



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

Sincelejo, dos (02) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

### **SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL**

Magistrada ponente: **Silvia Rosa Escudero Barboza**

#### **Acción de Tutela**

Radicación: No. 70-001-33-33-002-**2016-00252-01**

Accionante: **Javier David Domínguez Majul**

Accionado: **COLPENSIONES – SALUD TOTAL E.P.S.**

*Tema: Dignidad humana – Vida en condiciones dignas – Seguridad Social.*

Procede el Tribunal a decidir la impugación presentada por la parte accionada –COLPENSIONES- contra el fallo proferido el 29 de noviembre de 2016 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, dentro del asunto de la referencia.

### **1. ANTECEDENTES**

**1.1. Pretensiones:** El señor JAVIER DAVID DOMÍNGUEZ MAJUL, actuando en nombre propio, impetró acción de tutela<sup>1</sup> pretendiendo el amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, vida, igualdad, trabajo, debido proceso, seguridad social y mínimo vital. En consecuencia se ordene a las entidades accionadas que asuman el pago de un valor equivalente al que le canceló la E.P.S. durante los primeros 180 días de incapacidad, a fin de que se garantice el pago de las incapacidades médicas.

**1.2. Hechos relevantes<sup>2</sup>:** El actor manifiesta que el día 27 de octubre del 2015 sufrió un accidente de tránsito, el cual le ocasionó un trauma craneoencefálico severo con pérdida de conocimiento, cefalea, vértigo

---

<sup>1</sup> Folios 1-6.

<sup>2</sup> Fl. 1 C.Ppal.

periférico y limitación funcional de la mano derecha. Como secuela del accidente sufrido se le diagnosticó: 1. Trastorno disociativo y de conversación, 2. Cefálea postrauma y 3. Otros vértigos periféricos.

Afirma que ha padecido episodios de agresividad extrema, pérdida de memoria e imposibilidad absoluta para volver a trabajar. Que ha pasado más de 180 días de incapacidad y que la Junta Regional de Calificación de Invalidez le dictaminó incapacidad del 64.89%, empero ninguna entidad le está pagando las incapacidades médicas, lo que afecta su mínimo vital.

**1.3. Pronunciamiento de las entidades accionadas: SALUD TOTAL E.P.S.,** mediante apoderado judicial, solicitó que se denieguen las pretensiones de la presente acción, toda vez que dicha entidad cumplió con la obligación legal de cancelar las incapacidades de origen común por los primeros 180 días, los cuales se completaron el 25 de abril de 2016, remitiéndolo al fondo de pensiones para ser calificado.

Agrega que, una vez la administradora de fondos de pensiones o la junta regional de calificación de invalidez determinan la pérdida de la capacidad laboral, se determina el status que adquiere el afiliado dentro del sistema. Así al ser notificada esa entidad del dictamen de pérdida de capacidad laboral del accionante, en un 66% y por lo tanto su status de INVALIDO, no puede seguir generando incapacidades laborales continuas e ininterrumpidas por el mismo diagnóstico, por cuanto el afiliado ya no tiene un padecimiento de carácter AGUDO, que le generen incapacidades temporales, sino su padecimiento es CRÓNICO, lo que le genera una INVALIDEZ.

Por lo anterior, solicita se desvincule a dicha entidad de la presente acción, por cuanto ha cumplido con la normatividad vigente, correspondiéndole al fondo de pensiones al que se encuentra afiliado el actor, reconocer el pago de la pensión. Señala que, al ser la pretensión del accionante de carácter económico debe ser resuelta por la justicia ordinaria.

De manera subsidiaria, solicita que en caso de accederse a las pretensiones de la tutela, y que se ordene a Salud Total el pago de las incapacidades que no reúnen requisitos legales, se incluya la orden para que la E.P.S. haga el recobro correspondiente ante el fondo de pensiones, equivalente a la totalidad de las incapacidades pagadas.

**COLPENSIONES**, rindió informe de manera extemporánea.

**1.4. Concepto del Ministerio Público:** El señor Agente de Ministerio Público Delegado ante esta Corporación, no emitió concepto.

**1.5 La decisión de primera instancia<sup>3</sup>:** El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 29 de noviembre de 2016, concedió el amparo de los derechos constitucionales fundamentales a la dignidad humana, seguridad social, mínimo vital y vida digna invocados por la accionante. En consecuencia, ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, que proceda a programar y cancelar, en caso de no haberlo hecho, las incapacidades laborales originadas a favor del señor Javier Domínguez Majul, a partir del día 26 de abril de 2016 hasta el 11 de octubre de 2016; así mismo deberá indicársele al accionante los trámites para adquirir su pensión de invalidez o en su defecto la indemnización sustitutiva de esta, si a ello hubiere lugar.

Para fundamentar la decisión, el *A quo* citó las Sentencias T-004/2014, M.P. Mauricio Gonzales Cuervo y T-333 /2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, que le permitieron concluir que el actor al presentar una incapacidad equivalente al 64%, a la luz del artículo 13 de la C.P., es sujeto de especial protección constitucional, por cuanto se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, al no poder ejercer su derecho al trabajo y depender de terceras personas, además la falta de pago de incapacidades presume la vulneración al mínimo vital.

Indicó que, del análisis de las pruebas aportadas pudo discernir que SALUD TOTAL E.P.S. no se encontraba vulnerando derechos del

---

<sup>3</sup> Fl. 92-98 C. Ppal.

accionante, cosa que si sucede por parte de COLPENSIONES, el cual, pese a tener conocimiento de la invalidez del accionante desde el 5 de abril de 2016, no ha cumplido con su deber legal, esto es, otorgar el subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador, pues resulta ser su obligación desde el 26 de abril de 2016, día 181 de incapacidad, extendiéndose este pago hasta el 11 de octubre ibídem, fecha en que fue calificada la pérdida de la capacidad laboral del accionante, en donde obtuvo un porcentaje superior al 50%. Aclara que la limitación del pago de las incapacidades hasta el 11 de octubre de 2016, obedece a que desde esa fecha el quid del asunto sería establecer si le asiste derecho al actor a recibir la pensión de invalidez, o en su defecto al pago de la indemnización sustitutiva de ésta.

**1.6. La Impugnación<sup>4</sup>:** Oportunamente, COLPENSIONES presentó escrito de impugnación contra el fallo de primera instancia, solicitando su revocatoria, toda vez que considera que no recae sobre ellos responsabilidad alguna en el presente proceso.

Expresa la entidad accionada, que revisadas las bases de datos de COLPENSIONES, no se evidencia solicitud u otro documento radicado por el accionante, que le permita a la entidad conocer de fondo la solicitud de estudio para el reconocimiento de incapacidades. Bajo la misma óptica, aduce que no se observa solicitud alguna referente a la reclamación administrativa de la pensión de invalidez, teniendo en cuenta que el accionante tiene un porcentaje de calificación superior al 50%.

En este orden, concluye que una vez la entidad tenga la información o solicitud para acceder a las prestaciones del sistema debidamente radicada en la entidad, procederá a darle trámite a las peticiones del accionante respetando los términos legales.

## **2. CONSIDERACIONES**

**2.1 Problema jurídico:** De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar si COLPENSIONES vulnera los derechos fundamentales del

---

<sup>4</sup> Fl. 109-116 C. Ppal.

señor JAVIER DAVID DOMÍNGUEZ MAJUL, al no realizarle el pago de las incapacidades médicas de origen común, superiores a los 180 días.

Para arribar a la solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor: i) Generalidades de la acción de tutela; ii) Acción de tutela para reclamar prestaciones económicas por incapacidades; iii) Reconocimiento de incapacidades ocasionadas por accidente de origen común, y iv) Caso concreto.

**2.2 Generalidades de la acción de tutela:** La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a

menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable. En ese sentido, el análisis de procedencia de la acción de tutela exige del juez constitucional la verificación de la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

**2.3. Procedencia de la acción de tutela para reclamar prestaciones económicas por incapacidades:** Con relación al tema de la procedencia de la acción de tutela para reclamar prestaciones económicas por incapacidades, la H. Corte Constitucional ha sostenido:

*"Si bien por regla general las reclamaciones de acreencias laborales deben ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria, ha sostenido esta Corporación que la acción de tutela, de manera excepcional, resultará procedente para reconocer el pago de incapacidades médicas. Esto, en el entendiendo (sic) que al no contar el trabajador con otra fuente de ingresos para garantizar su sostenimiento y el de las personas que dependan de él, la negativa de una E.P.S de cancelar las mencionadas incapacidades puede redundar en una vulneración a los derechos al mínimo vital, seguridad social y vida digna, caso en el cual es imperativa la intervención del juez constitucional. También ha resaltado la jurisprudencia de la Corte, la importancia del pago de las incapacidades, como un mecanismo que garantice la adecuada recuperación del trabajador, quien no debe preocuparse por volver, de manera anticipada y poniendo en riesgo su salud, a trabajar con el objeto de ganar su sustento y el de su familia."<sup>5</sup>*

En Sentencia T-097 de 2015, posterior, esa alta Corporación, reitera su posición de la siguiente manera:

*"La procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de acreencias laborales y específicamente de incapacidades, es de carácter excepcional y tiene su razón de ser debido a que el pago de dicha prestación sustituye el salario en periodos en que el trabajador no se encuentra ejerciendo sus labores y se podrían ver afectados sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de no reconocerse las incapacidades"<sup>6</sup>*

---

<sup>5</sup> T-643 /2014. M.S: MARIA VICTORIA SÁCHICA.

<sup>6</sup> T-097 /2015 – M.P: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB.

Entonces, de acuerdo a la posición reiterada por cuerpo colegiado en mención, y en un tenor distinto al estipulado en el Decreto 2591 de 1991, artículo 6º, se tiene que la tutela es procedente de manera excepcional para solicitar el pago de incapacidades médicas, en aras de brindar especial protección constitucional al trabajador en condiciones de debilidad manifiesta.

**2.4. Reconocimiento de incapacidades ocasionadas por accidente de origen común:** Referente al reconocimiento y pago de incapacidades laborales por accidentes de origen común, la H. Corte Constitucional ha dicho:

*"Es así como frente a la contingencia que surja de una enfermedad o un accidente bien sea de origen profesional o de origen común, el Sistema Integral de Seguridad Social prevé el pago de las respectivas incapacidades. Si la enfermedad merece un concepto favorable de recuperación, el trabajador mantiene el derecho a la reinstalación en el empleo. Si la enfermedad genera una limitación o pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, da lugar al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en cuyo caso la calificación de la pérdida laboral corresponde emitirlo a la EPS, a la Aseguradora o a la Junta de calificación de invalidez, según sea el caso".*

Es así, como el Sistema de Seguridad Social colombiano prevé para el caso en cuestión el pago de incapacidades del trabajador, de tal manera que se proteja al mismo de las contingencias que puedan afectar su salud y su capacidad económica; llegando al punto de sustituir su salario cuando el trabajador debe ausentarse de sus actividades laborales tras sufrir una enfermedad o un accidente que le impide desempeñar temporalmente su profesión u oficio, según se plantea en la T-333/2013.

**1. El marco normativo referente al pago de prestaciones económicas derivadas de accidentes o enfermedades de origen común.**

Cuando una persona sufre una afectación a su estado de salud esta puede ser temporal o permanente. En el segundo caso, hay lugar a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral bajo el entendido de que el individuo no podrá recuperarse y, en consecuencia, estará sujeto a las limitaciones derivadas de

---

<sup>7</sup> T-468/2010 M.P. JORGE IVAN PALACIO.

su padecimiento por el resto de su vida. En esta sección la Sala se ocupará en primer lugar del régimen aplicable al pago de incapacidades temporales para luego referirse a las consecuencias de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral donde puede haber lugar al pago de una pensión de invalidez.

### 5.1. Incapacidades temporales de origen común.

A diferencia de lo que sucede en el caso de las incapacidades temporales generadas por accidentes o enfermedades laborales en donde las Aseguradoras de Riesgos Laborales son las únicas responsables de las prestaciones económicas y asistenciales a las que tiene derecho el afiliado<sup>8</sup>, cuando un trabajador es incapacitado por una afectación a su salud de origen común, son distintos los sujetos de derecho que están llamados a hacerse cargo de la situación.

Por lo anterior, aun cuando se haya determinado el origen común de la enfermedad o el accidente, pueden presentarse controversias entre las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras de Fondos de Pensiones y los empleadores sobre quien es el encargado del pago de las prestaciones económicas en los casos de incapacidades temporales. Antes de revisar la jurisprudencia sobre este asunto, la Sala procederá a hacer un recuento normativo de las disposiciones que determinan quienes son los obligados a estos pagos en cada momento de la incapacidad del afiliado.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto Reglamentario 2943 de 2013, los pagos correspondientes a los primeros dos (2) días de incapacidad estarán a cargo del empleador y de las Entidades promotoras de salud a partir del tercer día *“de conformidad con la normatividad vigente”*.<sup>9</sup> En este sentido, la expresión en cursiva comprende una referencia a las diferentes normas de seguridad social que regulan el pago de incapacidades temporales a pesar de que en la mencionada norma no se establezca un límite temporal a la obligación de pago de la Entidades Promotoras de Salud.

En lo que tiene que ver con el monto de esta prestación, el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que: *“En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el patrono le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días, y la mitad del salario por el tiempo restante”*. Se debe tener en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto Reglamentario 2943 de 2013, tal obligación solo está a cargo del empleador durante los dos primeros días a menos que no exista afiliación del trabajador al Sistema General de Seguridad Social en Salud o que este se encuentre en mora en el pago de los aportes correspondientes, en cuyo caso se abre la posibilidad a que responda excepcionalmente por la prestación por incapacidad consagrada en el Estatuto Laboral.

---

<sup>8</sup>Ley 776 de 2002, artículo 3: *“El período durante el cual se reconoce la prestación de que trata el presente artículo será hasta por ciento ochenta (180) días, que podrán ser prorrogados hasta por períodos que no superen otros ciento ochenta (180) días continuos adicionales, cuando esta prórroga se determine como necesaria para el tratamiento del afiliado, o para culminar su rehabilitación. el período previsto en el inciso anterior y no se hubiese logrado la curación o rehabilitación del afiliado, se debe iniciar el procedimiento para determinar el estado de incapacidad permanente parcial o de invalidez. **Hasta tanto no se establezca el grado de incapacidad o invalidez la ARP continuará cancelando el subsidio por incapacidad temporal**”*. (Negritillas fuera del texto).

<sup>9</sup> *“En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente”*.

La Sala advierte que las normas mencionadas no contemplan la eventualidad de que la incapacidad sea extendida por un periodo superior 180 días por lo que en ellas tampoco se establece si el afiliado tiene derecho a esta prestación después de superado este periodo de tiempo ni cuál es la persona (natural o jurídica) responsable de estos pagos.

Para estos efectos, los incisos quinto y sexto del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012), establecen que cuando exista concepto favorable de recuperación del afiliado, es decir, cuando se entienda que la incapacidad es de carácter temporal, los pagos por incapacidades de origen común que superen los 180 días deberán ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por un periodo de 360 días adicionales. No obstante, durante el primer periodo, las Entidades Promotoras de Salud tienen la obligación de emitir un concepto de rehabilitación dirigido a las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se establezca si el afiliado tiene perspectivas de recuperarse o si debe procederse a la calificación de su pérdida de la capacidad laboral. La sanción establecida por esta norma para los casos en que dicho concepto no sea emitido oportunamente es que las incapacidades que superen los 180 días deban ser asumidas por las Entidades Promotoras de Salud hasta que este sea presentado:

*“(...)Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de **invalidéz** hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de **invalidéz** y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.*

*Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto (...).”*

En este punto, cabe advertir que el derogado artículo 23 del Decreto Reglamentario 2463 de 2001 establecía un régimen de responsabilidades a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones y las Entidades Promotoras de Salud a partir del día 180 de incapacidad y durante los 360 subsiguientes si fuere el caso:

*“(...) Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la administradora de fondos de pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidéz y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidéz*

*hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador” (Negrilla fuera de texto).*

Se tiene entonces, que al haber sido recientemente derogado por el Decreto Reglamentario 1352 de 2013, el artículo 23 del Decreto 2463 perdió vigencia y por lo tanto no puede considerarse como normatividad aplicable para los casos de incapacidades superiores a 180 días. En todo caso, al tener el mismo contenido obligatorio que el artículo 41 de la Ley 100 de 1993<sup>10</sup>, es posible citar la jurisprudencia que se ocupó de las obligaciones de las Administradoras de Fondos de Pensiones en referencia a la norma derogada como fuente de derecho para resolver los casos gobernados por la legislación vigente.

Habiendo realizado esta precisión, se advierte que la jurisprudencia de la Corte ha determinado que, por regla general, las obligaciones de pago de las incapacidades temporales a cargo de las Entidades Promotoras de Salud terminan cuando el afiliado ha cumplido los 180 días de incapacidad, siendo de cuenta de las Administradoras de Fondos de Pensiones las prestaciones económicas que se generen a partir del día 181<sup>11</sup>. Así, en referencia al artículo 23 del Decreto Reglamentario 2463 de 2001, este Tribunal expresó:

*“Esta Corporación ha reiterado que las incapacidades superiores a 180 días deben ser canceladas por la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el trabajador. La anterior regla se deriva de la lectura del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que dispone que el Fondo de Pensiones tiene la posibilidad de postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días, adicionales a los primeros 180 días de incapacidad reconocidos por la EPS, y en ese lapso, el trabajador deberá recibir un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando, y esta circunstancia ha llevado a la Corte a concluir que es el Fondo de Pensiones el que debe asumir el pago de las incapacidades a partir del día 181, hasta la fecha en que se produzca el dictamen de invalidez. De acuerdo con estas consideraciones, a la entidad accionada le asiste la razón al señalar que le corresponde al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección reconocer al actor las incapacidades generadas a partir del día 26 de julio de 2009 (día 181)”<sup>12</sup>.*

Con todo, el que las Entidades Promotoras de Salud no estén obligadas a pagar incapacidades superiores a 180 días, no las exime del deber de acompañamiento al afiliado en el cobro de las prestaciones económicas que superen este término ante las Administradoras de Fondos de Pensiones, como lo sostuvo la Corte en la sentencia T-980 de 2008:

<sup>10</sup> El artículo 41 de la Ley 100 de 1993 fue modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012 por lo que la norma vigente es posterior al Decreto Reglamentario 2463 de 2001.

<sup>11</sup> Sentencias T-729 de 2012 y T-920 de 2009.

<sup>12</sup> Sentencia T- 812 de 2010.

*“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”.*

## **5.2. Las prestaciones económicas garantizadas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud con posterioridad a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral.**

Sin perjuicio de lo anterior, puede ocurrir que se determine que el afiliado no va a recuperarse y, en consecuencia, se proceda a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral por parte de las juntas regionales o la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de lo que pueden derivarse dos situaciones. La primera es que se determine la pérdida de la capacidad laboral superior al 50 % donde el afiliado podrá optar por una pensión de invalidez. En el segundo caso, al trabajador le es declarada una pérdida de la capacidad laboral inferior al 50 % por lo que, en principio, debería ser reincorporado al trabajo *“en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello”*<sup>13</sup>.

Por otro lado, puede suceder que aun cuando el afiliado haya sido calificado con una pérdida de la capacidad laboral inferior al 50 %, este siga presentando síntomas o complicaciones que le impidan realizar sus labores y, por tanto, deban emitirse nuevas incapacidades. Ni el artículo 23 del Decreto Reglamentario 2463 de 2001 ni el 41 de la Ley 100 de 1993 contemplan esta situación por lo que ha de acudirse a las reglas jurisprudenciales establecidas para estas situaciones.

La Corte indicó en la sentencia T 920 de 2009:

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

---

<sup>13</sup> Sentencia T-920 de 2009.

Esta posición fue reiterada en la sentencia T-729 de 2012, donde se expresó:

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

En conclusión, los pagos por incapacidades superiores a los primeros 180 días deben ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por 360 días adicionales, sin importar que ya se haya realizado la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuando este siga presentando afectaciones a su estado de salud que le impidan trabajar. Por lo anterior, el pago de estas incapacidades deberá continuarse después de transcurridos los 180 días iniciales hasta que el médico tratante emita un concepto en el que se determine que la persona está en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %.

Teniendo en cuenta la normatividad citada, se entiende que la obligación de pago de las incapacidades temporales por enfermedad o accidente de origen común están en cabeza del empleador o de las diferentes entidades del Sistema de Seguridad Social Integral en función del tiempo transcurrido desde la primera incapacidad hasta la recuperación del trabajador o la calificación de la pérdida de la capacidad laboral tal y como se muestra en el siguiente cuadro:

Días de incapacidad / valor del subsidio	Encargado	Norma	Comentario.
1 a 2 / dos terceras partes del salario.	Empleador	Decreto Reglamentario 2493 de 2013, artículo 1.	El empleador deberá asumir el pago de las incapacidades y en general de todas las prestaciones garantizadas por el Sistema de Seguridad Social Integral cuando no haya afiliado al trabajador o cuando a pesar de haber sido requerido por las entidades del sistema, se haya encontrado en mora en las cotizaciones al momento de ocurrir el siniestro. Sentencia T-723 de 2014.

Días de incapacidad / valor del subsidio	Encargado	Norma	Comentario.
3 a 180 / dos terceras partes del salario durante los primeros 90 días y la mitad a partir del día 91 y por el tiempo restante.	Entidad Promotora de Salud	Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227.	Antes de cumplirse el día 120 de incapacidad, la EPS deberán emitir un concepto médico donde se determine si el trabajador va a recuperarse o no y enviarlo a la AFP antes del día 150. Si tal concepto no es emitido, la EPS deberá asumir el pago de las incapacidades superiores a 180 días y hasta que el mismo sea expedido. En todo caso, la regla general es que las EPS no asumen el pago de incapacidades superiores a 180 días. Sentencia T-729 de 2012.
181 a 540 / la mitad del salario.	Administradora de Fondos de Pensiones	Ley 100, artículo 41, inciso 5.	Aun cuando exista calificación de la pérdida de la capacidad laboral y al trabajador se le haya decretado la incapacidad permanente parcial, la AFP deberá asumir el pago de las incapacidades que se sigan generando y que sean posteriores a los primeros 180 días que fueron cubiertos por la EPS. Sentencia T-920 de 2009.

**2.5. El caso concreto:** Dentro del acervo probatorio allegado al expediente, se vislumbran las siguientes piezas documentales:

POR EL ACCIONANTE:

- Copia del documento de identidad del accionante (fl. 07).
- Dictamen de la junta regional de Calificación de Invalidez de Bolívar (fls. 08 y 12).
- Certificados de incapacidad general, generados por IPS UAB Sincelejo (fls. 13-22).
- Copia de la historia clínica del accionante (fls. 23-34).

POR SALUD TOTAL E.P.S:

- Oficio de fecha 31 de marzo del 2016, remitido a COLPENSIONES (fls. 46-47).

En el caso *sub examine*, el actor solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, trabajo, debido proceso, seguridad social y mínimo vital. En consecuencia se ordene a las entidades accionadas a que asuman el pago de un valor equivalente al que le canceló la E.P.S. durante los primeros 180 días de incapacidad, y se garantice así el pago de las incapacidades médicas.

Teniéndose por procedente la acción de tutela impetrada por el actor, toda vez que conforme a la jurisprudencia citada se otorga protección constitucional a las personas en estado de debilidad manifiesta, tal como para este despacho lo es el accionante del caso de marras, se observa entonces a folios 44 y 45 del libelo contestatorio allegado por SALUD TOTAL E.P.S. la información detallada de la prestación económica entregada a DOMINGUEZ MAJUL por motivos de incapacidad, desde el 27 de octubre del 2015 hasta el 25 de abril del 2016, para una totalidad de 180 días.

Para reforzar lo citado anteriormente, tenemos que mediante la sentencia T-920 /2009 la Corte Constitucional expresó:

*“En principio, es la Entidad Promotora de Salud la obligada a reconocer y a pagar a sus afiliados las incapacidades laborales que surjan como consecuencia de una enfermedad de origen común o no profesional, debidamente certificada, hasta el día 180. Ello, con el objeto de que durante el tiempo en el que el trabajador se encuentra ausente de sus actividades, y mientras se produce su recuperación, cuente con los medios económicos necesarios que le permitan proveerse el sustento diario y el de su núcleo familiar. Ahora bien, como la patología que aqueja al actor persiste, y en esa medida, se han generado incapacidades que superan los 180 días, una interpretación del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 conforme con la Constitución Política, permite concluir que es la A.F.P., para el caso, PROTECCIÓN S.A., quien debe asumir el pago de dicha prestación”.*

Bajo la misma óptica, se tiene que la E.P.S. mediante oficio de fecha 31 de marzo del 2016 remitió el concepto de rehabilitación favorable del Sr.

DOMINGUEZ MAJUL a COLPENSIONES, cumpliendo con lo estipulado en el decreto ley 0019 del 2012, artículo 142, incisos 5º y 6º. A todas luces para este despacho, SALUD TOTAL E.P.S. cumplió con su deber legal con relación al accionante, por lo cual considera acertada la decisión del juez de tutela en primera instancia al no considerar vulneración alguna de los derechos del tutelante por parte de la E.P.S.

Ahora bien, la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES- solicita que se conceda la impugnación presentada, toda vez que no recae sobre ellos obligación alguna con el accionante, por no cumplir el mismo con los presupuestos legales para ser beneficiario del pago de incapacidades.

A folios 111-112 del expediente, dentro de la impugnación presentada por COLPENSIONES, se pueden observar cuatro presupuestos establecidos para acceder al subsidio por incapacidad, a saber: *i) padecer de enfermedad de origen común, ii) incapacidad superior a 180 días, iii) concepto favorable de rehabilitación emitido por la EPS y iv) Encontrarse afiliado a COLPENSIONES al cumplimiento del día 180 de incapacidad.* Difiere totalmente este despacho con la tesis planteada por la accionada, al afirmar que no el tutelante no cumple con los anteriores presupuestos y por consiguiente no puede acceder al subsidio de incapacidad.

Contrario sensu, es claro para este despacho que DOMINGUEZ MAJUL cumple con todos los presupuestos mencionados para acceder al subsidio por incapacidad, conforme lo señala la parte accionada. Así, bajo la tesis de que la presente acción es procedente por encontrarse el actor en condición de debilidad manifiesta, y para evitar vulneración a sus derechos fundamentales invocados y un perjuicio irremediable al mismo, no comparte este honorable Tribunal la posición tomada por COLPENSIONES respecto del presente caso.

En consecuencia, recae sobre COLPENSIONES reconocer y pagar, a partir del día 181 de incapacidad laboral del trabajador y hasta la fecha de calificación por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, el subsidio por incapacidad correspondiente, debido a que para acceder al mismo se

lleen todos los requisitos por parte del accionante, según se puede deducir del material probatorio aportado. Habiéndose calificado al accionante con un PCL de 64%, según consta en el folio 11, sería responsabilidad de la Administradora de pensiones hacer el correspondiente estudio y viabilidad de conceder al actor la pensión por invalidez, si a ello hubiere lugar. Así, considera este despacho que la decisión tomada por el juez primigenio es acertada, por lo cual respaldará la posición de primera instancia.

**Conclusión:** El Tribunal confirmará el fallo impugnado, por cuanto la COLPENSIONES, se encuentra vulnerando los derechos fundamentales amparados en primera instancia al señor JAVIER DOMINGUEZ MAJUL, al no haber cancelado, hasta la fecha de la presente providencia, el subsidio por incapacidad a que el actor tiene derecho.

**DECISIÓN:** En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

#### **FALLA:**

**PRIMERO:** Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, del 29 de noviembre de 2016, dentro de la acción de tutela promovida por el señor JAVIER DAVID DOMINGUEZ MAJUL contra SALUD TOTAL E.P.S. y COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

**SEGUNDO:** Notifíquese por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991 y envíese copia de la presente decisión al juzgado de origen.

**TERCERO:** Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMÍTASE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con el 32 del Decreto 2591 de 1991. El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión extraordinaria de la fecha, según consta **en Acta No. 160.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**  
**Magistrada**

**CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**  
**Magistrado**

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**  
**Magistrado**