

Cartagena de Indias D. T. y C., veintitrés (23) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

**I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES**

<b>Medio de control</b>	Impugnación de tutela
<b>Radicado</b>	13001-33-33-003-2018-00138-01
<b>Demandante</b>	Judis María Guerrero Mieles
<b>Demandado</b>	Ministerio de Defensa-Dirección de Sanidad, NUEVA E.P.S., A.F.P. PORVENIR S.A. y A.R.L. POSITIVA
<b>Magistrado Ponente</b>	Edgar Alexi Vásquez Contreras

**II.- PRONUNCIAMIENTO**

Procede la Sala a decidir sobre la impugnación presentada por la demandada NUEVA EPS contra la sentencia proferida el 13 de julio de 2018 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual amparó los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y vida en condiciones dignas de la señora Judis María Guerrero Mieles.

**III.- ANTECEDENTES**

**3.1. DEMANDA (fls. 1-11)**

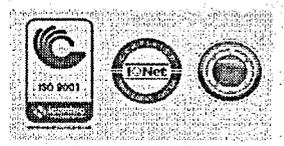
**a). Hechos.** - La demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Fue nombrada como empleada de libre nombramiento y remoción de la planta de personal del Ministerio de Defensa Nacional - Dirección de Sanidad Militar, al servicio de la Armada Nacional, en el cargo de Auxiliar de Servicios Grado 06, código 1-21, el 6 de diciembre de 2013.

Viene padeciendo una serie de patologías, como artrosis, hernia inguinal derecha, NCC parenquimatosa, miomatosis uterina, hemangioma cerebral, lupus eritematoso, artritis reumatoide-hemangioma cerebral, trastorno depresivo, hipotiroidismo, dislipidemia mixta, colelitiasis, M509 trastorno de disco cervical no especificado, M519 trastornos de los discos intervertebrales no especificado, F339 trastorno depresivo recurrente, síndrome del túnel carpiano, entre otras.

A la fecha de radicación de la presente demanda (26 de junio de 2018), cumple más de 350 días de incapacidad, encontrándose en inactividad laboral, pero la NUEVA EPS se ha negado a cancelar las incapacidades generadas a la fecha, violando sus derechos fundamentales invocados.

La NUEVA EPS no ha rendido concepto de rehabilitación, ni dictamen de origen de enfermedad, con fecha de estructuración de la misma.





b). **Pretensiones.** La demandante formuló las siguientes:

"1. **TUTELAR**, a favor de mi mandante, **JUDIS MARÍA GUERRERO MIELES**, los derechos Constitucionales Fundamentales invocados, **ORDENÁNDOLE** a las accionadas que:

**Procedan a ser efectivo el pago de todas y cada una de las incapacidades que se hayan generado desde el día 01 de incapacidades, hasta la fecha de la presente, y posteriormente hasta que sea reconocida una pensión por invalidez, a favor de mi mandante la señora Judis María Guerrero Mieles.**

2. Que se ordene a la **EPS. NUEVA EPS**, que se proceda a emitir Concepto de Rehabilitación y Dictamen de Origen de enfermedad con la fecha de estructuración de la misma, y este sea remitido al fondo de pensiones de cesantías **PORVENIR**.

3. Que se prevengan a las accionadas de incurrir nunca más en violaciones a los derechos fundamentales de mi mandante, so pena de sanciones a lugar.

### 3.2. Contestación

a). **La NUEVA E.P.S. (fs. 39-40)** manifestó que la accionante se encuentra afiliada a la entidad, por lo que puede acceder a los servicios de salud incluidos en el PBS, y que canceló los primeros 180 días de incapacidad a la demandante; y que el 26 de septiembre de 2017 emitió Concepto de Rehabilitación de la demandante desfavorable, notificando a la A.F.P. **PORVENIR** el 11 de octubre de 2017, conforme a lo establecido en el Decreto 019 de 2012.

Agregó que le corresponde al Fondo de Pensiones la obligación de otorgar la pensión de invalidez y asumir las prestaciones económicas a que hubiere lugar, incluidas las incapacidades emitidas a la demandante, hasta tanto se realice la pérdida de capacidad laboral – PCL- de la misma. - Solicitó que frente a ella se declare la improcedencia de la presente acción.

b). **La A.R.L. POSITIVA (fs. 55-56)** manifestó que no es la entidad llamada a responder por la posible vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, dado que no existe reporte alguno de accidente de trabajo o enfermedad laboral y adicionalmente la demandante no ha radicado incapacidades.

Sostuvo que en el escrito de tutela se afirma que las incapacidades de las cuales se pretende el pago, han sido prescritas por la E.P.S., por lo que se configura la falta de legitimación por pasiva de la entidad; y por ello se debe declarar la improcedencia de la presente acción.

c) **La A.F.P. PORVENIR S.A. (fs. 88-90)** manifestó que la demandante no tiene derecho a recibir el pago por incapacidades de su parte, dado que la **NUEVA E.P.S.** emitió concepto de rehabilitación desfavorable.



El 22 de noviembre de 2017, la misma entidad manifestó que el origen de las patologías no había sido determinado; que se encontraba en proceso de calificación del origen; y que dicha información es imprescindible para determinar si el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral se encuentra a cargo de la A.F.P. o la A.R.L., a la cual se encuentre afiliada la accionante.

De acuerdo con el Decreto N° 019 de 2012, el cual clarificó el procedimiento y requisitos para que un fondo de pensiones reconozca un subsidio equivalente a las incapacidades expedidas por las E.P.S., en el presente caso no procede el pago de incapacidades por parte de PORVENIR S.A. por existir concepto desfavorable de rehabilitación.

Los fondos privados solo reconocen el mencionado subsidio, por un tiempo limitado en el tiempo, cuando exista concepto favorable de rehabilitación, el cual no existe en el presente caso.

PORVENIR S.A. es una entidad administradora de fondos de pensiones y cesantías de sus afiliados, no es una entidad pagadora de incapacidades, cuya obligación es la de administrar en debida forma los recursos del sistema de acuerdo al ordenamiento jurídico, por lo que no puede sancionarse el cumplimiento de las instancias propias del proceso, con la intención de obtener un pago de lo no debido que atenta contra la sostenibilidad del sistema.

Agregó que la NUEVA E.P.S., no ha cumplido con su deber legal de emitir el Concepto de Rehabilitación Integral en el que se especifique el origen de las patologías y con ello determinar cuál es la entidad competente para adelantar los trámites tendientes a definir la situación pensional de la accionante; y reiteró que la entidad llamada a dar respuesta a la solicitud de la accionante es la NUEVA E.P.S., pues dicha entidad está obstruyendo la posibilidad de definir la situación pensional de la señora Judis María Guerrero Mieles.

Solicitó negar y/o declarar improcedente la presente tutela respecto a PORVENIR S.A., y en su lugar ordenar a la NUEVA E.P.S. que aporte de inmediato el concepto de rehabilitación integral de manera completa, y pague las incapacidades generadas hasta la fecha que lo expida y notifique.

**d). La Dirección de Sanidad del Ministerio de Defensa no contestó la demanda.**

- Mediante auto del 11 de julio de 2018, se ordenó vincular al proceso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar y a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, por tener interés en las resultas del proceso y porque no





fue allegada al expediente información fundamental para resolver de fondo el asunto bajo estudio.

Las mencionadas entidades no rindieron el informe solicitado.

### **3.3. FALLO IMPUGNADO (fs. 102-115).**

El A-quo, mediante sentencia de 13 de julio de 2018, concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

Para sustentar su decisión manifestó, que la responsabilidad del pago de las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de A.F.P. a la que se encuentre afiliado el trabajador, siempre que las E.P.S., emita el concepto favorable de rehabilitación, el cual debe ser emitido antes del día 120 y remitirlo antes del día 150 a la A.F.P., correspondiente.

Agregó que en caso contrario, según lo establecido por el Decreto-Ley 019 de 2012, la E.P.S., debe asumir el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal en caso de que exceda los 180 días, a partir del día 181 y hasta que emita en referido concepto y, en caso de antes de los 180 días de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, se debe iniciar el proceso de calificación de PCL sin dilación, porque la recuperación del trabajador es improbable.

Señaló que, de acuerdo con el informe rendido por PORVENIR S.A., la demandante tiene pendiente una calificación por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, por lo cual no hay un dictamen en firme sobre su PCL, circunstancia de especial relevancia constitucional que afecta el mínimo vital de la demandante generándole dificultades económicas producto de no percibir sus pagos mensuales de forma normal.

Consideró que el trámite realizado por la E.P.S. demandada no fue acertado en la medida que no determinó el origen de las enfermedades sufridas por la accionante, y tan solo se hizo alusión a que se encontraban en proceso de calificación de origen, por lo que se hace evidente que la responsabilidad del pago de las incapacidades generadas a partir del día 181, corresponde a la NUEVA E.P.S., en virtud de que desentendió sus obligaciones y por lo tanto, debe asumir el pago de las respectivas incapacidades en el evento de que la accionante continúe en dicho estado y sin que se haya resuelto lo relativo a la calificación de sus patologías y su PCL, si la hubiere.

Por último, declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de POSITIVA Compañía de Seguros S.A., y la Dirección de Sanidad Militar.

### 3.4.- IMPUGNACIÓN (FS. 120-121)

La apoderada judicial de la NUEVA E.P.S., impugnó la sentencia de primera instancia, afirmando que emitió Concepto de Rehabilitación a la demandante como desfavorable, el cual fue notificado a la A.F.P. PORVENIR S.A. el 11 de octubre de 2017, según lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

Por lo anterior, y de conformidad con el artículo 10 del Decreto 758 de 1990, corresponde al Fondo de Pensiones la obligación inmediata de otorgar la pensión de invalidez y asumir las prestaciones económicas a que hubiere lugar, hasta que se realice la calificación de la PCL de la accionante.

De acuerdo al artículo 163 de la Ley 100 de 1993, el cual hace referencia a la cobertura familiar y a la afiliación de los beneficiarios con incapacidad permanente, circunstancia ajena al caso sub examine, la NUEVA E.P.S. no se encuentra en el deber de calificar el origen de la enfermedad, sino que dicha calificación debe hacerla COLMENA A.R.L. (sic).

Por lo anterior, solicita revocar el fallo de la referencia y declarar la improcedencia de la presente acción de tutela con relación la NUEVA E.P.S.

### IV. - CONTROL DE LEGALIDAD

La presente acción de tutela no adolece de vicios o nulidades procesales, por lo cual procede la Sala a decirla de fondo.

### V.- CONSIDERACIONES

**5.1. Competencia:** El Tribunal Administrativo de Bolívar, de conformidad con lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991, es competente para conocer en segunda instancia la impugnación de la sentencia de tutela de la referencia.

**5.2. Problema jurídico:** Corresponde a la Sala determinar si las entidades demandadas, han vulnerado los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y el de vida en condiciones dignas invocados por la señora Judis María Guerrero Míeles, al negarse a realizar el pago de las incapacidades emitidas por sus médicos tratantes, a partir del día 181.

**5.3. Tesis de la Sala:** La Sala confirmará la decisión de conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados por la accionante, toda vez que las pruebas obrantes en el proceso demuestran que los derechos fundamentales al mínimo



vital, a la seguridad social y el de vida en condiciones dignas de la demandante, están siendo vulnerado por parte de la NUEVA E.P.S., al desatender su obligación legal de emitir un concepto de rehabilitación integral de manera completa, y cancelar las incapacidades otorgadas a aquélla.

#### **5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

##### **5.4.1. Procedencia de la acción de tutela**

La acción de tutela es un medio para reclamar ante los jueces la protección de los derechos fundamentales cuando quiera que estos se vean amenazados o vulnerados por las autoridades o los particulares en los casos que la ley señala. Esta acción tiene un carácter residual, es decir, solo procede cuando no se disponga de otro medio de defensa para exigir la protección de los derechos fundamentales vulnerados o cuando a pesar de la existencia de un mecanismo de defensa judicial este no es idóneo o no resulta ágil para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

De acuerdo al artículo 5° del Decreto 2591 de 1991 *"Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política "* la acción de tutela procede en los siguientes casos:

*"(...) La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito (...)"*

Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia T-731 de 2014 de la siguiente manera:

Por su propia naturaleza, esta acción tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual *procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección*". Precisamente, en atención a su naturaleza eminentemente subsidiaria, esta Corporación ha establecido que el amparo constitucional no está llamado a prosperar cuando a través de él se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial.

Con sujeción a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela es procedente en tres ocasiones específicas, a saber: (i) cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial para exigir la protección de los derechos fundamentales que han sido amenazados o vulnerados; (ii) cuando a pesar de la existencia formal de un mecanismo alternativo, el mismo no es lo suficientemente idóneo para otorgar un amparo integral; o (iii) cuando, a partir de las circunstancias particulares del caso, pese a su aptitud material, el mismo no resulta lo suficientemente expedito para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual, procede el

144



otorgamiento de un amparo transitorio, mientras el juez natural de la causa dirime la controversia.

#### 5.4.2. Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales.

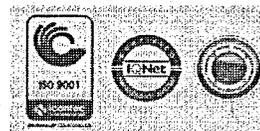
En cuanto a este punto, la jurisprudencia constitucional ha indicado que, por regla general, dicha pretensión es improcedente, por cuanto en el ordenamiento jurídico se prevén otros mecanismos de defensa judicial, ya sea ante el juez ordinario laboral o ante el juez contencioso administrativo, dependiendo de cómo fue la vinculación; sin embargo, de manera excepcional, se ha contemplado la viabilidad del amparo para obtener el pago de dicho tipo de acreencias, cuando por virtud de su desconocimiento se afectan los derechos fundamentales de los accionantes, concretamente el derecho al mínimo vital. Así, en la Sentencia T-457 de 2011, se indicó que:

*"Por regla general, la resolución de las controversias relativas al incumplimiento en el pago de acreencias laborales...es un asunto que compete a la jurisdicción laboral. (...) Sin embargo, la sólida línea jurisprudencial que por varios años ha trazado esta Corporación<sup>1</sup>, plantea de forma pacífica una única excepción sobre la improcedencia general anotada. Ella se presenta en aquellos eventos en los que el no pago de la prestación tiene como consecuencia directa la afectación de derechos fundamentales, concreta y especialmente, el del mínimo vital"*

El mencionado derecho ha sido entendido como: "aquella porción del ingreso que tiene por objeto cubrir las necesidades básicas como alimentación, salud, educación, recreación, servicio públicos domiciliarios, etc." De ahí que su conceptualización no sólo comprenda un componente cuantitativo vinculado con la simple subsistencia, sino también un elemento cualitativo relacionado con el respecto a la dignidad humana como valor fundante del ordenamiento constitucional. En todo caso, siempre que se alega su vulneración, es necesario que el interesado enuncie los motivos que le sirven de fundamento para solicitar su protección, de manera que el juez pueda evaluar la situación concreta del accionante.

No obstante, la jurisprudencia ha señalado algunos supuestos en los cuales se presume la vulneración del derecho al mínimo vital, los cuales se limitan a las siguientes situaciones de hecho: (i) que no se encuentre acreditado en el expediente que el accionante cuenta con otros ingresos o recursos que permitan su subsistencia; (ii) que se trate de un incumplimiento prolongado e indefinido, esto

<sup>1</sup> SU-995 de 1999, T-898 de 2004, T-916 de 2006, T-232 de 2008, T-582 de 2008, T-552 de 2009, T-007 de 2010, T-205 de 2010 y T-535 de 2010.





es, de una omisión superior a dos meses, con excepción de aquella remuneración equivalente a un salario mínimo, y (iii) que las sumas que se reclamen no sean deudas pendientes. De manera que, siempre que se acredite en el trámite de un proceso cualquiera de los anteriores supuestos, el juez de tutela puede proceder al análisis de fondo del asunto planteado, a pesar de que el accionante no acredite directamente la afectación de su mínimo vital por el no pago de acreencias laborales.

En conclusión, en respuesta a las características de subsidiariedad y residualidad de la acción de tutela, ella sólo es procedente cuando no existen medios ordinarios de defensa judicial; o cuando aun existiendo, los mismos resultan ineficaces para proteger los derechos en conflicto o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Este último evento se presenta cuando la amenaza de vulneración de un derecho fundamental es inminente y, de consolidarse, afectaría de manera grave los bienes jurídicos que se pretenden amparar, por lo que se requiere de medidas urgentes e impostergables para evitar su materialización. Estas condiciones –al igual que la idoneidad de los medios judiciales existentes– deben analizarse en cada caso concreto y, de no acreditarse, la acción constitucional se torna procesalmente inviable.

#### - Derecho fundamental al mínimo vital

Este concepto fue introducido por la Corte Constitucional a través de la sentencia T 426 de 1992, en la que señaló que *"Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital - derecho a la subsistencia (...)-, es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución"*

La Honorable Corte en su sentencia T 011 de 1998 expresó que,

*(...)El mínimo vital garantizado como derecho inalienable, (...) está constituido por los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano. En otros términos, el mínimo vital, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1, 2, 5, 25 y 53 de la Constitución, incorpora un componente social que obliga al Estado a considerar a la persona en su plena dimensión, no sólo material sino espiritual, cuya subsistencia digna no se agota en la simple manutención, mediante el suministro de alimentos, sino que involucra todas las necesidades inherentes a su condición de ser humano, inserto en la familia y en la sociedad".*

145

La misma Corporación, en la sentencia T148 de 2002, manifestó:

"...El mínimo vital es concebido en la jurisprudencia constitucional como un concepto indeterminado cuya concreción depende de las circunstancias particulares de cada caso. De cualquier forma, la vulneración del derecho al mínimo vital puede establecerse atendiendo las consecuencias que para la persona tiene la privación de sus ingresos laborales en la situación concreta en que se encuentra. Los elementos mínimos incluidos en el concepto de mínimo vital también han sido determinados por la Corte:

(...) como aquellos recursos absolutamente imprescindibles para solucionar y satisfacer no solamente las necesidades primarias de alimentación y vestuario, sino aquellas relacionadas con la salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, factores insustituibles para la preservación de calidad de vida".

**- Derecho fundamental a la seguridad social**

La Corte Constitucional en la sentencia T-134 de 2013 indicó que,

(...)"La Seguridad Social es reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional fundamental. De esta manera, los artículos 48 y 49 de la Carta Política establecen la seguridad social por un lado, como un derecho irrenunciable, y por otro lado, como un servicio público, de tal manera que, por la estructura de este derecho, es el Estado el obligado a dirigir, coordinar y controlar su efectiva ejecución. La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. Conforme a la jurisprudencia constitucional, el derecho a la seguridad social es un real derecho fundamental cuya efectividad se deriva "de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad".

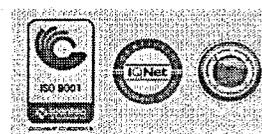
(...) "Así por ejemplo, el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: *"Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad"*.

El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que: *"Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia"*.

(...) "El derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral".

**- Derecho a la vida digna**

La citada Corte en la sentencia T 444 de 1999, manifestó que,





(...) "En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha sostenido que el derecho constitucional fundamental a la vida no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete el derecho consagrado en el artículo 11 de la Constitución. (...) También quebranta esta garantía constitucional el someter a un individuo a un estado fuera de lo normal con respecto a los demás, cuando puede ser como ellos y la consecución de ese estado se encuentra en manos de otros; con más veras cuando ello puede alcanzarlo el Estado, principal obligado a establecer condiciones de bienestar para sus asociados".

En la sentencia T248 de 1998 expresó que,

(...) "La vida humana, en los términos de la garantía constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. La persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y síquico. Su vida, para corresponder verdaderamente a la dignidad humana, exige la confluencia de todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo".

#### **- Reconocimiento y pago de incapacidades laborales superiores a 181 días**

La Corte Constitucional en la sentencia T-401 de 2017, abordó el tema bajo estudio y al examinar el Decreto Ley 019/12, expresó que,

"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 ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral.

Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009 que las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación 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

En consecuencia, las reglas jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540 son las siguientes:

(...) (iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el



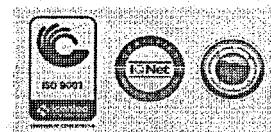
concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto".

**5.5. Caso concreto.**

**5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.**

- Certificado de incapacidad No. 0004000504, emitida por la NUEVA E.P.S., el 13 de diciembre de 2017, a través del cual se establece que el total de incapacidades otorgadas a la demandante, hasta la referida fecha es de 182 días; dicha incapacidad se otorgó por 30 días, los cuales fueron pagadas por la E.P.S. (fl. 18).
- Certificación de incapacidad No. 0004044060, emitida por la NUEVA E.P.S., el 22 de enero de 2018, en la que consta que se otorgó a la demandante una incapacidad de 7 días, la cual no fue cancelada por la entidad (fl. 19).
- Certificación de incapacidad No. 0004076939, emitida por la NUEVA E.P.S. el 30 de enero de 2018, en la cual consta que se otorgó a la demandante una incapacidad de 30 días, la cual no fue cancelada por la entidad (fl. 20).
- Certificación de incapacidad No. 0004150191, emitida por la NUEVA E.P.S. el 13 de febrero de 2018, en la cual consta que se otorgó a la demandante una incapacidad de 14 días, la cual no fue cancelada por la entidad (fl. 21).
- Certificación de incapacidad No. 0004256055, emitida por la NUEVA E.P.S. el 15 de marzo de 2018, por la que se otorgó a la demandante una incapacidad de 13 días, la cual no fue cancelada por la entidad (fl. 22).
- Certificación de incapacidad o licencia de maternidad emisión de incapacidad No. 0004188842, emitida por la NUEVA E.P.S. el 28 de marzo de 2018, en la cual consta que se otorgó a la demandante una incapacidad de 30 días, la cual no fue cancelada por la entidad (fl. 23).
- Certificación de incapacidad No. 0004262160, emitida por la NUEVA E.P.S. el 25 de abril de 2018, en la cual consta que se otorgó a la demandante una incapacidad de 28 días, la cual no fue cancelada por la entidad (fl. 24).
- C.D. historia clínica de la demandante emitida por la NUEVA E.P.S. (fl. 29).





- Copia del oficio GRN – S- ML-11928 de 2 de octubre de 2017, suscrito por la Profesional de Medicina Laboral Regional Norte de la Nueva EPS, por medio del cual remite a la A.F.P. PORVENIR S.A. el concepto de rehabilitación desfavorable de la demandante, para que le fuera definido el pago de incapacidades a partir del día 181 y le fuera establecido la PCL, en este oficio se especifica que no requiere cursar procedimiento de calificación de origen (fl. 41).

*Revisado por el  
Código: FCA-008  
Versión: 01  
Fecha: 16-02-2015*

- Copia de Oficio de 26 de septiembre de 2017, suscrito por la Profesional de Medicina Laboral Regional Norte de la NUEVA E.P.S., a través del cual se especifica que el concepto de pronóstico de rehabilitación de la demandante es desfavorable, y se indicó que no se inició proceso de calificación de origen de enfermedad (fl. 44).

- Copia de Oficio emitido por la NUEVA E.P.S., el 3 de julio de 2018, por medio del cual certifica que la demandante se encuentra afiliada a la misma desde el 1º de agosto de 2008, que su estado actual es activo y cuyo último periodo de cotizaciones el 1 de junio de 2018 (fl. 47).

- Copia del certificado de incapacidades, suscrito el 26 de junio de 2018 por el Director de Prestaciones Económicas de la NUEVA E.P.S., por medio del cual hace constar las incapacidades emitidas a la demandante, desde el 15 de junio de 2012 hasta el 24 de julio de 2018 (fls. 51-52).

- Copia de Oficio suscrito el 22 de noviembre de 2017, por la Profesional de Medicina Laboral Regional Norte de la NUEVA E.P.S, por medio del cual da respuesta al comunicado del 23 de octubre del mismo año emitido por la A.F.P. PORVENIR S.A., con relación a la remisión del concepto de rehabilitación de la demandante, donde se manifiesta que este no especifica el origen de la enfermedad. En el citado documento se expresa que las patologías sufridas por la demandante se encuentran en la Tabla de Enfermedades Profesionales vigente (Decreto 1411 de 2014), lo cual constituye un criterio suficiente para iniciar el proceso de calificación de origen por parte de la E.P.S., y que se encuentra recolectando información para llevar a cabo dicho trámite (fl. 92).

**5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.**

En el caso sub-examine la accionante reclama la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y seguridad social, que considera vulnerados por la entidades demandadas, por lo que solicita se ordene el pago de las incapacidades a aquella otorgadas, a partir del día 181, según lo dispone la ley.



Las entidades demandadas se han negado a hacer efectivos dichos pagos, argumentando que no son las competentes para hacerlo.

La Sala entrará a determinar cuál de las entidades demandas es la responsable de realizar el pago de las incapacidades emitidas a la demandante a partir del día 181.

Se comprobó que la demandante se encuentra afiliada a la NUEVA E.P.S. desde el 1º de agosto de 2008, fecha desde la cual se encuentra activa, siendo acreedora de todos los beneficios en salud derivados de dicha afiliación.

La A.F.P. demandada argumentó que no es la entidad llamada a responder por los referidos pagos, dado que la NUEVA E.P.S., emitió un concepto de rehabilitación incompleto, al no establecer el origen de las patologías sufridas por la demandante, aspecto de gran importancia legal para fijar cuál es entidad es la encargada de determinar en primer momento, la PCL de la accionante.

La NUEVA E.P.S. canceló las incapacidades correspondientes a los primeros 180 días; sin embargo, ha omitido el pago de las incapacidades otorgadas a la demandante a partir del día 181 -22 de enero de 2018-, argumentando que por haber emitido un concepto de rehabilitación desfavorable, el cual fue notificado en los términos de ley, le corresponde a la A.F.P. PORVENIR S.A., el pago de las incapacidades generadas a partir de esa fecha.

De igual forma, expresó que las patologías de la demandante se encuentran en la lista de enfermedades profesionales (Decreto 1411 de 2014), razón por la cual está en proceso de recolección de información para emitir el concepto sobre el origen de dichas patologías (fl.92).

Los argumentos expuestos no son de recibo por esta Sala, toda vez que según el artículo 4º del citado Decreto, "Para el reconocimiento de las prestaciones asistenciales por parte de las Administradoras de Riesgos Laborales, de las enfermedades enunciadas en la sección II parte B, **se requiere la calificación como de origen laboral en primera oportunidad** o el dictamen de las juntas de calificación de invalidez y de conformidad con la normatividad vigente", circunstancia que ha sido reconocida por la E.P.S. accionada quien reconoció que las patologías de la accionante de encuentran enlistadas en dicha norma, por tanto está obligada a determinar el origen de las mismas.



La Sala observa que tres (3) de las cinco (5) las enfermedades diagnosticadas a la demandante en el concepto de rehabilitación emitido por la NUEVA E.P.S. (fl. 41), se encuentran en la sección II parte B del Decreto 1411 de 2014, así:

1. Grupo XII- enfermedades del sistema músculo esquelético y tejido conjuntivo"

(...) "M519 - TRASTORNOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES NO ESPECIFICADO".

(...) "M751 - SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO O SINDROME DE SUPRAESPINOSO".

2. "Grupo V - enfermedades del sistema nervioso"

(...) "G560 - SINDROME DEL TUNEL CARPIANO".

Por lo anterior, este Despacho considera que el concepto de rehabilitación emitido por la E.P.S., no cumple con los requerimientos legales y jurisprudenciales, pues el mismo debió establecer el origen de las patologías de la accionante, omisión que tiene como consecuencia que la EPS deba pagar las incapacidades otorgadas a la demandante a partir del día 181 y hasta que subsane dicha negligencia.

La misma E.P.S. accionada, en el oficio visible a folio 92 del expediente, admitió que se encuentra en proceso de recolección de información para poder determinar el origen de las patologías de la demandante.

Se comprobó que la E.P.S. accionada ha venido otorgando incapacidades continuas a la demandante, desde el 26 de febrero de 2017, hasta el 24 de julio de 2018 (fls. 51-52) para un total de 420 días.

De acuerdo con la normativa y jurisprudencia mencionadas, la E.P.S. accionada debe asumir el pago de las incapacidades que le ha otorgado a la accionante a partir del día 181; es decir, desde el 22 de enero de 2018, así como las que a continuación se relacionan, hasta cuando emita el concepto de rehabilitación que cumpla los requisitos legales y jurisprudenciales, para garantizar su derecho fundamental al mínimo vital.



No. INCAPACIDAD	CONTINGENCIA	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	DIAS OTORGADOS
4044060	ENFERMEDAD GENERAL	22/01/2018	28/01/2018	7
4076939	ENFERMEDAD GENERAL	30/01/2018	28/02/2018	30
4150191	ENFERMEDAD GENERAL	01/03/2018	14/03/2018	14
4256055	ENFERMEDAD GENERAL	15/03/2018	27/03/2018	13
4188842	ENFERMEDAD GENERAL	28/03/2018	26/04/2018	30
4262160	ENFERMEDAD GENERAL	27/04/2018	24/05/2018	28
4319746	ENFERMEDAD GENERAL	25/05/2018	28/05/2018	4
4332622	ENFERMEDAD GENERAL	29/05/2018	26/06/2018	29
4395207	ENFERMEDAD GENERAL	27/06/2018	24/07/2018	28

En conclusión, por regla general corresponde a las administradoras de fondos de pensiones el pago de las incapacidades que superen los 180 días hasta el día 540. No obstante, la omisión por parte de la NUEVA E.P.S., en cuanto a la determinación del origen de las enfermedades de la demandante al emitir el concepto de rehabilitación, constituye una excepción a la regla que tiene como consecuencia el deber de pagar las incapacidades aquí reclamadas, tal como lo estableció el A quo en la providencia apelada, que por ello se confirmará.

### DECISIÓN

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

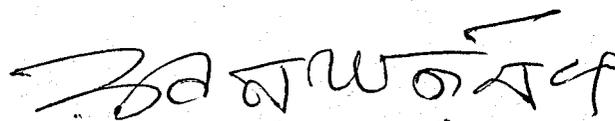
### X.- FALLA

**PRIMERO. Confirmar** la sentencia del 13 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena.

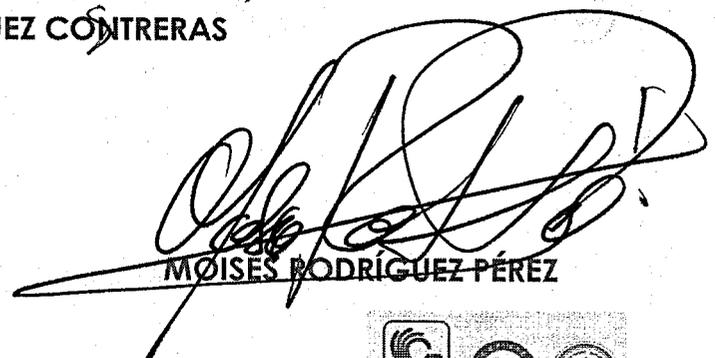
**SEGUNDO: ENVIAR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

  
EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

  
CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ