



13001-33-33-004-2017-000330-01

Cartagena de Indias D. T y C, Nueve (9) de abril de dos mil dieciocho (2018)

MEDIO DE CONTROL	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
RADICADO	13001-33-33-004-2017-000330-01
DEMANDANTE	NAVIRA MARCELINA HERNÁNDEZ SUÁREZ
DEMANDADO	NUEVA EPS-COLPENSIONES –PORVENIR S.A
TEMA	PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL
MAGISTRADO PONENTE	ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala fija de decisión No.01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la Impugnación presentada por la accionante NAVIRA HERNANDEZ SUAREZ, contra la sentencia de tutela de fecha 04 de diciembre 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se tutelaron los derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social de la Señora NAVIRA MARCELINA HERNÁNDEZ SUÁREZ, y en virtud de lo anterior, ordenó a la accionada la NUEVA EPS a que en el término de diez (10) días contados a partir de su notificación, procediera a realizar las diligencias necesarias para la calificación del origen de la patología de la accionante.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones

Solicita se tutelen los derechos violentados a la accionante, disponiendo a las entidades accionadas que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, paguen a la señora NAVIRA MARCELA HERNÁNDEZ SUÁREZ las incapacidades laborales a que tiene derecho, desde el momento en que cumplió el día 181, y hasta que se restablezca su salud o se califique de forma definitiva la pérdida de su capacidad laboral, y las que en el futuro le sean otorgadas, hasta cuando se dé su reubicación laboral por la de alta médica.

2.2 Hechos

Refiere la accionante que estando al servicio de la empresa ALMACENES ÉXITO S.A fue diagnosticada con una patología denominada: M654 TENOSINOVITIS ESTILOIDES DE QUERVAIN, por lo que fueron generadas incapacidades y tratamientos médicos.



13001-33-33-004-2017-000330-01

Señala que inicialmente se encontraba afiliada a PORVENIR, la accionante solicita traslado para la AFP COLPENSIONES, siendo aceptada su solicitud el día 16 de febrero de 2017.

Para el día 19 de agosto de 2016 la NUEVA EPS emite un concepto favorable de rehabilitación y comunica a la AFP PORVENIR el 31 de agosto de 2016. Luego este concepto es notificado a la AFP COLPENSIONES el 18 de julio 2017.

Añade que en respuesta a la solicitud ante la AFP COLPENSIONES la entidad reconoce y cancela mediante resolución No. 7756 de 2017 los siguientes días:

Fecha	VALOR	Días pagados
2017/6/26 hasta 2017/7/3	196.726	8
2017/7/4 hasta 2017/7/12	221.316	9
2017/7/13 hasta 2017/8/11	737.718	30

Por resolución No. 9201 de 2017 los siguientes días:

FECHA	VALOR	Días pagados
2017/8/12 hasta 2017/8/25	344.268	14
2017/8/26 hasta 2017/9/8	344.268	14

Mediante carta de fecha 21 de junio de 2017 COLPENSIONES le informa a la accionante que no podía continuar con el reconocimiento de las incapacidades que le seguía expidiendo su médico tratante, superiores a 180 días toda vez que no cumplía con los requisitos para acceder al reconocimiento y pago de esta prestación, por estar inmersa en la causal: CONCEPTO DE REHABILITACION NO EMITIDO POR LA EPS, INCAPACIDADES A SU CARGO- Artículo 142, Decreto 019 02012. No le era de competencia a esta entidad reconocer y cancelar dichas incapacidades, debido a que a la entidad que le competía era la NUEVA EPS porque esta había remitido el concepto de rehabilitación de forma extemporánea.

Señala que la accionada COLPENSIONES no dio continuidad en el pago del auxilio por incapacidad a la demandante, quien presentó un derecho de petición el 03 de agosto de 2017 a la accionada NUEVA EPS, a fin de que se le reconociera dicha prestación.

La accionante expone que la NUEVA EPS responde el 17 de agosto del 2017 manifestando que la prestación solicitada del pago de incapacidades



13001-33-33-004-2017-000330-01

superiores a los 180 días, le correspondía al fondo de pensiones COLPENSIONES, toda vez que ya había cumplido con el pago de los primeros 180 días.

El 22 de mayo de 2017 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar hizo devolución de la documentación presentada por la NUEVA EPS, por no aportar los documentos necesarios para llevar a cabo el proceso de calificación de origen de su enfermedad y posteriormente establecer el porcentaje y pérdida de su capacidad laboral.

Señala que hasta la presente dicho proceso no se ha iniciado. Y el no reconocimiento de manera urgente de las incapacidades vulnera sus derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política.

Finalmente añade que es una persona que se encuentra en estado de incapacidad, por la patología que padece es sujeto de especial protección. Relata que tiene una familia que sostener y obligaciones financieras y debido a ello empeora su condición de salud.

2.3. CONTESTACION

2.3.1 PORVENIR¹

Indica esta entidad que se declare la improcedencia de la tutela, por la razón que la señora NAVIRA MARCELINA HERNANDEZ SUAREZ no está afiliada a PORVENIR S.A debido a que fue válidamente trasladada a COLPENSIONES, por tanto es esta entidad quien debe resolver la solicitud del accionante, es decir, nunca existió legitimación en la causa para vincularla, por lo tanto es ajena a cualquier responsabilidad respecto a la solicitud de la accionante, toda vez que no ha incurrido en falta alguna frente a las obligaciones que tiene a su cargo.

Esta entidad hace mención entre otros autos expedido por la Corte Constitucional, tratándose de acciones de tutela: Auto 081 de 2001; y tratándose de legitimación por pasiva citó un auto, el 038/2, y la Sentencia T-162 de 1998.

En consecuencia, concluye la entidad que ni por el componente fáctico ni por el jurídico se encuentran fundamentos para imputarles alguna vulneración de derechos fundamentales por parte de esta, ni existe situación que

¹ Folio 76-79



13001-33-33-004-2017-000330-01

corresponda a alguna actuación u omisión por parte de esta administradora, que pueda derivar en una trasgresión a los derechos fundamentales de la accionante.

2.3.2 NUEVA EPS²

Indica esta entidad que una vez revisada la solicitud de pago de las incapacidades, teniendo en cuenta que durante el seguimiento que se realizó a los usuarios, se pudo establecer que esta usuaria presentó 180 días continuos de incapacidad, según el Decreto 2643 de 2001- artículo 23, expresa que las Empresas Promotoras de Salud EPS están obligadas a reconocer hasta 180 días consecutivos de incapacidad por un mismo diagnóstico o patología relacionada; a partir del día 181 el reconocimiento económico pasa a ser responsabilidad del fondo de pensiones donde se encuentre afiliado, ya sea hasta que se produzca un dictamen sobre su pérdida de capacidad laboral, se restablezca su salud o se gestione su pensión con dicha entidad.

La NUEVA EPS adicionalmente informó que el afiliado se calificó sin APT ya que su empleador no lo ha aportado. Esta entidad manifestó que el usuario cumplió 180 días de incapacidad, por lo que efectuó su obligación de notificar a la ARL SURA.

Por lo anterior la NUEVA EPS pide que se declare la improcedencia de la tutela.

2.4. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena consideró que resulta excepcionalmente procedente la acción de tutela pues, la accionante se encuentra en estado de vulnerabilidad debido a que presenta diagnóstico médico de "TENOSINOVITIS DE ESTILOIDES RADIAL", lo que la ha mantenido incapacitada laboralmente y no poder proveer lo necesario para su propio sustento y a su núcleo familiar, afirmación que al no ser controvertida por las accionadas merece total credibilidad.

El juez de primera instancia precisó, que es deber de las entidades encargadas de determinar el origen de la enfermedad o accidente y de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, garantizar que se cumpla en los plazos establecidos por las normas que la regulan, en procura de respetar los derechos fundamentales de sus afiliados, teniendo para tal efecto la facultad

² Folios 85-86



13001-33-33-004-2017-000330-01

de solicitar los documentos a quien corresponda, ya sea al empleado, al empleador o a la administradora de riesgos laborales.

Para el *a quo* resulta cuestionable que a la fecha no se haya propendido por la calificación de origen de la enfermedad y la calificación de la pérdida de la capacidad laboral de la accionante, dado el extenso tiempo transcurrido desde que recibió la devolución de la solicitud de la calificación que le solicitaba aportar el análisis del puesto de trabajo, desconociendo en efecto los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social.

Por lo anterior accedió a tutelar los derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social de la accionante, y a efectos de garantizar su protección efectiva, el *a quo* ordenó a la NUEVA EPS para que dentro de los 10 días siguientes a la notificación del proveído, procediera a realizar las diligencias necesarias para la calificación del origen de la patología de la accionante.

En cuanto a COLPENSIONES y PORVENIR S.A., manifestó que no encuentra que estén desconociendo derechos fundamentales a la actora, razón por la cual denegó el amparo deprecado en lo que a ellas respecta. Adicionalmente denegó el amparo a los derechos fundamentales al mínimo vital, petición, vida en condiciones dignas, salud y estabilidad laboral reforzada.

2.5. Impugnación de la Sentencia

La sentencia de fecha 04 de diciembre de 2017 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, es impugnada por la accionante, NAVIRA MARCELINA HERNÁNDEZ SUÁREZ, quien manifestó no estar de acuerdo con la decisión, solicitando la revocatoria de la misma y la consecuente orden de pago de las incapacidades que no le han sido canceladas, a cargo de todas las accionadas.

Sostiene el apoderado de la accionante que no le fueron reconocidas las incapacidades superiores a 180 días, reclamando este pago que se evidencia en el comunicado de fecha 06 de marzo de 2017, a lo que la entidad COLPENSIONES responde que era necesario que aportara certificado o constancia de pago de subsidio por concepto de incapacidades superiores a ciento ochenta (180) días provenientes del Fondo de Pensiones Porvenir S.A.

Arguye, que si la accionada COLPENSIONES a la referida fecha solicita este requisito quiere decir que era consciente de que le competía la continuidad en el pago de las incapacidades que se generaron a partir del día 181 de



13001-33-33-004-2017-000330-01

incapacidad, pero aun así emite respuesta en la que niega tal pretensión aduciendo que no era dable proceder al pago de la prestación solicitada por la no remisión oportuna del concepto de rehabilitación por parte de la NUEVA EPS. Estima la accionante que no le compete esta situación toda vez que dicha carga administrativa no puede ni debe ser soportada por ella como afiliado, pues es asunto entre entidades.

Manifiesta el apoderado de la actora, que en cuanto a la NUEVA EPS, está en desacuerdo, en cuanto a endilgarle responsabilidad solo en lo relacionado al tema de la calificación, pues también existe responsabilidad en cuanto al pago de las incapacidades generadas superiores a los 180 días, toda vez que por parte de esta también hubo omisión en su deber de notificar dentro del término el concepto de rehabilitación, pues este debió ser notificado urgentemente a la nueva Administración de Fondo de Pensión en este caso COLPENSIONES tal como lo estipula la norma.

Sostiene que en el presente caso hubo violación a los derechos fundamentales de la accionante, de un derecho importante como lo es el MINIMO VITAL.

Concluye que en el fallo no se tuvieron en cuenta todo el material probatorio, el cual reflejaba a simple vista la transgresión a los derechos fundamentales dando relevancia a asuntos que no incumben a los afiliados al Sistema Integral de Seguridad social, por ser nocivos de tales derechos a quienes esperan amparo constitucional.

2.6. Trámite de la Impugnación.

A través del auto de fecha ocho (08) de marzo de 2018, el A quo concedió la impugnación, siendo repartida al Despacho del Ponente el trece (13) de marzo 2018, ingresando al despacho el 14 de marzo de 2018.

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia

Conforme lo establecido el Decreto 2591 de 1991, el Tribunal Administrativo de Bolívar, es competente para conocer en segunda instancia de la presente acción.

3.2 Legitimación activa



13001-33-33-004-2017-000330-01

Sobre el particular el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de amparo constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona en nombre propio o a través de representante, como en el caso en concreto, a fin de solicitar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

De igual manera, en su artículo 10, el Decreto 2591 de 1991 señala:

"La acción de tutela podrá ser ejercida en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quién actuara por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando la circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales."

De conformidad con lo anterior, en efecto, la señora NAVIRA MARCELINA HERNANDEZ SUAREZ, actuando a través de apoderado, se encuentra legitimada por activa para reclamar la protección del derecho fundamental alegado en la demanda, toda vez que es quien alega que se le ha vulnerado por las accionadas.

3.3. Legitimación pasiva.

En relación con la legitimación por pasiva en el trámite de la acción de tutela el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 dispone:

"Artículo 13. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubieren actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior". (Negritas fuera de texto)



13001-33-33-004-2017-000330-01

Las autoridades accionadas la NUEVA EPS S.A, COLPENSIONES y el FONDO DE PENSIONES PORVENIR, 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 del accionante así como llevar a cabo los trámites administrativos indispensables para culminar con la definición de su situación laboral, ya sea por medio de su reincorporación laboral cuando se logre su total rehabilitación o se otorgue su pensión de invalidez. Por lo tanto, están legitimadas en la causa por pasiva frente a la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales que el actor narra en su escrito de tutela.

3.4 Problemas Jurídicos.

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, le corresponde a la Sala examinar los siguientes problemas:

- ¿Vulnera la NUEVA E.P.S, COLPENSIONES y PORVENIR S.A los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social de la señora NAVIRA HERNANDEZ SUAREZ, al no realizar el pago de las prestaciones económicas derivadas de las incapacidades médicas que le viene otorgando su médico tratante con posterioridad al día 180?

3.5 Tesis de la Sala.

La Sala sustentará como tesis que a la NUEVA EPS le es imputable la sanción establecida en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 y, por tanto, debe cancelar las incapacidades adeudadas entre marzo veinticinco (25) de 2017³ y agosto de 2016⁴. Así mismo, considera que COLPENSIONES S.A., no tenía justificaciones válidas para negar el reconocimiento de las incapacidades proferidas luego de la remisión del dictamen, toda vez que los aportes de la actora han sido cancelados de forma efectiva.

En virtud de lo anterior, se procederá a REVOCAR en todas sus partes el fallo impugnado.

Como la anterior tesis no es gratuita ni carente de fundamento pasa la Sala a exponer sus fundamentos.

3.6. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

³ Fecha en la cual se tiene prueba le fue otorgada la primera incapacidad.

⁴ Fecha de expedición del concepto de rehabilitación por parte de la NUEVA EPS.





3.6.1 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 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
- 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.

3.6.2. Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de incapacidades.

Al respecto, la H. Corte Constitucional ha indicado lo siguiente:

"(...) que la acción de tutela procede para el reconocimiento de prestaciones laborales cuando: i) no existe otro medio de defensa judicial, o de existir, éste no es apto para salvaguardar los derechos fundamentales en juego; o ii) cuando se pruebe la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, con las características de grave, inminente y cierto, que exija la adopción de medidas urgentes y necesarias para la protección de derechos fundamentales.

Frente a la primera hipótesis, la jurisprudencia ha desarrollado algunos parámetros adicionales que permiten a los jueces establecer con mayor grado de certeza la idoneidad o no de los medios ordinarios. En efecto, la edad, el estado de salud, las condiciones económicas, sociales y familiares son aspectos relevantes que se deben ponderar, cuando se exige a una persona asumir las complejidades propias de los procesos ordinarios, pues en algunos casos ello podría redundar en que la vulneración de un derecho fundamental se prolongue injustificadamente.



13001-33-33-004-2017-000330-01

Adicionalmente esta Corporación ha resaltado que cuando se busca la obtención del dinero derivado de un auxilio por incapacidad laboral, el juez de tutela debe considerar que la ausencia o dilación injustificada de dichos pagos afecta gravemente la condición económica del trabajador, así como sus derechos al mínimo vital y a la salud, pues éste deriva su sustento y el de su familia de su salario, que es suspendido temporalmente en razón a una afectación de su salud. Así la mora en dichos pagos puede situar al reclamante en circunstancias apremiantes, que ponen en riesgo su subsistencia digna.

Aunado a lo anterior y frente a la hipótesis del perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha recalcado la necesidad de evaluar los siguientes rasgos (i) la inminencia, es decir, que la situación genera una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) la gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral sea de gran intensidad; (iii) la necesidad urgente de protección; y (iv) el carácter inaplazable de la acción de tutela para que realmente pueda garantizar el restablecimiento de los derechos fundamentales de manera integral.

Por lo expuesto, si el juez verifica que el accionante se encuentra en alguna de tales hipótesis, debe considerar que la acción de tutela procederá, "para remover los obstáculos que enfrentan quienes soportan circunstancias de debilidad manifiesta, reivindicar su derecho a la igualdad real y efectiva frente a quienes no padecen esas contingencias y materializar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad intrínsecos a la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, dentro del cual se inscribe el derecho a recibir oportunamente el pago de las incapacidades laborales"⁵

3.6.3. Pago recibido por las incapacidades laborales es un sustituto del salario.

La H. Corte Constitucional, a través de jurisprudencia, ha definido el mínimo vital como: "aquella parte del ingreso del trabajador destinado a solventar sus necesidades básicas y del núcleo familiar dependiente, tales como alimentación, vivienda, salud, educación, recreación, servicios públicos domiciliarios, entre otras prerrogativas que se encuentran previstas expresamente en la Constitución Nacional y que además, posibilitan el mantenimiento de la dignidad del individuo como principio fundante del ordenamiento jurídico constitucional".

Así mismo, ha reconocido que el pago recibido por las incapacidades laborales es un sustituto del salario, y por ello, "tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario. Con estas reglas, la

⁵ Sentencia T-144 de 2016. Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO



13001-33-33-004-2017-000330-01

*Corte reconoce implícitamente que sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados"*⁶

3.6.4. Reconocimiento de incapacidades de origen común.

Las incapacidades tienen su fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Nacional, que consagra la seguridad social, que ha sido a su vez desarrollada por la ley, de acuerdo con el mandato de la misma constitución.

Ahora bien, una incapacidad es entendida como la imposibilidad de un trabajador para laborar como consecuencia de una enfermedad o un accidente, tiempo en el cual, el trabajador tiene derecho a que se le pague un auxilio monetario.

Teniendo en cuenta lo anterior es menester mencionar que la ley 100 de 1993 en su artículo 206 define la incapacidad de la siguiente forma:

"ARTICULO. 206.-Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las empresas promotoras de salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las entidades promotoras de salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto."

Será entonces la ley quien determine quienes pagarán al empleado el subsidio monetario, y el mandato legal está contemplado de la siguiente manera: según el Decreto 1406 de 1999 en su artículo 40 Parágrafo 1, modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, le corresponde al empleador pagar hasta el segundo (2) día de incapacidad y a las entidades promotoras de salud a partir del tercer (3) día y hasta el 180, en palabras taxativas consagra lo siguiente:

"Parágrafo 1º. 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"

⁶ Sentencia T-200 de 2017. Magistrado Ponente: JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS



13001-33-33-004-2017-000330-01

Según se consagra en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, la entidad promotora de salud deberá emitir concepto de rehabilitación antes de los 120 días de incapacidad, y enviarlos a todas las Administradores de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador, y en caso de no hacerlo, deberá seguir pagando el subsidio de incapacidad a partir del día 181 en adelante, pero caso contrario sucedería cuando se emita concepto favorable, ya que eso conlleva a que desde el día 181 en adelante, hasta que exista calificación de invalidez, será responsabilidad de la Administradora de Fondos de pensiones el pago del subsidio correspondiente a la incapacidad. La norma expresamente indica lo siguiente:

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

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 consecuencia de lo anterior, es menester para esta Sala aclarar que, la administradora de fondos de pensiones, solo podrá postergar hasta por trescientos sesenta (360) días aparte de los primeros ciento ochenta (180), el trámite ante la Junta de Calificación de Invalidez, siempre y cuando medie un concepto favorable, pero si sucede el caso contrario a este, en el que haya concepto desfavorable, deberá remitirse el trabajador a la Junta Calificadora de invalidez y estará obligada la Administradora de Fondos de Pensiones a pagar el auxilio monetario por incapacidad, hasta tanto se defina su situación médico laboral.



13001-33-33-004-2017-000330-01

Hay que tener en cuenta que 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. No existe herramienta legal que contemple esta situación por lo que ha de acudirse a la regla jurisprudencial establecida 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".

También, es importante decir que por disposición del artículo 41 de la ley 100 de 1993, reformado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, "(c)cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, ARP o aseguradora) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudirse en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la entidad. Estas juntas son organismos de carácter inter disciplinario cuya conformación podrá ser regionalizada y el manejo de sus recursos reglamentado por el Gobierno Nacional de manera equitativa."

3.6.5 sobre el concepto de rehabilitación

El artículo 142 del Decreto 019 de 2012 dispone que, "Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional (sic) de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador."

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



13001-33-33-004-2017-000330-01

superiores a 180 días. En todo caso, al tener el mismo contenido obligacional que el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, 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.

Realizada 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. 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)"

La Administradora de Fondo de Pensiones COLPENSIONES luego de reconocer las incapacidades mediante resolución No.7756 de 2017 y resolución No. 9201, manifestó mediante carta de fecha 21 de junio de 2017, que no podía continuar con el reconocimiento de las incapacidades que le seguía expidiendo su médico tratante, superiores a los 180 días, toda vez que no cumplía los requisitos para acceder al reconocimiento y pago de esta prestación por no tener el concepto de rehabilitación que debía ser remitido por la NUEVA EPS.

Teniendo en cuenta la normatividad mencionada, 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



13001-33-33-004-2017-000330-01

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.
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.

3.7. CASO CONCRETO

3.7.1 PRUEBAS RELEVANTES AL CASO

- Se encuentra en el expediente el certificado de incapacidades aportadas por la NUEVA EPS S.A (fl 11-17), en el cual constan los periodos



13001-33-33-004-2017-000330-01

de tiempo en los cuales la accionante ha estado incapacitada.

- Copia simple del documento contentivo de la remisión del concepto de rehabilitación por parte de la NUEVA E.P.S., a la AFP PORVENIR; en fecha 31 de agosto de 2016 (Folio 18). En igual sentido obra remisión del concepto de rehabilitación a la ARL SURA (Folio 19). A la accionante (Folio 21) y a la AFP Protección (Folio 24)
- Copia simple de los documentos relacionados con el traslado de la Señora NAVIRA MARCELINA HERNANDEZ SUAREZ a la AFP COLPENSIONES, (fl 26-29).
- Respuesta dirigida por parte de la NUEVA EPS a la accionante, con fecha del 13 de julio de 2017 (fl 31).
- Se evidencia respuesta remitida por COLPENSIONES a la accionante con fecha del 29 marzo de 2017, donde se solicita documentación para el trámite de incapacidades superiores a 180 días, (fl 35).
- Documento de fecha del 21 y 23 de junio de 2017 enviada por COLPENSIONES a la accionante, se evidencia que niega el reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad, (fl 36-37).
- Misiva de fecha del 18 de julio de 201, en la que COLPENSIONES manifiesta a la accionante que es la NUEVA EPS a quien compete el pago de sus incapacidades, (fl 38)
- Copia simple de la respuesta dada por parte de la NUEVA EPS, con fecha de del 17 de agosto del 2017, en la que manifiesta a la accionante que el pago de las incapacidades superiores a 180 días le compete a COLPENSIONES, (fl ,40)
- Documento de fecha del 22 de mayo de 2017, dirigido por la JUNTA REGIONAL DE INVALIDEZ DE BOLIVAR a la NUEVA EPS, (fl 43).
- Copia de historia clínica, (fls,52-66).
- Documento de fecha del 19 de septiembre de 2017, en la cual COLPENSIONES reconoce el pago de incapacidades a la accionante, (folio 51).



13001-33-33-004-2017-000330-01

3.8 VALORACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS DE CARA AL MARCO JURÍDICO.

De acuerdo al concepto de rehabilitación, proferido el 19 de agosto de 2016 se encuentra que la actora tiene un pronóstico favorable de recuperación y que el 13 de julio de 2017, la NUEVA EPS remitió este dictamen a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, para efectos de que dicha entidad asumiera el trámite de reconocimiento y pago de las incapacidades subsiguientes; así mismo para que, eventualmente, la entidad presentara el caso para calificación de pérdida de capacidad laboral.

En consecuencia, es claro que si bien la EPS dio cumplimiento a la obligación establecida en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, dicho cumplimiento fue parcial, toda vez que el dictamen y la remisión de dicho documento se dieron de manera extemporánea de acuerdo a los plazos estipulados en la norma.

Según las incapacidades médicas anexadas a la acción de tutela y el pago de las mismas por parte de la EPS, emitió concepto de rehabilitación favorable en fecha de 19 de agosto de 2016 y procedió a notificar al fondo de pensión COLPENSIONES en fecha de 13 de julio de 2017, es decir, un año después que fue notificada el fondo de pensión PORVENIR S.A y que por el contrario debió ser notificada COLPENSIONES. En consecuencia, es claro que hay lugar a aplicar la sanción establecida en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, en virtud de la cual,

“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”.⁷

En consecuencia, esta Sala declarará responsable a NUEVA E.P.S por el pago de las incapacidades generadas desde el 31 de marzo de 2017 (última incapacidad cancelada a cargo de la entidad), hasta el 13 de julio de 2017 (fecha de notificación del concepto de rehabilitación a la AFP).

Respecto a la actuación de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, encuentra la Sala que la entidad también obró en contravía

⁷ Artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012



13001-33-33-004-2017-000330-01

de los derechos de la actora al oponer una razón caprichosa y arbitraria para negar el reconocimiento y pago de las incapacidades que le asistían.

Manifestó Colpensiones que no procedía atender las peticiones de la actora, toda vez que la NUEVA EPS remitió a dicha AFP el correspondiente concepto favorable de rehabilitación en forma extemporánea, asumiendo la EPS con sus recursos el pago de las incapacidades desde el día 180 hasta el 18 de julio de 2017; lo cierto es que, de acuerdo con las pruebas aportadas al expediente, es posible concluir que a COLPENSIONES le corresponde evaluar la situación de la actora y, en caso de existir incapacidades posteriores al envío del concepto de rehabilitación por parte de la NUEVA EPS, deberá a iniciar los trámites pertinentes para reconocerlas y cancelarlas, sin oponer nuevas trabas administrativas.

Ahora bien, teniendo en cuenta que, como ya fue establecido, NUEVA EPS es la entidad responsable de cancelar las incapacidades adeudadas a la actora desde el día 180 y hasta la fecha de notificación a la AFP del dictamen de recuperación, es claro que el argumento de COLPENSIONES no es de recibo y que es necesario que la entidad evalúe la situación de la actora a partir del 14 de julio de 2017.

Por esta razón, ordenará la Sala que Colpensiones reconozca y cancele de forma efectiva las incapacidades adeudadas a la actora en caso de que haya continuado incapacitada desde el mes de julio de 2017: obligación que además deberá atender a lo establecido en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 y el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, en cuanto a la evaluación de la pérdida de capacidad.

Así las cosas, esta Sala de Decisión concede la protección a los derechos de la actora, ordenando a la NUEVA EPS que, en cumplimiento de la sanción establecida en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, reconozca y cancele las incapacidades adeudadas a la actora desde el día 180 y hasta el mes de julio de 2017. Por otra parte se ordena a Colpensiones que, en caso que la actora continúe incapacitada después de esta fecha, reconozca y cancele las incapacidades correspondientes.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,



13001-33-33-004-2017-000330-01

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 4 de diciembre de 2017 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital, debido proceso y seguridad social de la señora NAVIRA MARÍA HERNÁNDEZ SUÁREZ en contra de la NUEVA EPS y la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la NUEVA E.P.S que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de esta sentencia, adelante los trámites pertinentes para reconocer y cancelar las incapacidades adeudadas a la señora Navira María Hernández Suárez desde el pago de la última incapacidad y hasta la fecha de emisión del concepto de rehabilitación.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, evalúe la situación de la actora y, en caso de existir incapacidades posteriores al envío del concepto de rehabilitación por parte de la EPS, proceda a iniciar los trámites pertinentes para reconocerlas y cancelarlas, sin oponer nuevas trabas administrativas.

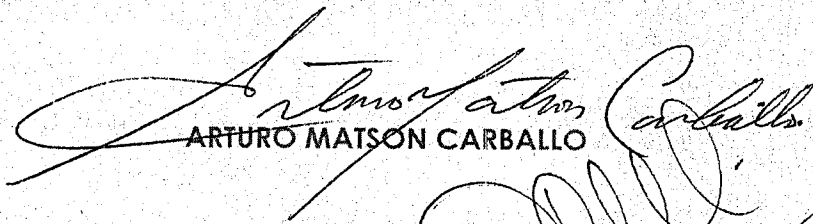
QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES que, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 y el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, realice las actuaciones correspondientes respecto de la evaluación de pérdida de capacidad laboral de la actora.

SEXTO: En firme esta providencia, remítase el respectivo expediente a la Honorable Corte Constitucional en opción de revisión.

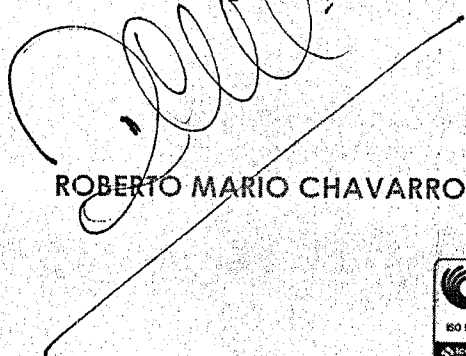
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Código: FCA - 008

Versión: 02

Fecha: 18-07-2017



