mediante la Resolución 731 de agosto de 2016.

Teniendo en cuenta que la acción de tutela se presentó el 14 de junio de 2019, resulta claro que para esta fecha ya se había satisfecho cualquier pretensión de pago frente a dichas incapacidades.

En este escenario, no puede hablarse de responsabilidad constitucional alguna frente a Colpensiones, pues es claro que esta entidad procedió de conformidad frente al reconocimiento de estas prestaciones económicas en concreto, tal y como lo informaron las mismas partes del proceso. De tal suerte que no hay discusión alguna en torno a su efectiva cancelación y menos que de ello se derive una violación *iusfundamental*.

42. Con relación al segundo grupo de incapacidades, esto es, las que se pagaron con ocasión al cumplimiento de la orden judicial impartida por el *a quo*, la Sala manifiesta que comparte las decisiones de instancia, por cuanto efectivamente Colpensiones vulneró los derechos fundamentales invocados por el actor, dadas las siguientes razones:

(i) El hecho de que no se reconozcan y paguen las incapacidades médicas expedidas al señor Germán Fandiño vulnera sus derechos fundamentales, toda vez que se trata de una persona que únicamente cuenta con el ingreso de su salario y al no percibirlo por su condición de salud que le ha acarreado la expedición de incapacidades que superan los 541 días, se le causa un perjuicio irremediable.

(ii) Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, sobre el reconocimiento y pago de incapacidades superiores

a los 540 días, del cual, es diáfano el entendimiento que dichas incapacidades serán asumidas por las E.P.S., **siempre y cuando** se cumplan con los presupuestos establecidos en el precitado artículo. En el caso objeto de análisis, no se observa el cumplimiento del presupuesto establecido en el numeral 1 del referido artículo, *cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.*

Esta inobservancia se fundamenta así: (i) en sede de Revisión se pudo establecer que, según la prueba documental allegada por la accionada⁷², el 14 de septiembre de 2017 Nueva E.P.S. emitió concepto desfavorable de rehabilitación con relación a las siguientes patologías: Radiculopatía, otras degeneraciones específicas de disco intervertebral, osteo artrosis primaria generalizada, enfermedad de reflujo gástrico sin esofagitis, hiperplasia de la próstata, gastritis crónica superficial, hipertensión esencial primaria y asma no especificada, de origen común.⁷³ Lo anterior indica que, no se cumple con el presupuesto establecido en el numeral 1 del artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, puesto que, en este se establece con claridad que las Empresas Promotoras de Salud pagarán las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a los 540 días, siempre y cuando exista concepto favorable de rehabilitación, hecho que no ocurre, pues se desvirtuó con suficiencia. Y (ii) Es claro que, para la fecha en que se emitieron las incapacidades, ya existía concepto desfavorable de rehabilitación. Es así como, se sustrae de la norma la obligación que en principio se radicó en cabeza de la E.P.S.

43. En relación con el concepto desfavorable de rehabilitación de 14 de septiembre de 2017, debe precisarse que, aunque es el único que a la fecha se conoce que le haya sido emitido al accionante y pese a que éste solo coincide con 3 de las 8 patologías calificadas al actor por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, es decir, gastritis, otras degeneraciones específicas de disco intervertebral e hipertensión esencial primaria, desconociéndose el estatus de las demás patologías incluidas en el concepto desfavorable emitido por la E.P.S y si frente a algunas existe una probabilidad de recuperación o mejoría, basta con este concepto para que en esta ocasión resulte procedente en todo caso atribuir el pago de las incapacidades a Colpensiones, teniendo en cuenta que la jurisprudencia Constitucional ha señalado que se debe establecer un responsable provisional del pago de las incapacidades cuando no exista certeza de cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe pagarlas.

⁷² Folios 39 a 41 del cuaderno de Revisión de la Corte Constitucional.

⁷³ Debe precisarse que, contrario a lo que señalaron los jueces de instancia, la fecha en la cual se emitió el concepto desfavorable de rehabilitación por parte de su médico tratante es el 14 de septiembre de 2017 y no enero de 2019.

En efecto, en la Sentencia **T-004 de 2014** resaltó: *“La jurisprudencia constitucional ha sostenido que en los casos en que no se tiene certeza de cuál es la entidad responsable de cubrir determinadas incapacidades laborales, es obligación de alguna de las entidades del Sistema General de Seguridad Social de pagarlas o de lo contrario se causaría al trabajador una afectación a su mínimo vital, por lo cual es juez de tutela debe (sic) señalar quién es el responsable provisional de cumplir dicho deber, aun cuando se otorgue la posibilidad de repetir contra aquél que resulte ser el verdadero obligado. Tal como lo mencionó la sentencia T-786 de 2009:*

‘La tutela es, entonces, procedente en ciertos casos para obtener el pago de incapacidades laborales. Cuando lo es, la tutela debe ser resuelta con una definición provisional acerca del sujeto que en principio está obligado al pago de las referidas incapacidades. Pero, la definición que al respecto pueda dar el juez de tutela en nada determina el verdadero y real origen que, de acuerdo con la ley y los reglamentos correspondientes, tienen la enfermedad o el accidente sufrido por el tutelante. Si alguna provisión se adopta en ese sentido, está justificada porque del pago de las incapacidades depende la garantía del mínimo vital del peticionario y de su familia. De manera que, si el sujeto destinatario de las órdenes con las que concluyan las sentencias de tutela en esta materia, estima que es otro sujeto el que debe correr con ellas, debe iniciar el correspondiente trámite regular que el ordenamiento dispone para la definición del origen de las enfermedades o los accidentes, y para la consecuente determinación del sujeto legal y reglamentariamente obligado al pago de la prestación’.

En la sentencia T-418 de 2006 la Corte decidió que no era constitucionalmente viable postergar el pago de mesadas cuando no se tiene certeza legal y reglamentaria de cuál es la entidad que está obligado a hacerlo, pues se le vulneran derechos fundamentales a una persona en condición de debilidad manifiesta, así se estableció que:

‘la Corte ha considerado que la carga que conlleva la incertidumbre entre distintas entidades sobre cuál de ellas debe asumir el pago de obligaciones pensionales ciertas e indiscutibles, no puede ser trasladada al titular del derecho. Menos aún, como se ha manifestado, cuando dicho titular depende del pago de la mesada a la que tiene derecho, para satisfacer el derecho al mínimo vital suyo y de su familia’.

La anterior consideración podría ser aplicable a casos en los cuales, entidades del Sistema General de Seguridad Social, por ausencia de reglamentación eluden el pago de incapacidades laborales y dilata el goce efectivo del derecho al mínimo vital, así, como lo consagró la sentencia T-

404 de 2010, ‘lo que corresponde en esos casos es resolver la solicitud ciudadana con la salvedad de no tener certeza acerca de quién debía pagar la correspondiente prestación, y luego repetir contra quien se considera que es el realmente responsable de satisfacer los derechos invocados (...)’”.

44. Aunado a ello, la jurisprudencia constitucional ha señalado: “Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia **T-920 de 2009**⁷⁴ 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%**”.⁷⁵

45. En el mismo sentido, también se ha sostenido que “el trabajador que es calificado y supera el 50% de pérdida de capacidad laboral, ante la disminución física que padece, las entidades del Sistema les corresponde actuar con solidaridad y diligentemente reconocer y pagar una suma de dinero con la cual pueda satisfacer sus necesidades básicas; razón por la cual mientras se decide definitivamente sobre el reconocimiento y el pago de la pensión de invalidez, el Fondo de Pensiones deberá costear las incapacidades laborales”.⁷⁶

46. Finalmente, en la sentencia **T-144 de 2016 se dijo**: “Así, en esa ocasión, se amparó el derecho fundamental al mínimo vital de una persona a la cual le han expedido incapacidades laborales por más de 540 días como consecuencia de varios diagnósticos que habían redundado en **una pérdida de capacidad laboral del 51.77%**, sin que la EPS, la empresa accionada o la AFP hubieren pagado oportunamente las incapacidades prescritas, ni realizado los trámites para reconocer y pagar la pensión de invalidez. En ese caso existía un dictamen que ofrecía certeza de la imposibilidad de rehabilitación del accionante y una negligencia de las entidades en el trámite de su pensión, por tal razón se aplicó una interpretación constitucional del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, **que condicionaba el pago de las incapacidades superiores a los 540 por parte del fondo de pensiones, al trámite y reconocimiento de la pensión de invalidez a la que tenía derecho el actor (...)**”.

47. En este caso, el accionante cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación expedido por la E.P.S. y adicionalmente, cuenta con

⁷⁴ Sentencia T-920 de 2009.

⁷⁵ Sentencia T-401 de 2017.

⁷⁶ Sentencia T-004 de 2014.

calificación del porcentaje de pérdida de su capacidad laboral superior al 50%, por lo que, se ratifica que es Colpensiones quien debe asumir dicha carga prestacional hasta que se surta el trámite definitivo que le reconozca la pensión de invalidez.

48. Por lo anterior, y en atención a las precisiones anteriores, la Sala confirmará parcialmente la decisión proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Civil-, que confirmó el fallo emitido por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de esa misma ciudad, mediante el cual se protegieron los derechos fundamentales al mínimo vital, vida en condiciones dignas, dignidad humana, salud y seguridad social del señor Germán Fandiño y en consecuencia se ordenó a Colpensiones *“que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, reconozca y cancele, previa la acreditación correspondiente de su expedición, al señor GERMÁN FANDIÑO las incapacidades médicas posteriores al día 180 y las que generen con posterioridad al día 540, hasta el momento en que reciba la pensión de invalidez.”*

49. Ahora bien, Colpensiones informó que, mediante oficio de 18 de septiembre de 2019, se le reconoció subsidio económico al accionante por concepto de 1780 días de incapacidad médica temporal desde el 19 de septiembre de 2014 hasta el 3 de septiembre de 2019, haciéndole el pago específico de los periodos de 25 de abril de 2018 a 3 de septiembre de 2019, dando así cumplimiento al fallo de primera instancia. No obstante, afirma el accionante en sede de revisión, que Colpensiones no ha reconocido las incapacidades comprendidas entre el 4 de septiembre de 2019 a 13 de septiembre de 2019, de 14 de septiembre de 2019 a 23 de septiembre de 2019 y de 24 de octubre de 2019 a 31 de octubre de 2019.

50. Frente a este último grupo de incapacidades superiores a los 540 días, que se reclamaron en sede de revisión y son posteriores a la solicitud de amparo y a los fallos de instancia, se hacen las siguientes precisiones: (i) no ha existido negativa de reconocimiento por parte de Colpensiones, pues esa entidad advirtió que en caso de existir incapacidades posteriores al 3 de septiembre de 2019 debían ser allegadas por el interesado para su pago y (ii) no hay prueba de que el actor haya radicado solicitud de cancelación.

No obstante, esta Corporación considera que en tratándose de enfermedades de origen común como ocurre en el caso *sub examine* y teniendo como fundamento la legislación y jurisprudencia en materia de incapacidades previamente abordada en esta providencia, quien está llamado a reconocer y pagar las incapacidades del señor Germán Fandiño es el Fondo de Pensiones.

51. En consecuencia, se adicionará la sentencia adoptada en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá –Sala Civil-, en el sentido de instar al demandante para que, si aún no lo ha hecho, acredite ante Colpensiones las incapacidades referentes a los periodos comprendidos entre 4 de septiembre de 2019 a 13 de septiembre de 2019, 14 de septiembre de 2019 a 23 de septiembre de 2019 y 24 de octubre de 2019 a 31 de octubre de 2019, a fin de que la mencionada entidad, verifique si hay lugar a su reconocimiento y pago, siguiendo de cerca los lineamientos expuestos en esta providencia y sin más condiciones que las establecidas en este fallo.

D. Levantamiento de suspensión de términos

52. En virtud de la emergencia pública sanitaria derivada del virus COVID-19, el Consejo Superior de la Judicatura suspendió los términos judiciales en todo el territorio nacional⁷⁷. A su vez, el Decreto 469 del 23 de marzo de 2020 estableció que la Corte Constitucional podría levantar la suspensión referida para el cumplimiento de sus funciones constitucionales.

53. Mediante Auto 121 de 2020, la Sala Plena de esta Corporación dispuso que las Salas de Revisión de la Corte pueden levantar la suspensión de términos de un determinado asunto con base en el análisis de los siguientes criterios: “(i) *la urgencia en adoptar una decisión de fondo o una medida provisional dirigida a la protección de los derechos fundamentales*; (ii) *la importancia nacional que revista el caso*; y (iii) *la posibilidad material de que el asunto pueda ser tramitado y decidido de forma compatible con las condiciones actuales de aislamiento preventivo obligatorio, sin que ello implique la imposición de cargas desproporcionadas a las partes o a las autoridades concernidas.*”

54. En el presente caso se acredita el cumplimiento de dos de los criterios establecidos en el auto en mención, debido a que: (i) es urgente adoptar una decisión de fondo que le garantice al accionante, una persona en condición de discapacidad, la protección de sus derechos fundamentales; y, (ii) el asunto bajo examen puede ser tramitado de forma compatible con las condiciones actuales de aislamiento obligatorio, dado que se concreta en el cumplimiento de unas órdenes sin que esto implique riesgos para las partes. Por consiguiente, se levantará la suspensión de términos.

E. Síntesis de la decisión

⁷⁷ Mediante los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521 y PCSJA20-11526 de marzo de 2020, entre otros.

55. El señor Germán Fandiño, por intermedio de apoderada judicial, formuló acción de tutela contra Nueva E.P.S., por estimar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida en condiciones dignas, dignidad humana, salud y seguridad social, ante la negativa en el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas por más de 180 días.

56. Las decisiones de instancias concedieron el amparo implorado y ordenaron a Colpensiones *“que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas, reconozca y cancele, previa la acreditación correspondiente de su expedición, al señor GERMÁN FANDIÑO las incapacidades médicas posteriores al día 180 y las que generen con posterioridad al día 540, hasta el momento en que reciba la pensión de invalidez”*.

57. La Corte advierte la necesidad de examinar, de manera preliminar, los siguientes aspectos: (i) procedencia formal de la acción de tutela y (ii) carencia actual de objeto.

58. En cuanto a la primera cuestión previa, la Corporación concluye que la solicitud de amparo es procedente, por cuanto concurren los requisitos mínimos de: (i) legitimación en la causa por activa, (ii) legitimación en la causa por pasiva, (iii) inmediatez y (iv) subsidiariedad.

59. Respecto al segundo aspecto preliminar, este Tribunal no encuentra configurado el fenómeno de la carencia actual de objeto.

60. En virtud de lo anterior, la Corte se ocupa por establecer si los derechos fundamentales al mínimo vital, vida en condiciones dignas, dignidad humana, salud y seguridad social del accionante fueron vulnerados por Nueva E.P.S. y/o Colpensiones, ya que esas entidades se abstuvieron, en su criterio de pagar las incapacidades expedidas con posterioridad a los primeros 180 días.

61. Para tal cometido, se aborda el marco normativo y jurisprudencial relacionado con el pago de incapacidades superiores a 180 días y más de 540 días. Con base en ello, se soluciona el caso concreto.

62. La Sala aclaró que en el presente proceso concurren tres situaciones que merecen ser debidamente diferenciadas: (i) existen incapacidades que se pagaron antes de la presentación de la acción de tutela (**que van del día 181 al día 540**) sin que frente a estas se advierta responsabilidad constitucional por parte de Colpensiones; (ii) hay incapacidades que se pagaron como consecuencia del cumplimiento de la orden judicial de primera instancia (**que van también del día 181 en adelante**), con responsabilidad de Colpensiones, al menos, en forma provisional; y (iii)

algunas incapacidades que se reclamaron en sede de revisión y son posteriores a la solicitud de amparo y a los fallos de instancia (**que van después del día 540**), frente a las cuales no hay prueba de negativa de su pago por parte de Colpensiones.

63. Esta Corporación encuentra que Colpensiones vulneró los derechos fundamentales invocados por el actor, dado que: (i) el hecho de que no se reconozcan y paguen las incapacidades médicas expedidas al señor Germán Fandiño vulnera sus derechos fundamentales, toda vez que se trata de una persona que únicamente cuenta con el ingreso de su salario y al no percibirlo por su condición de salud que le ha acarreado la expedición de incapacidades que superan los 541 días, se le causa un perjuicio irremediable; y (ii) teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, sobre el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a los 540 días, del cual, es diáfano el entendimiento que dichas incapacidades serán asumidas por las E.P.S., **siempre y cuando** se cumplan con los presupuestos establecidos en el precitado artículo. En el caso objeto de análisis, no se observa el cumplimiento del presupuesto establecido en el numeral 1 del referido artículo, esto es, *cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico*.

64. Igualmente este Tribunal verifica que: (i) según la prueba documental allegada por la accionada⁷⁸, el 14 de septiembre de 2017 Nueva E.P.S. emitió concepto desfavorable de rehabilitación con relación a las siguientes patologías: Radiculopatía, otras degeneraciones específicas de disco intervertebral, osteo artrosis primaria generalizada, enfermedad de reflujo gástrico sin esofagitis, hiperplasia de la próstata, gastritis crónica superficial, hipertensión esencial primaria y asma no especificada, de origen común.⁷⁹ Lo anterior incumple el presupuesto establecido en el numeral 1 del artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, según el cual, las Empresas Promotoras de Salud pagarán las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a los 540 días, siempre y cuando exista concepto favorable de rehabilitación, lo cual no ocurre en este caso, pues se desvirtuó con suficiencia; y (ii) para la fecha en que se emitieron las incapacidades, ya existía concepto desfavorable de rehabilitación. Es así como, se sustrae de la norma la obligación que en principio se radicó en cabeza de la E.P.S.

⁷⁸ Folios 39 a 41 del cuaderno de Revisión de la Corte Constitucional.

⁷⁹ Se reitera que, contrario a lo señalado en instancias, la fecha en la cual se emitió concepto desfavorable de rehabilitación por parte de su médico tratante es el 14 de septiembre de 2017 y no enero de 2019.

65. En consecuencia, la Corte confirma parcialmente la decisión de segunda instancia y la adiciona en el sentido de instar al demandante para que acredite ante Colpensiones las incapacidades referentes a los periodos comprendidos entre 4 de septiembre de 2019 a 13 de septiembre de 2019, de 14 de septiembre de 2019 a 23 de septiembre de 2019 y de 24 de octubre de 2019 al 31 de octubre de 2019, a fin de que dicha entidad, verifique si hay lugar a su reconocimiento y pago.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura⁸⁰, en relación con el expediente de tutela T-7.692.912, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la Sentencia adoptada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Civil-, el 9 de octubre de 2019, que confirmó la decisión proferida por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de esa misma ciudad, el 2 de septiembre de 2019, mediante el cual se protegieron los derechos fundamentales al mínimo vital, vida en condiciones dignas, dignidad humana, salud y seguridad social del señor Germán Fandiño y, en consecuencia, se ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- que “*reconozca y cancele, previa la acreditación correspondiente de su expedición, al señor GERMÁN FANDIÑO las incapacidades médicas posteriores al día 180 y las que generen con posterioridad al día 540, hasta el momento en que reciba la pensión de invalidez*”; **ADICIONÁNDOLA** en el sentido de **INSTAR** al señor Germán Fandiño para que, si aún no lo ha hecho, acredite ante la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- las incapacidades referentes a los periodos comprendidos entre 4 de septiembre de 2019 a 13 de septiembre de 2019, 14 de septiembre de 2019 a 23 de septiembre de 2019 y 24 de octubre de 2019 a 31 de octubre de 2019, a fin de que la mencionada entidad, verifique si hay lugar a su reconocimiento y pago, siguiendo de cerca los lineamientos expuestos en esta providencia y sin más condiciones que las establecidas en este fallo.

⁸⁰ Mediante los Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521 y PCSJA20-11526 de marzo de 2020, entre otros.

TERCERO.- Por Secretaría General de esta Corporación, **LÍBRENSE** las comunicaciones a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado
(Con salvamento de voto)

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General