

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para el pago de incapacidades laborales

PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL-Sustituye el salario durante el tiempo en el cual el trabajador se encuentra involuntariamente al margen de sus labores

Es de este carácter sustitutivo del salario que la jurisprudencia ha encontrado que, del mismo modo en que se presume la afectación del mínimo vital de un trabajador cuando no recibe su salario y devenga un salario mínimo o cuando el salario es su única fuente de ingreso - constituyendo un elemento necesario para su subsistencia al cubrir con ese dinero sus necesidades básicas-, igualmente se presume que el no pago de las incapacidades laborales implica una afectación al mínimo vital de la persona; correspondiéndole, en consecuencia, al empleador, a la EPS o a la AFP desvirtuar dicha presunción.

PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 180 DIAS-Está a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el trabajador, hasta que el afiliado recupere su salud, o hasta que sea calificada la pérdida de la capacidad laboral

INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 180 DIAS-Acompañamiento y orientación al usuario por EPS para tramitar y obtener el pago

Los usuarios del sistema de salud cubiertos por una prolongada incapacidad médica son

sujetos de una especial protección dentro del sistema, consistente en un deber de asistencia al afiliado y de comunicación entre los distintos órganos que lo componen, por cuanto el sistema de seguridad social fue concebido como un “engranaje” para materializar sus derechos constitucionales fundamentales de manera continua entre las distintas fases y etapas a cargo de los diferentes actores del mismo sistema, siendo indispensable para ello la comunicación constante entre las referidas entidades. Esto, con el fin de aislar, a quien se encuentra incapacitado, de la burocracia institucional que de manera injustificada podría convertirse en una barrera administrativa para el acceso a su derecho a la seguridad social en salud.

PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 180 DIAS-Importancia de eliminar barreras administrativas excesivas e injustificadas que vulneran derechos fundamentales de los afiliados

Expediente: T-7.815.828

Revisión de las sentencias de tutela proferidas dentro del proceso promovido por Yolanda Murillo Rojas en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-.

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de dos mil veinte (2020)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, decide definitivamente sobre la revisión de los fallos proferidos el 28 de noviembre de 2019, en primera instancia, por la Jueza 3º Civil del Circuito de Bogotá D.C., y el 16 de enero de 2020, en segunda instancia, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. -Sala Civil-, al resolver la solicitud de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES¹

1. La acción de tutela

1. El 14 de noviembre de 2019, Yolanda Murillo Rojas, en nombre propio, presentó solicitud de tutela² contra COLPENSIONES, por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna, al abstenerse de pagar las incapacidades médicas prescritas por su médico tratante pasados los 180 días de incapacidad.

1. Hechos relevantes

1. La accionante es una persona de 53 años³, que en el 2010 fue diagnosticada con cáncer de mama, y tras ser sometida a cirugía⁴ estuvo en tratamiento de radioterapia y quimioterapia por 5 años⁵. En 2013, presentó un “engrosamiento endometrial”, por lo que le

realizaron una histerectomía total⁶ con salpingoforectomía bilateral⁷ y, el 16 de diciembre de 2018 debieron realizarle un procedimiento quirúrgico prioritario consistente en una “craneotomía + metastasectomía por carcinoma metastásico lesión única frontal derecha”⁸ debido a que, en noviembre de ese año, le descubrieron un “tumor de comportamiento incierto o desconocido del encéfalo supratentorial”⁹.

1. Como consecuencia de lo anterior, el médico tratante le expidió incapacidades de manera sucesiva desde el 14 de noviembre de 2018 hasta el 24 de enero de 2020, acumulando -para esta fecha- 399 días de incapacidad.

1. El 11 de abril de 2019, su empleador, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil -AEROCIVIL- remitió a COLPENSIONES una comunicación¹⁰ informándole (i) que el 15 de abril de 2019 la señora Murillo acumularía 150 días de incapacidad continuos; y (ii) que la AEROCIVIL le había enviado una comunicación a Compensar EPS, “solicitando pronunciarse frente a la situación de incapacidad de la servidora pública, en el sentido que, si continuará incapacitado (sic) hasta superar el tiempo máximo permitido y sus posibilidades de recuperación, o si una vez se cumple dicho término, será remitido (sic) a la AFP para dar inicio al trámite de calificación por pérdida de capacidad laboral”. En consecuencia, solicitó a COLPENSIONES “emitir su concepto frente al procedimiento que adoptará el Fondo, la cual puede ser remitida a la Avenida El Dorado No. 103 15” y se puso a disposición de la AFP para asistir a la entidad. Manifestó que “Cualquier información adicional con gusto será suministrada en los teléfonos 2963566, 2962596, 2963073 o vía correo electrónico a oscar.fuentes@aerocivil.gov.co”.

1. El 16 de abril de 2019, COLPENSIONES respondió a la referida comunicación de la AEROCIVIL, en la cual señaló: “[...] esta administradora acusa recibido de su comunicación, quedando en espera de la remisión de la información por parte de la EPS Compensar para dar el trámite pertinente”¹¹.

1. El 14 de mayo de 2019¹² Compensar EPS radicó en COLPENSIONES el “concepto de rehabilitación expedido el 8 de mayo de 2019 con PRONÓSTICO DESFAVORABLE del usuario en referencia, con el fin de que su entidad defina y proceda con el pago de incapacidades mayores a 180 días y el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral -PCL” (negrilla fuera del texto). Al efecto, anexó el “histórico de incapacidades” y el “concepto de rehabilitación”, y solicitó que “le informe al trabajador y a la empresa los requisitos para el reconocimiento de las incapacidades posteriores al día 180 de prórroga continua”.¹³

A continuación, se transcribe la información contenida en el “histórico de incapacidades” a esa fecha:

Número de Incapacidad

Fecha Radicación

Fecha Inicio

Fecha Fin

Diagnóstico

Días Incapacidad

Días Acumulados

Valor Incapacidad

2465911

20190216

17/03/2019

D430

30

121

\$828.116

2465910

20190401

20190116

14/02/2019

D430

30

91

\$1.016.125

201225266

20190201

20181215

13/01/2019

D430

30

61

\$1.022.608

20116810

20181115

14/12/2018

D430

30

31

\$988.521

20116809

20181214

20181114

14/11/2018

D430

1

1

\$0

1. El 15 de mayo de 2019, la señora Murillo acumuló los 180 días de incapacidad continuos¹⁴.

1. Mediante comunicación fechada el 15 de mayo de 2019, COLPENSIONES le comunicó a la accionante que su EPS había emitido un Concepto Desfavorable de Rehabilitación y que

“conforme lo establece el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, COLPENSIONES llevará a cabo la calificación de su pérdida de capacidad laboral en primera oportunidad, para lo cual a continuación le indicaremos el procedimiento a seguir:

-Acérquese a cualquiera de los Puntos de Atención al Ciudadano (PAC) de COLPENSIONES

-Solicite y diligencie el Formulario de Determinación de Pérdida de Capacidad Laboral

-Aporte fotocopia de su documento de identidad ampliado al 150%

-Aporte copia de su historia clínica completa y actualizada.

Si quien realiza el trámite en el PAC es su apoderado por favor adicionar los siguientes documentos:

-Poder debidamente conferido con presentación personal ante notario público [...]”¹⁵

1. Mediante Resolución 01525 de 23 de mayo de 2019¹⁶ la AEROCIVIL resolvió “[s]uspender el pago del auxilio monetario por incapacidad de origen común a partir del 16 de mayo de 2019, a la servidora pública Señora YOLANDA MURILLO ROJAS [...] y cancelar únicamente lo correspondiente al aporte de seguridad social en pensión y salud”¹⁷ así como “[c]omunicar la presente decisión a COLPENSIONES y al (sic) EPS Compensar, para los fines de su competencia”.

1. Pretensiones

1. La accionante solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital, y que, en consecuencia, se le ordene a COLPENSIONES pagar sus “incapacidades desde mayo de 2019 hasta la fecha y futuras”.

1. Trámite procesal de primera instancia¹⁹

1. Ministerio de Transporte²⁰: Solicitó su desvinculación, señalando que dicha Cartera no es competente para “informar, ni solucionar de fondo sobre lo peticionado”.

1. IPS Clínica Los Nogales²¹: Solicitó su desvinculación, señalando que la entidad ha prestado todos los servicios que han sido solicitados y prescritos por el médico tratante, por lo que considera que hay carencia de legitimación por pasiva a su respecto.

1. COLPENSIONES²²: Solicitó negar el amparo o declararlo improcedente y, de manera subsidiaria, su desvinculación y el correspondiente archivo del proceso. Señaló que el 14 de mayo recibió “el oficio remitido por parte de EPS COMPENSAR, en el cual nos informó el pronóstico CRE DESFAVORABLE”, por lo que se dio inicio al proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral, pero “a la fecha no se encuentra solicitud alguna de reconocimiento y pago de subsidio de incapacidad, por parte de la ahora accionante; por lo que no es dable tener conocimiento en vía de tutela sobre el asunto, toda vez que la accionante ni siquiera ha realizado la solicitud, es decir, no se ha agotado la vía administrativa. [...] Es preciso recordar que el trámite de solicitud de pago de incapacidades debe ser agotado por el afiliado directamente ante la entidad o en su defecto por un tercero debidamente autorizado por el mismo”.

1. Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil²³: Solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela porque la entidad no sólo no ha vulnerado los derechos fundamentales de la peticionaria, sino que “ha cumplido con sus obligaciones legales, como es el pago de la seguridad social de la señora Yolanda Murillo Rojas”. Al efecto, arguyó haber enviado comunicaciones a COLPENSIONES y a Compensar EPS, en relación con el caso de la señora Murillo, con el fin de que se pronunciaran frente a las incapacidades de la accionante en vísperas de la superación de 180 días de incapacidad continuos.

1. Compensar EPS²⁴: Solicitó declarar improcedente la acción de tutela, pues las actuaciones de la EPS han estado ajustadas a la Constitución y a la ley. Sostuvo que ha cumplido con su obligación de asumir el costo de los primeros 180 días de incapacidad, causados entre el 14 de noviembre de 2018 y el 15 de mayo de 2019, a través de su empleador. En consecuencia, afirmó que, dado que la pretensión de la accionante es el pago de incapacidades causadas desde el 15 de mayo en adelante, su reconocimiento y pago corresponde al fondo de pensiones. En todo caso, solicitó la vinculación de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez “para que indique si el dictamen de calificación de origen emitido por la Junta Regional el 25 de junio de 2019, fue objeto de impugnación”.

1. Junta Nacional de Calificación de Invalidez²⁵: Solicitó su desvinculación pues “no se encontró registro de caso pendiente, calificación, apelación respecto a esta persona, proveniente de una Junta Regional de Calificación de Invalidez, Juzgado o Autoridad Administrativa para trámite de calificación ante esta entidad”.

1. Junta Regional de Calificación de Invalidez²⁶: El 2 de diciembre de 2019, solicitó su desvinculación del proceso mediante comunicación extemporánea presentada incluso cuando ya se había proferido sentencia de primera instancia. Indicó que “a la fecha no existe solicitud de calificación por alguna de las entidades de la seguridad social, ni calificación alguna de la señora Yolanda Murillo Rojas”.

1. Decisiones judiciales que se revisan

1. Sentencia de primera instancia del 28 de noviembre de 2019²⁷:

1. La Jueza 3ª Civil del Circuito de Bogotá D.C., mediante providencia de 28 de noviembre de 2019, negó el amparo solicitado. Primero, indicó que la protección pretendida era improcedente pues la accionante “no ha realizado gestión alguna ante el Fondo de Pensiones accionado, a efectos de reconocimiento y pago de las incapacidades superior (sic) a los 180 días posteriores al mes de mayo de la presente anualidad”. Constató que COLPENSIONES no se ha sustraído de sus obligaciones “en torno al reconocimiento y pago de las incapacidades aquí reclamadas de forma caprichosa, nisiquiera (sic) se ha negado al otorgamiento de las mismas de forma concreta, habida cuenta que si bien en tratándose de incapacidades por enfermedad general que no superan los 180 días, la legislación vigente impone al empleador la carga de ejercitar su tramitación en favor del empleador (sic), cuando se reclaman como es el caso, las suscitadas con posterioridad a dicho lapso temporal -subsidio por incapacidad-, tales prerrogativas deben ser reclamarlas (sic) directamente ante la AFP, sin que ello signifique dilaciones de naturaleza procedimental o administrativa que limiten el acceso a tales prerrogativas a partir de exigencias inocuas y redunden en afectación de garantías de rango constitucional como la seguridad social”. Por lo tanto, afirmó que la respectiva solicitud de incapacidades debía ser radicada ante COLPENSIONES “por la actora directamente o a través de apoderado judicial o quien la represente, lo que es factible atendiendo su condición de salud, mismo que como se puntualizó líneas atrás no se desconoce, pero no es óbice, para que defina de manera directa e inmediata a través de éste (sic) mecanismo que no sustituye los procedimientos administrativos que deben activar los ciudadanos”. Segundo, consideró que la acción de tutela tampoco era procedente como mecanismo para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable pues “no se acreditó el ejercicio por parte de la actora de la carga que le asiste, ni la existencia de un perjuicio irremediable, porque si bien la promotora expresó que el hecho de no encontrarse recibiendo remuneración alguna, afecta su mínimo vital, no aportó documental (sic) que soportara ésta última afirmación, y si bien es cierto le

aqueja una enfermedad grave, tanto el empleador como la entidad promotora de salud accionada, en cumplimiento de sus obligaciones, ya efectuaron el pago de los primeros 180 días, y se encuentran garantizando su afiliación al sistema de seguridad social en salud y pensión, mientras que COLPENSIONES, también se está efectuado (sic) proceso de pérdida de capacidad laboral correspondiente”.

1. Impugnación²⁸:

1. La accionante impugnó la decisión de la jueza, con base en los siguientes argumentos: (i) que “por intermedio de mi empleador allegué todas las incapacidades desde el momento día 1 hasta la fecha 22 de diciembre de 2019 quien internamente tramitaba al pagar mis aportes a pensión y a salud debe hacer la novedad (sic)”, (ii) que le es “físicamente imposible recurrir a presentar[s]e ante el Fondo de Pensiones a tramitar un derecho de petición” y (iii) que, además, la entidad accionada ya tiene en su poder toda la información necesaria para ello pues se encontraba tramitando la pérdida de capacidad laboral.

1. Sentencia de segunda Instancia del 16 de enero de 2020²⁹:

1. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. -Sala Civil- confirmó el fallo de primera instancia. Sostuvo que la accionante debió adelantar el trámite solicitado “para obtener la prestación exigida, toda vez que no se puede solicitar por la vía constitucional, cuando tal petitum no se ha puesto en conocimiento del encargado de suministrarla”. Al respecto, “COLPENSIONES tiene reglamentado un procedimiento específico para el pago de las citadas incapacidades en el que se requiere, preliminarmente, que se radiquen «por el afiliado directamente ante la entidad o en su defecto por un tercero debidamente autorizado por el mismo (...) si la solicitud es elevada por el empleador, éste también debe contar con la autorización del empleado o diligenciar el formato creado para tal fin por esta Administradora»”.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones judiciales proferidas dentro del proceso de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86, inciso segundo, y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Cuestión previa:

Debido a que el 21 de octubre de este año, la Secretaría General de esta Corporación recibió por medio de correo electrónico un oficio³⁰ de la Gerencia de Defensa Judicial de COLPENSIONES en el cual se solicita declarar un hecho superado en el presente caso al haber pagado las incapacidades adeudadas a la peticionaria, la Sala considera pertinente evaluar dicho fenómeno en el caso bajo estudio.

1. Sobre la carencia actual de objeto. Reiteración de jurisprudencia

La acción de tutela fue consagrada como un mecanismo para la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales que sean objeto de una amenaza o vulneración actual por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley. Siendo un mecanismo de carácter subsidiario y residual, la intervención del juez constitucional se justifica para cesar la amenaza o afectación a los derechos

fundamentales, razón por la cual ante la alteración o interrupción de la situación que genera dicha amenaza o vulneración, la tutela pierde eficacia, sustento y procedencia.

Así las cosas, al desaparecer el objeto jurídico sobre el que recaerá la futura decisión del juez constitucional, la acción de tutela se vuelve inocua y vacía, y por tanto improcedente para salvaguardar derechos fundamentales cuando no existe amenaza o vulneración vigente.

“La decisión del juez de tutela carece de objeto cuando, en el momento de proferirla, encuentra que la situación expuesta en la demanda, que había dado lugar a que el supuesto afectado intentara la acción, se ha modificado sustancialmente, de tal manera que ha desaparecido toda posibilidad de amenaza o de daño a los derechos fundamentales. Siendo la defensa de éstos la justificación y el propósito de esta forma expedita de administrar justicia constitucional en el caso concreto, ningún sentido tiene que el fallador imparta órdenes de inmediato cumplimiento en relación con unas circunstancias que pudieron configurarse en el pasado pero que, al momento de cumplirse la sentencia, no existen o, cuando menos, presentan características totalmente diferentes a las iniciales”³².

Frente a la figura de la carencia actual de objeto, se ha denotado la imposibilidad material en que se encuentran los jueces constitucionales para determinar el remedio que permita amparar la protección de los intereses jurídicos presuntamente vulnerados, por sustracción de materia. Así, este Tribunal Constitucional ha determinado tres (3) hipótesis según las cuales, se puede materializar el fenómeno de la carencia actual de objeto: (i) cuando existe un hecho superado; (ii) cuando se presenta un daño consumado; y, (iii) cuando acaece una situación sobreviniente³³.

La hipótesis de hecho superado³⁴ comprende el supuesto de hecho ante el cual, entre el

tiempo en que se interpuso la acción de tutela y la decisión del juez constitucional, la afectación o amenaza al derecho fundamental presuntamente vulnerado, desaparece como resultado del accionar de la entidad accionada. De esta manera, la pretensión del accionante pierde sustento fáctico y jurídico, por lo que resulta inocua cualquier intervención del juez constitucional por desaparecer o variar sustancialmente la situación fáctica y jurídica que dio origen a la acción de tutela.

La carencia de objeto por el acaecimiento de un daño consumado supone que la presunta amenaza o vulneración que se pretendía evitar con la acción de tutela se ha consumado, de manera tal que el juez constitucional se encuentra imposibilitado para, a través de su decisión, cesar la vulneración o impedir que se concrete la amenaza a los derechos fundamentales del accionante. Esta hipótesis se puede presentar en cualquier momento procesal de la acción de tutela.

Finalmente, se configura la carencia de objeto por el acaecimiento de un hecho sobreviniente en aquellos casos en los que la situación que provocó la amenaza o vulneración alegada por el accionante no se mantiene en las mismas condiciones, cambió sustancialmente o la protección solicitada se obtuvo por otros medios, de manera que, a raíz de la nueva situación, carece de objeto conceder la protección solicitada³⁵.

Conforme a lo anterior, procederá la Corte Constitucional a realizar un examen del caso en particular ante la alegada configuración del fenómeno de la carencia actual de objeto por parte de COLPENSIONES.

De los antecedentes se evidencia que el objeto de la presente solicitud de tutela interpuesta por la señora Yolanda Murillo Rojas, es que se ordene a COLPENSIONES pagar sus “incapacidades desde mayo de 2019 hasta la fecha y futuras” al considerar que con dicha omisión la entidad accionada había vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital y

la vida digna.

Como se expuso previamente, encontrándose en proceso de revisión eventual el expediente bajo examen, el 21 de octubre de este año se recibió en la Secretaría General de la Corte un oficio suscrito por el señor Diego Alejandro Urrego Escobar, en su calidad de Gerente de Defensa Judicial de COLPENSIONES, en el cual sostiene que la entidad dispuso el pago de las incapacidades adeudadas a la accionante así: “teniendo en cuenta que la accionante interpuso otra demanda de tutela, conocida por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, este despacho emitió la orden de pago de incapacidades a su favor, la cual fue confirmada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, por lo que se dispuso el pago de incapacidades a favor de la accionante entre los días 181 y 540, considerando la solicitud que en tal sentido elevara la señora Yolanda Murillo Rojas el 10 de febrero de 2020”.

En el referido oficio la entidad afirmó que tras el fallo de 16 de enero de 2020 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. -Sala Civil- sometido a revisión en el presente proceso, la accionante presentó el 10 de febrero de este año un derecho de petición ante COLPENSIONES solicitando el pago del subsidio de incapacidad que había sido denegado en las decisiones de tutela bajo examen. Así, al no haber recibido respuesta a su solicitud por parte de la entidad accionada la señora Murillo acudió nuevamente a la acción de tutela, esta vez buscando que la entidad accionada respondiera la petición presentada. En esa oportunidad, el juez constitucional accedió al amparo y le ordenó a COLPENSIONES el pago del subsidio de incapacidad inicialmente pretendido en el proceso que hoy revisa la Corte.

En el oficio COLPENSIONES explicó lo siguiente:

“[...] 6. A través de la petición 2020_1811957 del 10 de febrero de 2020 la señora Yolanda Murillo Rojas solicitó el pago de las incapacidades superiores al día 180. En respuesta a la referida solicitud, la Dirección de Medicina Laboral a través del oficio 2020_1811957 de 12 de

febrero de 2020 le indicó a la señora Murillo Rojas que debía aportar el certificado de relación de incapacidades, donde se detallara el día inicial y el día final de los periodos de incapacidad.

7. Por su parte, mediante el dictamen DML 3543086 de 23 de abril de 2020 se procedió a calificar la pérdida de capacidad laboral de la señora Murillo Rojas, Dictamen que arrojó un 0.00% de PCL con fecha de estructuración 16 de agosto de 2019, el cual fue notificado de manera personal el 18 de mayo de 2020.

8. Ahora bien, ante la falta de respuesta de fondo a la solicitud 2020_1811957 del 10 de febrero de 2020, referente al pago del subsidio por incapacidad, la señora Yolanda Murillo Rojas presentó acción de tutela contra Colpensiones con el fin de que se protegiera su derecho fundamental de petición y, como consecuencia, se ordenara dar respuesta [sic] la mentada solicitud. De la acción de tutela tuvo conocimiento el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, con radicado único No. 11001310300720200014900, quien mediante sentencia del 28 de mayo de 2020 concedió el amparo constitucional en los siguientes términos:

«PRIMERO: CONCEDER el amparo constitucional deprecado por la señora YOLANDA MURILLO ROJAS, con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, se ORDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante su representante legal y/o quien haga sus veces para que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a cancelar las incapacidades dejadas de pagar a la accionante, causadas entre el día 180 el día 540 de su prescripción, esto conforme lo esbozado en el artículo 142 del Decreto 0019 de 2012 y la sentencia T—401 de 2017.»

Como fundamento de su decisión el juez constitucional trajo a colación la Sentencia T-401 de 2017 donde la Corte Constitucional sostiene que en los casos en que el concepto de rehabilitación es desfavorable, deben cancelarse las incapacidades que se generan hasta tanto quede en firme el dictamen de pérdida de capacidad laboral, incluso en sentencia T-140 de 2016 el alto tribunal estableció que aun emitiéndose dictamen de incapacidad inferior al 50% en firme, y con incapacidades posteriores, se deben pagar los subsidios, ya que el trabajador incapacitado no puede quedar desprotegido.

9. Inconforme con lo decidido Colpensiones impugnó el fallo de primera instancia alegando para tal efecto que el pago de las incapacidades objeto de protección constitucional se tornaba improcedente ya que la señora Yolanda Murillo Rojas contaba previamente con concepto desfavorable de rehabilitación y, adicionalmente, Colpensiones calificó en primera oportunidad su pérdida de capacidad laboral a través del dictamen. Por su parte, mediante el dictamen DML 3543086 de 23 de abril de 2020 se procedió a calificar la pérdida de capacidad laboral de la señora Murillo Rojas, el cual arrojó un 0.00% de PCL con fecha de estructuración 16/08/2019, el cual fue notificado de manera personal el 18 de mayo de 2020.

10. De la impugnación tuvo conocimiento la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, quien mediante sentencia del 16 de junio de 2020 decidió confirmar en todas sus partes el provisto de primera instancia. A juicio del Tribunal resultó claro «que dentro del caso sub exánime no se disputaba que la señora Murillo contara con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral que fue establecido por la junta de calificación de Colpensiones, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 142 del Decreto 19 de 2012. Pero tampoco se puede controvertir que esa evaluación no quita ni pone ley en el pago de las incapacidades que aún no han sido solventadas, razón por la cual la Administradora de pensiones debe solucionarle a su afiliada aquellas que estén pendientes de pago.»

11. La Corte Constitucional, mediante Auto de Sala de Selección de Tutelas No. 3 del 03 de

agosto, seleccionó para la revisión la tutela de la señora Yolanda Murillo Rojas, radicada con el No. 11001310300320190079200”36.

De esta manera, tras realizar algunas consideraciones sobre la obligación de la AFP de sufragar el costo del subsidio de incapacidad cuando existe un concepto de rehabilitación desfavorable por la respectiva EPS, COLPENSIONES concluye que ha ocurrido el fenómeno del hecho superado toda vez que la entidad procedió al pago del subsidio de incapacidad pretendido por la peticionaria en la solicitud de tutela presentada ante un juez constitucional en noviembre de 2019, así:

“En virtud de la orden de tutela que antecede [es decir, la sentencia del Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá de 28 de mayo de 2020], la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones emitió el oficio 2020_5378058 / 2020_5423472 del 08 de junio de 2020, por medio del cual se informa a la demandante que se reconoció y autorizó el pago de 224 días de incapacidad, desde el día 14 de junio de 2019 hasta el día 24 de enero de 2020, de acuerdo a la documentación aportada por ella; sin que se evidencien periodos de incapacidad adicionales pendientes de reconocimiento.

Así pues, es ya irrelevante que el primer proceso de tutela, en estudio por parte de la Corte, haya terminado con la denegación del amparo de los derechos fundamentales por la falta de solicitud de la accionante en sede administrativa, pues posterior a ello la señora Yolanda Murillo Rojas radicó petición formal de reconocimiento de subsidios por incapacidad y, una nueva tutela fallada a su favor, que ordena el pago de las incapacidades entre el día 180 y el 540.

Por todo lo expuesto, es pertinente mencionar que con relación a la acción de tutela se está frente a una carencia actual de objeto por hecho superado, dado que COLPENSIONES, ha dado cumplimiento al fallo de tutela que ordenó el pago de subsidios por incapacidad a favor

de la demandante, desapareciendo la presunta causa vulneradora de derechos fundamentales objeto de protección”³⁷.

En concordancia con lo anterior, la Sala evidencia que si bien es cierto COLPENSIONES cumplió la orden emitida por el juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá de 28 de mayo de 2020, en tanto accedió al pago de las incapacidades adeudadas y que, en consecuencia, podría considerarse que ha operado el fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado con respecto a la pretensión original de la acción de tutela en el presente litigio, la Sala considera que ello no resulta procedente por dos razones: i) el pago del subsidio de incapacidad tan solo habría resarcido uno de los derechos fundamentales vulnerados a la peticionaria teniendo en cuenta que también alegó la vulneración a su dignidad por la imposición de barreras administrativas que la mantuvieron sin acceso al subsidio de incapacidad por más de un año y medio; y ii) el cumplimiento de una orden de tutela dentro de un proceso ajeno al que se estudia, si bien puede incidir, no define el futuro del actual³⁸, máxime cuando la función asignada por el constituyente a esta Corporación -por medio de sus diferentes Salas de Revisión- tiene como objetivo principal la definición del alcance de los derechos fundamentales involucrados en los diferentes asuntos de los que conoce y, de ser necesario, la unificación de la jurisprudencia.

En consecuencia, la Sala no declarará la ocurrencia del fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado solicitada por COLPENSIONES y procederá a pronunciarse de fondo respecto de la solicitud de protección del derecho fundamental a la vida digna de la accionante.

1. Problema Jurídico

La Sala advierte que la acción de tutela versa sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de la señora Yolanda Murillo Rojas. A juicio de

la actora, éstos fueron vulnerados por COLPENSIONES al no pagarle las incapacidades prescritas por su médico tratante desde el 15 de mayo de 2019, frente a lo cual COLPENSIONES alega que no se encuentra en la obligación de hacerlo toda vez que la accionante no ha solicitado formalmente su pago siguiendo los trámites internos establecidos por la entidad para ese efecto.

Por lo tanto, le corresponde a la Sala Quinta de Revisión determinar si COLPENSIONES vulneró los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de la accionante, al no pagar las incapacidades médicas que le fueron prescritas después de transcurridos 180 días de incapacidad continuos arguyendo que la accionante no adelantó el trámite requerido por la AFP, a pesar de que la EPS ya había puesto en su conocimiento la necesidad de evaluar la procedencia del pago de las incapacidades mayores a 180 días y que ya contaba con la información requerida para adelantar el estudio de la prestación económica referida.

Al efecto, la Sala estudiará la legitimación en la causa y la procedencia de la acción de tutela en el presente asunto (4); reiterará la jurisprudencia constitucional sobre el pago de incapacidades laborales como sustituto del salario (5); reiterará la jurisprudencia constitucional sobre las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud que superan 180 días continuos (6); reiterará la jurisprudencia constitucional sobre la importancia de eliminar las barreras administrativas excesivas e injustificadas que vulneran los derechos fundamentales de los afiliados (7); para, finalmente, abordar el caso concreto (8).

1. Segunda cuestión previa: legitimación en la causa y procedencia de la acción de tutela

La Sala Quinta de Revisión encuentra acreditados los requisitos generales de procedencia.

Primero, se satisface el requisito de legitimación en la causa por activa. Según el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela es un mecanismo judicial subsidiario al que puede acudir cualquier persona cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares en los casos señalados en la ley. En el presente asunto la señora Yolanda Murillo Rojas presentó la solicitud en nombre propio como presunta afectada en sus derechos fundamentales. Asimismo, esta Sala considera que existe legitimación en la causa por pasiva. Los artículos 5º, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991, prevén que la acción de tutela se puede promover contra autoridades y contra particulares respecto de quienes el solicitante se halle en situación de subordinación e indefensión. De esta forma, este requisito se encuentra acreditado puesto que la solicitud de tutela se dirige contra COLPENSIONES, y las vinculadas Compensar EPS, Ministerio de Transporte -Unidad Administrativa Aeronáutica Civil, Clínica Los Nogales, Ministerio de Trabajo, Superintendencia Nacional de Salud, Junta Nacional de Calificación de Invalidez y la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca- autoridades públicas y privadas que están legitimadas en la causa por pasiva de conformidad con el numeral 8 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Segundo, la solicitud cumple con el requisito de inmediatez. La acción de tutela se interpuso dentro de un término oportuno y razonable, pues transcurrieron un poco más de 5 meses desde el 16 de mayo de 2019, fecha en la cual le fue suspendido el pago de incapacidades a la accionante por parte de su empleador y la EPS al haber sobrepasado los 180 días de incapacidad continuos, y el 14 de noviembre de 2019, que corresponde a la fecha de interposición de la tutela³⁹.

Finalmente, la solicitud cumple el requisito de subsidiariedad. El artículo 86 de la Carta establece de manera clara que “[t]oda 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 o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. [...]

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Al respecto la jurisprudencia de esta Corporación ha advertido que, de existir otro medio de defensa judicial, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso concreto con el fin de determinar la idoneidad y eficacia del referido medio para lograr la protección pretendida en el contexto en el que se encuentra el sujeto activo de la acción.

En el presente caso, los medios de defensa judicial ordinarios no son eficaces para lograr la protección inmediata de los derechos de la accionante.

El primer medio de defensa judicial a disposición de la accionante es el ejercicio de la función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud (en adelante Supersalud). El artículo 6º de la Ley 1949 de 2019 adicionó el literal b) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, para sumarle a la función jurisdiccional de la Supersalud la facultad de conocer y fallar en derecho con las facultades propias de un juez sobre el “[r]econocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los [...] eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios”. Esto significa que la Supersalud tendría la competencia para revisar la actuación de Colpensiones puesto que las AFP se asimilan a la EPS en relación con su posición de obligados al reconocimiento y pago de las incapacidades laborales de sus afiliados con posterioridad al día 180 de incapacidad continua.

Sin embargo, de acuerdo con lo dicho en la Sentencia SU-124 de 2018 sobre el requisito de subsidiariedad frente al proceso jurisdiccional de la Supersalud, que reiteró, a su turno, lo

que ya había sostenido en Sentencia C-119 de 2008, si bien la acción de tutela tiene un carácter residual en estos casos, el juez de tutela debe verificar, en cada caso, si el mecanismo jurisdiccional administrado por la Supersalud resulta idóneo y eficaz teniendo en cuenta las siguientes reglas:

“En este sentido, al momento de analizar la eficacia e idoneidad del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, el juez constitucional debe considerar las siguientes reglas:

(i) Competencia de la Superintendencia Nacional de Salud. El procedimiento judicial ante la Superintendencia de Salud es el mecanismo principal y prevalente para resolver los asuntos asignados a su competencia por la Ley 1122 de 2007 (modificada por la Ley 1438 de 2011), los cuales son:

[...]

b. El reconocimiento de los gastos en los que el usuario haya incurrido por la atención que recibió en una IPS no adscrita a la entidad promotora de salud o por el incumplimiento injustificado de la EPS [o las entidades que se le asimilen⁴⁰] de las obligaciones radicadas en su cabeza.

(ii) Competencia subsidiaria del juez de tutela. Respecto de las controversias anteriormente señaladas, la acción de tutela cumple un papel residual. No obstante, el juez debe analizar la idoneidad y eficacia del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud con especial atención de las circunstancias particulares que concurren en el caso concreto. En consecuencia, el amparo constitucional procederá, por ejemplo, cuando:

- a. Exista riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas.
- b. Los peticionarios o afectados se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sean sujetos de especial protección constitucional.
- c. Se configure una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional.
- d. Se trata de personas que no pueden acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet. En tal sentido, el juez constitucional debe valorar dicha circunstancia al momento de establecer la eficacia e idoneidad del trámite ante dicha autoridad.

(iii) Finalmente, la Corte Constitucional ha advertido que la ley no reguló el término en el que las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales -de acuerdo con la competencia asignada por el numeral 1º del artículo 30 del Decreto 2462 de 2013-, deben resolver las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones proferidas por la Superintendencia Nacional de Salud en ejercicio de funciones jurisdiccionales.

Por consiguiente, esta Corporación ha determinado que este recurso debe desatarse en un término de 20 días, a través de la aplicación analógica del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

De igual forma, esta Corporación en Sentencia T-450 de 2016 expresó que en ocasiones los usuarios presentan problemas de acceso al mencionado mecanismo jurisdiccional, puesto que la Superintendencia Nacional de Salud no tiene “(...) presencia en todas las ciudades y mucho menos en todos los municipios del país” (corchetes fuera del texto).

La acción de tutela la presenta una persona, que, como lo evidencian las pruebas aportadas al proceso, tiene cáncer metastásico de mama en “estadio IV”⁴¹, enfermedad catastrófica⁴² (cáncer en “estadio IV”⁴³) que ha impedido que pueda retomar sus actividades laborales en aras de obtener un ingreso que le permita cubrir sus necesidades básicas. Por consiguiente, en el presente caso la Sala encuentra que procede de la acción en los términos señalados en la sentencia de unificación transcrita, en tanto (i) existe un riesgo para la vida, la salud o la integridad de la accionante; (ii) la peticionaria se encuentra en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta y, por su delicada condición de salud, es un sujeto de especial protección constitucional; y (iii) se configura una situación de urgencia que hace indispensable la intervención del juez constitucional.

Al respecto, en su solicitud la accionante puso de presente que “desde el mes de mayo de 2019 estoy sin recibir pago alguno de mis incapacidades colocando en riesgo mi estado de salud se agrave (sic) porque es mi sustento diario ese dinero para asumir gastos adicionales fuera de los medicamentos que me los suministra la EPS”. En ese sentido es de advertir que, si bien la jueza de primera instancia adujo que la accionante no había “aportado prueba documental que soportara” la presunta afectación a su mínimo vital, lo cierto es que, ante la afirmación indefinida de la peticionaria, ninguno de los accionados demostró que la peticionaria contara con otra fuente de ingresos a pesar de encontrarse en una mejor posición técnica, profesional o fáctica de acreditarlo, como consecuencia de su relación jurídica con la accionante. En efecto, la accionante se encuentra afiliada a COLPENSIONES AFP y a Compensar EPS, por lo que este vínculo les permitiría conocer las fuentes de cotización de la peticionaria, y en todo caso, los accionados o vinculados al proceso no solicitaron la práctica de pruebas a pesar del evidente estado de debilidad manifiesta de la tutelante expresada en sus propios términos así: “Solicité el favor a una persona para que me ayudara a escribir la presente acción de tutela, porque mi estado de salud actual me impide permanecer o fijar la atención sobre la pantalla computador (sic) y mi memoria falla”.

Por lo anterior, no les es dable a las partes alegar ni al juez atribuir una carencia injustificada de actividad probatoria por parte de la peticionaria cuando: (i) estando en una mejor posición jurídica y fáctica para suplirla no lo hicieron, se reitera, a pesar de la debilidad de quien acude a la administración de justicia alegando dificultades para redactar memoriales y peticiones; y (ii) la información requerida para dar trámite a la solicitud había sido radicada de forma oportuna y concreta por el empleador, por la peticionaria y la EPS.

Así, la ausencia de otras fuentes de ingresos alegada por la accionante implica, en los términos previamente expuestos, que el incumplimiento en el pago de las incapacidades que la accionante reclama, la sitúan en una circunstancia de vulnerabilidad económica que tiene el potencial de impactar negativamente su estado de salud. Esto, como se explicará en detalle en el capítulo siguiente, bastaría para configurar la amenaza al mínimo vital de la accionante.

Por las mismas razones, el proceso ordinario ante la jurisdicción laboral tampoco resulta eficaz. En todo caso, cabe resaltar que el trámite que la entidad accionada sostiene que no ha sido adelantado por la peticionaria, no es un procedimiento administrativo contemplado en la normativa que regula el otorgamiento de incapacidades médicas. Y si, como se dijo, el mecanismo ordinario de defensa es a todas luces ineficaz para evaluar la amenaza y eventualmente lograr la protección de los derechos de la peticionaria, con mayor razón lo es un trámite institucional no contemplado en la ley y que, como se detallará en los párrafos subsiguientes, constituye -en este caso concreto- una barrera administrativa injustificada para el acceso a una prestación de seguridad social de suma importancia como lo es el subsidio de incapacidad. Pero en gracia de discusión, aun si se llegara a considerar que dicho procedimiento hace parte del trámite administrativo, el artículo 9º del Decreto Ley 2591 de 1991 prescribe de manera clara que “[n]o será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela” y la jurisprudencia constitucional ha sido estable y reiterada al considerar que no es posible exigir el agotamiento de los recursos de la vía gubernativa de manera alguna a quien se encuentra en un estado de debilidad manifiesta o constituye un sujeto de especial protección

constitucional⁴⁴; cumpliendo la señora Murillo con ambas categorías constitucionales por los motivos señalados previamente.

En consecuencia, esta Sala de Revisión difiere de las decisiones de instancia, y, por tanto, estima que la acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad, pues pese a la existencia de un medio judicial alternativo para efectuar este reclamo, el mismo no resulta eficaz.

1. El pago recibido por las incapacidades laborales es un sustituto del salario. Reiteración de jurisprudencia⁴⁵

De acuerdo con el artículo 48 del Estatuto Superior, el Estado colombiano “garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”. Con fundamento en este precepto constitucional, el ordenamiento jurídico ha adoptado una serie de medidas que permiten garantizar la protección de aquellos trabajadores que se ven inmersos en una situación que les impida desarrollar sus labores, como consecuencia de un accidente o enfermedad, lo que a su vez deriva en la imposibilidad de recibir los recursos necesarios para su subsistencia.

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. El artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado al ordenamiento jurídico colombiano por Ley 319 de 1996 prescribe:

“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa”.

Estas medidas de protección consisten en el reconocimiento y pago de incapacidades laborales, seguros, auxilios económicos e incluso la pensión de invalidez⁴⁶, los cuales cobran relevancia, en tanto constituyen mecanismos de salvaguarda del mínimo vital y de la salud de quien se ve en imposibilidad de percibir un salario por sus condiciones de salud⁴⁷.

Bajo ese orden, esta Corte a través de distintos pronunciamientos ha reconocido el pago de incapacidades laborales como el ingreso que permite sustituir el salario durante el periodo en el cual el trabajador no puede desarrollar sus labores, a causa de su condición de salud. En la Sentencia T-876 de 2013 se advirtió que los mecanismos para el pago de estos auxilios fueron implementados “[...] en aras de 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”.

En igual sentido, en la sentencia T-490 de 2015 reiterada en la sentencia T-200 de 2017, esta Corporación, a fin de proveer un mejor entendimiento de la naturaleza y objetivo del pago de incapacidades, estableció las siguientes reglas:

“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; y

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.”

Con base en ello, esta Corte ha concluido que la incapacidad laboral garantiza el derecho a la vida digna, a la salud y al mínimo vital durante el tiempo en que el trabajador no se encuentra en la posibilidad de desarrollar las labores, pues permite que este reciba el ingreso necesario para satisfacer sus necesidades básicas⁴⁸.

Es de este carácter sustitutivo del salario que la jurisprudencia ha encontrado que, del mismo modo en que se presume la afectación del mínimo vital de un trabajador cuando no recibe su salario y devenga un salario mínimo o cuando el salario es su única fuente de ingreso - constituyendo un elemento necesario para su subsistencia al cubrir con ese dinero sus necesidades básicas-, igualmente se presume que el no pago de las incapacidades laborales implica una afectación al mínimo vital de la persona⁴⁹; correspondiéndole, en consecuencia, al empleador, a la EPS o a la AFP desvirtuar dicha presunción.

1. Desarrollo constitucional, legal y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud que superan 180 días continuos. Reiteración de jurisprudencia

Como se expuso previamente, el Sistema General de Seguridad Social contempla el reconocimiento y pago de las incapacidades, bien sean por enfermedad común, o por enfermedad profesional con la finalidad de soportar al afiliado durante el tiempo en que su capacidad laboral se ve mermada. Así, el reconocimiento y pago de las incapacidades fueron atribuidas a distintos agentes del sistema, dependiendo del origen de la enfermedad o accidente (común o profesional), y de la persistencia de la afectación de la salud del afiliado, en el tiempo.

Tratándose de enfermedades o accidentes de origen común, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad⁵⁰ radica en diferentes actores del sistema dependiendo de su extensión en el tiempo, de la siguiente manera:

Conforme al parágrafo 1º del artículo 3.2.1.10 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016⁵¹, el pago de los dos primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común corresponde al empleador y a partir del tercer día a la EPS a la que se encuentre afiliada la persona. Así, en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012⁵², el pago de las incapacidades expedidas entre el día tres (3) y el día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador⁵³.

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181, de acuerdo con la norma citada del Decreto 019 de 2012, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado. Si bien esto último fue objeto de debate en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación⁵⁴, esta Corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la

Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador con independencia de la decisión contenida en el concepto⁵⁵.

Asimismo, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó y pagó la EPS⁵⁶. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, deberá asumir el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador⁵⁷. Contrario sensu, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable.

1. Barreras administrativas excesivas e injustificadas vulneran los derechos fundamentales de los afiliados. Reiteración de jurisprudencia

Son múltiples las oportunidades en las que esta Corte ha resaltado que la imposición de barreras administrativas excesivas e injustificadas por parte de las entidades que forman parte de los diferentes subsistemas de seguridad social vulneran los derechos fundamentales de los afiliados.

En el campo de las incapacidades médicas la jurisprudencia ha dispuesto que no es admisible constitucionalmente que el empleado enfermo tenga que sobrellevar cargas administrativas que no se encuentra en capacidad de soportar. ⁵⁸

En línea con esto, la jurisprudencia constitucional ha afirmado la existencia de un deber de acompañamiento al usuario que le asiste a las EPS una vez se han superado los primeros 180 días de incapacidad. Sobre este derrotero, la Corte ha sido enfática al advertir que “a la

Entidad Promotora de Salud le asiste un deber de acompañamiento y orientación al usuario en cuanto al trámite para obtener el pago de las incapacidades superiores a 180 días, en el sentido de remitir directamente los documentos correspondientes ante el Fondo de Pensiones respectivo, para que éste haga el estudio de la solicitud y decida acerca del pago de la prestación reclamada o el reconocimiento de una eventual pensión de invalidez. Ello, en razón a que, no es constitucionalmente admisible que al trabajador incapacitado se le someta a trámites adicionales o a cargas administrativas que no está en la obligación, ni en condiciones de asumir”⁵⁹.

El anterior pronunciamiento reitera las consideraciones de la Sentencia T-980 de 2008, en la cual se puso de presente la naturaleza, objetivo y alcance de este deber, así:

“En este sentido, debe recordarse que la Entidad Promotora de Salud, actúa como una verdadera autoridad en sus relaciones con los usuarios del servicio de salud y, en esa medida el trato entre la persona incapacitada y dicha entidad no puede estar basado exclusivamente en el aspecto económico en tanto ese entendimiento quebranta el principio de eficiencia del Sistema de Seguridad Social Integral que se refiere también a la mejor utilización social de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.

Así, a la Entidad Promotora de Salud le asiste un deber de acompañamiento y orientación para que las personas con incapacidades superiores a 180 días no sean abandonadas a su suerte al interior del sistema de seguridad social. Dicho deber no puede restringirse a la remisión desinformada del paciente a otra entidad con observaciones como «el reconocimiento económico está a cargo de su fondo de pensiones» o «remítase a...» puesto que esa conducta desconoce que la persona que reclama el pago de la prestación económica lo hace precisamente porque está incapacitada y por lo mismo no es constitucionalmente válido que se le someta a trámites adicionales para obtener, de cumplirse los requisitos legales, el pago de las incapacidades mientras se decide sobre el reconocimiento de la

pensión de invalidez.

Para la Corte, resulta irrazonable y por ende sin justificación constitucional que si el Sistema de Seguridad Social, es integral la Entidad Promotora de Salud (EPS) con pleno conocimiento de no tener a su cargo el pago de incapacidades superiores a 180 días por enfermedad general decida olvidarse de los intereses del cotizante en este aspecto, y simplemente le indique al incapacitado que inicie una nueva gestión ante otra entidad del Sistema. Sobre este particular la Corte ha señalado que «el Sistema está concebido como un engranaje en el cual ante determinada contingencia existe una respuesta apropiada, con el fin de darle continuidad al mismo.»

Esta circunstancia denota una ausencia de comunicación entre las Entidades Promotoras de Salud y los Fondos de Pensiones en detrimento de los intereses de un sujeto de especial protección por parte del Estado, en tanto se encuentra en una situación de debilidad manifiesta. De esta manera, el principio de garantía de la efectividad de los derechos constitucionales (art. 2 Superior) impone a todas las entidades que componen el Sistema de Seguridad Social Integral mantener permanente contacto a efectos de que las personas afiliadas al sistema como cotizantes o beneficiarias en ningún momento queden desamparadas injustificadamente en su derecho a la seguridad social que conforme al artículo 48 Superior es irrenunciable”.

De lo anterior queda claro que los usuarios del sistema de salud cubiertos por una prolongada incapacidad médica son sujetos de una especial protección dentro del sistema, consistente en un deber de asistencia al afiliado y de comunicación entre los distintos órganos que lo componen, por cuanto el sistema de seguridad social fue concebido como un “engranaje” para materializar sus derechos constitucionales fundamentales de manera continua entre las distintas fases y etapas a cargo de los diferentes actores del mismo sistema, siendo indispensable para ello la comunicación constante entre las referidas entidades. Esto, con el fin de aislar, a quien se encuentra incapacitado, de la burocracia

institucional que de manera injustificada podría convertirse en una barrera administrativa para el acceso a su derecho a la seguridad social en salud.

En la referida sentencia, la Corte indico de manera clara y precisa que:

“De esta manera, el que legalmente a la EPS no le corresponda asumir el pago de incapacidades superiores a 180 días no significa que pueda abandonar al paciente enfermo a quien le ha sido extendida la incapacidad. Al hacer parte del Sistema de Seguridad Social, la EPS debe actuar armónicamente con las demás entidades que lo integran en aras de satisfacer efectivamente los derechos a la seguridad social del incapacitado.

Por esa razón, es la propia EPS a la que esté afiliado el paciente la que oficiosamente debe, una vez advierta que enfrenta un caso de incapacidad superior a 180 días, -por supuesto con la información que requiera por parte del enfermo-, remitir los documentos correspondientes para que el Fondo de Pensiones respectivo inicie el trámite y se pronuncie sobre la cancelación o no de la prestación económica reclamada debiendo esta administradora no sólo dar respuesta oportuna a dicha solicitud, sino que, en caso de ser negativa, estar debidamente justificada tanto normativa como fácticamente indicándole al paciente las alternativas que el Sistema de Seguridad Social le brinda para procurarse un mínimo vital mientras dure la incapacidad y no se tenga derecho a la pensión de invalidez.

De esta manera, al no asistirle competencia a la Entidad Promotora de Salud para pronunciarse sobre el pago de incapacidades superiores a 180 días, no simplemente se abstiene de hacer un pronunciamiento sobre ese particular sino que como corresponde a quien detenta autoridad en el Estado social de derecho, actúa en observancia del principio de garantía de la efectividad del derecho constitucional a la seguridad social, en aras de que la persona afiliada al Sistema a quien se incapacitó no se le impongan trámites adicionales para obtener los beneficios que de él derivan”⁶⁰ (negrilla fuera del texto).

El deber de asistencia al afiliado recae principalmente sobre la EPS pero también involucra la participación activa del respectivo Fondo de Pensiones que, en aras de materializar el derecho a la seguridad social del afiliado, debe poner en marcha -desde el momento de la comunicación de la EPS- sus procedimientos internos para dar respuesta a la prestación pretendida, correspondiéndose con la actuación de la EPS y cumpliendo con su deber de comunicación entre entidades del SGSS. No de otra forma podría entenderse la integralidad del Sistema General de Seguridad Social sino con la existencia de obligaciones recíprocas entre los actores principales del Sistema frente a las necesidades del afiliado.

Ciertamente, una persona que por su estado de salud no se encuentra en capacidad para trabajar, está igualmente despojada de la capacidad de asumir cargas administrativas que no sean estrictamente necesarias para garantizar la protección de sus derechos fundamentales. Por este motivo, sin esta comunicación constante y apoyo institucional, los usuarios del sistema que se encuentran incapacitados se ven forzados a adelantar la gestión de intermediación entre las distintas entidades en aras de poner en marcha los procesos administrativos con los cuales se logra la protección efectiva de sus derechos; todo a pesar de sufrir una dolencia de tal magnitud que la ha mantenido separado de sus labores más de 180 días.

Así, de manera puntual en un caso análogo al presente, en la reciente Sentencia T-161 de 2019 la Corte conoció de una acción de tutela interpuesta por un ciudadano contra COLPENSIONES y la EPS SOS debido a que, según sostuvo el demandante en dicha oportunidad, “ninguna de ellas [había] cancelado las incapacidades generadas a partir del día 181, adeudándole así un total de 1051 días comprendidos entre el 3 de abril de 2015 hasta el 18 de abril de 2018”. En su contestación la AFP COLPENSIONES “explicó que la razón por la cual no se ha adelantado el trámite de pago de las incapacidades superiores a los 180 días del actor se concreta en que este no ha aportado «certificado de relación de incapacidad actualizado»”. Al respecto, la Corte encontró que COLPENSIONES había vulnerado los derechos fundamentales del accionante al no responder por el pago del subsidio desde el día 181 hasta el día 540 y le formuló una advertencia en el siguiente sentido:

“De igual modo, se advertirá a COLPENSIONES acerca de su deber de acatar la jurisprudencia constitucional para que, en lo sucesivo, se abstenga de negar el pago de incapacidades posteriores al día 180 con fundamento en la ausencia de requisitos que no tienen fundamento legal y que suponen una barrera administrativa que vulnera los derechos de las personas con incapacidades que superan los 180 días. Lo anterior, en tanto pudo establecerse que dentro de los requisitos previstos por la Ley para efectos de reconocer el pago de incapacidades, por concepto de enfermedad de origen común, no obra la documentación exigida por el Fondo de Pensiones accionando, lo que a juicio de la Sala supone una dilación injustificada en el goce efectivo de los derechos que invoca el accionante” (negrilla fuera del texto).

De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática al señalar que la imposición de barreras administrativas o burocráticas e injustificadas vulneran los derechos fundamentales de los afiliados y pueden llegar a tener graves consecuencias sobre dichos postulados superiores.

1. El caso concreto:

En el presente asunto, la Sala encuentra probado lo siguiente:

1. Según aparece señalado en el concepto de rehabilitación expedido por la EPS Compensar, la accionante tiene cáncer de mama metastásico tipo IV.

1. Adicional a lo anterior, la accionante fue diagnosticada en noviembre de 2018 con un tumor cerebral metastásico con diagnóstico primario de cáncer de mama y, posteriormente,

fue sometida a una craneotomía para remover otra masa encontrada. Por lo anterior, su médico tratante expidió incapacidades por un periodo de más de 180 días. Tanto la EPS, como COLPENSIONES y la misma peticionaria coincidieron en este hecho y el certificado de Compensar EPS lo corrobora.

1. Antes del advenimiento del día 180 de incapacidad continua, el empleador de la señora Murillo y su EPS le informaron a COLPENSIONES la proximidad de la referida fecha y le solicitaron, expresamente, dar inicio al trámite correspondiente para el reconocimiento y pago de las incapacidades que legalmente estaban a su cargo. Para ese efecto Compensar EPS remitió a la AFP el concepto de rehabilitación desfavorable junto con un histórico de incapacidades de la peticionaria con el detalle de las incapacidades ordenadas hasta el momento por el médico tratante y el diagnóstico que las motivaba.

1. A pesar de tener conocimiento del estado de salud de la peticionaria y de la extensión de su situación de incapacidad, COLPENSIONES inició el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, pero no comenzó el proceso de estudio de reconocimiento del subsidio de incapacidad debido a que la accionante no había solicitado formalmente el reconocimiento de las referidas incapacidades siguiendo el trámite institucional establecido por la entidad para ese efecto.

Si bien en su contestación COLPENSIONES no explicó en qué consiste dicho trámite, en su portal web aparecen consignados los pasos que debe adelantar el usuario o un tercero autorizado (ver cuadro Anexo II de la presente sentencia), los documentos que deben presentar (ver cuadro Anexo I de la presente sentencia) y el “formulario de determinación del subsidio por incapacidad” a diligenciar (ver cuadro Anexo III de la presente sentencia).

De la información allí contenida es posible extraer que lo que solicita COLPENSIONES es documentación que permita la identificación del afiliado o de quien adelanta el trámite (i.e.,

formulario de determinación del subsidio por incapacidad, documento de identidad del afiliado ampliado al 150%, etc.), documentación en poder de la EPS relacionada con las incapacidades médicas (i.e., incapacidad original y transcrita expedida por la EPS, certificado actualizado emitido por la EPS que contenga la relación de todas las incapacidades expedidas al afiliado, concepto de rehabilitación remitido por la EPS, etc.), documentación que demuestre la representación de quien adelanta el trámite (i.e., carta firmada por el afiliado en la que autoriza a COLPENSIONES para realizar el pago de las incapacidades a la cuenta del tercero, poder debidamente conferido con presentación personal ante el notario público, etc.) y documentación sobre la información bancaria del afiliado o del tercero autorizado para recibir el pago (i.e., certificación bancaria en la cual conste nombre del banco, número de cuenta, tipo de cuenta, estado de la cuenta y nombres, tipo de documento y número de identificación del titular o del tercero autorizado).

De lo anteriormente, expuesto es claro para la Sala que COLPENSIONES adoptó una posición pasiva desconocedora de los derechos fundamentales de la señora Murillo, imponiéndole a la accionante una carga administrativa que no está en capacidad de soportar solicitando información y documentación (i) que no está contemplada en la normativa que regula el reconocimiento del subsidio de incapacidad; (ii) que, de haber cumplido con su deber de comunicación entre los distintos actores de los subsistemas del Sistema General de Seguridad Social, hubiera podido recaudarla de manera directa con la EPS o el empleador de la accionante; y (iii) que, en todo caso, ya había obtenido de manera directa de acuerdo con lo consignado en: (a) la comunicación con Radicado en COLPENSIONES Nro. 2019627037306 de fecha 14/05/2019 suscrita por el Consorcio Compensar EPS Salud – Gestión de Medicina Laboral Sede Bogotá- Reconocimiento de Pagos y Medicina Laboral, en la que la EPS remitió 1) la certificación de incapacidades a 9 de mayo de 2019, contentiva del número de la incapacidad, la fecha de radicación, la fecha de inicio, la fecha de finalización, el diagnóstico, los días de incapacidad por cada periodo, los días acumulados hasta la fecha y el valor de la incapacidad⁶¹, y 2) el concepto de rehabilitación desfavorable; (b) la comunicación de COLPENSIONES en la que asevera que “[e]l 30 de mayo de 2019 mediante BZ 2019_7175785 se da inicio al estudio de la calificación de pérdida de la capacidad laboral, la cual actualmente se encuentra en curso”; y (c) la acción de tutela en la que la señora Murillo indica que tras recibir el concepto de rehabilitación desfavorable de la EPS “COLPENSIONES

asumió el conocimiento del caso, para lo cual solicitó a la suscrita allegar una serie de documentos como historia clínica completa y me citó a la calificadora para determinar el grado de discapacidad hace más de dos meses sin que hasta la fecha se pronuncie sobre la calificación y tampoco me paga las incapacidades ni me otorga la pensión de invalidez”⁶².

En consecuencia, la Sala encuentra que para el momento de ejercer la acción de tutela, COLPENSIONES ya contaba con el reporte de medicina laboral, la historia clínica completa y actualizada de la señora Murillo, el “Histórico de incapacidades”⁶³ y el “Concepto de rehabilitación”⁶⁴ remitido por Compensar EPS, su documento de identidad, e incluso con el “Formulario de Determinación de Pérdida de Capacidad Laboral”⁶⁵, además de que el empleador de la usuaria -la AEROCIVIL- se había puesto a su disposición de la AFP para lo que fuera necesario⁶⁶.

Cabe anotar que tanto Compensar EPS como la AEROCIVIL habían enviado comunicaciones a COLPENSIONES⁶⁷ contentivas de información pertinente que tenían a su disposición (i.e., las fechas de las incapacidades, la vinculación laboral de la peticionaria, la proximidad de la fecha en que se superarían los 180 días de incapacidad continuos, etc.), y le solicitaron de manera expresa a la AFP pronunciarse sobre el subsidio de incapacidad de la accionante una vez vencidos los primeros 180 días, así como informarle a la señora Murillo los trámites que debía adelantar para lograr dicha prestación. En ese sentido, constata la Sala el cumplimiento del deber de asistencia y acompañamiento de la EPS Compensar y la diligencia del empleador de la señora Murillo.

Por estas razones, a juicio de la Sala, la documentación e información solicitada por COLPENSIONES para radicar personalmente por la peticionaria o por un tercero y echada de menos por la entidad en su contestación era, a todas luces, innecesaria para adelantar la gestión tendiente a garantizar la continuidad del pago de una prestación social de la cual penden varios derechos fundamentales de la accionante, como lo son su derecho a la salud y al mínimo vital, pues la mencionada AFP ya contaba con ella. Por tanto, la razón manifestada

por COLPENSIONES para no adelantar el reconocimiento y pago de las incapacidades de la accionante constituye una barrera administrativa injustificada que afecta de manera sustancial el goce efectivo de los derechos fundamentales de la peticionaria al mínimo vital y a la dignidad humana, ya que resultaba innecesario -para iniciar la revisión del caso- que la señora Murillo acudiera a la AFP para adelantar un trámite administrativo que pretende recopilar información que ya reposaba en COLPENSIONES.

Y en gracia de discusión, en caso de que COLPENSIONES hubiera necesitado información adicional o la actualización de aquella con la que ya contaba, pudo haberla solicitado de manera directa a la EPS o al empleador, evitando así requerir la participación activa del sujeto incapacitado, de manera directa o a través de apoderado con autorización autenticada ante notario público, como intermediario entre la EPS y la AFP. Esta Corte desde el año 2008 ha resaltado la importancia del deber de comunicación entre las entidades del Sistema y, a pesar de todos los avances en tecnología en la última década, dicha falta de comunicación sigue amenazando la garantía de los derechos de los usuarios a tal punto que COLPENSIONES sigue exigiendo que los usuarios en estado de incapacidad asistan a sus sedes para entregar información o documentación que fácilmente pudo haber recaudado de otros actores del sistema. Es incomprensible que una entidad del sistema asuma que quien se encuentra incapacitado para desarrollar las funciones de las cuales depende su propio sustento, sí se encuentra en plena capacidad para llevar a cabo trámites administrativos no contemplados en la ley o para asistir ante un notario público para autorizar a un tercero a que adelante en su nombre el respectivo trámite institucional, como lo exige esa entidad. La falta de diligencia de las entidades que forman parte del Sistema General de Seguridad Social no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada⁶⁸.

Como se expuso en los párrafos que preceden, el Sistema General de Seguridad Social es un sistema integral cuyo funcionamiento precisa de la interacción constante de los órganos que lo componen, especialmente en materia del subsidio de incapacidad en el que se ven involucrados dos subsistemas, el SGSS en Salud y el SGSS en pensiones. De esta

interrelación depende la materialización de los derechos fundamentales de los afiliados y por este motivo la comunicación no es un mero ideal del Sistema, sino un verdadero deber institucional compartido entre el empleador, las EPS y las AFP.

Esto se traduce en el deber de las EPS de asistir al afiliado remitiendo a la AFP “los documentos correspondientes para que el Fondo de Pensiones respectivo inicie el trámite y se pronuncie sobre la cancelación o no de la prestación económica reclamada”, resaltado en la Sentencia T-980 de 2008, pero a la vez el deber de la AFP de iniciar el trámite correspondiente y emitir de manera pronta y adecuada el resultado de dicho trámite. En efecto, en virtud del carácter integral del SGSS y del deber de comunicación permanente entre los diferentes actores del Sistema, se requiere la participación activa de la AFP en el sentido de adelantar la gestión necesaria que de manera razonable esté a su alcance para poder llevar a cabo el respectivo estudio de la pretensión económica requerida por el afiliado y emitir una respuesta pronta y debidamente justificada.

La actuación de la entidad accionada en el presente caso ha sido a todas luces inadecuada y permite entrever la falta de coordinación que existe en sus trámites institucionales y la obligación de atención a una población que por su condición especial de salud es sujeto de especial protección constitucional. Es extensa la jurisprudencia constitucional y la doctrina sobre la estrecha relación que hay entre la satisfacción del derecho a la seguridad social y la dignidad humana⁷⁰, no solamente en el ámbito nacional sino internacional⁷¹. En ese sentido, es claro que la prestación es tan efectiva como los procedimientos que permiten el acceso a ella, por lo que la imposición de barreras institucionales injustificadas que dificultan el goce de una prestación dilatando su obtención en el tiempo constituyen una afrenta a la dignidad de la persona que la pretende.

Es por este motivo que la autorización del pago de la prestación por parte de COLPENSIONES

en cumplimiento de una orden judicial en otro proceso no abarca el daño generado a los derechos fundamentales de la accionante. En efecto la entidad no solo extendió en el tiempo el perjuicio a su mínimo vital, sino que la sometió a una larga y angustiosa espera en la que no solo ha tenido que enfrentar las dolencias propias de una enfermedad catastrófica que la ha sometido a varias cirugías de gran envergadura manteniéndola alejada de su ejercicio profesional por más de un año, sino que ha tenido que hacerlo realizando diligencias administrativas y judiciales por cuenta de la actuación de la entidad estatal.

En el asunto bajo examen, la enfermedad que tiene la accionante es una enfermedad catastrófica e incurable en la que, según explica el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud, solo el 23% de las personas con cáncer metastásico de mama sobreviven más de 5 años tras el diagnóstico⁷².

Lo anterior, resalta aún más la extensión y gravedad de la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, y llama la atención de esta Corte la repetida y reprochable actuación de COLPENSIONES al exigir una formalidad excesiva a un sujeto que no solo padece de una enfermedad catastrófica, sino que a juicio de un médico especializado en salud ocupacional o medicina laboral cuenta con pocas probabilidades de rehabilitación, en desconocimiento de su deber de (i) adelantar el estudio de la pretensión económica de la afiliada una vez recibida la información pertinente para ello por parte de la EPS y (ii) de comunicación con los diferentes actores del Sistema para lograr la materialización plena de los derechos fundamentales de sus afiliados que dependen de las prestaciones a su cargo.

Visto lo anterior, la Sala reitera la existencia de un deber de coordinación que le asiste a las Entidades Promotoras de Salud y las Administradoras de Fondos de Pensiones en aras de lograr la realización de los principios que inspiran el Sistema General de Seguridad Social y los derechos fundamentales de la población a su cargo. Este deber conlleva la obligación de dichas entidades de adelantar plataformas, protocolos o mecanismos de comunicación interinstitucional que reduzcan los trámites a los que se ven expuestos sus usuarios y que

aumenten la eficacia y eficiencia de dichos procesos.

Adicionalmente, a juicio de esta Sala de Revisión debe darse un trato adecuado a los usuarios del Sistema de Seguridad Social que padecen una afectación seria en su estado de salud cuyo pronóstico de recuperación es desfavorable y/o soportan una enfermedad catastrófica o en estado terminal⁷³.

Por lo tanto, la Sala encuentra necesario advertir a COLPENSIONES que los trámites que impongan la presencia física de quienes se encuentran en estado de incapacidad deben ser los estrictamente necesarios para materializar su derecho a la seguridad social sin afectar otros derechos fundamentales.

Por lo tanto, se revocarán los fallos de instancia que negaron el amparo pretendido, y se concederá la protección del derecho fundamental a la seguridad social, a la vida digna y a la salud de la accionante. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que COLPENSIONES ya accedió al pago de los subsidios de incapacidad reclamados por la señora Yolanda Murillo Rojas, correspondientes al periodo causado después de haberse superado 180 días de incapacidad continuos (15 de mayo de 2019) la Corte encuentra que la entidad accionada no allegó prueba alguna del desembolso o del pago efectivo de las incapacidades adeudadas a la señora Murillo. Por lo tanto, esta Corporación reiterará la orden dada por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá en la sentencia del 28 de mayo de 2020 en el sentido de ordenarle a COLPENSIONES a que, si aún no lo ha hecho, mediante su representante legal y/o quien haga sus veces proceda a cancelar los subsidios de incapacidad dejados de pagar a la señora Yolanda Murillo Rojas causados entre el día 180 y el día 540 de incapacidad continuos según la prescripción médica del galeno tratante, en el término de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de este fallo.

Asimismo, dada la gravedad de la afectación del derecho fundamental a la dignidad humana

de la señora Murillo y con el fin de prevenir en el futuro que sus afiliados se vean expuestos a una vulneración de la magnitud observada en el presente caso⁷⁴ como consecuencia de la imposición de barreras administrativas o institucionales, se exhorta a COLPENSIONES a que ajuste (i) los trámites internos que involucren la atención de personas en estado de incapacidad, eliminando en la mayor medida posible la participación directa de la persona afectada en su salud, especialmente, en los trámites que involucren su presencia física en sus sedes y (ii) los protocolos de comunicación dentro del sistema, con el fin de obtener directamente de las otras entidades o del empleador, la información requerida para adelantar de oficio los trámites para el pago del subsidio de incapacidad.

1. Síntesis de la decisión

En el presente caso se observa claramente la imposición de una barrera administrativa -arbitraria e irrazonable- que vulnera los derechos fundamentales de la señora Murillo. Según encontró la Sala, la documentación e información exigida por COLPENSIONES era innecesaria para adelantar la gestión de determinación del subsidio de incapacidad, puesto que la entidad ya la tenía y en caso de serle insuficiente, pudo haber obtenido la faltante de manera directa con la EPS o con su empleador.

Las entidades del sistema deben encaminar sus actuaciones hacia la reducción paulatina, en la mayor medida posible, de las diligencias personales que deben realizar los afiliados que superan los 180 días de incapacidad. Una incapacidad tan prolongada aumenta considerablemente el estado de vulnerabilidad de las personas y el SGSSS y sus actores deben ser sensibles a esta afectación.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido el 16 de enero de 2020 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. -Sala Civil-, que confirmó la decisión del 28 de noviembre de 2019 del Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá D.C., que declaró improcedente la acción de tutela incoada por Yolanda Murillo Rojas en contra de COLPENSIONES y otros.

En su lugar, CONCEDER la protección del derecho fundamental a la seguridad social, a la vida digna y a la salud de la accionante.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES a que, si aún no lo ha hecho, mediante su representante legal y/o quien haga sus veces proceda a cancelar los subsidios de incapacidad dejados de pagar a la señora Yolanda Murillo Rojas causados entre el día 180 y el día 540 de incapacidad continuos según la prescripción médica del galeno tratante, en el término de cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de este fallo.

TERCERO.- EXHORTAR a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES a que, conforme a lo dispuesto en la parte motiva de la presente providencia, ajuste: (i) los trámites internos que involucren la atención de personas en estado de incapacidad, eliminando en la mayor medida posible la participación directa de la persona afectada en su salud, especialmente, en los trámites que involucren su presencia física en sus sedes, y ii) los

protocolos de comunicación dentro del sistema, con el fin de obtener directamente de las otras entidades o del empleador, la información requerida para adelantar de oficio los trámites para el pago del subsidio de incapacidad.

CUARTO.- LÍBRENSE por Secretaría General las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ANEXO I- Información relacionada en el portal web de COLPENSIONES en la que se explica a los afiliados cómo realizar los trámites y se detallan los requisitos exigidos para realizar solicitud de prestaciones económicas como lo es la “determinación del subsidio por incapacidad”⁷⁵

ANEXO II- Documento informativo de COLPENSIONES en el que se estipulan los pasos a seguir para el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad⁷⁶

ANEXO III- Formulario del COLPENSIONES para la determinación del subsidio de incapacidad⁷⁷

1 El proceso de la referencia fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número Tres, mediante Auto del 3 agosto de 2020 y repartido a la presente Sala de Revisión. Cdn., fls. 14-24. En adelante, los folios a los que se hagan referencia en la presente Sentencia pertenecen al cuaderno No. 1 salvo que se exprese lo contrario.

2 Fl. 61.

3Fl. 3. Fecha de nacimiento según historia clínica obrante en el expediente.

4 Cuadrantectomía y vaciamiento ganglionar izquierdo.

5 Fl. 13. Concepto de rehabilitación integral Compensar EPS.

6 Ibid. Remoción quirúrgica del útero y el cuello del útero.

7 Ibid. Remoción quirúrgica de ambos ovarios.

8 Ibid.

10 Fl. 93. Radicado COLPENSIONES 20194778942.

11 Fl. 92

12 Fl. 94. Radicado COLPENSIONES 2019627037306.

13 Ibid.

14 Cdno. 3, fl. 6.

15 Fl. 1.

16 Fl. 111. El 8 de julio de 2019 la AEROCIVIL emitió Constancia de Ejecutoria, declarando la ejecutoria de la referida resolución el 5 de julio de 2019. La accionante fue notificada de la resolución mediante aviso enviado el 12 de junio de 2019.

17 Fl. 15

18 Fl. 57.

19 La acción de tutela correspondió por reparto al Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá D.C., el cual mediante Auto del 18 de noviembre de 2018, resolvió: i) admitirla, ii) vincular a Compensar EPS, al Ministerio de Transporte – Unidad Administrativa Aeronáutica Civil, a la Clínica Los Nogales, al Ministerio de Trabajo y a la Superintendencia Nacional de Salud, y iii) correr traslado a la accionada, así como a las entidades vinculadas, para que se pronunciaran acerca de los hechos de la demanda. Mediante Auto del 26 de noviembre de 2019, resolvió vincular a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca.

20 Fl. 80. Contestación con fecha de 25 de noviembre de 2019.

21 Fls. 84-86. Contestación con fecha de 25 de noviembre de 2019.

22 Fls. 104-110. Contestación con fecha de 25 de noviembre de 2019.

23 Fls. 104-110. Contestación con fecha de 25 de noviembre de 2019.

24 Fls. 140-43. Contestación con fecha de 25 de noviembre de 2019.

25 Fl. 157. Informe con fecha de 28 de noviembre de 2019.

26 Fl. 164. Informe con fecha de 2 de diciembre de 2019.

27 Fls. 155-162.

28 Fls. 180-185.

29 Cdno. 2, fls. 3-6.

30 El oficio se identifica con el radicado de Colpensiones “Radicado BZ 2020_10607706”. El correo electrónico enviado desde la dirección de correo electrónico notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co fue recibido en el buzón de correo electrónico secretaria1@corteconstitucional.gov.co el “mié., 21 oct. 2020 a las 18:16”.

31 Cfr., sentencias T-411 de 1999, T-988 de 2002, T-066 de 2007 y T-192 de 2008, entre otras.

32 Sentencia T-001 de 1991. Este concepto se ha visto reiterado en basta jurisprudencia de la Corte Constitucional, como T-411 de 1999, T-988 de 2002, T-625 de 2017, T-310 de 2018, entre otras.

33 Cfr., sentencias T-585 de 2010, T-200 de 2013, T-481 de 2016, entre otras.

34 Cfr., sentencias SU-225 de 2013, T-481 de 2016, T-085 de 2018, entre otras.

35 Cfr., sentencias T-481 de 2016, T-625 de 2017, T-401 de 2018, entre otras.

36 Cdno. 3, fl. 30.

37 Cdno. 3, fl. 32. El referido oficio se encuentra acompañado por: (i) un comprobante de remisión por correo 4-72 con el respectivo sello del Conjunto Residencial Portal de Modelia; (ii) el comprobante de notificación personal del dictamen de pérdida de capacidad laboral No. DML 3543086 del 23/04/2020, con firma manuscrita de la señora Murillo; (iii) un oficio con radicado “OFICIO DML – I No. 31111 DE 08/06/2020” identificado como “Determinación del subsidio por incapacidades” en el que se le informa a la accionante el monto a ser reconocido a título de Subsidio de Incapacidad en cumplimiento de “Fallo de Tutela proferido por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá dentro del radicado 2020_00149, el cual se encuentra radicado en Colpensiones bajo el número de Bizagi 2020_5423472”; y (iv) un oficio identificado con referencia “Reconocimiento y pago del subsidio económico equivalente a

incapacidades medicas superiores a 180 días”, con No. de Radicado 2020_5378058 / 2020_5423472, en el cual le advierte a la accionante “que en la presente comunicación usted será informado sobre: 1) Los Fundamentos Legales respecto al reconocimiento de subsidio por incapacidad 2) El Análisis de su Caso Concreto”.

38 Cfr. Sentencia T-439 de 2018, entre otras.

39 Supra. Fundamento jurídico 1.1 de esta sentencia.

40 Ley 1949 de 2019, art. 6.

41 Fl. 95. Concepto de rehabilitación emitido por Compensar EPS.

42 Ley 972 de 2005, art. 5.

44 Sentencia T-597 de 2012.

45 En este acápite se sigue en parte la línea expuesta en la Sentencia T-312 de 2018. MP. Antonio José Lizarazo Ocampo.

46 Ver Sentencia T-200 de 2017.

47 Ibid.

48 Ver Sentencia T-200 de 2017.

49 En la Sentencia T-274 de 2006, la Corte sostuvo: “el no pago de las citadas incapacidades laborales, correspondientes a 90 días de salario, hace presumir en este caso la afectación del mínimo vital de la actora, pues se aplica el mismo criterio de la cesación prolongada en el pago de salarios y prestaciones sociales, por existir las mismas razones de hecho”.

50 De acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia, dependiendo del tiempo de duración de la incapacidad, la remuneración recibida durante ese lapso podrá ser denominada auxilio económico si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, o subsidio de incapacidad si se trata del día 181 en adelante.

51 Este decreto compiló el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 modificadorio del parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999

52 El artículo 142 del Decreto 019 de 2012, modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, previamente modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005.

54 Decreto Ley 019 de 2012, art.142, inciso sexto.

55 Ver entre otras, las Sentencias T-097 de 2015, T-698 de 2014, T-333 de 2013, T-485 de 2010 y T-401 de 2017.

56 Decreto Ley 019 de 2012, art.142, inciso sexto.

57 Ibid.

58 Sentencia T-245 de 2015.

59 Sentencia T-920 de 2009.

60 Sentencia T-980 de 2008.

61 Supra. Hechos, 2.5.

62 Fl. 57.

63 Fls. 94-95.

64 Ibid.

65 Supra. Capítulo I. Hechos, párrafo 2.7.

66 Supra. Capítulo I. Hechos, párrafo 2.3.

67 Supra. Capítulo I. Hechos, párrafos 2.3 y 2.5.

68 Ver, entre otras, las Sentencias T-693 de 2017 y T-401 de 2017.

69 Supra. Nota al pie 36.

70 Cfr., sentencias T-311 de 1996, T-658 de 2008 y T-419 de 2015, entre otras.

71 Al respecto, puede consultarse la Observación General No. 19 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), sobre “El derecho a la seguridad social (artículo 9)”: “Las condiciones para acogerse a las prestaciones deben ser razonables, proporcionadas y transparentes. [...] Las prestaciones deben concederse oportunamente, y los beneficiarios deben tener acceso físico a los servicios de seguridad social con el fin de obtener las prestaciones y la información, y hacer las cotizaciones cuando corresponda.

Debe prestarse la debida atención a este respecto a las personas con discapacidades, los trabajadores migrantes y las personas que viven en zonas remotas o expuestas a desastres, así como en zonas en que tienen lugar conflictos armados, de forma que también ellas puedan tener acceso a estos servicios”. Disponible en: https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/gc/e.c.12.gc.19_sp.doc

72 Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud, Análisis de Impacto Presupuestal de Capecitabina para el manejo del cáncer de mama, [Internet]. 2013 oct; 3. Disponible en:

[http://www.iets.org.co/Archivos/Informe%20AIP%20Capecitabina%20VF%20\(1\).pdf](http://www.iets.org.co/Archivos/Informe%20AIP%20Capecitabina%20VF%20(1).pdf)

73 Ver, Sentencia T-248 de 2015.

74 Es de recordar que la Corte en la SU-677 de 2017 indicó: “la carencia actual de objeto no es óbice para que la Corte, si lo considera pertinente, analice si existió una vulneración y como autoridad suprema de la jurisdicción constitucional determine el alcance y deber de protección de los derechos fundamentales invocados, con el fin de prevenir futuras violaciones”. En ese sentido, a pesar de que en el presente caso no opera el fenómeno de la carencia actual de objeto, es preciso que la Corte adopte las medidas necesarias para prevenir a futuro la imposición de este tipo de barreras administrativas a las personas que por su estado de salud han sido incapacitadas por más de 180 días y que afectan de manera sustancial el goce de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna, a la salud y al mínimo vital.

76 Información tomada de la siguiente dirección web: <https://www.COLPENSIONES.gov.co/descargar.php?idFile=4188>. Consultada el 6 de octubre de 2020.

77 Página web de COLPENSIONES:
<https://www.COLPENSIONES.gov.co/descargar.php?idFile=7190>. Consultada el 6 de octubre
de 2020.