

## Sentencia T-008/18



Referencia: Expediente T-6.381.881

Acción de tutela formulada por JOSÉ VICENTE RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, contra Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES–, Sanitas EPS y Autotanques de Colombia.

Magistrado Ponente:  
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

### SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Tribunal Administrativo de Santander, el 5 de abril de 2017, en segunda instancia, y el Juzgado Octavo Administrativo Oral de San Gil, el 21 de febrero de 2017, en primera instancia, dentro del proceso de acción de tutela promovido por José Vicente Rodríguez González contra Administradora Colombiana de Pensiones –en adelante COLPENSIONES–, Sanitas EPS y Autotanques de Colombia.

#### I. ANTECEDENTES

##### 1. Hechos

1.1 El ciudadano José Vicente Rodríguez González de 70 años de edad, se encuentra vinculado como empleado en el cargo de conductor en la empresa Auto Tanques de Colombia S.A.S., desde el 13 de julio de 2015 y recibe una asignación salarial correspondiente a un (1) salario mínimo legal mensual. Debido a que presentó un tumor maligno en el

estómago, episodio depresivo moderado, hipertensión y gastritis crónica<sup>1</sup>, le fueron reconocidas y pagadas incapacidades por un período de 180 días, hasta el 8 de enero de 2016.

1.2 El 3 de febrero de 2016, COLPENSIONES emitió concepto técnico de calificación de pérdida de capacidad laboral –en adelante PCL–, en el cual se le asignó un porcentaje de 43.24% de PCL, de origen común y fecha de estructuración el 25 de enero de 2016.

Contra el referido dictamen no interpuso recurso, debido a que se encontraba en tratamiento psiquiátrico y no contaba con concepto de rehabilitación (favorable o desfavorable) como lo exige el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012.

1.3 El señor Rodríguez González señaló que después del día 180, esto es, desde el 9 de enero de 2016, se siguieron generando incapacidades, las cuales reconoció COLPENSIONES hasta el 23 de febrero de 2016, dejando sin reconocer las que tuvieron lugar desde el 24 de febrero hasta el 19 de diciembre de 2016.

1.4 Por oficio de 1º de diciembre de 2016<sup>2</sup>, COLPENSIONES comunicó al señor Rodríguez González que no le reconocería las incapacidades posteriores al 23 de febrero de 2016, debido a que ya le había hecho el examen de PCL el 3 de febrero de 2016. Por tanto, dicha entidad sólo estaba obligada a pagar las incapacidades que se generaran hasta el momento en que se profiera el referido dictamen.

1.5 Afirma el actor que desde el 23 de febrero de 2016 no recibe ingreso económico alguno para garantizar su mínimo vital y su vida en condiciones dignas.

1.6 Sobre la base de los hechos expuestos, el señor Rodríguez interpuso acción de tutela contra COLPENSIONES, cuyas pretensiones se sintetizan así:

1.6.1 *“Tutelar los derechos constitucionales fundamentales al señor José Vicente Rodríguez González al debido proceso, seguridad social, derecho a la vida en condiciones dignas y justas, mínimo vital, a la igualdad y aquellos que resulten vulnerados y amenazados de acuerdo con los hechos y las razones expuestas en la presente acción constitucional.”*<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cuaderno principal. Folio 10.

<sup>2</sup> Oficio radicado: Bz2016\_12117555.

<sup>3</sup> Cuaderno principal. Folio 183.

*1.6.2 “ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES– adelantar las actuaciones tendientes a agendar nueva cita de calificación de pérdida de capacidad laboral al señor José Vicente Rodríguez González debido a que las circunstancias de salud del accionante han variado desfavorablemente con el transcurso del tiempo.”<sup>4</sup>.*

*1.6.3 “ORDENAR a COLPENSIONES RECONOCER y pagar a las (sic) incapacidades presentadas entre el 24/02/2016 al 24/03/2016, del 25/03/2016 al 23/04/2016, del 24/04/2016 al 23/05/2016, del 24/05/2016 al 22/06/2016, del 23/06/2016 al 22/07/2016, del 23/07/2016 al 21/08/2016, del 22/08/2016 al 20/09/2016, del 21/09/2016 al 20/10/2016, del 21/10/2016 al 18/11/2016, del 20/11/2016 al 19/12/2016 y las demás que se sigan generando hasta que restablezca su salud o certifique de forma definitiva la pérdida de la capacidad laboral.”<sup>5</sup>.*

## **2. Trámite impartido a la acción de tutela**

La acción de tutela fue repartida el 13 de febrero de 2017 y su conocimiento correspondió al Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga, autoridad que mediante proveído del 14 de febrero de 2017, admitió la tutela, corrió traslado a COLPENSIONES, vinculó a Sanitas EPS y Autotanques de Colombia, y requirió a esas entidades para que ejercieran su derecho de defensa e hiciera valer las pruebas que considerara pertinentes en defensa de sus intereses.

### ***Respuesta de las entidades accionadas***

La representante legal de Autotanques de Colombia S.A.S. se opuso a las pretensiones de la parte accionante, señalando que no comprometían a esa entidad<sup>6</sup>.

Sanitas EPS solicitó declarar improcedente la acción de tutela, teniendo en cuenta que cumplió con el pago de incapacidades hasta el día 180, tal como lo ordena la ley, y, en ese sentido, COLPENSIONES es la entidad responsable de efectuar el pago solicitado por la actora<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> *Ibíd.*

<sup>5</sup> *Ibíd.*

<sup>6</sup> *Ibíd.* Folio 58.

<sup>7</sup> *Ibíd.* Folio 85.

COLPENSIONES guardó silencio.

### **3. Decisiones adoptadas por las autoridades judiciales**

#### ***Primera instancia***

3.1 En sentencia de 21 de febrero de 2017, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga amparó los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y al mínimo vital del señor José Vicente Rodríguez González. Como consecuencia de ello, ordenó: *“a la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES– que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de esta providencia, sin aún no lo hubiere hecho, proceda a realizar el pago de las incapacidades que le han sido debidamente otorgadas al señor José Vicente Rodríguez González desde el 24 de febrero de 2016 a la fecha.*

En la misma providencia se ordenó que COLPENSIONES siguiera pagando las incapacidades que le fueran otorgadas al accionante hasta que se expida un dictamen que le permita acceder a una pensión de invalidez o se emita concepto médico que establezca que el actor se encuentra apto para retomar sus labores.

Finalmente, dispuso que Sanitas EPS valorara nuevamente el estado de salud del accionante con el propósito de obtener un nuevo concepto de rehabilitación, el cual debería ser remitido a COLPENSIONES para que efectuara nuevo dictamen de PCL, a fin de establecer si el demandante podía retornar a su actividad laboral u obtener una pensión de invalidez.

#### ***Impugnación***

3.2 Inconforme con la decisión adoptada por el juez de tutela, en primera instancia, COLPENSIONES impugnó el fallo. Los argumentos que expuso para tal propósito se contrajeron a señalar que las incapacidades posteriores a los 540 días debían ser pagadas por las EPS de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015<sup>8</sup>.

#### ***Sentencia de segunda instancia***

---

<sup>8</sup> Ibíd. Folio 115.

3.3 Mediante sentencia de 5 de abril de 2017, el Tribunal Administrativo de Santander revocó la decisión de primera instancia y, en su lugar, declaró la improcedencia de la acción de tutela. En su concepto, el accionante no demostró la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, razón por la cual debía agotar los recursos ordinarios de defensa antes de interponer el mecanismo de amparo<sup>9</sup>.

### ***Remisión del expediente a la Corte Constitucional***

3.4 Por Auto de fecha 16 de mayo de 2017, el Tribunal Administrativo de Santander remitió el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión<sup>10</sup>.

## **4. Material probatorio que obra en el expediente**

4.1 Certificación de las incapacidades laborales expedidas a favor de José Vicente Rodríguez González, por parte de Sanitas EPS. Folio 7.

4.2 Dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por COLPENSIONES de fecha 16 de enero de 2016. Folios 8-13.

## **5. Selección del expediente por parte de la Corte Constitucional**

Mediante Auto de 13 de octubre de 2017, la Sala de Selección de Tutelas Número Diez escogió el expediente de la referencia y lo asignó, previo reparto, al Magistrado Alberto Rojas Ríos, para efectuar su revisión, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución Política y en los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, indicando como criterio de selección: Subjetivo: *urgencia de proteger un derecho fundamental*<sup>11</sup>.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer los fallos de tutela proferidos dentro de la acción de tutela 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, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

---

<sup>9</sup> Ibíd. Folio 187.

<sup>10</sup> Ibíd. Folio 193.

<sup>11</sup> Cuaderno Corte Constitucional. Folio 7.

## **2. Planteamiento del caso**

2.1 La pretensión del ciudadano José Vicente Rodríguez González es que COLPENSIONES le programe una cita para que se adelante un nuevo examen de pérdida de capacidad laboral, debido a que las circunstancias de salud del accionante han variado de manera desfavorable desde el último examen practicado. A su vez, solicita que COLPENSIONES le cancele las incapacidades que ha presentado desde el 24 de febrero de 2016 hasta la fecha.

2.2 Las accionadas se oponen a las pretensiones. De una parte Autotankes S.A.S. manifiesta que ha realizado los aportes correspondientes a seguridad social y que la tutela no va dirigida en su contra. Por otra parte, Sanitas expone que ha cumplido con su deber legal de pagar las incapacidades generadas hasta los primeros 180 días de incapacidad, pues a partir de ese momento tal obligación recae en cabeza de COLPENSIONES.

Finalmente, COLPENSIONES señala que, de conformidad con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, las incapacidades posteriores a los 540 días debían ser pagadas por las EPS.

2.3 Como se expuso en el acápite de hechos la tutela fue concedida en primera instancia, pero luego de impugnada fue revocada.

## **3. Problema jurídico**

De conformidad con lo expuesto, la Sala debe resolver los siguientes interrogantes ¿COLPENSIONES debe pagar al señor José Vicente Rodríguez González las incapacidades laborales generadas a partir del día 180? ¿La práctica del examen de Pérdida de Capacidad Laboral<sup>12</sup> suspende el pago de incapacidades? ¿Quién asume el pago de incapacidades después del día 541?

Para resolver el asunto propuesto la Sala reiterará la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre: (i) el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por medio de acción de tutela, (ii) el pago de las incapacidades generadas con posterioridad a la calificación de pérdida de capacidad laboral. Con base en ello, (iii) resolverá el caso en concreto.

---

<sup>12</sup> El cual tuvo como resultado un porcentaje del 43.24% por enfermedad de origen común, con fecha de estructuración del 25 de enero de 2016.

#### **4. Reconocimiento y pago de incapacidades laborales por medio de acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.**

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela tiene carácter residual, toda vez que procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice para evitar un perjuicio irremediable. El cumplimiento de este mandato ha sido denominado requisito de subsidiariedad y tiene como finalidad *“reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”*<sup>13</sup>.

Al tenor de esta regla de procedibilidad,

“la acción de tutela no es un mecanismo principal para la protección de derechos, sino que tiene un carácter extraordinario. Ello no implica que quien encuentre amenazados sus derechos fundamentales, deba agotar absolutamente todos los medios de defensa que existan, sino sólo aquellos que sean idóneos y eficaces para dar solución al problema planteado.

La idoneidad se predica de la existencia de un procedimiento pertinente y conducente para solucionar la controversia jurídica. En tanto que la eficacia es la posibilidad de que el medio que se reputa idóneo genere una consecuencia jurídica desprovista de arbitrariedad en un plazo razonable”<sup>14</sup>.

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<sup>15</sup>.

En la sentencia T-920 de 2009, la Corte Constitucional expuso:

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sentencias T-139 de 2017, T-106 de 2017, T-633 de 2015, T-603 de 2015, T-291 de 2014, T-367 de 2008, T-580 de 2006.

<sup>14</sup> Cfr. Corte Constitucional sentencia T-263 de 2017 y T-530 de 2017.

<sup>15</sup> Cfr. Sentencia T-140 de 2016.

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

La idoneidad de la acción de tutela para reclamar el pago de incapacidades también se fundamenta en que la omisión en el cumplimiento de tal obligación puede generar un perjuicio irremediable, como fue señalado en la sentencia T-468 de 2010:

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

De esta manera, el estudio sobre la subsidiariedad en los casos de acciones de tutela en las cuales se reclame el pago de incapacidades laborales debe realizarse de manera flexible, máxime si quien impetra el amparo es una persona que, debido a su estado de salud, se encuentra en estado de debilidad manifiesta, como fue señalado por este Tribunal en sentencia T-182 de 2011

*“Cuando quiera que no se paguen las incapacidades laborales de manera oportuna y completa, se afecta el mínimo vital del trabajador y el de su familia, razón por lo cual la acción de tutela es procedente. La Corte ha sostenido que al determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en aquellos eventos en donde se comprueba la existencia de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico alguno, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras; que dependen*

económicamente de la prestación reclamada y que carecen de capacidad económica para garantizarse su propia subsistencia, se exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional. Así mismo, es importante resaltar que los requisitos para la procedencia de la acción de tutela en tratándose del pago de acreencias laborales –como son las incapacidades laborales-, deben ser analizados con mayor flexibilidad, en atención a que los peticionarios son sujetos de especial protección constitucional”.

Tales consideraciones fueron reiteradas en las sentencias T-097 de 2015 y T-140 de 2016 en donde se hizo énfasis en la idea de que, en el caso de las incapacidades laborales, se deben analizar las circunstancias concretas de cada caso para verificar si existe la posibilidad de consumación de un perjuicio irremediable.

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.

## **5. El pago de las incapacidades generadas con posterioridad a la calificación de pérdida de capacidad laboral. Reiteración de jurisprudencia.**

5.1 Como regla general, cuando un trabajador presenta pérdida de capacidad laboral inferior al cincuenta por ciento (50%) debe ser reincorporado al cargo que venía desempeñando, o si ello no fuere posible a otra actividad que no sea incompatible con su situación de discapacidad, siempre que los dictámenes médicos determinen que es apto para ello<sup>16</sup>.

No obstante, esa regla tiene su excepción cuando el trabajador, a pesar de presentar un porcentaje de PCL inferior al 50%, no puede reincorporarse a su puesto de trabajo o a otra actividad, debido a que sus problemas de salud persisten y le generan nuevas incapacidades médicas. Esta situación

---

<sup>16</sup> Cfr. Sentencia T-920 de 2009.

no fue contemplada en la Ley 100 de 1993, ni en sus decretos reglamentarios, razón por la cual la jurisprudencia constitucional ha llenado ese vacío normativo.

En efecto, este Tribunal en sentencia T-140 de 2016, reconstruyó la línea jurisprudencial sobre la materia y concluyó que *“los pagos por incapacidades superiores a los primeros 180 días deben ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por 360 días adicionales, sin importar que ya se haya realizado la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuando este siga presentando afectaciones a su estado de salud que le impidan trabajar.”*.

Sobre el particular, la Corte en sentencia T-920 de 2009 sostuvo:

“En el evento en que el afiliado no alcance el porcentaje requerido de invalidez o se le haya dictaminado una incapacidad permanente parcial, y por sus precarias condiciones de salud se sigan generando incapacidades laborales, le corresponde al Fondo de Pensiones continuar con el pago de las mismas hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez”.

A su vez, en sentencia T-729 de 2012, señaló:

“En el caso en el que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, **no obstante haber sido evaluado por la Junta de Calificación de Invalidez y se dictamine una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50 %**, la Corte ha interpretado, conforme con la Constitución Política y el precitado artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que le corresponde al fondo de pensiones el pago de las incapacidades superiores a los primeros 180 días, a menos que; i) se expida el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, que le permita consolidar el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez o ii) que se emita un nuevo concepto por parte del médico tratante que establezca que el actor se encuentra apto para reanudar labores”. (Énfasis agregado).

De esta manera, el pago de esas incapacidades debe realizarse, incluso, después de que se realice el dictamen de pérdida de capacidad laboral, *“hasta que el médico tratante emita un concepto en el que se determine*

*que la persona está en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %.”<sup>17</sup>.*

Así las cosas, el pago de incapacidades no puede suspenderse cuando se realiza el examen de pérdida de capacidad laboral, sino hasta el momento en que la persona pueda reintegrarse a su puesto de trabajo o en su defecto le sea reconocida pensión de invalidez.

5.2 Sin embargo, es preciso determinar quién es el responsable del pago por incapacidades generadas luego del día 540. El artículo 67, inciso segundo, literal A de la Ley 1753 de 2015, resuelve tal inquietud en los siguientes términos:

Estos recursos [esto es, los que administra la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES–] 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<sup>18</sup>.

Esto lleva a concluir que el pago de las incapacidades generadas con posterioridad a los 540 días continuos deba ser asumido por las EPS, quienes a su vez podrán reclamar ante la ADRES el reembolso de los pagos realizados por tales conceptos como lo expuso la Corte en Sentencia T-144 de 2016:

*“Teniendo presente esta nueva 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 2015–, el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar lo normado. Como se puede*

---

<sup>17</sup> T-140 de 2016.

<sup>18</sup> Énfasis agregado.

*observar en la norma transcrita, el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 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.”.*

En síntesis el pago de incapacidades médicas laborales por enfermedad de origen común está a cargo de la EPS durante los primeros 180 días. A partir del día 181 y hasta el día 540, los pagos deben ser realizados por la Administradora de Pensiones. Luego, a partir del día 541, corresponde a la EPS asumir tales costos, sobre los cuales podrá solicitar el respectivo reembolso ante la ADRES de conformidad con las previsiones legales y pronunciamientos judiciales expuestos en este acápite.

## **6. Caso concreto**

### *Procedibilidad formal*

Teniendo en cuenta que el Tribunal Administrativo de Santander, revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declaró la improcedencia de la acción, la Sala analizará la procedibilidad formal de la acción de tutela interpuesta por el ciudadano José Vicente Rodríguez González.

#### *6.1 Legitimación*

Teniendo en cuenta que el ciudadano José Vicente Rodríguez González es la persona quien se ha visto afectada por la decisión de COLPENSIONES de suspender el pago de las incapacidades, luego de haberle practicado el examen de pérdida de capacidad laboral, y que a su vez, fue él mismo quien interpuso la acción de tutela, la Sala encuentra que se encuentra acreditado el requisito de legitimidad por activa.

Por su parte, al interponerse acción de tutela contra COLPENSIONES, entidad que presuntamente vulneró los derechos fundamentales del ciudadano José Vicente Rodríguez González, la Sala encuentra que la accionada es sujeto pasible de la acción.

#### *6.2 Subsidiariedad*

Por regla general deben agotarse los medios ordinarios de defensa para la interposición de la acción de tutela. En el asunto de la referencia, el juez de segunda instancia advirtió la improcedibilidad del amparo por el

incumplimiento del requisito de subsidiariedad, por no haberse interpuesto el proceso ordinario laboral. No obstante, la obligatoriedad en el agotamiento de estos medios debe evaluarse de manera concreta, atendiendo a las circunstancias particulares en las cuales se solicita la protección.

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.

La Corte lo ha expuesto en los siguientes términos “*el requisito de subsidiariedad –agotamiento de los mecanismos judiciales– comprende tres dimensiones:*

*(a) la idoneidad: que exista un procedimiento previsto por el sistema jurídico, para resolver la controversia jurídica.*

*(b) la eficacia: es la capacidad que tiene un procedimiento de producir una consecuencia jurídica desprovista de arbitrariedad y en un tiempo razonable.*

*(c) la urgencia: es la necesidad de intervención inmediata del juez constitucional para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.”<sup>19</sup>.*

En el asunto sometido a estudio, la Sala encuentra que a pesar de que el accionante cuenta con otros medios de defensa idóneos para reclamar el pago de las incapacidades causadas y aquellas que se estén generando, aquellos resultan ineficaces debido al grado de afectación de su derecho fundamental al mínimo vital.

En efecto, el actor afirma depender exclusivamente del ingreso económico derivado de su empleo, afirmación que no ha sido puesta en duda por la accionada, razón por la cual la decisión de suspender el pago de las incapacidades generadas por la enfermedad del señor Rodríguez González, adoptada por COLPENSIONES, requiere de una decisión judicial inmediata, toda vez que puede llegar a ocasionar un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta que es una persona de 70 años de edad, que además padece una patología grave (tumor maligno en el estómago)<sup>20</sup>, para lo cual requiere una suma constante de recursos económicos que la accionada le ha estado negando.

---

<sup>19</sup> Sentencia T-263 de 2017.

<sup>20</sup> Cuaderno principal. Folio 10.

En algunos casos, para garantizar la igualdad material que dispone el artículo 13 de la Constitución este análisis se debe flexibilizar cuando el accionante es una persona objeto de especial protección constitucional.

En el asunto de la referencia, tal garantía se activa por las condiciones materiales específicas del accionante pues: (i) se trata de una persona con una discapacidad laboral que le ha impedido proveerse los recursos mínimos suficientes para garantizar su vida en condiciones dignas, (ii) es un adulto mayor de 70 años de edad, que no se encuentra en edad productiva y (iii) resulta desproporcionado que una persona de edad avanzada tenga que agotar los medios ordinarios de defensa, máxime cuando hay una afectación intensa de su derecho fundamental al mínimo vital que se agrava con el transcurso del tiempo.

Por ello, aunque el medio de defensa ante la jurisdicción laboral sea idóneo, porque garantiza las herramientas procesales para responder a la pretensión, resulta ineficaz para proteger de manera inmediata los derechos fundamentales del accionante que puede sufrir un perjuicio irremediable al postergar la garantía del mínimo vital hasta el momento en que se conozcan las resultas de un proceso ordinario.

La acción de tutela puede concederse de manera transitoria para que de manera paralela se interponga el medio ordinario de defensa correspondiente. No obstante, en virtud del principio de economía procesal, cuando no hay duda alguna sobre un derecho, el amparo puede concederse de manera definitiva, toda vez que ello no solo garantiza la resolución de un problema de derecho de manera célere, sino que ahorra los recursos judiciales que pueden destinarse a la solución de otras controversias.

Dicho esto, la Sala no sólo ha encontrado que se han dado las condiciones para flexibilizar el requisito de subsidiariedad, sino que tiene suficiente ilustración para adoptar una decisión definitiva sobre el asunto sometido a su estudio.

### *6.3 Inmediatez*

La acción de tutela se interpuso el 13 de febrero de 2017, contra la decisión que adoptó COLPENSIONES el 1º de diciembre de 2016, en la cual suspendió el pago de incapacidades al accionante.

Para la Sala, el lapso que transcurrió entre el hecho que genera la presunta vulneración y la interposición del mecanismo de amparo (2 meses y 12 días) es razonable.

A su vez, la cesación de pagos tuvo lugar a finales del mes de junio de 2016, fecha en la cual se expidió la resolución que aprobó el pago, exclusivamente, de las incapacidades comprendidas entre el 23 de enero y el 23 de febrero de ese año. Luego, el accionante solicitó el pago de las incapacidades restantes el 12 de octubre de 2016, por lo cual no puede predicarse inactividad alguna por parte del demandante.

### ***Procedibilidad material***

De conformidad con las reglas reiteradas en el acápite quinto de las consideraciones, el pago de incapacidades médicas por enfermedad de origen común corresponde a la EPS hasta el día 180 y luego de ello a la Administradora de Fondos Pensionales hasta por 360 días adicionales.

De conformidad con la reiteración que en esta providencia se ha efectuado de las reglas contenidas en las sentencias T-920 de 2009, T-729 de 2012 y T-140 de 2016, las incapacidades generadas por enfermedades de origen común, deben ser asumidas por las Administradoras de Pensiones incluso si se ha efectuado el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Así las cosas, el pago de incapacidades no puede suspenderse cuando se realiza el examen de pérdida de capacidad laboral, sino hasta el momento en que la persona pueda reintegrarse a su puesto de trabajo o en su defecto le sea reconocida la pensión de invalidez *“los pagos por incapacidades superiores a los primeros 180 días deben ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por 360 días adicionales, sin importar que ya se haya realizado la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuando este siga presentando afectaciones a su estado de salud que le impidan trabajar.”*<sup>21</sup>.

Descendiendo al caso en concreto, la Sala observa que COLPENSIONES ha desconocido la jurisprudencia de esta Corte, al suspender el pago de las incapacidades que se le han venido generando al actor desde el día 181. En estricto sentido, si el actor sigue presentando dolencias que le impiden seguir laborando, debe procederse a realizar un nuevo examen en

---

<sup>21</sup> Sentencia T-140 de 2016.

el cual se establezca si su enfermedad deviene en una incapacidad laboral que le haga beneficiario de una pensión de invalidez.

Dicho de otra manera, COLPENSIONES está en la obligación de realizar exámenes periódicos al señor José Vicente Rodríguez González con el propósito de determinar si su porcentaje de pérdida de capacidad laboral ha sufrido alguna variación. Tal obligación surge desde el día 181, hasta el día 540 de incapacidad, junto con la de pagar las incapacidades generadas si no llega a recuperarse durante ese período.

Luego, en el evento en que se completen 540 días y el ciudadano Rodríguez González no se haya recuperado, la EPS Sanitas deberá hacerse cargo de los mismos desde el día 541, hasta el momento en que exista un concepto médico favorable o se reconozca la pensión de invalidez de conformidad con la regla establecida en la sentencia T-144 de 2016, referida con anterioridad.

Así las cosas, le asiste razón al ciudadano José Vicente Rodríguez González al señalar que COLPENSIONES ha vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas, pues al encontrarse dentro del período que comprende el día 181 hasta el 540, corresponde a esa entidad realizar el pago de las incapacidades laborales por enfermedad de origen común.

De esta manera, la Sala, al constatar la vulneración alegada, concederá el amparo de las garantías *ius fundamentales* expuestas, advirtiéndole que en caso que el accionante no logre recuperarse y sus incapacidades se prorroguen más allá del día 540, Sanitas EPS deberá realizar los pagos que se generen a partir de esa fecha, hasta el reconocimiento de la pensión de invalidez o hasta que el actor sea reintegrado a un puesto de trabajo acorde con su estado de salud. EN los términos del literal A del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

## **7. Síntesis de la decisión**

En la presente oportunidad, la Sala estudia la tutela que promovió el ciudadano José Vicente Rodríguez González contra COLPENSIONES, dado que esa entidad suspendió el pago de incapacidades que venía reconociéndole, por los problemas de salud que padece (tumor maligno en el estómago, episodio depresivo moderado, hipertensión y gastritis crónica).

En criterio de COLPENSIONES el pago reclamado por el accionante debe realizarlo la EPS Sanitas, toda vez que, para la primera, su

obligación quedó satisfecha cuando le practicó el examen de pérdida de capacidad laboral el cual tuvo como resultado una *Pérdida de Capacidad Laboral* del 43.24%, con lo cual no debía reconocer pensión de invalidez ni pagos generados por incapacidades.

El accionante agotó el trámite administrativo ante COLPENSIONES, en el cual solicitó el reconocimiento de las sumas dejadas de percibir desde febrero de 2016. No obstante, COLPENSIONES negó el reconocimiento de la prestación en respuesta calendada el 1° de diciembre de 2016<sup>22</sup>.

Manifestando que la actuación desplegada por COLPENSIONES afectaba su derecho fundamental al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social, el ciudadano José Vicente Rodríguez González formuló acción de tutela contra COLPENSIONES. En el trámite de la misma, fueron vinculados la EPS Sanitas y Autotanques de Colombia (Empresa donde laboraba el actor).

En sentencia de 21 de febrero de 2017, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga concedió el amparo de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, pero tal decisión fue revocada por el Tribunal Administrativo de Santander, en sentencia de 5 de abril de 2017, declarando en su lugar la improcedencia de la acción por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad, toda vez que el actor no había interpuesto los medios ordinarios de defensa para la satisfacción de su pretensión.

De conformidad con la situación expuesta la Sala formuló el siguiente problema jurídico: ¿Debe pagar COLPENSIONES al señor José Vicente Rodríguez González las incapacidades generadas luego de 180 días, inclusive si ya le efectuó el examen de Pérdida de Capacidad Laboral —el cual tuvo como resultado un porcentaje del 43.24% por enfermedad de origen común, con fecha de estructuración del 25 de enero de 2016— al no existir concepto favorable o desfavorable de rehabilitación por parte de la EPS Sanitas?

Para resolver el asunto propuesto la Sala Novena reiteró la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por medio de acción de tutela y el pago de las incapacidades generadas con posterioridad a la calificación de pérdida de capacidad laboral.

---

<sup>22</sup> Oficio radicado: Bz2016\_12117555.

Sobre el primer punto, reiterando las sentencias T-920 de 2009 y T-182 de 2011, T-097 de 2015 y T-140 de 2016, la Sala considera que el reconocimiento de incapacidades laborales generadas por enfermedad procede en sede de tutela cuando se evidencia la afectación del derecho fundamental al mínimo vital, y que incluso puede concederse el amparo de manera definitiva cuando hay suficientes elementos de juicio para la declaración y protección de un derecho, en virtud del principio de economía procesal.

De otra parte, con fundamento en las sentencias T-920 de 2009, T-729 de 2012, T-140 de 2016, T-144 de 2016, concernientes a la determinación de las entidades obligadas al pago de incapacidades, la Sala reitera que: (i) hasta el día 180, el pago debe hacerlo al EPS, (ii) entre el día 181 al 540, corresponde asumir el costo a las Administradoras de Fondos Pensionales, y finalmente (iii) desde el día 541 hasta cuando se recupere el afiliado o hasta que se le reconozca pensión de invalidez, el pago por concepto de incapacidad corresponde a la EPS.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala concluye que la acción de tutela presentada por el ciudadano José Vicente Rodríguez González es procedente desde la dimensión formal por encontrarse acreditados los requisitos de legitimación, inmediatez y subsidiariedad, este último porque al encontrarse afectado el derecho fundamental al mínimo vital y al presentar una enfermedad catastrófica (tumor maligno en el estómago –cáncer–) resulta desproporcionado que el ciudadano interponga los medios ordinarios de defensa.

De otra parte, la Sala constató que la acción de tutela también es procedente desde la dimensión material, toda vez que COLPENSIONES desconoció la jurisprudencia de esta Corte, así como la normatividad sobre la materia – artículo 67, inciso segundo, literal A de la Ley 1753 de 2015–, al suspender el pago de incapacidades comprendidas al ciudadano José Vicente Rodríguez González.

De conformidad con lo expuesto la Sala ordenará a COLPENSIONES que efectúe el pago de las incapacidades que adeuda al accionante, así como las que se causen hasta el día 540, con el propósito de restablecer el derecho fundamental al mínimo vital y la vida en condiciones dignas del accionante. A su vez, advertirá que de llegar a presentarse incapacidades posteriores al día 541, estas deberán ser asumidas por la EPS Sanitas, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

### **III. DECISIÓN**

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

**RESUELVE:**

**Primero.- REVOCAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, de fecha cinco (5) de abril de 2017, en segunda instancia, dentro del proceso de acción de tutela promovido por JOSÉ VICENTE RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, contra Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES–, Sanitas EPS y Autotanques de Colombia, mediante la cual revocó la sentencia pronunciada en primera instancia por el Juzgado Octavo Administrativo Oral de San Gil el 21 de febrero de 2017, que amparó los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la seguridad social y al mínimo vital. En su lugar, **CONCEDER** la protección invocada en los términos antedichos, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia judicial.

**Segundo.- ORDENAR** a Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES– que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reconozca y pague al ciudadano JOSÉ VICENTE RODRÍGUEZ GONZÁLEZ las incapacidades laborales por enfermedad de origen común causadas entre el 24 de febrero de 2016 hasta el 19 de diciembre de 2016<sup>23</sup>.

**Tercero.- ORDENAR** a Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES– pagar al ciudadano JOSÉ VICENTE RODRÍGUEZ GONZÁLEZ las incapacidades que se hayan generado, con ocasión de su pérdida de capacidad laboral, con posterioridad al 19 de diciembre de 2016 y el momento en que pueda reincorporarse a sus actividades laborales, o cumpla el día 540 de incapacidad.

A su vez, Administradora Colombiana de Pensiones, en un plazo que no supere ocho (8) días hábiles, deberá practicar un examen médico al ciudadano JOSÉ VICENTE RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, a efecto de determinar si su porcentaje de pérdida de capacidad laboral ha variado desfavorablemente con el transcurso del tiempo. Si el nuevo porcentaje de pérdida de capacidad laboral es igual o superior al 50% deberá reconocerse la respectiva pensión por invalidez.

---

<sup>23</sup> Correspondientes a los siguientes períodos: del 24/02/2016 al 24/03/2016, del 25/03/2016 al 23/04/2016, del 24/04/2016 al 23/05/2016, del 24/05/2016 al 22/06/2016, del 23/06/2016 al 22/07/2016, del 23/07/2016 al 21/08/2016, del 22/08/2016 al 20/09/2016, del 21/09/2016 al 20/10/2016, del 21/10/2016 al 18/11/2016, del 20/11/2016 al 19/12/2016.

En el evento en que el accionante no acredite los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, una vez practicado el examen médico referido, Administradora Colombiana de Pensiones deberá realizar estudios médicos periódicos a efecto de determinar (i) si el ciudadano JOSÉ VICENTE RODRÍGUEZ GONZÁLEZ puede reincorporarse a sus actividades laborales o (ii) reconocer el pago de la pensión por invalidez, si su *Pérdida de Capacidad Laboral* llegase a superar el 50%.

**Cuarto.- ADVERTIR** a Sanitas EPS que debe asumir el pago de las incapacidades que se generen al ciudadano JOSÉ VICENTE RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, a partir del día 541.

**Quinto.-** Por la Secretaría de la Corporación, **LÍBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS  
Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO  
Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA  
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ  
Secretaria General