DERECHOS A LA SEGURIDAD SOCIAL, A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA-Reconocimiento y pago de incapacidades laborales superiores a 540 días

(…) de conformidad con el Decreto 1427 de 2022, las EPS tiene la obligación de reconocer y pagar las incapacidades causadas superiores a 540 días, salvo que concurra una causal para negar su pago.

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES-Procedencia excepcional

JUEZ DE TUTELA-Facultad de fallar extra y ultra petita

INCAPACIDADES LABORALES-Importancia constitucional

INCAPACIDAD LABORAL-Finalidad/INCAPACIDAD LABORAL-Clases

PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL-Sustituye al salario como fuente de ingreso de trabajador

PAGO DE INCAPACIDADES MEDICAS-Régimen normativo y jurisprudencial de las entidades responsables de efectuar el pago

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 540 DIAS-Marco normativo y jurisprudencial

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 540 DIAS-EPS facultadas para el recobro de los dineros pagados por concepto de dichas incapacidades

CALIFICACION DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL-Entidades a las que les corresponde realizar la calificación

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 540 DIAS-Orden a EPS reconocer y pagar de manera transitoria incapacidades generadas con posterioridad al 540 de incapacidad

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Segunda de Revisión-

SENTENCIA T-421 DE 2023

Referencia: Expediente T-9.415.661

Acción de tutela instaurada por Evelyn contra Compensar EPS

Procedencia: Juzgado Segundo Penal Municipal de Zipaquirá

Asunto: Amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna

Magistrado ponente:

Juan Carlos Cortés González

Bogotá D.C., dieciocho (18) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados Jorge Enrique Ibáñez Najar y Juan Carlos Cortés González, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Zipaquirá, el 20 de febrero de 2023, que declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Evelyn en contra de Compensar EPS.

Mediante auto del 30 de junio de 2023, la Sala de Selección de Tutelas Número Seis de esta Corporación, seleccionó el expediente T-9.415.6611, con fundamento en el criterio objetivo de posible violación o desconocimiento de un precedente de la Corte Constitucional y en el criterio subjetivo de urgencia de proteger un derecho fundamental. El expediente fue repartido el mismo día a esta sala de revisión. El 17 de julio siguiente, la Secretaría General de la Corte Constitucional remitió el expediente al despacho del magistrado sustanciador, para lo de su competencia2.

Aclaración previa sobre anonimización de datos en la providencia

En razón a que en el presente caso se alude a datos específicos de la historia clínica de la accionante, que son datos sensibles, la Sala advierte, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 1712 de 2014, 1581 de 2012 y 1437 de 2011, el Acuerdo 02 de 20153 y la Circular Interna No. 10 de 20224, que esta providencia se registrará en dos archivos: uno con el nombre real, que la Secretaría General comunicará de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2151 de 1991 y otro con un nombre ficticio (Evelyn), que seguirá el canal previsto por esta corporación para la difusión de información pública.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos y pretensiones

1. En el año 2018, Evelyn fue diagnosticada con «(…) INMUNOHISTOQUIMICA(N°28681-18) (20/03/2018 Compensar): Positivo para carcinoma de células renales CD10, PAX8., CK7. Negativo para Racemasa, CD117, Hallazgos de inmunohistoquímica favorecen carcinoma renal de células claras, grado nuclear 4 (…)»5.

1. En relación con dicho diagnóstico, Compensar EPS emitió incapacidades médicas a la accionante a partir del 15 de julio de 2020. Estas incapacidades se reconocieron y pagaron de la siguiente forma: (i) Compensar EPS pagó las incapacidades hasta el día 180, esto es, entre el 15 de julio de 2020 y el 10 de enero de 2021 y (ii) Porvenir S.A. pagó las incapacidades del día 181 hasta el día 540, es decir, entre el 11 de enero de 2021 y el 15 de enero de 2022. Igualmente, esta AFP pagó las incapacidades a partir del día 541 hasta el día 668, esto es, entre el 16 de enero de 2022 y el 2 de junio de 20226. Posteriormente, Compensar EPS emitió incapacidades médicas adicionales, entre el 3 de junio de 2022 y el 23 de julio de 20237.

1. El 12 de noviembre de 2020, Compensar emitió concepto desfavorable de rehabilitación, en el que se anotó como observación: «[p]aciente en manejo por oncología, por presentar compromiso por metástasis se remite a AFP para determinación de PCL»8.

1. Debido a lo anterior, Porvenir S.A. solicitó a Seguros Alfa S.A. realizar dictamen de pérdida de capacidad laboral (en adelante PCL) a la accionante. El 4 de marzo de 2021, la referida aseguradora calificó una PCL del 66.06%, con fecha de estructuración el 31 de agosto de 20199.

1. La accionante adujo que Compensar EPS emitió varias incapacidades médicas, entre ellas: (i) las causadas entre enero y octubre de 2021; y (ii) las causadas entre junio y diciembre de 2022. Alegó que Compensar EPS se ha negado a pagar algunas de las incapacidades de este último periodo, pues manifiesta que solo está obligada a cubrir las incapacidades hasta el día 180 y que la accionante tiene concepto desfavorable de rehabilitación10.

1. La señora Evelyn manifestó que, debido a su cuadro clínico, las cotizaciones al sistema de seguridad social fueron intermitentes, «[e]mpero, he seguido cotizando durante este año de manera ininterrumpida»11.

1. Igualmente, sostuvo que su fondo de pensiones negó el reconocimiento de la pensión de invalidez porque no cumple con 50 semanas cotizadas en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la PCL12.

1. La accionante manifestó que es una persona de «muy escasos recursos económicos, de estrato 1, con tres hijos, entre ellos una menor de edad de 15 años»,13 quien estudia en una institución educativa en Zipaquirá. Explicó que, sin el pago de esas incapacidades, es imposible sobrevivir junto a su hija para suplir la educación, la alimentación y el pago de servicios públicos domiciliarios.

1. Por tal motivo, el 7 de febrero de 2023, Evelyn interpuso acción de tutela por violación de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana. Por lo anterior, solicitó que «(…) dentro de las 48 horas siguientes al fallo de tutela la EPS COMPENSAR debe asumir el pago de las incapacidades otorgadas por los médicos tratantes de esa EPS y que se hayan acreditado ante esa entidad prestadora, desde JUNIO de 2022 hasta DICIEMBRE de 2022 y/o cuando me salga mi pensión por invalides (sic) (…)»14.

A. Trámite procesal

10. El 7 de febrero de 2023, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Zipaquirá admitió la acción de tutela y vinculó a Porvenir S. A.15

Respuesta de Compensar EPS

11. El 19 de febrero de 2023, Compensar EPS contestó la acción de tutela. Sostuvo que, el 12

de noviembre de 2020, envió concepto de rehabilitación con pronóstico desfavorable a Porvenir S.A. Además, manifestó que la sociedad Seguros Alfa S.A., aseguradora de Porvenir S.A., calificó a la accionante con una pérdida de capacidad laboral del 66.06% de origen común. Así, concluyó que «ha dado cabal cumplimiento a la normatividad vigente, respecto a las obligaciones que le asisten, dentro de su papel como asegurador dentro del SGSSS»16 y «ha brindado los servicios médicos, prestaciones asistenciales que han sido requeridas por la parte actora conforme a las coberturas del Sistema General de Seguridad Social en Salud»17.

Respuesta de Porvenir S.A.

12. Por otro lado, Porvenir S.A., como vinculada al trámite de tutela, respondió que la pretensión de la accionante es el pago de las incapacidades posteriores al día 540. Las incapacidades causadas en los 360 días posteriores a los 180 días iniciales de incapacidad (entre 11 de enero de 2021, hasta el 4 de enero de 2022) se pagaron y reconocieron por dicha sociedad. Así las cosas, las incapacidades siguientes, esto es, las posteriores al día 540, deben pagarse por Compensar EPS. Igualmente, Porvenir S.A. reconoció que Seguros Alfa calificó a la accionante con una pérdida de capacidad laboral de 66.06%, de origen común, con fecha de estructuración el 31 de agosto de 2019. No obstante, indicó que la accionante debe solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez, para que ese fondo realice el estudio y la valoración correspondiente18.

A. Decisión judicial objeto de revisión19

13. El 20 de febrero de 2023, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Zipaquirá declaró improcedente la acción de tutela por incumplimiento del requisito de subsidiariedad. Explicó que la situación de la accionante es especial, pues solicitó el pago de incapacidades posteriores al día 540, pero la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral es

previa a que la accionante comenzara a cotizar al fondo de pensiones. Tampoco encontró acreditado una afectación al mínimo vital, pues la accionante no demostró que, previo a la fecha de estructuración de la PCL, contara con un vínculo laboral, requisito necesario para el pago de incapacidades. Por ende, el juez ordinario es el competente para evaluar si existe o no responsabilidad por parte de los actores del Sistema de Seguridad Social respecto al pago de las incapacidades que solicitó. Explicó que proceder de esta forma implicaría que el juez de tutela concediera una pensión de invalidez, aun cuando la accionante no cuenta con el derecho a dicha prestación, dado que las incapacidades pueden seguirse causando. La sentencia no fue impugnada por ninguna de las partes.

A. Actuaciones en sede de revisión

Decreto oficioso de pruebas

14. Mediante auto del 2 de agosto de 202320, el magistrado sustanciador consideró necesario oficiar a Evelyn, a Compensar EPS y a Porvenir S.A para que remitieran información sobre: (i) el estado de salud, la situación familiar y económica de Evelyn; (ii) el histórico del reconocimiento y pago de incapacidades médicas; y (iii) la pérdida de capacidad laboral y si existe trámite de pensión de invalidez iniciado por la accionante.

Respuesta de la accionante21

15. El 14 de agosto de 2023, la señora Evelyn remitió respuesta a la Secretaría General de esta corporación22. La accionante señaló que: (i) se le diagnosticó carcinoma de células renales claras, tratado con nefrectomía radical izquierda y tratamiento oncológico Nivolumad; (ii) no cuenta con fuentes de ingresos estables, debido a su situación de salud, pues no

puede realizar actividades pesadas o de rutinas prolongadas. Cubre sus gastos con aportes familiares, un subsidio mensual y con la venta de verduras que le «fían agricultores»23. Su familia está compuesta por su esposo, que no tiene empleo, y su hija menor de edad, que todavía se encuentra estudiando en el colegio; (iii) informó que sus incapacidades iniciaron el 14 de agosto de 2020. Explicó que, desde esa fecha, hasta el 10 de enero de 2021, Compensar reconoció y pagó dichas incapacidades; por otro lado, sostuvo que Porvenir S.A pagó las incapacidades causadas entre el 11 de enero de 2021, hasta el 2 de junio de 2022; (iv) sobre la calificación de pérdida de capacidad laboral manifestó que Seguros Alfa determinó como fecha de estructuración el 31 de agosto de 2019. No obstante, indicó que debe tomarse como fecha de estructuración la fecha en la que se diagnosticó la enfermedad, esto es, el 20 de marzo de 2018.

16. Además, anexó documentos que sustentan la respuesta, como la historia clínica y el requerimiento del 21 de marzo de 2023, en el que manifestó su inconformidad con la fecha de estructuración de la PCL contenida en el dictamen rendido por Seguros Alfa el 3 de marzo del mismo año24. Adicionalmente, anexó un certificado que acredita que es una persona con categoría Sisbén A2 -pobreza extrema-25.

Respuesta de Compensar EPS26

17. Por su parte, Compensar EPS respondió que: (i) la accionante está afiliada como cotizante independiente desde el 10 de junio de 2020 hasta mayo de 2023, ininterrumpidamente, y tiene como beneficiarios a su esposo y a su hija; (ii) ha prestado el servicio y ha suministrado medicamentos desde la presentación de la acción la tutela hasta la fecha de respuesta al auto de pruebas, es decir, entre enero y agosto de 2023. Anexó documentos sobre el histórico de incapacidades entre julio de 2020 y junio de 2022, así como documentos que dan cuenta del pago de los primeros 180 días de incapacidad. También anexó los documentos que contienen las calificaciones de pérdida de capacidad laboral realizadas en 2021 y 2023 (esta última por solicitud de la accionante, como se explica en el siguiente párrafo) por parte

de Seguros Alfa27, el concepto de rehabilitación desfavorable28, las certificaciones de afiliación y las cotizaciones, entre otros documentos. Dentro de los anexos de la respuesta al auto de pruebas, Compensar EPS acreditó la prestación de servicios médicos, insumos y medicamentos ininterrumpidamente, esto incluyendo entre enero y agosto de 202329.

18. Por su parte, Porvenir S.A. informó que: (i) a la fecha de su respuesta, no tiene registros de reclamación pensional de invalidez por parte de la accionante; (ii) la accionante cotizó 8.7 semanas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la PCL (31 de agosto de 2019) y 153 semanas como independiente, entre junio de 2020 y mayo de 2023; (iii) el 7 de marzo de 2023, por solicitud de la accionante31, Seguros Alfa calificó nuevamente a la accionante y asignó un porcentaje de PCL de 66.21% de origen común, con fecha de estructuración el 16 de abril de 2019. Informó que la accionante presentó recurso de revisión contra este último dictamen, por inconformidad con la fecha de estructuración de la PCL, el cual está en trámite ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca32.

19. Finalmente, Porvenir S.A. manifestó que no puede realizar el estudio pensional de invalidez hasta tanto no se decida el recurso. Esta sociedad anexó varios documentos que sustentan su respuesta, esto es, comunicaciones entre el fondo y la accionante sobre la solicitud de revisión de la fecha de estructuración de la PCL, los dictámenes de 2021 y 2023 de Seguros Alfa S.A., la historia laboral y la relación de cotizaciones a pensión y solicitudes de pago de incapacidades, entre otros.

II. CONSIDERACIONES

A. Competencia

20. La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida en el proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

A. Análisis de procedencia de la acción de tutela

21. En primer lugar, la Sala considera necesario verificar si, en el presente caso, se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela. Solo en el evento de que ello sea así, corresponderá plantear el problema jurídico y exponer el esquema para resolverlo.

Legitimación por activa

22. El artículo 86 de la Constitución establece que cualquier persona que considere que la actuación u omisión de una autoridad o, en ciertos casos, de un particular, amenaza o vulnera sus derechos fundamentales puede interponer acción de tutela «por sí misma o por quien actúe en su nombre»33. En desarrollo de lo anterior, el artículo 10 del Decreto 2591 de 199134 define los titulares de la acción. En concreto, consagra que podrá ser interpuesta: (i) directamente por el interesado; (ii) por intermedio de un representante legal, por ejemplo, cuando se trata de menores de edad y de personas jurídicas; (iii) mediante apoderado judicial; (iv) por medio de un agente oficioso; o, (v) a través de la Defensoría del Pueblo o del personero municipal35. De ese modo, los titulares de los derechos comprometidos son quienes tienen legitimación por activa para reclamar la protección del juez de tutela directa o indirectamente.

23. En el asunto objeto de estudio, Evelyn, que interpuso la acción de tutela a nombre propio,

está legitimada en la causa por activa, pues es la titular de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna, presuntamente vulnerados por la negativa de Compensar EPS de pagar las incapacidades médicas entre junio y diciembre de 2022.

24. La legitimación por pasiva se refiere a la aptitud legal que tiene una persona para responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental invocado como violado36. Según el artículo 86 de la Constitución y los artículos 1°37 y 5°38 del Decreto 2591 de 1991, por regla general, dicha aptitud se predica de las autoridades públicas. Solo en ciertos eventos la acción de tutela puede dirigirse contra los particulares, de conformidad con el artículo 42 del mismo decreto39. Ello, por ejemplo, cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud o cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas. A continuación, la Sala procede a verificar el cumplimiento de este requisito respecto de cada una de las accionadas y vinculadas.

25. Compensar EPS. Compensar está legitimada en la causa por pasiva, puesto que se trata de una corporación, caja de compensación familiar con programa como entidad promotora de salud, que integra el Sistema de Seguridad Social en Salud y que tiene entre sus obligaciones la prestación del servicio de salud a su cargo, el reconocimiento y pago de incapacidades médicas por enfermedad general, hasta los 180 días, de conformidad con el artículo 206 de la Ley 100 de 199340 y el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo41.

26. Porvenir S.A. Porvenir S.A. está legitimada en la causa por pasiva, pues e trata de una administradora de fondos de pensiones que debe reconocer y pagar las incapacidades posteriores al día 180 y hasta el día 540, de conformidad con el inciso 5° del artículo 41 de la Ley 100 de 199342.

Inmediatez

27. Esta Corporación ha resaltado que, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela no tiene término de caducidad43. Sin embargo, la Corte también ha sido consistente al señalar que la misma debe presentarse en un término razonable y proporcionado, a partir de los hechos que generaron la presunta vulneración de los derechos fundamentales44.

28. En el presente caso se cumple el requisito de inmediatez, pues la accionante reclama el pago de incapacidades entre junio y diciembre de 2022 y la acción de tutela se interpuso el 7 de febrero de 2023, tiempo razonable para hacerlo. Además, en el expediente está probado que, el 17 de noviembre de 202245, la accionante presentó una solicitud a Porvenir S.A. para el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas causadas entre el 3 de junio y el 31 de octubre de 2022. El 30 de noviembre de 2022, Porvenir respondió negativamente la petición46, lo que da cuenta de que el plazo para la interposición de la acción incluyó el trámite ante el fondo de pensiones.

Subsidiariedad

29. Subsidiariedad. El Decreto 2591 de 1991 establece expresamente que solo procede la tutela cuando «el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial». Entonces, la procedencia de la acción está condicionada por el denominado requisito de subsidiariedad. Bajo esa perspectiva, la tutela no puede desplazar los recursos judiciales ordinarios o extraordinarios de defensa47, a menos que exista un perjuicio irremediable. De allí que, en términos generales, «la tutela no es un medio adicional o complementario [de protección]»48. La inobservancia de este presupuesto es causal de improcedencia del

amparo49. Por tanto, ante la existencia de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz, la consecuencia directa es que el juez constitucional no puede entrar al fondo del asunto planteado.

30. Sin embargo, tratándose de sujetos de especial protección constitucional, esta corporación ha reconocido una mayor flexibilidad en el análisis del requisito de subsidiariedad50. En efecto, y en relación con personas diagnosticadas con cáncer, la Sentencia T-387 de 201851 sostuvo que frente a este tipo de enfermedad y otras categorizadas como catastróficas o degenerativas, los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela deben analizarse con menor rigurosidad, pues la posibilidad de que ocurra un perjuicio irremediable sobre el derecho fundamental a la salud es inminente. Por lo tanto, el juez constitucional debe evaluar si los recursos ordinarios resultan adecuados y eficaces, de lo contrario la tutela será el mecanismo idóneo de protección.

31. Sobre la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de incapacidades, la Corte ha establecido que el amparo es el mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la salud cuando el accionante se ve desprovisto de su pago. Si bien existe el proceso ordinario ante la jurisdicción laboral y de la seguridad social,52 dicho medio, aunque en principio idóneo, resulta ineficaz en los casos en los que se acredita sumariamente una amenaza inminente y grave sobre el mínimo vital del accionante53.

32. En el evento sub examine, está acreditado que la accionante es una persona diagnosticada con cáncer de células renales en estado metastásico, nefrectomía izquierda, hipotiroidismo y colecistectomía54. Además, es una persona vulnerable por su situación económica, pues está probado que no genera ingresos suficientes para procurar su mínimo vital y el de su familia y está clasificada en el nivel Sisbén A2 -pobreza extrema-. La pretensión de la acción de tutela es el pago de incapacidades médicas para garantizar el mínimo vital, como presupuesto para una vida digna, por lo que es posible flexibilizar la

evaluación del requisito de subsidiariedad. En efecto, la accionante sumariamente acreditó que sin el pago de las incapacidades médicas, su mínimo vital se encuentra en riesgo, lo que puede configurar un perjuicio irremediable para ella y su núcleo familiar.

Por las anteriores razones, el requisito de subsidiariedad se satisface. La acción de tutela es el mecanismo idóneo y eficaz para ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades médicas que garantizan el mínimo vital de la accionante, ante el peligro inminente de la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En este caso puntual, resulta irrazonable, exigir el agotamiento de los recursos ordinarios ante la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social,55 respecto de una persona en situación de vulnerabilidad por padecer una enfermedad catastrófica y por cuenta de su situación económica.

33. Facultades ultra y extra petita del juez constitucional. En este caso es necesario analizar si es viable aplicar las facultades ultra y extra petita con las que cuenta el juez constitucional en primera y segunda instancia, y la Corte Constitucional en sede de revisión. Esta atribución permite al juez de tutela pronunciarse y eventualmente fallar sobre aspectos no pedidos o más allá de los solicitados en la acción de tutela. Lo anterior porque existe una discusión sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez.

34. La Sentencia SU-195 de 2012 estableció que, «el juez de tutela puede al momento de resolver el caso concreto conceder el amparo incluso a partir de situaciones o derechos no alegados, atendiendo la informalidad que reviste el amparo y además quien determina los derechos fundamentales violados. Así, desde los primeros pronunciamientos se ha sentado esta posición, toda vez que conforme a la condición sui generis de esta acción, la labor de la autoridad judicial no puede limitarse exclusivamente a las pretensiones invocadas por la parte actora, sino que debe estar encaminada a garantizar el amparo efectivo de los

derechos fundamentales»56.

35. En la misma dirección, la Sentencia SU-484 de 2008 determinó que, «a quien corresponde establecer y determinar el derecho a tutelar es el juez, quien lo hará en el fallo. Por consiguiente, si bien el demandante en tutela puede señalar de manera subjetiva los derechos fundamentales que él considera violados o amenazados – señalamiento éste que debe hacerse con un mínimo de claridad – a quien corresponde la carga de determinar el derecho violado o amenazado y por ende a tutelar, es al juez de tutela. Precisamente, y debido a la informalidad mencionada, el juez de tutela determina si los derechos alegados por el demandante son los que corresponden a los hechos o si éstos son más de los que mencionó el demandante. Lo cual tiene respaldo en el artículo 241 constitucional que establece que el juez constitucional debe garantizar la integridad de la Constitución»57 .

36. Por otra parte, la Sentencia T-794 del 2002 estableció que al juez de tutela le corresponde fallar ultra o extra petita «si del análisis de los supuestos fácticos que originaron la interposición de la acción se desprende la violación de un derecho fundamental (…)»58 no invocado en el escrito de tutela. Es así como, este análisis debe estar sustentado en los hechos y pruebas que sumariamente identifiquen la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales.

37. En el caso concreto, el escrito de tutela plantea una pretensión explícita y puntual: «(…) que dentro de las 48 horas siguientes al fallo de tutela la EPS COMPENSAR debe asumir el pago de las incapacidades otorgadas por los médicos tratantes de esa EPS y que se hayan acreditado ante esa entidad prestadora, desde JUNIO de 2022 hasta DICIEMBRE de 2022 y/o cuando me salga mi pensión por invalides (sic) (…)»59 . Sin embargo, del escrito de tutela (§ 7) y de las respuestas al auto de pruebas remitidas por la accionante, por Compensar EPS y por Porvenir S.A. (§ 12, 17, 18 y 19), se desprende una discusión sobre el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la accionante. Lo anterior, porque la señora Evelyn ha sido calificada en dos oportunidades por Seguros Alfa S.A. respecto del porcentaje de PCL y la

fecha de estructuración, justamente para acceder a aquella prestación. En ambas oportunidades, el porcentaje de PCL es mayor al 50%; en el primer dictamen es de 66.06% y, en el segundo, de 66.21%. Sobre la fecha de estructuración, en el primero se estableció el 31 de agosto de 2019 como tal, mientras que en el segundo se fijó como fecha el 19 de abril de 2019.

38. En el proceso quedó probado que, el 21 de marzo de 2023, la accionante solicitó la revisión del dictamen emitido el 6 de marzo de 2023 (§ 16). Específicamente, y en el escrito que contiene el recurso, pidió a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca que modificara la fecha de estructuración y fijara como fecha enero de 2017, esto es, «cuando me detectaron el cáncer, fecha que me permite acreditar mis cincuenta semanas cotizadas que me permitirán acceder a mi pensión de invalides (sic)»60. Asimismo, la accionante, en la respuesta al auto de pruebas, sostuvo que la fecha de estructuración no debió fijarse el 19 de febrero de 2019, sino en febrero de 201861, término en el que cumpliría con el mínimo de 50 semanas cotizadas. Por ende, solicitó que se tenga en cuenta esta fecha para contabilizar las semanas mínimas cotizadas o que se tenga en cuenta las cotizaciones posteriores al año 2019.

39. De acuerdo con la respuesta de Porvenir S.A. al auto de pruebas, el 13 de abril del mismo año, la administradora de pensiones remitió el dictamen y pagó los honorarios de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca para efectos de resolver el recurso contra el dictamen, el cual, al menos a la fecha de la respuesta, sigue en trámite62.

40. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala encuentra que el reconocimiento extra petita de la pensión de invalidez, a pesar de la situación de enfermedad crónica y catastrófica que padece la accionante, vulneraría el debido proceso tanto de la misma accionante como de Porvenir S.A. En efecto, la jurisprudencia ha sostenido, entre otras, en la Sentencia SU-588 de 2016, que, en el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, «debe garantizarse

el derecho de defensa y contradicción del solicitante y/o interesado. De tal manera, que puedan presentar objeciones y controvertir aspectos relacionados con el dictamen»63 .

41. Las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez64, como integrantes del Sistema de Seguridad Social en el orden nacional, son organismos técnicos competentes para determinar y dirimir controversias en primera oportunidad sobre la pérdida de capacidad laboral u ocupacional, así como de fijar su fecha de estructuración, de conformidad con el numeral 1° del artículo 14 del Decreto 1352 de 201365. Para este caso, la primera instancia corresponde a la Junta Regional de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, como autoridad competente para dirimir la inconformidad de la accionante frente a la fecha de estructuración fijada por el dictamen del 6 de marzo de 2023, emitida por Seguros Alfa S.A.

42. Esta corporación ha determinado en varias oportunidades66 que el juez constitucional y las administradoras de fondos de pensiones no son competentes para alterar la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral definida por las autoridades médicas correspondientes 67. En el presente caso, el dictamen de Seguros Alfa no está en firme, razón por la cual hay incertidumbre sobre la fecha de estructuración de PCL de la accionante. Esto es muy relevante, pues es necesario que el dictamen adquiera firmeza para evaluar si la persona reúne o no los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de invalidez68.

43. Así las cosas, la fecha de estructuración, como presupuesto indispensable para un eventual estudio de cara a reconocer la pensión de invalidez, está en controversia, razón por la cual hasta que dicho dictamen no adquiera firmeza, no es posible evaluar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. Este requisito no se puede obviar en aplicación de las facultades ultra petita o extra petita del juez constitucional, pues proferir una decisión en ese sentido desconocería el debido proceso y las competencias naturales de la autoridades médicas y técnicas en el trámite de calificación de PCL.

44. Finalmente, se constata que la accionante no ha solicitado a Porvenir S.A. que se evalúe o reconozca la pensión de invalidez, pues solamente solicitó el pago de incapacidades e interpuso el recurso de revisión contra el dictamen ante la mencionada junta. Por ende, no se ha resuelto el recurso administrativo que ella misma promovió.

A. Problema jurídico

45. Conforme al escrito de tutela, las respuestas de Compensar EPS y Porvenir S.A, y las pruebas que obran en el expediente, la Sala considera que el problema jurídico que se debe resolver en el presente caso es el siguiente:

¿Compensar EPS vulneró el derecho al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna por negarse a pagar las incapacidades médicas a la accionante, en el periodo comprendido entre junio y diciembre de 2022, más allá del día 540 de causadas aquellas?

46. Para dar respuesta al problema jurídico planteado, la Sala se pronunciará sobre (i) el marco normativo y jurisprudencial para el pago de incapacidades médicas, (ii) el reconocimiento y pago de incapacidades médicas y las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia y (iii) resolverá el caso concreto.

Marco normativo y jurisprudencia sobre el reconocimiento y pago de incapacidades médicas. Reiteración de jurisprudencia

47. Asuntos generales. El Sistema General de Seguridad Social ha determinado que los trabajadores tienen derecho a ser protegidos en su vida digna, mínimo vital y salud cuando con ocasión de un accidente laboral o por enfermedad de origen común, no se encuentren en condiciones de continuar sus actividades laborales y, en consecuencia, de generar un ingreso

para su sostenimiento y el de su familia69. Lo anterior debido a que, el sistema pretende «(…) garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada»70.

48. En este sentido, la Corte definió unas reglas en materia de incapacidades médicas que fueron recogidas en la Sentencia T-490 de 2015 y reiteradas en la Sentencia T-265 de 2022, así:

«i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;

ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia;

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta»71.

49. Tipos de incapacidades. Esta corporación ha distinguido 3 tipos de incapacidades

producto de enfermedades laborales o de origen común: «(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 un 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%»72.

50. Reglas sobre los responsables del reconocimiento y pago de incapacidades. La normativa en materia de seguridad social ha determinado cuáles son los actores dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- a los que les corresponde el reconocimiento y pago de incapacidades médicas de los trabajadores, en función del tiempo de la incapacidad. En virtud de lo contenido en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social73, el artículo 1° del Decreto 2943 de 201374 y el inciso 5° del artículo 41 de la Ley 100 de 199375 se ha establecido que:

i. Si la incapacidad médica tiene una duración de 2 días, el empleador será el encargado de asumir el pago;

i. Si tiene una duración superior a dos días y se extiende hasta 180 días, la EPS será la responsable del pago del auxilio económico a su afiliado correspondiente;

i. Si aquella supera el día 180 y se extiende hasta el día 540, la administradora de fondo de pensiones a que esté afiliado el trabajador será la responsable del pago del subsidio de incapacidad;

A las incapacidades con una duración de hasta 180 días contados a partir del hecho generador de esta, se les reconoce el pago de un auxilio económico. Ahora bien, a aquellas que superan el día 181 se les aplica la figura del subsidio de incapacidad76.

51. Sobre el reconocimiento de incapacidades entre el día 180 y 540, resulta importante dar cuenta de la decisión contenida en la Sentencia C-270 de 2023. En esta sentencia, la Sala Plena estudió la constitucionalidad del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993. Concretamente, el inciso 5° de dicha disposición, que establece que los fondos de pensiones, en los casos en que exista concepto favorable de rehabilitación, están facultados para postergar el trámite de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario, adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la EPS, evento en el cual el fondo puede reconocer un subsidio equivalente a la incapacidad que veían pagando.

52. De acuerdo con el Comunicado de Prensa No. 23 del 9 de julio de 2023, la Sala Plena decidió: «[d]eclarar EXEQUIBLE la expresión "para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud […] la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador", contenida en el inciso quinto del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que respecto de los trabajadores con concepto de rehabilitación desfavorable, la AFP deberá iniciar de inmediato el proceso de calificación de invalidez y asumir el pago del subsidio de incapacidad sin que exceda del día 540 de incapacidad»77 (subrayado fuera de texto original).

53. Así, la Sala Plena de esta Corporación determinó que el requisito de la existencia de un concepto favorable para el reconocimiento de incapacidades entre el día 181 y 540 es contrario a la Constitución, razón por la cual se debe garantizar el pago de incapacidades tanto al trabajador con concepto favorable como aquel con concepto desfavorable.

54. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores al día 540. Antes de la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015, esta Corte conoció de multiplicidad de casos78 en los que se reclamaba el pago de incapacidades superiores al día 540. La Corte identificó que existía un vacío normativo respecto de los sujetos que debían responder por el reconocimiento y pago de este tipo de incapacidades.

55. La Sentencia T-194-2021 explicó esta problemática los siguientes términos: «(…) los asegurados incursos en estas circunstancias [incapacidades superiores al día 540], antes de la promulgación de la Ley 1753 de 2015 (…), se encontraban desprotegidos legalmente como consecuencia de la ausencia de claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad cuando los mismos superaban los 540 días. Sin embargo, el vacío de regulación fue efectivamente superado con la ley mencionada, al determinar que el pago de las incapacidades superiores a los 540 días debía asumirse por las entidades promotoras de salud (EPS) y que como mecanismo para reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado y propender oportunamente por la reincorporación del asegurado a sus funciones laborales, el Gobierno Nacional tenía la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad»79.

56. De acuerdo con lo anterior, la Sentencia T-144 de 2016 ordenó a una EPS el pago de incapacidades médicas superiores al día 540 de una persona que no tenía pensión de invalidez, estaba incapacitada medicamente para trabajar, no contaba con otros ingresos para subsistir y, en consecuencia, se encontraba en una situación de debilidad manifiesta. Por estas razones, la Corte amparó el derecho fundamental al mínimo vital y encontró que se configuró una amenaza respecto de otros derechos fundamentales, como la vida digna y la salud80.

57. Puntualmente, el literal a) del inciso segundo del artículo 67 de la mencionada ley, establece que los recursos de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social -ADRES- serán destinados al reconocimiento y pago a las Entidades

Promotoras de Salud -EPS- por las incapacidades por enfermedad de origen común que superen los 540 días continuos. También estableció que el Gobierno Nacional reglamentaría, 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 incapacidades81.

58. De conformidad con lo anterior, las sentencias T-194 de 202182 y la T-369 de 202283 reconocieron que las incapacidades médicas emitidas con posterioridad al día 540 deben ser reconocidas y pagadas por la EPS del afiliado, la cual podrá perseguir lo pagado ante la ADRES84.

59. El Decreto 1427 de 2022. El Gobierno Nacional reglamentó el literal a) del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, por medio del Decreto 1427 de 202285. En este reglamento se consignó que las EPS o las «entidades adaptadas» reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos: (a) en los que exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar con el tratamiento médico; (b) 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; y (c) cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente. De configurarse alguna de estas hipótesis, la EPS o «entidad adaptada» deberá reiniciar el pago de las incapacidades médicas a partir del día 541.

60. De acuerdo con lo anterior, en los casos en los que existe concepto desfavorable de rehabilitación, una PCL superior al 50% e incapacidades médicas superiores al día 540 resulta aplicable el numeral 2° del artículo 2.2.3.6.1 del Decreto 780 de 2016, sustituido por el artículo 1° del Decreto 1427 de 2022, el cual establece que las EPS o entidades adaptadas reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general

de origen común superiores a 540 días 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. Ese numeral no condicionó el reconocimiento y pago de incapacidades médicas superiores al día 540 a que el paciente tenga un concepto favorable o desfavorable.

I. CASO CONCRETO

61. A partir de los hechos probados, la Sala amparará los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna de la accionante y, en consecuencia, ordenará a Compensar EPS el reconocimiento y pago de las incapacidades emitidas y solicitadas en la acción de tutela.

62. Sobre la situación de salud y económica de la señora Evelyn está probado que (§ 15): (i) a la accionante se le diagnosticó un cáncer de las células renales en estado metastásico con un concepto desfavorable de rehabilitación; (ii) se encuentra en el nivel Sisbén A2 -pobreza extrema-, su esposo es desempleado y su hija es estudiante menor de edad; (iii) no percibe ingresos propios y solo se acreditó que vende ocasionalmente frutas y que sus ingresos mensuales son menores que sus egresos: 500.000 de ingresos mensuales (350.000 aportes de familiares, 60.000 subsidio del Estado y 90.000 venta de frutas); 958.969 de egresos (338.700 de pago mensual de seguridad social, 115.784 de deuda con Bancolombia y 504.484 de alimentación, lo anterior sin contar con el pago de servicios públicos, los cuales la accionante no detalló.

63. También está probado, como se explicó (§ 2), que Compensar EPS emitió incapacidades médicas a la accionante a partir del 15 de julio de 2020, las cuales han sido reconocidas y pagadas de la siguiente forma:

Periodos de incapacidades médicas emitidas por

Compensar EPS

Pagadas por

Número de días

15 de julio de 2020 hasta el 10 de enero de 2021

Compensar EPS

Días 1 – 180

11 de enero de 2021 hasta el 15 de enero de 2022

Porvenir S.A.

16 de enero de 2022 hasta el 2 de junio de 2022

Porvenir S.A.86

Días 541 – 668

3 de junio de 2022 hasta el 30 de octubre de 2022

Incapacidades emitidas no pagadas y cuyo pago se solicitó en la acción de tutela

Días 669-818

19 de diciembre de 2022 hasta el 23 de julio de 2023

Incapacidades no pagadas, emitidas por Compensar EPS y posteriores a las solicitadas por la accionante

Días 819- 998

64. La misma EPS reconoció y pagó las incapacidades médicas hasta el día 180. Además, el 12 de noviembre de 2020 -día 150- emitió concepto de rehabilitación desfavorable y lo remitió a Porvenir S.A. para que iniciara el trámite de calificación de PCL.

65. Posteriormente, la accionada emitió incapacidades médicas en los meses de junio, julio, agosto, septiembre, octubre y diciembre de 2022 (§ 2). Igualmente, se acreditó que Compensar EPS emitió incapacidades adicionales para los meses de diciembre de 2022, enero, febrero, marzo, mayo y junio de 2023 (§ 2). Como se advierte, todas estas incapacidades son superiores al día 540, como se muestra en el siguiente cuadro:

Fecha de inicio incapacidad

Fecha de fin incapacidad

Días de incapacidad

Número de días acumulado de incapacidad

3 de junio de 2022

2 de junio de 2022

30 días

669-699

3 de julio de 2022

1 de agosto de 2022

30 días

700- 729

2 de agosto de 2022

31 de agosto de 2022

30 días

730- 759

1 de septiembre de 2022

30 de septiembre de 2022

30 días

760-789

1 de octubre de 2022

30 de octubre de 2022

30 días

790- 818

19 de diciembre de 2022

17 de enero de 2023

30 días

819-849

18 de enero de 2023

16 de febrero de 2023

30 días

850-879

17 de febrero de 2023

30 días

880-909

19 de marzo de 2023

17 de abril de 2023

30 días

910-939

25 de mayo de 2023

23 de junio de 2023

30 días

940-969

24 de junio de 2023

23 de julio de 2023

30 días

970-999

66. La accionante fue calificada por Seguros Alfa S.A. el 6 de marzo de 2023 con un

porcentaje de PCL del 66.21%, con fecha de estructuración del 19 de abril de 2019 (§ 18). Como quedó probado, el 21 de marzo de 2023 la accionante interpuso recurso de revisión de este dictamen ante la Junta Regional de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, por lo que actualmente no existe certeza sobre el porcentaje y fecha de estructuración de la PCL (§ 18 y 19).

67. En suma, el caso en cuestión implica los siguientes hechos: (i) la accionante fue calificada preliminarmente con una PCL de 66.21%, dictamen que, como se dijo, está en discusión ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, (ii) cuenta con un concepto de rehabilitación desfavorable, (iii) las incapacidades solicitadas son superiores al día 540, (iv) la accionante no cuenta con recursos propios suficientes para soportar el mínimo vital del núcleo familiar ni propio, (v) se encuentra en estado de debilidad manifiesta por su condición de salud, por lo que es una persona de especial protección constitucional.

68. La Sala encuentra que en el presente caso es aplicable el numeral 2° del artículo 2.2.3.6.1 del Decreto 780 de 2016, sustituido por el artículo 1° del Decreto 1427 de 2022 que, como se dijo, establece que las EPS o las entidades adaptadas reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días 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 los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.

69. Del material probatorio la Sala concluye que a la accionante se le ha garantizado la atención y tratamiento por los profesionales de la salud en relación con los múltiples diagnósticos que padece actualmente. No obstante, la accionante no se ha recuperado durante el transcurso de esas enfermedades que originaron las incapacidades médicas a partir de julio de 2020, sin que exista prueba que indique que se incumplieron los protocolos y guías de atención, así como tampoco que se incumplieron las recomendaciones de los

médicos tratantes. Por el contario Compensar probó que se le ha garantizado el acceso a medicamentos, insumos y citas médicas ininterrumpidamente, concretamente, entre enero y agosto 2023 (§17).

70. La EPS negó el pago de las incapacidades y adujó que cumplió con la normatividad vigente respecto a las obligaciones que le asisten, conforme su papel como aseguradora dentro del SGSSS. Aunque no citó una disposición en concreto, se refirió a la remisión del caso a Porvenir porque se expidió un concepto desfavorable de rehabilitación. Sin embargo, no tuvo en cuenta la condición contemplada en el numeral 2° del artículo 2.2.3.6.1 del Decreto 780 de 2016, sustituido por el artículo 1° del Decreto 1427 de 2022, que obliga a las EPS al reconocimiento y pago de incapacidades médicas superiores al día 540 en la hipótesis fáctica explicada anteriormente.

71. La Sala recuerda que el mismo Decreto 1427 de 2022 establece las situaciones en las que se puede suspender o no reconocer el pago de incapacidades de origen común, ninguna de las cuales se acreditó en este proceso. Estas causales son:

«1. Cuando la entidad promotora de salud, la entidad adaptada o la autoridad competente, según el caso, determine que se configura alguna de las causales de abuso del derecho establecidas en el artículo 2.2.3.7.1 del presente decreto.

1. Cuando el cotizante no cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 2.2.3.3. 1 del presente decreto87.

3. Cuando la incapacidad de origen común tenga origen en tratamientos con fines estéticos y sus complicaciones, o se derive de tratamientos que acrediten los criterios de exclusión definidos el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015»88.

72. Por otro lado, en materia de sostenibilidad financiera del sistema, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, reglamentado por el Decreto permite, entre otras cosas, que las EPS recobren a la ADRES los pagos por concepto de incapacidades médicas superiores al día 540, así también lo reconoció la Corte en la Sentencia T-144 de 2016.

73. Así las cosas, Compensar EPS vulneró los derechos a la salud, a la seguridad social y a la vida en condiciones dignas por negar el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas superiores al día 540 de la señora Evelyn, pues de conformidad con el Decreto 1427 de 2022, las EPS tiene la obligación de reconocer y pagar las incapacidades causadas superiores a ese número, salvo que concurra una causal para negar su pago. No reconocer y pagar las incapacidades superiores al día 540 atenta contra el mínimo vital de la accionante, quien se encuentra en una situación de vulnerabilidad y en evidente estado de debilidad manifiesta porque padece una enfermedad catastrófica. Además, se encuentra en situación de pobreza extrema y no cuenta con recursos suficientes para el sustento propio y de su núcleo familiar, el cual no puede tenerse en cuenta como red de apoyo debido al desempleo de su esposo y a que tiene una hija menor de edad.

74. Ahora bien, y aunque en principio no es posible el pago de incapacidades más allá de 540 días por la naturaleza temporal de estos pagos y porque una vez se expide el concepto desfavorable de rehabilitación procede la calificación inmediata de la pérdida de capacidad laboral, en el caso particular de la accionante, aún no se ha definido su situación de calificación de pérdida de capacidad laboral y se trata de una persona en estado de debilidad manifiesta, el pago resulta procedente.

75. Por todo lo anterior, la Sala ordenará a Compensar EPS el reconocimiento y pago de las incapacidades correspondientes a los meses de junio, julio, agosto, septiembre, octubre y diciembre de 2022; enero, febrero, marzo, mayo y junio de 2023 y las demás que se emitan hasta tanto se resuelva su situación de PCL y lo relativo al reconocimiento de pensión de invalidez ante Porvenir S.A.

76. Por otro lado, se instará a la Junta Regional de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca para que priorice el trámite de revisión de la calificación de la PCL que solicitó la accionante. Esto, por la situación de debilidad manifiesta por enfermedad catastrófica en la que se encuentra la actora y el tiempo que ha trascurrido desde el primer dictamen de calificación de PCL y la interposición del recurso de revisión por parte de la demandante.

77. En relación con Porvenir S.A., la Sala constata que esa AFP no vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna de la accionante, pues está probado que pagó el periodo de incapacidades entre el día 180 y 540 por medio del subsidio por incapacidad, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

78. Por consiguiente, la Sala revocará la decisión revisada y, en su lugar, amparará los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna de la señora Evelyn.

Síntesis de la decisión

79. La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional revisó el fallo proferido en el marco de la acción de tutela interpuesta por Evelyn, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna. El juez de única instancia declaró improcedente la acción de tutela por incumplimiento del requisito de subsidiariedad para el reclamo de incapacidades médicas superiores al día 540.

80. La Sala concluyó que la acción de tutela cumplió los requisitos formales de procedencia. También analizó si era posible el pronunciamiento y decisión extra petita de la acción de

tutela respecto del reconocimiento de una pensión de invalidez y concluyó que no existe certeza sobre uno de los requisitos de cara a reconocer la pensión de invalidez, pues existe un recurso que está pendiente de decisión, contra el dictamen de PCL que interpuso la accionante. Luego, se ocupó del asunto de fondo, así: (i) recordó el marco normativo y jurisprudencial para el pago de incapacidades médicas, (ii) precisó el régimen sobre el reconocimiento y pago de incapacidades médicas, (iii) analizó el caso concreto.

81. La Sala amparó los derechos fundamentales de la accionante al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna, pues efectivamente Compensar emitió incapacidades médicas superiores al día 540, pero no las ha pagado, a pesar de las condiciones de salud y económicas de la accionante y de acuerdo con el numeral 2° del artículo 2.2.3.6.1 del Decreto 780 de 2016, sustituido por el artículo 1° del Decreto 1427 de 2022. Esta disposición contempla el pago de incapacidades superiores al día 540 cuando el paciente no ha 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.

82. En consecuencia, la Sala Segunda de Revisión ordenó: (i) el reconocimiento y pago de las incapacidades adeudadas por Compensar EPS hasta la fecha y las posteriores que se emitan hasta que a la actora no se le haya resuelto su situación de calificación de PCL y la evaluación de la pensión de invalidez; y (ii) se instó a la Junta Regional de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca para que priorice el trámite de revisión de la calificación de PCL que cursa actualmente en ese organismo.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Zipaquirá, el 20 de febrero de 2023 y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida digna de Evelyn.

TERCERO. INSTAR a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca que priorice el trámite de revisión de la calificación de PCL que actualmente cursa en ese organismo respecto de Evelyn.

CUARTO. A través de la Secretaría General de la Corte Constitucional, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

Con salvamento de voto

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

A LA SENTENCIA T-421/23

Expediente: T-9.415.661

Magistrado ponente: Juan Carlos Cortés González

Con el acostumbrado respeto que profeso por las decisiones mayoritarias de la Corte Constitucional, me permito explicar las razones de mi disconformidad con la decisión adoptada por la Sala Segunda de Revisión en este asunto, al ordenar el pago de una serie de incapacidades a favor de la actora, sin previamente esclarecer con suficiencia si la mencionada ciudadana tenía derecho o no a una pensión de invalidez. Doy cuenta de las razones de mi disenso en los siguientes términos:

Sea lo primero advertir que aun cuando comparto la orden de revocar la sentencia objeto de revisión, que había declarado improcedente la acción de tutela, para, en su lugar, analizar de fondo el asunto, no estoy de acuerdo con el sentido de la decisión adoptada. En modo alguno, pretendo desconocer la calidad de sujeto de especial protección de la actora, quien es una mujer de escasos recursos económicos y con un pronóstico de salud sumamente delicado, que llevó a su EPS a emitir un concepto no favorable respecto de su eventual recuperación o rehabilitación. Aunado al hecho de que, en dos calificaciones distintas de la pérdida de su capacidad laboral se estableció un porcentaje superior al 50%, de modo que la

persona está en situación de invalidez, de conformidad con lo previsto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993.89

Pese a lo anterior, la principal razón de mi inconformidad radica en que en el proceso reposa un medio de prueba relevante que exigía replantear la estructura y el contenido de la sentencia. De manera puntual, se demostró que el 10 de febrero de 2018, se le practicó a la actora una intervención quirúrgica (nefrectomía total izquierda) que guarda evidente relación con su enfermedad y que arrojó como resultado el diagnóstico denominado "carcinoma renal."

El referido medio de convicción resulta particularmente importante, en la medida en que puso en tela de juicio la rigurosidad de las dos calificaciones realizadas por Seguros Alfa S.A., pues, pese a advertir que había tenido en cuenta toda la historia clínica de la paciente, determinó una fecha de estructuración de la invalidez posterior a la ya indicada (10 de febrero de 2018). Ciertamente, entre una y otra valoración de la compañía aseguradora, la mencionada fecha se fijó en dos oportunidades diferentes del año 2019, sin que en ellas se hiciera referencia alguna al momento en que se le diagnosticó el cáncer renal.

Sobre el análisis de dicho elemento de juicio, debo reconocer que la sentencia sí lo tuvo en cuenta, pero su estudio no fue lo principal, quizá por centrarse en las pretensiones de la demanda de tutela. En ese orden, considero que la orden de instar a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca para que priorice el trámite de revisión de la calificación de la pérdida de pérdida de capacidad laboral, no podía quedar en un mero exhorto ni mucho menos podía representar un asunto abierto que escapara a la decisión que se profirió. Esto, por cuanto de llegarse a establecer que la actora sí tiene derecho a acceder a una pensión de invalidez, la orden del pago de las incapacidades dejaría de tener sentido, y porque, en todo caso, el esclarecer esta cuestión era un asunto crucial para adoptar una decisión integral en el presente asunto.

Como consecuencia de lo anterior, estimo que al existir dudas sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez, no resultaba aconsejable, por un lado, mantener dicha incertidumbre en la sentencia, pues con ello las dificultades para la actora y para la garantía de sus derechos fundamentales subsistirían y, eventualmente, podría dar lugar a otras acciones de tutela y, por el otro, acudir a una salida tan problemática como la adoptada en la sentencia, esto es, inaplicar una norma reglamentaria, para poner en cabeza de la EPS una obligación consistente en pagar incapacidades de manera indeterminada en el tiempo, no responde al diseño del sistema y puede generar múltiples dificultades en casos futuros.

Ahora bien, es una situación, por desventura, común, la de que las personas puedan estar incapacitadas por un largo periodo y, por tanto, lo es también la controversia sobre a quién corresponde pagar dichas incapacidades. Sin embargo, frente a esta situación, el criterio establecido en el reglamento para que el pago esté a cargo de la EPS, que es justamente lo que la postura mayoritaria inaplicó, por considerarlo incompatible con la Constitución, consiste en que el concepto de rehabilitación y/o recuperación sea favorable.

Sobre el particular debe precisarse que si un paciente cuenta con un concepto favorable para su rehabilitación y/o recuperación, más allá de la circunstancia de que su incapacidad se prolongue en el tiempo, existe la probabilidad seria de que dicha persona recupere su capacidad laboral y, por consiguiente, se reintegre al mercado laboral, razón por la cual, se está ante una verdadera incapacidad. En cambio, si lo que se tiene es un concepto desfavorable para la rehabilitación y/o recuperación, y la incapacidad se ha extendido por mucho tiempo, existe la probabilidad seria de que la persona no pueda recuperar su capacidad laboral y, por ende, que se encuentre en una situación de invalidez.

En esa perspectiva, intentar cubrir una situación de invalidez con una herramienta de incapacidad, cuando no se puede acceder a la pensión de invalidez, lo cual se desconoce en este asunto, si bien puede resultar adecuado para salvaguardar o cubrir las necesidades de una determinada persona, conlleva no sólo inaplicar un reglamento, lo que es de suyo algo

sustancial, sino que, además, implica poner en cabeza de una entidad como la EPS un riesgo para el cual no fue diseñada, ni que ella debería atender. Máxime que hacerlo por medio de una sentencia de tutela, que establece un precedente vinculante para la Rama Judicial, genera una afectación muy amplia, pues las personas que tengan un lapso prologando de incapacidad y un concepto desfavorable para su rehabilitación, acudirán al juez de tutela, para que se ordene a la EPS pagar, de manera ilimitada en el tiempo, las incapacidades respectivas.

En otros términos, si una persona está incapacitada por largo tiempo, el factor determinante para reconocer su pago es la existencia, o no, de concepto favorable para su recuperación. Ciertamente, si lo hay, la situación es de incapacidad y la responsabilidad de asumir el pago de las incapacidades es de la EPS, tal como lo dispone la ley y el reglamento. En este evento, no es necesario siquiera pensar en una pensión de invalidez, porque, en rigor, no hay una verdadera invalidez. Pero, si el concepto es desfavorable, ya no se estaría, en estricto sentido, frente a una incapacidad, sino en presencia de una invalidez. En tal caso, lo esperable sería que la persona accediese a una pensión de invalidez. Sin embargo, si lo anterior no es posible, porque no se cumplen los requisitos exigidos para ello, es necesario que esta situación tenga una regulación que, al mismo tiempo, sea respetuosa del diseño del sistema y que, además, impida trasladar esta obligación a entes que no fueron diseñados para cumplir este propósito.

Por lo anterior, considero que en la decisión se debió analizar las implicaciones de la mencionada laguna normativa y, en ese orden, habría sido pertinente y razonable exhortar al Congreso de la República y al gobierno nacional para que, conforme a sus atribuciones constitucionales y legales elaboren una regulación y/o reglamentación sobre la situación de las personas que tienen un largo período de incapacidad, que no cuentan con un concepto favorable de recuperación y/o rehabilitación y que no pueden acceder a la pensión de invalidez. Esta situación no está regulada, por lo que en ello hay un evidente vacío, que, conforme al principio democrático, debería ser llenado por el legislador y por el gobierno.

En los anteriores términos, de manera respetuosa, dejo consignadas las razones de mi voto disidente.

Fecha ut supra.

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

1Auto de selección del 30 de junio de 2023, disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/autos/AUTO%20SALA%20SELECCION%2030%20JUNIO-23%20NOTIFICADO%2017%20DE%20JULIO-23.pdf. Folio 37. Numeral 21.

2 Expediente digital T-9.415.661, archivo «T-9415661_Reparto_Expediente_Mag._Cortes.pdf».

3 «Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional».

4 Sobre anonimización de nombres en las providencias publicadas en la página web de la Corte Constitucional.

5 Expediente digital T-9.415.661, archivo «01EscritoTutela.pdf». Folio 3.

6 Porvenir S.A. pagó este periodo de incapacidades en cumplimiento de la orden judicial del fallo de tutela proferido 19 de octubre de 2022, por el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá. Expediente T-9.415.661, archivo «PAGO INCAPACIDADES ORDEN JUDICIAL (2).pdf».

7 Expediente T-9.415.661, archivo Excel [Evelyn], documento adjunto a la respuesta de Compensar EPS al auto de pruebas, en el que se da cuenta de las incapacidades médicas

emitidas por esa EPS.

8 Expediente digital T-9.415.661, archivo «CRHI – 39776096.pdf».

9 Expediente digital T-9.415.661, archivo «CALIFICACION PCL – 39776096.pdf».

10 Expediente digital T-9.415.661, archivo «01EscritoTutela.pdf». Folio 4.

11 Ídem.

12 Ídem.

13 Ídem.

14 Ídem. Folio 2.

15 Expediente T-9.415.661, archivo «03AutoAdmiteTutela.pdf».

16 Expediente T-9.415.661, archivo «05RespuestayAnexosCompensar.pdf». Folio 2.

18 Expediente digital T-9.415.661, archivo «07RespuestaPorvenir SA.pdf».

19 Expediente digital T-9.415.661, archivo «09Sentencia.pdf».

20La Secretaría General de esta Corporación comunicó el mencionado auto el 8 de agosto de 2023, mediante oficio No. OPT-A-279/2023. Expediente T-9.415.661, archivos «T-9415661_Auto_de_Pruebas_02-Ago.2023.pdf», «T-9415661_OFICIO_OPT-A-279-2023.pdf» y «T-9415661_Constancia Envio Oficio_OPT-A-279-2023.pdf».

21 Expediente T-9.415.661, archivo «Rta. [Evelyn].pdf».

22 Las preguntas dirigidas a la accionante fueron las siguientes: «a) ¿Cuál es su estado de salud actual ? Anexe los documentos que acrediten ese estado, tales como historia clínica, evaluaciones médicas, diagnósticos, exámenes de laboratorio, entre otros. b) Actualmente, ¿cuáles son sus fuentes de ingresos? ¿Cuál es el valor de esos ingresos mensuales? ¿Desempeña alguna actividad económica? c) Actualmente, ¿cuáles son sus costos o egresos? Enliste o enuncie los gastos en los que incurre cada mes en su núcleo familiar. ¿Cómo está conformado su grupo familiar? ¿Alguno de los miembros del grupo familiar recibe ingresos

mensuales? ¿cuál es la fuente de los ingresos? ¿cuál es el valor de esos ingresos? ¿Recibe algún tipo de apoyo ayuda, ya sea económica o no, de parte de su grupo familiar? O, ¿es beneficiaria de subsidios del Estado? d) ¿Desde qué fecha le fueron prescritas incapacidades médicas? Enliste o enuncie cronológicamente el reconocimiento y pago de incapacidades hasta la fecha. Aporte los documentos que acrediten lo anterior. e) Precise en qué fecha se le calificó la pérdida de capacidad laboral. Anexe el dictamen que acredita esa calificación, o cualquier documento que lo acredite. f) En los 3 años anteriores al 31 de agosto de 2019: ¿cuántas semanas cotizó como aporte a pensión en Porvenir S.A. u otra administradora de fondo de pensiones o entidad? g) Con posterioridad a esa fecha (31 de agosto de 2019) y hasta la fecha: ¿cuántas semanas ha cotizado como aporte a pensión en Porvenir S.A., y en qué fechas puntualmente? h) Informe sobre todas las gestiones adelantadas, desde que fue notificada de la calificación de pérdida de capacidad laboral, tendientes al reconocimiento de la pensión de invalidez. Indique las solicitudes, trámites, demandas y procedimientos realizados ante Porvenir S.A., o ante otras administradoras, autoridades administrativas o judiciales. Incluya la información de todas las gestiones realizadas y que tengan relación directa o indirecta con la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez y las respuestas recibidas». Expediente digital T-9.415.661, archivos «T-9415661_Auto_de_Pruebas_02-Ago.2023.pdf».

23 La accionante manifestó que su núcleo familiar recibe mensualmente recursos económicos de $350.000 pesos que aporta el esposo, $60.000 de un subsidio mensual de familias en acción, $90.000 por venta de verduras para un total de $500.000. También mencionó que como egresos o gastos mensuales incurre en $338.700 por pago de seguridad social, $115.784 por pago de deuda con Bancolombia y $504.484 por alimentación, para un total de $958.968. Expediente T-9.415.661, archivo «Rta. [Evelyn].pdf». Folios 1-2.

24 Expediente T-9.415.661, archivo «Rta. [Evelyn].pdf». Folios 5-12.

25 Ídem. Folio 196.

26 El 15 de agosto de 2023, Compensar EPS remitió a la Secretaría General de esta Corporación la respuesta al auto de pruebas. Las preguntas dirigidas a esta entidad en el auto de pruebas fueron las siguientes: «a) Informe sobre el estado de afiliación a salud de la señora [Evelyn]. Anexe certificaciones de afiliación o documentos equivalentes que acrediten

dicho estado. b) Informe sobre la atención en salud prestada a la señora [Evelyn], desde febrero de 2023 a la fecha. Anexe los documentos que acrediten ese estado, tales como historia clínica, evaluaciones médicas, diagnósticos, exámenes de laboratorio, entre otros. c) De cuenta del pago de incapacidades médicas de la señora [Evelyn] desde el 31 de agosto de 2019 hasta la fecha. Enliste y/o enuncie la dicha información. También anexe los documentos que acrediten ese estado. d) Presente información detallada sobre todas las solicitudes elevadas ante el Compensar EPS por parte de [Evelyn], relacionadas con el reconocimiento y pago de incapacidades, u otros trámites que guarden relación con estas materias. Señale las fechas de presentación de las solicitudes y sus respuestas correspondientes». Expediente T-9.415.661, enlace «Rta. Compensar EPS», archivo [Evelyn].

27El primer dictamen expedido por Seguros Alfa S.A. tiene fecha del 5 de mayo de 2021, el cual determinó un PCL de 66.06 % de origen común y fecha de estructuración el 31 de agosto de 2019. El segundo dictamen fue expedido el 6 de marzo de 2023, el cual determinó un PCL del 66.21% de origen común y fecha de estructuración el 16 de abril de 2019. En este dictamen se detallaron las deficiencias: cáncer renal metastásico, nefrectomía. hipotiroidismo y colecistectomía. Expediente T-9.415.661, enlace «Rta. Compensar EPS», archivos «CALIFICACION PCL – 39776096» y «DICTAMEN PCL – 39776096.pdf».

28 El 12 de noviembre de 2020, Compensar EPS expidió concepto de rehabilitación con pronóstico desfavorable y diagnóstico definitivo de tumor maligno del riñón-excepto de la pelvis renal, con obversación de que es paciente en manejo por oncología y por presentar metástasis se remitió a AFP para determinación de PCL. Expediente T-9.415.661, enlace «Rta. Compensar EPS», archivo «CRHI – 39776096.pdf».

29 Expediente digital T-9.415.661. Archivo [Evelyn]. Folios 2-4.

30 El 15 de agosto de 2023, Porvenir S.A. remitió a la Secretaría General de esta Corporación la respuesta al auto de pruebas. Las preguntas dirigidas a esta sociedad en el auto de pruebas fueron las siguientes: «a) ¿A la fecha, la señora [Evelyn] ha presentado solicitud para el estudio y verificación de los requisitos exigidos por la ley para el reconocimiento de la pensión de invalidez? b) Detalle cuántas semanas cotizó la señora [Evelyn] como aporte a pensión en Porvenir S.A., en los 3 años anteriores al 31 de agosto de 2019. c) Detalle cuántas

semanas cotizó la señora [Evelyn] como aporte a pensión en Porvenir S.A., con posterioridad al 31 de agosto de 2019 y hasta la fecha. d) Presente información detallada sobre todas las solicitudes elevadas ante el Porvenir S.A. por parte de [Evelyn], relacionadas con el reconocimiento y pago de incapacidades, la petición de reconocimiento de pensión de invalidez, u otros trámites que guarden relación con estas materias. Señale las fechas de presentación de las solicitudes y las respuestas correspondientes». Expediente T-9.415.661, enlace «Rta. Porvenir S.A.», archivos «C.C. 39776096 T9415661 (PRUEBAS)». El 22 de agosto de 2023, Porvenir S.A. remitió a la Secretaría General respuesta posterior al traslado de las pruebas, en la que confirmó su postura e indicó que la accionante pretende la modificación de la fecha de estructuración, facultad que solo puede ser realizada por las entidades de calificación, de conformidad con el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012. Expediente T-9.415.661, archivo «Rta. Porvenir S.A. (despues de traslado) I.pdf».

31 El 21 de febrero de 2023, la accionante solicitó nueva calificación de PCL a Seguros ALFA S.A. Expediente T-9.415.661, enlace «Rta. Porvenir S.A.», archivo «Solicitud de Valoración por Pérdida de Capacidad Laboral (2).pdf».

32 Expediente T-9.415.661, enlace «Rta. Porvenir S.A.», archivo «COMUNICACIÓN REMISIÓN JR.pdf».

33 Sentencia T-338 de 2021.

34 Decreto 2591 de 1991. Artículo 10. «La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. // También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. // También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales».

35 Decreto 2591 de 1991. Artículo 46 y siguientes.

36 Cfr. Sentencias T-373 de 2015 y T-416 de 1997.

37 Artículo 1. Objeto. «Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces,

en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto (…)».

38 Artículo 5. «Procedencia de la acción de tutela. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley (…)».

39 Artículo 42. «La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: 1. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación. 2. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud. 3. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos. 4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controla efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización. 5. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar el artículo 17 de la Constitución. 6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del hábeas data, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución. 7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma. 8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas. 9. Cuando la solicitud sea para tutelar quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela».

40 Artículo 206 de la Ley 100 de 1993: «Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional<6> y accidente de trabajo serán

reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto».

41 Artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo: «En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante». La sentencia C-543-07 declaró condicionalmente exequible este artículo bajo el entendido que el auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente.

42 Inciso 5° del artículo 41 de la Ley 100 de 1993:«Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador».

43 Cfr. Sentencia SU-961 de 1999.

44 Cfr. Sentencia T-038 de 2017.

45 Expediente T-9.415.661, enlace «Rta. Porvenir S.A.», archivo «SOLICITUD DE RECLAMACIÓN (2)».

46 Expediente T-9.415.661, enlace «Rta. Porvenir S.A.», archivo «RESPUESTA DERECHO DE PETICIÓN».

47 Sentencias T-480 de 2011 y SU-424 de 2012.

48 Sentencia T-106 de 1993.

49 «Artículo 6º. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante (…) Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización». Declarado exequible en Sentencia C-018 de 1993.

50 Sentencia T-002 de 2018.

51La Sentencia T-387 de 2018 reitera la Sentencia T-081 de 2016.

52 De conformidad con el numeral 4° del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social es competente para conocer de «las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos».

53 Cfr. Sentencia T-447 de 2017, la cual reitera la sentencia T-140 de 2016.

54 Ver nota al pie No. 17.

55 Cfr. Sentencia T-447 de 2017, la cual reitera la sentencia T-140 de 2016: «(…) la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital y la salud cuando el peticionario se ve desprovisto del pago de las incapacidades médicas. Esto, aun cuando el conocimiento de las reclamaciones concernientes a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social Integral corresponda, en principio, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social».

56 La SU-195 de 2012 ha sido reiterada por las SU-201 de 2021 y 245 de 2021, entre otras sentencias.

58 T-794 de 2002.

59 Expediente T-9.415.661, archivo «01EscritoTutela.pdf». Folio 2.

60 Expediente T-9.415.661, archivo «RESPUESTA COMPLETA CORTE.pdf». Folio 9.

61 La accionante en la respuesta al auto de pruebas manifestó que su enfermedad «(…) ocurrió en febrero de 2018, fecha en que sí cumplía con la cotización de las 50 semanas para acceder a mi pensión(…)». Igualmente, expresó que «(…) hoy imploro a la Honorable Corte Constitucional que por estar afectada de esta enfermedad crónicas que me fue detectada en el año 2018 de reconozca esa primera fecha cuando se me diagnóstico por primera vez el cáncer fecha en que, repito si cumplía con las 50 semanas cotizadas durante los tres años anteriores a 2018 y/o se reconozca que a pesar de mi enfermedad seguí cotizando y después del año 2019 he logrado superar esa exigencia de 50 semanas». Ibidem. Folios 3-4.

62 Expediente T-9.415.661, enlace «Rta. Porvenir S.A.», archivos «C.C. 39776096 T9415661 (PRUEBAS).pdf». Folio 3.

63 SU-588 de 2016

64 De conformidad con el artículo 16 de la Ley 1562 de 2012 que modifica el artículo 42 de la Ley 100 de 1993, «[l]as Juntas Regionales y Nacional de Calificación de invalidez son organismos del Sistema de la Seguridad Social del orden nacional, de creación legal, adscritas al Ministerio de Trabajo con personería jurídica, de derecho privado, sin ánimo de lucro, de carácter interdisciplinario, sujetas a revisoría fiscal, con autonomía técnica y científica en los dictámenes periciales, cuyas decisiones son de carácter obligatorio, sin perjuicio de la segunda instancia que corresponde a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, respecto de las regionales y conforme a la reglamentación que determine el Ministerio de Trabajo».

65 Numeral 1° del artículo 14 del Decreto 1352 de 2013: «ARTÍCULO 14. Funciones exclusivas de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez. Además de las comunes, son funciones de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, las siguientes:1. Decidir en primera instancia las controversias sobre las calificaciones en primera oportunidad de origen y la pérdida de la capacidad laboral u ocupacional y su fecha de estructuración, así como la revisión de la pérdida de capacidad laboral y estado de invalidez».

66 Sentencias SU-588 de 2016, T-220 de 2022, entre otras.

67 El artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012 que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 establece que: «(…)[c]corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales – ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales(…)».

68Artículo 45 del Decreto 1352 de 2013: «ARTÍCULO 45. Firmeza de los dictámenes. Los dictámenes adquieren firmeza cuando: a) Contra el dictamen no se haya interpuesto el recurso de reposición y/o apelación dentro del término de diez (10) días siguientes a su notificación; b) Se hayan resuelto los recursos interpuestos y se hayan notificado o comunicado en los términos establecidos en el presente decreto; c) Una vez resuelta la solicitud de aclaración o complementación del dictamen proferido por la Junta Nacional y se haya comunicado a todos los interesados».

69 Sentencia T-265 de 2022.

70 Sentencia T-876 de 2013 reiterada en sentencias T-200 de 2017, T-312 de 2018, T-161 de, T-194 de 2021 y T-265 de 2022.

71 Sentencia T-490 de 2015 reiterada en la Sentencia T-265 de 2022.

72 Sentencia T-920 de 2009 reiterada en las sentencias T-468 de 2010, T- 684 de 2010, T-200 de 2017, T-161 de 2019, T-268 de 2020, T-194 de 2021, T-265 de 2022.

73Artículo 227: «En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le

pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante». La sentencia C-543 de 2007 declaró condicionalmente exequible el artículo en el entendido que el auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente.

74 Artículo 1°: «Modificar el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual quedará así: PARÁGRAFO 1°. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente(…)».

75 Inciso 5° del artículo 41 de la Ley 100 de 1993: «Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador».

76 Sentencias T-161 de 2019 y T-265 de 2022.

77 Comunicado disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%2023%20Julio%2019%20de%202023.pdf .

78 Sentencias T-468 de 2010, T-684 de 2010, T-867 de 2013, T-004 de 2014, entre otras.

79 Sentencia T-194 de 2021 reiterada por la T-265 de 2022.

80 Cfr. Sentencia T-144 de 2016 reiterada por la T-265 de 2022.

82 En esta sentencia ordeno el pago de incapacidades superiores al día 540 a una paciente a

la que en el transcurso de su incapacidad la EPS omitió realizar concepto de rehabilitación oportuno de todos sus diagnósticos.

83 En esta sentencia se ordenó el pago de incapacidades médicas superiores al día 540 a un paciente hasta tanto este lograra su plena recuperación o le fuera reconocida la respectiva pensión de invalidez, lo cual sucedió en este caso.

84 Cfr. Sentencia T-144 de 2016.

85 El artículo 1° del Decreto 1427 de 2022 sustituyó el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, el cual incluyó el artículo 2.2.3.6.1 que establece lo siguiente: «Artículo 2.2.3.6.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días. Las EPS o las entidades adaptadas 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. De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la entidad promotora de salud o entidad adaptada deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541)».

86 Porvenir S.A. pagó este periodo de incapacidades en cumplimiento de la orden judicial del fallo de tutela proferido 19 de octubre de 2022, por el Juzgado Primero de Familia de Zipaquirá. Expediente T-9.415.661, archivo «PAGO INCAPACIDADES ORDEN JUDICIAL (2).pdf».

87 Artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 780 de 2016 sustituido por el artículo 1° del Decreto 1427 de 2022: «Condiciones para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común. Para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común, deben acreditarse las siguientes condiciones al momento del inicio de la incapacidad: 1. Estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante, incluidos los pensionados con ingresos adicionales. 2. Haber cotizado efectivamente al Sistema General de Seguridad

Social en Salud, como mínimo cuatro (4) semanas, inmediatamente anteriores al inicio de la incapacidad. El tiempo mínimo de cotización se verificará a la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la incapacidad. 3. Contar con el certificado de incapacidad de origen común expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta. No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica derivada de la incapacidad de origen común cuando esta última se origine en la atención por servicios o tecnologías excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud, según los criterios establecidos en la Ley 1751 de 2015, artículo 15, numerales a, b, c, d, e y f, y las normas que la modifiquen o regulen (…)».

88 Artículo 2.2.3.7.3 del Decreto 780 de 2016 sustituido por el artículo 1° del Decreto 1427 de 2022: «Causales de suspensión o no reconocimiento de pago de la incapacidad de origen común».

89 Artículo 38 de la Ley 100 de 1993: ESTADO DE INVALIDEZ “Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”

{p}