



**Radicado: 13001-33-33-005-2018-00168-02**

Cartagena de Indias D T y C, cinco (05) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

<b>Medio de control</b>	<b>TUTELA</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-33-33-005-2018-00168-02</b>
<b>Accionante</b>	<b>LUZ MARÍA LARA CASTELLAR</b>
<b>Accionada</b>	<b>NUEVA EPS Y ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A</b>
<b>Tema</b>	<b>PAGO DE INCAPACIDADES</b>
<b>Magistrada Ponente</b>	<b>CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE</b>

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la parte accionada, contra la sentencia de fecha veintiséis (26) de octubre de dos mil dieciocho (2018)<sup>1</sup> dictada por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se confirmó parcialmente la acción de tutela.

## I. ANTECEDENTES

### 1. La demanda

#### 1.1 Hechos relevantes planteados por la accionante.

- 1.1.1** Se encuentra afiliada al sistema de seguridad social a través de la NUEVA EPS, COLPENSIONES y ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., mediante contrato laboral con el empleador SERVICAFI S.A.
- 1.1.2** Fue diagnosticada con SÍNDROME DE MANGUITO ROTATORIO, calificada en primera instancia por COLPENSIONES como enfermedad de origen común y pérdida laboral de 15% y con fecha de estructuración lunes 21 de julio de 2014.
- 1.1.3** Apeló el origen y el caso fue enviado a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, entidad que determinó que el síndrome de manguito rotatorio es enfermedad laboral, dictamen que fue confirmado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.
- 1.1.4** Afirma que desde el 11 de julio de 2013 hasta la fecha, mantiene incapacidades expedidas por sus médicos especialistas tratantes de la Nueva EPS, pero la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a través de su médico tratante no le expide las incapacidades que amerita.
- 1.1.5** A la fecha la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. no ha calificado la PCL.
- 1.1.6** Señala que las entidades NUEVA EPS y ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. le han expedido incapacidades desde el día 11 de julio de 2013, dentro de las cuales se encuentran sin pagar las generadas por NUEVA EPS y/o ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., desde el día 14 de enero de 2014, las cuales han sido rechazadas para su pago.
- 1.1.7** La accionante en forma reiterada ha presentado las incapacidades en la NUEVA EPS, pero esta le informa que no son competentes para su pago,

<sup>1</sup> Fl. 235-246



**Radicado: 13001-33-33-005-2018-00168-02**

porque es enfermedad laboral, pero son los que le generan las incapacidades.

- 1.1.8** POSITIVA ARL en comunicado de 16 de marzo de 2018 dirigido a su empleador SERVICAFI SAS, conceptúo reintegro de la accionante, pero al reintegrarse la volvieron a incapacitar por la NUEVA EPS. La última incapacidad que la NUEVA EPS le expidió tiene fecha inicial 27 de julio 2018 hasta el 10 de agosto del mismo año, la cual tampoco se le ha cancelado.
- 1.1.9** Que su situación económica se ha vuelto insostenible debido a su escaso ingreso para mantener a su familia, constituida por sus dos hijos y su compañero invalido, sin pensión o ingresos, y sus gastos básicos están siendo asumidos parcialmente por su familia quienes también son personas con escasos recursos económicos.
- 1.1.10** Los médicos tratantes le han otorgado incapacidades desde el día 11 de enero de 2014 hasta el día 11 de julio de 2018, las cuales no han sido pagadas por la NUEVA EPS y/o POSITIVA ARL.

## **1.2. Pretensiones**

Tutelar los derechos fundamentales al MÍNIMO VITAL, VIDA DIGNA, y SEGURIDAD SOCIAL de la accionante y en consecuencia ordenar a la NUEVA EPS y a la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., el pago de las incapacidades generadas equivalentes a 976 días, el pago de los intereses de mora y la elaboración de la calificación del PCL por la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

## **2 Actuación procesal relevante**

### **2.1 Admisión y notificación**

La solicitud de amparo fue admitida mediante auto de fecha nueve (09) de octubre de dos mil dieciocho (2018)<sup>2</sup>, en el que se dispuso: obedecer y cumplir lo decidido por el H. tribunal Administrativo de Bolívar el 26 de septiembre de 2018 que declaró la nulidad de todo lo actuado, inclusive a partir del auto admisorio de la demanda, reponer todo lo actuado y admitir la acción de tutela contra la NUEVA EPS, la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., SERVICAFI S.A.S Y COLPENSIONES, por presunta violación de los derechos fundamentales de PETICIÓN, SEGURIDAD SOCIAL, MINIMO VITAL, VIDA DIGNA y notificar a las partes teniendo como pruebas todas las certificaciones, y documentos aportados por la accionante con relación a las incapacidades, los pagos realizados aportados por la NUEVA EPS, y los documentos aportados por la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

## **3 Respuesta de las accionadas**

### **3.1 Positiva Compañía de Seguros S.A.<sup>3</sup>**

Solicita que se declare improcedente la acción de tutela y se desvincule del trámite, por considerar que no tiene responsabilidad en la transgresión de los derechos fundamentales incoados por la accionante, por cuanto calificó la

<sup>2</sup> Folio 174 y reverso

<sup>3</sup> Folios 184-188 del expediente





**Radicado: 13001-33-33-005-2018-00168-00**

pérdida de capacidad laboral y cumplió las obligaciones conforme lo establece la Ley 776 de 2002.

Precisó que la accionante reportó enfermedad laboral en fecha 23 de enero 2015 con patologías de origen laboral según dictamen 1773103 de fecha 4 de enero de 2018 del SÍNDROME DEL MANGUITO ROTATORIO DERECHO. Adicionalmente no se evidencian radicaciones de incapacidades ni pagos realizados con anterioridad a la solicitud de la actora. Considera que la ARL POSITIVA COMPAÑIA DE SEGUROS S.A. realizó rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral lo que motiva la cesación de la obligación frente al reconocimiento de prestaciones económicas.

Igualmente considera que, no es posible establecer una vulneración al mínimo vital por haber operado el fenómeno de la prescripción, dado que han transcurrido más de cuatro (4) años que se expidieron las primeras incapacidades parciales, y en consecuencia no se evidencia el cumplimiento del requisito de inmediatez necesario en la acción de tutela.

Adicionalmente afirma que, las incapacidades generadas por médicos tratantes una vez se han declarado la pérdida de capacidad del usuario, no estarían a cargo de la ARL, sino de la EPS o a la AFP, motivo por el cual considera que se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Afirma que la calificación de pérdida de capacidad laboral se realizó conforme a lo solicitado por la accionante.

**3.2 NUEVA EPS**

No presentó respuesta.

**3.3 COLPENSIONES<sup>4</sup>**

Solicita que se declare improcedente la acción de tutela y su desvinculación del trámite, por falta de legitimación de la causa y por no haber vulnerado derecho fundamental alguno.

Precisó que las pretensiones que dan origen a la acción de tutela son de origen laboral, no existiendo competencia por parte de la entidad al reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad y considera que las incapacidades por dicha prestación están a cargo del Sistema Integral de Riesgos Laborales. Así mismo manifestó que la normativa sobre las incapacidades de origen común y las de origen laboral están fundadas y precisa que las incapacidades de origen laboral están a cargo exclusivo de las Administradores de Riesgos Laborales y nada que ver con Colpensiones en el debate constitucional propuesta por la accionante.

<sup>4</sup> Folios 210-224 del expediente





Radicado: 13001-33-33-005-2018-00168-00

### 3.4 **SERVICAFI S.A.S<sup>5</sup>**

Manifiesta lo siguiente : **i)** que la señora **LUZ MARÍA LARA CASTELLAR** ha estado vinculada como auxiliar de cocina de **SERVICAFI S.A.S** , **ii)** Que ha sido incapacitada de acuerdo con lo manifestado en la demanda, **iii)** Que la última incapacidad expedida por la NUEVA EPS es de fecha 20 de octubre de 2018 hasta el día 2 de noviembre de 2018, **iv)** Que como empleador ha cumplido con los pagos de seguridad social a salud y pensión y ha realizado los trámites pertinentes para el pago de los primeros 180 días , los cuales fueron cancelados a la accionante y en consecuencia solicita se desvincule de la acción de tutela.

### 4. **Sentencia de primera instancia<sup>6</sup>**

Mediante providencia de fecha veintiséis (26) de octubre de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena concedió parcialmente las pretensiones de la acción de tutela contra la **ARL POSITIVA COMPAÑIA DE SEGUROS S.A.** , por violación del derecho fundamental al mínimo vital y le ordenó reconocer y pagar a la accionante, en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) horas, las incapacidades laborales generadas desde el día 23 de enero de 2015 (fecha de calificación del síndrome del Manguito Rotatorio derecho con origen laboral), hasta la fecha en la que quede en firme el dictamen 1773103 de 04/01/2018 (por que se han generado incapacidades por la misma patología) y/o se surta el proceso de rehabilitación o reubicación laboral según sea procedente, teniendo en cuenta que conforme a la ley es su deber hasta que quede totalmente rehabilitada. Así mismo, denegó las pretensiones con respecto a la NUEVA EPS, COLPENSIONES Y **SERVICAFI S.A.S.**

Así mismo considera la A quo, que no se configuró el requisito de inmediatez con respecto a la solicitud de pago de las incapacidades por parte de la accionante desde el mes de enero de 2013 a través de la acción de tutela. Sostiene que la acción se interpuso el día 03 de agosto de 2018 para reclamar el pago de las incapacidades que dejó de percibir desde el 11/01/2014, por lo que no se ejerció dentro de un plazo oportuno y razonable por haber transcurrido más de tres años desde la fecha del último pago de la incapacidad, hasta la fecha en que se instauró la acción. Así mismo, adujo que, sin desconocer que la expedición de incapacidades se ha venido prologando en el tiempo y que desde el día 180 en adelante ninguna entidad se ha hecho responsable, si es de reconocer que la **ARL POSITIVA COMPAÑIA DE SEGUROS S.A.** es la encargada de asumir el pago de las incapacidades generadas a la accionante desde el 23 de enero de 2015, fecha en que dicha entidad calificó la enfermedad de origen laboral.

### 5. **Impugnación<sup>7</sup>**

La **ARL POSITIVA COMPAÑIA DE SEGUROS S.A** impugnó el fallo de tutela de fecha 26 de octubre de dos mil dieciocho (2018), aduciendo que en la decisión de primera instancia en la cual se ordena el pago de incapacidades desde el día 23 de enero de 2015, opera el fenómeno de prescripción como lo establece

<sup>5</sup> Folios 228-230 del expediente

<sup>6</sup> Folios 235 – 248 del expediente

<sup>7</sup> Folios 263 – 267



**Radicado: 13001-33-33-005-2018-00168-00**

el artículo 1 de ley 776 de 2002. Así mismo considera que no es procedente el pago de las incapacidades por haberse adelantado proceso de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral de la accionante, lo cual resulta en la cesación de la obligación y pérdida de competencia por parte de la entidad frente al reconocimiento de prestaciones económicas como lo indica el artículo 1 de la ley 776 de 2002.

### **5.1 Trámite de la impugnación<sup>8</sup>**

A través de auto de fecha dos (02) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Quinto Administrativo concedió la impugnación interpuesta por la parte accionada **ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A** contra el fallo de tutela de fecha veintiséis (26) de octubre de dos mil dieciocho (2018),

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. La competencia**

Conforme lo establecen el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena.

### **2. Legitimación en la Causa**

#### **2.1 por Activa**

La señora LUZ MARIA LARA CASTELLAR, se encuentra legitimada por activa para reclamar la protección de sus derechos fundamentales al MÍNIMO VITAL, VIDA DIGNA, Y SEGURIDAD SOCIAL por ser la titular de los mismos.

#### **2.2 Por Pasiva**

Las accionadas NUEVA EPS, ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A, COLPENSIONES, en principio tienen competencia para garantizar dentro del Sistema General de Seguridad Social, el reconocimiento y pago por concepto de incapacidades médicas que se expidan a favor de la accionante como lo depreca a través de esta acción de tutela. Adicionalmente, son las entidades a quienes se les endilga la vulneración de los derechos fundamentales invocados por la actora, por lo que están legitimadas por pasiva conforme al artículo 13 del Decreto 2591 de 1991.

### **3. Problemas jurídicos**

La Sala deberá resolver los siguientes problemas jurídicos:

<sup>8</sup> Folio 269





**Radicado: 13001-33-33-005-2018-00168-00**

El principal, *¿si se debe revocar, confirmar y/o modificar la sentencia impugnada?*

Para resolver el anterior interrogante, se deben dilucidar los siguientes problemas jurídicos asociados:

*¿Resulta procedente la acción de tutela en el caso concreto para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales; se cumplen los requisitos de inmediatez y subsidiariedad?*

En caso de ser positivo este interrogante, se establecerá:

- a) *¿Respecto de cuáles incapacidades tienen obligación de pagar las accionadas?*
- b) *¿En relacion con dichas incapacidades operó el fenómeno jurídico de la prescripción?*

La Sala en primer lugar abordará los siguientes temas: i) procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de incapacidades laborales; cumplimiento de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, ii) perjuicio irremediable, iii, prescripción de las incapacidades laborales por enfermedad labora, iv) análisis del caso concreto.

#### **4. Tesis de la Sala**

La Sala confirmará parcialmente la sentencia de primera instancia y modificará el artículo SEGUNDO, al concluir que, en el caso concreto la acción de tutela resulta improcedente para el reconocimiento de incapacidades médicas desde el mes de enero de 2014 y hasta el 04/04/2018, al no acreditarse el cumplimiento de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, pero se debe conceder para salvaguardar el mínimo vital de la accionante frente a la omisión en el pago de sus incapacidades laborales por parte de la ARL POSITIVA que se ha prolongado en el tiempo, en la medida en que al haber sido calificado el origen de su patología como profesional en primera oportunidad, es la obligada a cancelar dichas prestaciones porque a la fecha no está en firme el dictamen de pérdida de capacidad laboral que sólo se notificó a la interesada, con posterioridad a la interposición de la presente acción de tutela. De otro lado, conforme al artículo 22 de la Ley 1562 de 2012, no opera la prescripción de las incapacidades laborales de la accionante, porque se aplica el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que se genere concreto y determine el derecho, y al no estar en firme el dictamen de pérdida de capacidad laboral tampoco puede predicarse que ha empezado a correr tal prescripción.

#### **5. Marco normativo y jurisprudencial**

##### **5.1 Generalidades de la acción de tutela**

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la



Radicado: 13001-33-33-005-2018-00168-00

acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

- Está instituida para proteger derechos fundamentales.
- La subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable, supuesto que debe probarse.
- La inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

## 5.2 Procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de incapacidades

En razón al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, por regla general, no es el mecanismo procedente para el reclamo de prestaciones o acreencias laborales, las cuales deben canalizarse, en principio, ante la jurisdicción que tiene atribuida la respectiva competencia. No obstante, en el caso específico de personas que reclaman el reconocimiento de incapacidades laborales, cuando estas no cuentan con otra fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades básicas y las de sus núcleos familiares, o de personas en situaciones extremas de vulnerabilidad, la H. Corte Constitucional<sup>9</sup> ha sostenido que la acción de tutela es un mecanismo procedente cuando se advierta afectación al mínimo vital del trabajador incapacitado.

## 5.3 Marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días.

La Corte Constitucional ha reiterado las siguientes reglas jurisprudenciales:

1. El **certificado de incapacidad temporal**, resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, el cual genera durante los primeros 180 días un **auxilio económico** a cargo de la EPS, que desde el día 181 se sustituye por un **subsidio de incapacidad** equivalente al auxilio, pero asumido por el Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador.

El Decreto 770 de 1975 sustrajo de la órbita de responsabilidad del empleador el pago del auxilio de incapacidad, para radicarlo en cabeza de un agente externo a la relación laboral. De este modo, el artículo 9º de dicha normativa asignó al Instituto de Seguros Sociales la responsabilidad del pago de "un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de [1] (...) salario de

<sup>9</sup> Corte Constitucional.



Radicado: 13001-33-33-005-2018-00168-00

base, subsidio que (...) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días".

2. Posteriormente, la Ley 100 de 1993 contempló la figura de la incapacidad en su artículo 206, conforme al cual los afiliados al Régimen Contributivo en salud tienen derecho al reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común. Así mismo, el Decreto 2463 de 2001, dispuso que las AFP, **previo concepto favorable de recuperación**, tienen la potestad de postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los **180 que se encuentran a cargo de las EPS** siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Esta disposición se mantuvo sustancialmente en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, norma que actualmente regula la materia.

3. El lapso que hay entre el **primer y el segundo día de la incapacidad**, competen económicamente al **empleador**, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999. En virtud de dicha disposición "[e]n 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".

Las **incapacidades expedidas del día 3 al 180** están a cargo de las EPS, y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. Tal obligación está sujeta a la afiliación del trabajador por parte del empleador o del propio independiente.

4. **El reconocimiento de incapacidades laborales superiores a 180 días**, es decir, a partir del día 181, ha suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001.

Sobre la responsabilidad del pago, la Corte Constitucional ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren **a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones** a la que está afiliado el trabajador (T-401 de 2017), **ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación**.

Así, el concepto favorable y según el Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda. No obstante, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.



**Radicado: 13001-33-33-005-2018-00168-00**

Solo cuando la EPS incumple el plazo de remitir el concepto favorable o desfavorable de rehabilitación al Fondo de Pensiones, la EPS asume el pago del subsidio por incapacidad, pues de lo contrario le corresponde a las AFP.

En este orden, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

5. Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación es desfavorable se debe empezar sin dilación el trámite de la pérdida de la capacidad laboral.

6. Cuando el concepto de rehabilitación es FAVORABLE, el fondo de pensiones 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 EPS"*. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador.

Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, *"el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador 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"*.

No obstante lo anterior, es factible que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, pese a haber sido evaluada por la junta de calificación de invalidez y a habersele dictaminada una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%. Por tanto, es indispensable determinar cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe encargarse del pago de dichas incapacidades.

Al respecto, cabe indicar que la norma legal referida no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional (T- 920 de 2009) indicó que deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones.

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente.



**Radicado: 13001-33-33-005-2018-00168-00**

Recientemente el Ministerio de Salud y Protección Social emitió el Decreto 1333 de fecha 27 de julio de 2018, en él estableció que el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, en su inciso 5, instauró la posibilidad de ampliar en 340 días más el trámite de calificación de la Invalidez, cuando al llegar al día 180 de la incapacidad por enfermedad general de origen común exista un concepto favorable de rehabilitación expedido por la EPS.

7. En conclusión los responsables en el pago de las incapacidades son los siguientes:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 181 hasta 540	Fondo de Pensiones (T-401 de 2017)	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 Decreto 1333 de 2018

#### 5.4 Pago de incapacidades por enfermedades de origen laboral

La Ley 776 de 2002 "por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales" en su artículo 1 que:

*"Artículo 1°. Derecho a las prestaciones. Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto ley 1295 de 1994 y la presente ley.*

(...)

*Parágrafo 2°. Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, **serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente** o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.*

(...)

*La Administradora de Riesgos Profesionales en la cual se hubiere presentado un accidente de trabajo, **deberá responder íntegramente por las prestaciones derivados de este evento, tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas**, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora.*

*Las acciones de recobro que adelanten las administradoras son independientes a **su obligación de reconocimiento del pago de las prestaciones económicas dentro de los dos (2) meses siguientes contados desde la fecha en la cual se alleguen o acrediten los requisitos exigidos para su reconocimiento**. Vencido este término, la administradora de riesgos profesionales deberá reconocer y pagar, en adición a la prestación económica, un interés moratorio igual al que rige para el impuesto de*



**Radicado: 13001-33-33-005-2018-00168-00**

*renta y complementarios en proporción a la duración de la mora. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar" (resaltado fuera de texto).*

La misma norma en su artículo 3, sobre el monto de las prestaciones económicas por incapacidad temporal, dispone:

*"Artículo 3. Monto de las prestaciones económicas por incapacidad temporal. Todo afiliado a quien se le defina una incapacidad temporal, recibirá un subsidio equivalente al cien (100%) de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente el que ocurrió el accidente de trabajo y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o su muerte. El pago se efectuará en los períodos en que el trabajador reciba regularmente su salario.*

*Para la enfermedad profesional será el mismo subsidio calculado desde el día siguiente de iniciada la incapacidad correspondiente a una enfermedad diagnosticada como profesional.*

***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.***

***Cumplido 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" (resaltado fuera de texto).***

La Corte Constitucional en sentencia T – 777 de 2013 precisó que en caso de incapacidades temporales por accidente de trabajo o enfermedad laboral, debe establecerse si existe concepto favorable de rehabilitación del afectado. En caso de expedirse tal concepto, son las administradoras de riesgos laborales quienes deben reconocerle al trabajador subsidios por incapacidad temporal durante 180 días, prorrogables por otros 180 días., pero si luego de este lapso se reitera el concepto médico favorable de rehabilitación, el mismo puede ser prorrogado por 360 días adicionales. Quiere decir lo anterior que, **en el evento de accidentes de trabajo o enfermedades laborales, las normas legales consagran el reconocimiento del subsidio por incapacidad laboral por un lapso de 720 días, cuando existe concepto favorable de rehabilitación.**

De igual manera, sostuvo la Corte que, cuando exista concepto desfavorable de rehabilitación integral, se debe establecer si su incapacidad es parcial o superior al 50%, por medio de un dictamen de pérdida de capacidad laboral. **En el evento en que la incapacidad sea permanente parcial, el afiliado tendrá derecho al reconocimiento de una indemnización.** Y si se concluye que la incapacidad es superior al 50%, este tendrá derecho a una pensión de invalidez, cuando cumpla con las demás condiciones legales y constitucionales para ello.

Por último, aclaró que el hecho de que la pérdida de capacidad permanente parcial dé lugar a una indemnización, no significa que el afiliado en estas



Radicado: 13001-33-33-005-2018-00168-00

condiciones tenga sólo derecho a una indemnización, es decir, que el pago de dicha prestación no es incompatible con los subsidios por incapacidad que le corresponde asumir a la ARL.

## 6. Caso Concreto

### 6.1 Hechos relevantes probados

6.1.1 La señora Luz María Lara Castelar fue diagnosticada con SÍNDROME DE MANGUITO ROTATORIO por NUEVA EPS el 23 de enero de 2015 como enfermedad de origen laboral (Folio 11).

6.1.2 Del Dictamen de determinación de origen de la enfermedad de la accionante, rendido en segunda instancia por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ de fecha **1 de agosto de 2016**,<sup>10</sup> se pueden extraer los siguientes hechos relevantes:

- La accionante se desempeña como cocinera en la preparación de almuerzos y cenas desde hace 24 años en la empresa actual SERVICAFI, y 28 años en total en su vida, lleva incapacitada 3 años.
- El **23 de enero de 2015**, la **NUEVA EPS** calificó en primera oportunidad el DX Síndrome de manguito Rotatorio Derecho; **origen; enfermedad laboral.**
- La **Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar** mediante **Dictamen No. 9128 del día 7 de enero de 2016** calificó el diagnóstico. Síndrome Manguito Rotador Derecho como **enfermedad de origen laboral.**
- El **28 de enero de 2016**, la accionante presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, al arrojar **pérdida de capacidad laboral del 15.65% y el origen común** con fecha de estructuración lunes 21 de julio de 2014 para que se remitiera a la Junta Nacional. Así mismo el dictamen fue apelado por la ARL POSITIVA para que se modificara el origen de la patología, toda vez que no se es origen LABORAL.
- La Junta Regional de Calificación de Invalidez resolvió recurso de reposición confirmando la decisión, recalcando que en el dictamen 9128 no se calificó la pérdida de la capacidad laboral (PCL) y se ratificó que el origen de la enfermedad es LABORAL.
- **Concepto de rehabilitación:** "proceso de rehabilitación: **Sin información.**
- La Junta Nacional de Calificación de Invalidez, recalcó que la calificación en primera oportunidad no contempló la pérdida de capacidad laboral, razón por la que no le resulta posible pronunciarse sobre un aspecto que no fue estudiado en el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez. En ese orden, confirmó el dictamen 2128 de 7 de enero de 2016 en cuanto al origen de enfermedad como LABORAL.

<sup>10</sup> Este hecho se acreditó





**Radicado: 13001-33-33-005-2018-00168-00**

- 6.1.3 La NUEVA EPS expidió incapacidades a favor de la actora por enfermedad general desde el 08/07/2013 hasta el 25 de mayo de 2014 para un total de 279 días. Y como enfermedad profesional desde el 29/05/2014 hasta el 26/07/2018, para un total de 1161 días (Fl. 44-58).
- 6.1.4 Mediante Oficio 47005 de fecha 16 de marzo de 2018, la ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., comunicó a la empresa SERVICAFI S.A.S, el concepto de reintegro a sus labores de la señora LUZ MARIA LARA CASTELLAR, con algunas modificaciones y recomendaciones (Fl. 26 y reverso).
- 6.1.5 El día 4 de enero de 2018, ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., mediante dictamen 1773103 calificó el origen de la patología como laboral y la pérdida de capacidad laboral de la señora LUZ MARÍA LARA CASTELLAR en un 3%, con DX SINDROME DEL MANGUITO ROTATORIO DERECHO<sup>11</sup>.
- 6.1.6 El anterior dictamen se le notificó a la accionante mediante guía N° YG199865039CO el 13 de agosto de 2018 por medio del servicio postal 472.<sup>12</sup>
- 6.1.7 La accionante no radicó ante la ARL POSITIVA incapacidades expedidas por la NUEVA EPS según lo informó dicha entidad al responder la presente acción de tutela, y allegando pantallazo al sistema de búsqueda en trámites internos dentro de sus archivos.<sup>13</sup>

Esa decisión fue comunicada a la accionante mediante oficio de fecha 8 de agosto de 2018 (Fl. 110), es decir, con posterioridad a la presentación de la acción de tutela en fecha 03/08/2018 (folio 1- 6), en el que le manifestó dicho porcentaje no se encuentra dentro del rango que configura incapacidad permanente parcial y no origina derecho a indemnización.

- 6.1.8 A la accionante se le han expedido incapacidades desde el 08/07/2013 hasta el 10/08/2018 según reporte remitido por la NUEVA EPS al contestar la acción de tutela. (Fl. 44-58)

## **6.2 Valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico y jurisprudencial**

La Sala debe estudiar en primer lugar la procedencia de la acción de tutela porque la señora LUZ MARIA LARA CASTELLAR considera que se vulneran sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y seguridad social, con ocasión de la omisión en el pago de las incapacidades que datan del mes de enero de 2014 y equivalen a 976 días más los intereses de mora, es decir, por omisión en el pago de prestaciones económicas prolongadas por más de cuatro

<sup>11</sup> Este hecho se deduce de la respuesta de la ARL POSITIVA a la presente acción de tutela, visible a folios 184 y ss del expediente

<sup>12</sup> También se probó con la contestación que efectuó la ARL POSITIVA en el transcurso de la acción. Fl 184

<sup>13</sup> Respuesta a la acción de tutela, folio 185



Radicado: 13001-33-33-005-2018-00168-00

(4) años y por el período de tiempo en el que se encuentra médicamente incapacitada para laborar; mientras que la acción de tutela fue interpuesta el 3 de agosto de 2018, como se comprueba a folio 1 del expediente.

Para el efecto, habrá de estudiarse si, en el caso concreto, están acreditados los requisitos de INMEDIATEZ Y SUBSIDIARIEDAD.

### 1. Inmediatez:

Este requisito de procedibilidad impone la carga a la accionante de interponer la acción de tutela en un término prudente, razonable, y justo<sup>14</sup>, respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de derechos fundamentales y está previsto en el artículo 86 de la Carta, precisamente porque su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales<sup>15</sup>.

Teniendo en cuenta que la estimación del plazo razonable para la formulación de la acción de tutela debe verificarse en cada caso a partir de un ejercicio de interpretación judicial sobre sus particularidades, en el caso concreto se debe valorar que: (i) existan razones válidas para justificar la inactividad del accionante, entre las cuales se enlistan situaciones de fuerza mayor, caso fortuito o, en general, la incapacidad del tutelante para ejercer la acción en un tiempo razonable<sup>16</sup>; (ii) la amenaza o vulneración permanezca en el tiempo, a pesar de que el hecho que la originó sea antiguo<sup>17</sup>; o (iii) la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable, resulte desproporcionada en razón de una situación de debilidad manifiesta del accionante, por ejemplo, en casos de interdicción, minoría de edad, abandono, o incapacidad física.

La ocurrencia de cualquiera de los referidos eventos se traduce en la satisfacción del requisito de inmediatez, aunque la instauración de la acción de tutela sea distante en el tiempo respecto del momento en que ocurrió la conducta de la que surge la vulneración de los derechos que se pretende proteger.

Conforme lo precedente, se debe recalcar que, en relación con el pago de incapacidades expedidas con antelación superior a la instauración de la acción de tutela, se ha considerado que la procedencia del amparo está condicionada a la diligencia del peticionario respecto de la omisión o respuesta negativa de las entidades responsables; debiéndose tener en cuenta el lapso transcurrido entre la negativa a sufragar la prestación debida y la formulación de solicitud de tutela.

En ese orden y aplicando las reglas señaladas por la jurisprudencia constitucional para encontrar acreditado el requisito de inmediatez en el presente asunto, se tiene probado que, el mismo empleador de la señora LUZ MARIA LARA CASTELLAR refirió que las incapacidades que ésta presentó con antelación al día 180 de incapacidad le fueron pagadas debidamente pero que después se rechazaron

<sup>14</sup> Ver Sentencias T-834 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-887 de 2009. M.P. Mauricio González Cuervo

<sup>15</sup> Sentencia T-246 de 2015. M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

<sup>16</sup> Sentencias T-1009 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

<sup>17</sup> Sentencia T-788 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.



**Radicado: 13001-33-33-005-2018-00168-02**

por la EPS aduciendo que eran de competencia de la ARL POSITIVA por tratarse de una enfermedad calificada como de origen laboral. Sin embargo, no obra en el plenario prueba que acredite que la accionante radicó ante la ARL POSITIVA las incapacidades expedidas por la NUEVA EPS para que le fueran canceladas, y por el contrario como lo refirió la ARL POSITIVA al contestar la presente acción de tutela en sus archivos no reposan reclamos por tal concepto y en ese orden dicha entidad no negó su pago.

Así mismo, se probó que la accionante repuso y apeló el dictamen que en primera oportunidad calificó el origen de su patología como de origen laboral, incurriendo en error, pues adujo que dentro del mismo se le había calificado una pérdida de capacidad laboral del 15.67% y que se le había determinado como de origen común cuando la calificación fue laboral y no se le había determinado PCL. Es decir, hubo una indebida interpretación de la accionante, de donde se puede llegar a inferir que con ocasión de dicho error omitió reclamar el pago de las incapacidades laborales a la ARL POSITIVA.

En conclusión, lo que se evidencia en el caso concreto es que la actora erró en el trámite de la reclamación ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, porque habiendosele calificado en primera oportunidad su patología como de origen laboral, lo que procedía era reclamar el pago de las incapacidades ante la ARL POSITIVA, pero en lugar de ello, decidió impugnar un dictamen que le resultaba favorable en la medida en que se le calificó origen de la patología como laboral tal y como ella misma lo solicitaba. En ese orden, para la Sala no resulta admisible que pretenda acudir cuatro años después a la acción de tutela a reclamar el pago de incapacidades laborales por las anualidades 2014 a 2017 y principios de 2018; porque precisamente este medio judicial es idóneo y eficaz pero para la protección inmediata de derechos fundamentales.

Si bien la Corte admite excepciones para encontrar cumplido el requisito de inmediatez en los casos en que la presunta vulneración de los derechos fundamentales se prolongue en el tiempo, en el caso concreto, no se materializa esta excepción, porque la accionante no presentó ante la ARL POSITIVA las incapacidades para su pago y, en ese orden, dicha entidad no lo negó. Además, la patología que ésta presenta de MANGUITO ROTADOR no le impedía hacer el reclamo dado que también se acreditó que ejerció defensa ante las Juntas de Calificación de Invalidez, pudiendo entonces solicitar el pago de las incapacidades.

El término prudencial y razonable que la Corte Constitucional ha señalado para interponer la acción de tutela corresponde a 6 meses, por ello la Sala frente a las incapacidades anteriores a los 6 meses precedentes a la presentación de la acción de tutela, esto es al 3 de agosto de 2018 declarará que no se cumple el requisito de inmediatez.

## **2. Subsidiariedad.**

En el caso concreto, tampoco se cumple el principio de subsidiariedad, porque la actora, a través de la acción de tutela, reclama derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad,



**Radicado: 13001-33-33-005-2018-00168-02**

los cuales pueden ser perseguidos por medio del proceso ordinario laboral frente a las incapacidades laborales que reclama con antelación a los seis (6) meses a instaurar la presente acción de tutela. Dicho medio de defensa, está previsto en el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012. Así mismo, y en virtud de la Ley 1122 de 2007, también puede acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud a reclamar el pago de dichas incapacidades, porque dicha entidad, además de ejercer su cometido genérico de inspección, vigilancia y control en el sector, tendrá la competencia para ejercer una función jurisdiccional, conociendo y fallando en derecho "*con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez*" distintos asuntos, entre ellos: "*b) (el) reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios*".

Finalmente, dicha disposición agrega que esta autoridad sólo podrá conocer y fallar tales asuntos a petición de parte y, no podrá conocer de ningún caso que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido a un proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal, agregando que el trámite a seguir en este tipo de procedimientos será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.

Tampoco se acreditan las excepciones que ha reiterado la jurisprudencia constitucional para la procedencia excepcional de la acción de tutela en el caso concreto, consistentes en que: (i) el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, caso en el cual procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

Estas reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal.

En el caso concreto, la actora reclama el pago de incapacidades laborales que datan de la anualidad 2014 y frente a ellas no ha ejercitado el proceso laboral con que cuenta así como tampoco la reclamación que puede llevar a cabo a través de la Superintendencia Nacional de Salud para efectos de que verifique si la NUEVA EPS incumplió con sus deberes y de pagar oportunamente las incapacidades que eran de su competencia.

Por lo anterior, la Sala puede concluir que tales medios de defensa judicial pueden ser idóneos y eficaces para reclamar el pago de tales acreencias, porque habiendo transcurrido cerca de cuatro años ha solventado sus



**Radicado: 13001-33-33-005-2018-00168-00**

necesidades, luego los mecanismos ordinarios instituidos para reclamar el pago del auxilio por incapacidad retrasados con los correspondientes intereses moratorios, son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz.

En el caso concreto, es indispensable destacar que la accionante en el escrito de tutela solo relato que atiende sus necesidades básicas y las de su familia y compañero invalido, sin pensión ni ingresos y que vive por las ayudas de algunos familiares que son de bajos ingresos económicos y que incluso no cuenta con dinero para el transporte. Sin embargo, como se demostró cuando la Sala analizó el requisito de inmediatez ha podido subsistir sin el pago de las incapacidades laborales por cuatro años y ha desplegado actividades administrativas de defensa ante las entidades correspondientes; Junta Regional de Calificación de Invalidez, pero sin que se denote ninguna otra actividad encaminada a cobrar dichas incapacidades como tampoco a reclamarlas de la Superintendencia Nacional de Salud o del Juez Laboral, de donde se denota que ha contado con recursos para su subsistencia.

Así las cosas, se observa que ha podido aliviar de manera estable las consecuencias económicas por la omisión en el pago de la prestación económica, supliendo las necesidades básicas y mínimas sin que se pueda avisorar que pueda estar ante una amaneza inminente a su derecho al mínimo vital o llegar a padecer un perjuicio con las características de irremediable; esto es, i) que esté próximo a ocurrir; ii) grave, por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante, iii) que requiera medidas urgentes para conjurarlo y (iv) que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad.

En virtud de lo anterior, la Sala considera que los medios judiciales ordinarios en el presente caso resultan idóneos y eficaces para reclamar las prestaciones económicas atrasadas desde enero de 2014 y hasta dentro de los seis (6) meses anteriores a la interposición de la presente acción de tutela (3 de agosto de 2018), que se le adeudan por parte de las entidades obligadas, conforme al ámbito de sus competencias como quedó visto en el marco jurídico, previa valoración de las pruebas allegadas a dicho expediente en el que se cuente con la fecha en que la EPS expidió el concepto de rehabilitación, sin que la Sala tenga certeza dentro de esta acción si el mismo se expidió dentro de los 120 días que dispone la Ley o con posterioridad y si fue favorable o no, pues como se consignó en el Dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de fecha 1 de septiembre de 2016 obrante a folios 59 y siguientes del expediente no se contó con el concepto de rehabilitación. (fl 65). A partir de ese análisis probatorio, será el Juez Laboral Ordinario el encargado de establecer a cuál de las entidades dentro del Sistema de Seguridad Social le compete pagar las incapacidades labores después del día 180 de incapacidad y con posterioridad al 541, todo ello y con fundamento en las pruebas aportadas, debidamente valoradas por el juez natural.

Por otra parte y como el juez de tutela también tiene a su cargo velar por la protección de los derechos fundamentales de las personas ante la amenaza de





Radicado: 13001-33-33-005-2018-00168-00

los mismos y en ese orden, a partir de esa posible amenaza, tiene la responsabilidad de esclarecer los hechos y de adoptar las providencias oportunas que los preceptos constitucionales exige según cada caso, la Sala pasará a determinar lo relevante frente a las incapacidades que se han expedido y que no se han pagado a la accionante dentro del término prudencial y razonable de seis meses con antelación a la interposición de la acción de tutela.

Para efectos de lo anterior, se partirá del siguiente reporte de incapacidades que presentó la NUEVA EPS al contestar la presente acción de tutela<sup>18</sup>, con fundamento en el cual se prueba que en este periodo de tiempo se expidieron las siguientes incapacidades de origen laboral:

Numero Incapacidad	contingencia	Fecha Inicial	Fecha final	Diagnostico	Días otorgados	Interrupción	Aportante
0004202492	Enfermedad profesional	05/04/2018	19/04/2018	M751	15	10	SERVICAFI S.A.S
0004258790	Enfermedad profesional	30/04/2018	13/05/2018	M751	14	1	SERVICAFI S.A.S
0004290317	Enfermedad profesional	15/05/2018	29/05/2018	M751	15	0	SERVICAFI S.A.S
0004329331	Enfermedad profesional	30/05/2018	11/06/2018	M751	13	0	SERVICAFI S.A.S
0004355520	Enfermedad profesional	12/06/2018	26/06/2018	M751	15	0	SERVICAFI S.A.S
0004393225	Enfermedad profesional	27/06/2018	11/07/2018	M751	15	0	SERVICAFI S.A.S
0004429261	Enfermedad profesional	12/07/2018	26/07/2018	M/751	15	0	SERVICAFI S.A.S

Se probó también que la ARL POSITIVA tan solo calificó la pérdida de capacidad laboral de la actora mediante dictamen 1348353 el día 4 de enero de 2018<sup>19</sup> y se lo notificó a la actora el día 13 de agosto de 2018 mediante la guía No YG 199865039CO<sup>20</sup>, como lo informó en la contestación de la presente acción de tutela, después de que ésta se inició. De ello se deduce que dicho dictamen no está en firme y por ende, la competente para pagar las incapacidades laborales referidas con antelación es de la ARL POSITIVA, como lo dispone la Ley 776 de 2002 en su artículo 1 parágrafo 2:

*"(...) Parágrafo 2º. Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.*

*La Administradora de Riesgos Profesionales en la cual se hubiere presentado un accidente de trabajo, deberá responder íntegramente por las prestaciones derivados de este evento, tanto en el momento inicial como frente a sus secuelas, independientemente de que el trabajador se encuentre o no afiliado a esa administradora.*

*Las acciones de recobro que adelanten las administradoras son independientes a su obligación de reconocimiento del pago de las prestaciones económicas dentro*

<sup>18</sup> Folios 41 a 58 del expediente

<sup>19</sup> Fl 111-114

<sup>20</sup> Fl 213 y ss



Radicado: 13001-33-33-005-2018-00168-00

**de los dos (2) meses siguientes contados desde la fecha en la cual se alleguen o acrediten los requisitos exigidos para su reconocimiento.** Vencido este término, la administradora de riesgos profesionales deberá reconocer y pagar, en adición a la prestación económica, un interés moratorio igual al que rige para el impuesto de renta y complementarios en proporción a la duración de la mora. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar" (resaltado fuera de texto).

La misma norma en su artículo 3, sobre el monto de las prestaciones económicas por incapacidad temporal, dispone:

*"Artículo 3. Monto de las prestaciones económicas por incapacidad temporal. Todo afiliado a quien se le defina una incapacidad temporal, recibirá un subsidio equivalente al cien (100%) de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente el que ocurrió el accidente de trabajo y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o su muerte. El pago se efectuará en los períodos en que el trabajador reciba regularmente su salario.*

*Para la enfermedad profesional será el mismo subsidio calculado desde el día siguiente de iniciada la incapacidad correspondiente a una enfermedad diagnosticada como profesional.*

**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.**

**Cumplido 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"** (resaltado de la Sala).

Por lo anterior no le asiste razón a la ARP POSITIVA respecto de que no está en la obligación de pagar incapacidades a la accionante con el argumento de que ya calificó la pérdida de capacidad laboral, toda vez que dicho dictamen no está en firme en el caso concreto y porque, sobre el régimen de responsabilidad en materia de seguridad social es claro que debe prevalecer la calificación original de la enfermedad hasta tanto no se haya modificado, estando el pago de las incapacidades a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Laborales cuando la afectación a la salud haya sido calificada como de origen laboral y a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones cuando esta sea de origen común. A la señora LUZ MARIA LARA CASTELLAR se le calificó en primera oportunidad el origen de su patología como laboral y hasta la fecha no ha sido modificada.

La Ley 776 de 2002 en su artículo tercero, inciso final es claro al disponer que, cuando 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 y que hasta tanto no se establezca el grado de



**Radicado: 13001-33-33-005-2018-00168-00**

incapacidad o invalidez, la ARP continuará cancelando el subsidio por incapacidad temporal.

De igual manera, en el Parágrafo 2º del Artículo 1º, se dispuso:

*"las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.*

*Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura."*

Tampoco le asiste razón en el argumento de impugnación según el cual las incapacidades se encuentran prescritas, porque se aplica el Artículo 22 de la Ley 1562 de 2012, según el cual dicho fenómeno opera en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que se genere, concrete y determine el derecho, y al no estar en firme el dictamen de pérdida de capacidad laboral tampoco puede predicarse que ha empezado a correr la prescripción.

Por lo precedente, la sentencia de primera instancia se confirmará parcialmente en cuanto declaró la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital de la accionante respecto de la omisión en el pago de algunas incapacidades, pero la modificará para declarar la improcedencia frente al reconocimiento y pago de las incapacidades laborales expedidas con antelación a la No 004202492, por la contingencia de enfermedad profesional, con fecha inicial: 05/04/2018, fecha final: 19/04/2018, diagnóstico M751, al no demostrarse los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.

Así mismo, la modificará para ordenar el pago de las expedidas según el cuadro anexo. En lo demás la confirmará.

Con fundamento en los razonamientos fácticos y constitucionales, el **Tribunal Administrativo de Bolívar**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia de fecha veintiséis (26) de octubre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió parcialmente la acción de tutela interpuesta por la señora **LUZ MARINA LARA CASTELLAR** contra la **ARL POSITIVA** por la vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**  
**SALA FIJA DE DECISIÓN No. 02**  
**SENTENCIA No. 050/2018**

**SIGCMA**

Radicado: 13001-33-33-005-2018-00168-00

**SEGUNDO: MODIFICAR EL ARTÍCULO SEGUNDO** de la sentencia de fecha veintiséis (26) de octubre de dos mil dieciocho (2018), en cuanto al reconocimiento de las incapacidades laborales a favor de la señora LUZ MARINA LARA CASTELLAR, las cuales corresponden a las relacionadas en el siguiente cuadro:

Numero incapacidad	contingencia	Fecha inicial	Fecha final	Diagnostico	Días otorgados	Interrupción	Aportante
0004202492	Enfermedad profesional	05/04/2018	19/04/2018	M751	15	10	SERVICAFI S.A.S
0004258790	Enfermedad profesional	30/04/2018	13/05/2018	M751	14	1	SERVICAFI S.A.S
0004290317	Enfermedad profesional	15/05/2018	29/05/2018	M751	15	0	SERVICAFI S.A.S
0004329331	Enfermedad profesional	30/05/2018	11/06/2018	M751	13	0	SERVICAFI S.A.S
0004355520	Enfermedad profesional	12/06/2018	26/06/208	M751	15	0	SERVICAFI S.A.S
0004393225	Enfermedad profesional	27/06/2018	11/07/2018	M751	15	0	SERVICAFI S.A.S
0004429261	Enfermedad profesional	12/07/2018	26/07/2018	M/751	15	0	SERVICAFI S.A.S

**TERCERO: RECHAZAR POR IMPROCEDENTE** la acción de tutela promovida por la señora LUZ MARINA LARA CASTELLAR, para obtener el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales expedidas desde el mes de enero de 2014 y hasta el cuatro (04) de abril de 2018, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

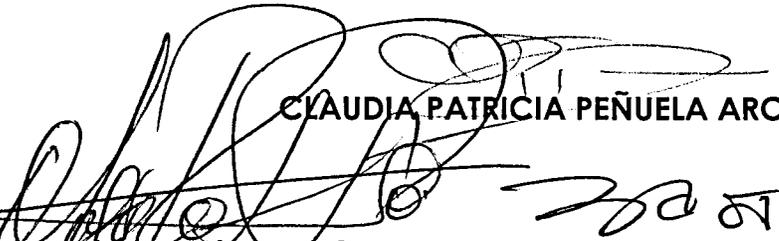
**CUARTO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia de fecha veintiséis (26) de octubre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena.

**QUINTO:** Remitir el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de la fecha.

Los Magistrados,

  
**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**

  
**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

  
**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**

Medio de control	TUTELA
Radicado	13001-33-33-005-2018-00168-00
Accionante	LUZ MARÍA LARA CASTELLAR
Accionada	NUEVA EPS Y ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A
Tema	PAGO DE INCAPACIDADES
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

