



Cartagena de Indias, D. T. y C., veintiuno (21) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICADO Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA (IMPUGNACIÓN)
Radicado	13-001-33-33-005-2018-00082-01
Demandante	ÁNGELA MARÍA ZAPATA SÁNCHEZ
Demandado	NUEVA EPS Y COLPENSIONES
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	Pago de incapacidades

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la parte accionante actuando en nombre propio contra la sentencia proferida el 17 de abril de 2018 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito De Cartagena de Indias, por medio de la cual se declararon vulnerados el derecho fundamental a la Vida Digna, Mínimo Vital, consagrados en la Constitución Política de Colombia.

III. ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes planteados por la parte accionante.

- 1.1. Que es afiliada de la NUEVA EPS, desde hace más de 07 años, siendo incapacitada de forma constante por causa de un accidente de riesgo común que le generó una fractura de columna desde el año pasado.
- 1.2. Que cuando le faltaban más de 20 días para cumplir los 181 días de incapacidad, la EPS le dejó de cancelar adeudándole 84 días y le manifiestan que le corresponde es al Fondo de Pensión que es COLPENSIONES, y le comunicaron que si no tenía el dictamen de pensión no podían cancelarle.
- 1.3. Que la Junta Médica de Colpensiones la calificó en primera oportunidad con un porcentaje de PCL de 39.64%, lo cual apeló y la Junta Regional, le da un porcentaje de PCL de 52.51%,



manifestándole la entidad que no podría tener el dictamen en firme por cuanto no se han vencido los términos posteriores a la notificación.

- 1.4. Manifiesta que es enferma de infarto, tratamiento por cateterismo, presión alta y azúcar, por lo que solicitó ayuda a la funcionaria contestando "*que no es su problema y que no llenaba los requisitos*" por lo que solicita se tutelen sus derechos fundamentales alegados como violados.

2. Pretensiones.

Se señala como pretensión la siguiente:

- J. La accionante solicita se tutelen sus derechos fundamentales invocados transgredidos, se ordene a las demandadas NUEVA EPS Y COLPENSIONES, el pago de las incapacidades y de las que en adelante se causen de conformidad con los fallos de la Corte Constitucional.

3. Actuación procesal relevante.

Actuando en nombre propio, la señora ÁNGELA MARÍA ZAPATA SÁNCHEZ, presentó acción constitucional de Tutela el 02 de abril de 2018, contra la NUEVA EPS Y COLPENSIONES (Fol.1-26)

El conocimiento de la acción le correspondió al Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena. (Fol. 27)

Por medio de auto de fecha de 04 de abril de 2018, el *a quo*, decidió admitir la demanda. (Fol. 29)

El 09 de abril de 2018, la demandada NUEVA EPS, dio contestación a la demanda. (Fol. 43-55)

El 13 de abril de 2018, la accionada COLPENSIONES, dio contestación a la demanda. (Fol. 75-80)

En sentencia de 17 de abril de 2018, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena - Bolívar, concedió la acción constitucional,



exponiendo sus razones de fondo en la parte motiva dentro de la misma providencia. (Fol. 86-95)

El 19 de abril de la misma anualidad, la accionada NUEVA EPS, presentó escrito de impugnación contra la providencia de fecha de 17 de abril de 2018. (Fol.109-121)

A través de auto de 23 de abril de esta anualidad, el *a quo* consideró procedente conceder el recurso de impugnación, aludiendo que el mismo fue interpuesto dentro del término pertinente para ello. (Fol. 133)

3.1 Admisión y notificación.

La acción de tutela de la referencia, se presentó el día 02 de abril de 2018, correspondiéndole su reparto al Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena - Bolívar, tal y como consta en el folio 27 del expediente; mediante providencia de fecha 04 de abril del 2018, se procedió a admitir la acción instaurada, encaminada a obtener la protección de los derechos fundamentales a la Vida Digna, Mínimo Vital, Seguridad Social, Debido Proceso y Salud.

3.2 De la contestación de la demanda (43-55 y 75-80)

3.2.1 LA NUEVA EPS.

La accionada, NUEVA EPS, en su informe, de acuerdo con los planteamientos expresados sobre el tema objeto de examen, manifestó lo siguiente:

"Expone que a la accionante no se le reconocen sus pretensiones económicas objeto de la tutela porque fue calificada con pérdida de capacidad laboral de 39,64%, por lo que considera conforme al decreto 758/90, que el pago de las incapacidades o de pensión de invalidez debe ser asumido por el Fondo de Pensiones.

Trascribe el artículo 23 y 63 del decreto 2463/01, como fundamento jurídico y solicita se declare la improcedencia de la acción".

3.2.2 LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

La accionada, COLPENSIONES, en la contestación, de acuerdo con los planteamientos expresados sobre el tema objeto de examen, manifestó lo siguiente:



"Que revisada las bases datos encontró que fue radicado ante dicha entidad concepto de rehabilitación expedido por la NUEVA EPS, informándole que la patología que padece el peticionario da lugar a un concepto de rehabilitación favorable, por lo cual procede el reconocimiento de incapacidades médicas.

Que no se encuentra que la demandante haya radicado solicitud alguna de reconocimiento de incapacidades, que no figura certificado de relación de incapacidades ni certificación bancaria.

Que debe tenerse en cuenta que dicha entidad administra dineros del sector público por lo que para el reconocimiento de toda prestación debe estar soportada físicamente, señala como debe probarse la incapacidad y afirma que el certificado CRI, es el que determina el día 180, por cuanto dicha entidad está obligada a cancelar a partir del día 180.

Específica los documentos que debe aportarse y reitera que a la accionante le han resuelto todas las peticiones, sin que haya ninguna petición por resolver relacionada con lo solicitado en la tutela debiendo agotar la vía administrativa, y si no está de acuerdo la vía ordinaria; debiendo agotarse los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin siendo la tutela improcedente cuando existe otro medio de defensa judicial.

Colige, afirmando que no es posible reconocer las incapacidades médicas porque la demandante no aportó la documentación necesaria para el estudio de ella y solicita se declare la improcedencia de la tutela".

4. Sentencia de Primera Instancia (Folios 86-95)

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena – Bolívar, mediante sentencia del 17 de abril de 2018, resolvió conceder la acción constitucional, por violación del derecho fundamental a la Vida Digna, Mínimo Vital, lo cual argumentó en síntesis lo siguiente:

"La tutela cumple con los requisitos de subsidiaridad, pues bien, en primer lugar señala el despacho que, a pesar de que, en principio la tutela no es el mecanismo para lograr el pago de incapacidades laborales, en este caso si se torna procedente, teniendo en cuenta que, se presume que el pago de las incapacidades laborales reclamadas constituye la única fuente de ingreso con la que cuenta la accionante, para garantizar su subsistencia y dada su edad de 69 años, se convierte en una persona de tercera edad y sujeta de especial protección constitucional, con pocas posibilidades de tener empleo habiendo incluso pasado la edad de retiro forzoso.

La misma, cumple en lo que respecta al requisito de inmediatez, advierte el despacho que la accionante instaura la tutela el 02 de abril de 2018, para reclamar el pago de las incapacidades que dejó de percibir desde noviembre de 2017, y ha presentado solicitudes verbales para que las mismas le sean reconocidas remitiéndola a la AFP, por lo que entiende que fue ejercida dentro de un término razonable. No hay temeridad en la tutela, ya que no hay evidencia de que se haya presentado acción por los mismos hechos.

Por consiguiente, la tutela es procedente por lo que se entrara a mirar el fondo del asunto con el fin de establecer la responsabilidad de cada una de las partes involucradas, por cuanto se tiene que la falta de pago de tales incapacidades es prueba de vulneración de los derechos alegados como violados, en especial el mínimo vital.



Que conforme a los hechos de tutela y de la contestación no existe claridad de si a la accionante se le cumplieron los 180 días de incapacidad, el despacho no recibe los argumentos realizados por las accionadas, por tratarse de un trámite interno de las entidades que no tiene por qué afectar la celeridad ni el reconocimiento que debe darse de las incapacidades; máxime si como dice fue debidamente radicado el concepto de rehabilitación favorable por la EPS, encargada de ello tal y como lo ha considerado la Corte, que es la EPS la que debe adelantar el acompañamiento necesario, para lo cual está en la obligación de enviar directamente los documentos correspondientes al fondo de pensiones (lo cual no lo hizo en este caso), para que este inicie el pago de las incapacidades y promueva la calificación, aspecto que sí parece bien se cumplió por cuanto obra dictamen de la Junta Regional de Calificación, las incapacidades que se reclaman son anteriores a dicho dictamen y ninguna de las dos entidades se ha allanado al pago de la misma.

Por tal razón, se accede a la presente acción de tutela por cuanto el pago de incapacidades 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 permitan obtener un salario, máxime si como se ha dicho en el presente caso se trata de un sujeto de especial protección como lo es una persona de la tercera edad".

5. Impugnación de la sentencia (Folios 109-121)

El día 19 de abril de 2018, la NUEVA EPS presentó escrito de impugnación, contra el fallo de tutela de fecha 17 de abril de 2018, notificado el 17 de abril de la misma anualidad, a través de buzón de correo electrónico (Fol. 96-104), esto es, dentro de la oportunidad legal.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer de la impugnación propuesta por la NUEVA EPS, por tratarse de un fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena – Bolívar.

El artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, enseña que la impugnación de los fallos de tutela será conocida por el superior jerárquico del Juez de primera instancia, siendo esta Corporación el superior de los Jueces Administrativos del Circuito de Cartagena.

2. Problema jurídico

¿Tiene la Nueva EPS la obligación de pagar las incapacidades reclamadas por la accionante y su falta de pago vulnera de los derechos fundamentales a la



Vida Digna, Mínimo Vital, Seguridad Social, Debido Proceso y Salud de la actora?

Si la respuesta es afirmativa se confirmará el fallo impugnado, en caso contrario se revocará y se negará el amparo.

3. Tesis de la Sala

La Sala considera que le corresponde a la NUEVA EPS, el reconocimiento y pago de las incapacidades presentadas por la accionante hasta el día 180, el cual no se ha cumplido y el no pago de las mismas vulnera los derechos fundamentales cuyo amparo se deprecia; por lo que se confirmará el fallo impugnado; sin embargo se modificará el numeral tercero de dicho fallo, en el sentido de advertir a COLPENSIONES, que de haber lugar al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la actora, se tenga en cuenta lo pagado por concepto de auxilio de incapacidad desde la fecha en que se estructuró la invalidez, esto es 15 de septiembre de 2015, para evitar un doble pago.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. Marco normativo y jurisprudencial

4.1 La acción de tutela, su naturaleza jurídica

4.1.1 Requisitos de procedencia

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, esta requiere para su procedencia el cumplimiento de ciertos presupuestos, los que son analizados ulteriormente.

4.1.1.1 La Subsidiariedad o Residualidad:

Hace referencia a que la Acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los



asociados deben agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el Juez Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, no se aplicará la subsidiariedad cuando el Actor con la Acción de Tutela, pretenda evitar un perjuicio irremediable con ocasión a la vulneración del derecho esbozado, o cuando los mecanismos ordinarios se tornen ineficaces, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta en que se pueda encontrar la persona a causa de factores físicos, económicos o sociales, ajustándose así al criterio esgrimido por la Corte Constitucional, como se cita a continuación:

"De acuerdo con el artículo 86 superior, la acción de tutela procede, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial pues se trata de un mecanismo subsidiario de protección y no de uno susceptible de remplazar los medios judiciales ordinarios. Con todo, el mismo precepto superior consagra un supuesto en el que la acción de tutela procede a pesar de la existencia de tales medios judiciales: Hay lugar al amparo constitucional de los derechos cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, perjuicio que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solo concurre cuando es inminente, grave y de urgente atención".

Al respecto el inciso 3º del artículo 86 superior dice:

"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". (Negritas fuera de texto original).

4.1.1.2. La inmediatez:

La Acción de Tutela debe ser interpuesta en un tiempo razonable, teniendo siempre presente la ocurrencia del hecho o la omisión generadora de la amenaza o violación del derecho invocado.

La razón de ser de la inmediatez es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

4.1.1.3. La especialidad:

La razón de ser o el objeto de la Acción de Tutela es la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales, es decir, procede únicamente



para proteger esta clase de derechos y no para otros, de ahí la especialidad de la Acción.

5. Pago de Incapacidades.

5.1. Subsidio de incapacidad temporal de origen común.

El auxilio por incapacidad laboral sustituye el salario durante el lapso en el que el trabajador ha suspendido sus labores a causa de la misma; este auxilio es una garantía para el trabajador incapacitado de que durante el tiempo que transcurra la incapacidad contará con los ingresos económicos suficientes para su sostenimiento y el de su familia.

Sobre este tema la Corte Constitucional ha manifestado:

*"El pago de incapacidades 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 Corte reconoce implícitamente que sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados"*¹.

A su turno, la ley 100 de 1993, sobre las incapacidades laborales, dispone que en razón a las condiciones de salud por origen común, los beneficios económicos y asistenciales, los asumen los sistemas de seguridad social en salud y pensiones a través de las empresas promotoras de salud, EPS, y las administradoras de Fondos de Pensiones.

El decreto 2943 de 2013, modificadorio del parágrafo 1 del artículo 40 del decreto 1406 de 1999 dispone: "**Artículo 1.** Modificar el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual quedará así:

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.

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.

Lo anterior tanto en el sector público como en el privado".

Por otro lado, el Decreto ley 0019 DE 2012 señala: "**Artículo 121.** Trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del

¹ Corte Constitucional sentencia T- 200 de 2017, MP Dr. JOSE ANTONIO CEPEDA AMARIS



Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS.

En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia."

Así mismo, el artículo 142 ibídem, modificatorio del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, enseña:

"Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones -, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad.

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.

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."

De la norma en cita, se infiere que existe una sanción legal para las E.P.S. cuando éstas no emiten concepto de rehabilitación, cuando haya lugar a él, antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150) a la Administradora de Fondo de Pensiones donde se encuentre afiliado el empleado, dicha sanción consiste en que, la E.P.S. 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 concepto.

Por otra parte, el literal a) del inciso segundo del artículo 67 de la ley 1753 de 2015 dispone: *"El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades."*

En otro sentido, el artículo 38 de la ley 100 de 1993 indica: *"Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral"*.

Sobre el pago de las incapacidades, la Corte Constitucional ha informado: *"Por otro lado, el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, contempla que en caso de que la incapacidad se mantenga es posible prorrogar el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal, siempre que exista un concepto de rehabilitación favorable, y se reconozca en favor del trabajador un auxilio equivalente a la incapacidad de la que era beneficiario."*

Así, interpretando el alcance de la citada norma en concordancia con la jurisprudencia de esta Corporación, el pago de las incapacidades laborales mayores a 180 días debe sufragarse por cuenta de la administradora de fondos de pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador, esto es, únicamente para aquellas que se causen a partir del día 181 y hasta que se produzca el dictamen de invalidez, y hasta por 360 días adicionales.

(...)

"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)".

(...)

Con el propósito de cumplir con el procedimiento, a la administradora de fondos de pensiones y cesantías le corresponde emitir un concepto del servicio de rehabilitación integral del incapacitado, frente al cual, en caso de que sea favorable, es decir que el trabajador se pueda rehabilitar, dicha administradora de fondos de pensiones, previa autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, puede postergar la calificación ante las Juntas de Calificación de Invalidez hasta por un término máximo de 360 días calendario adicionales, tal y como se mencionó anteriormente, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Ahora, si el concepto resulta desfavorable estas entidades deberán remitir los casos a las Juntas de Calificación de Invalidez.

Frente a este punto, se debe anotar que la normatividad vigente consagra el deber de acompañamiento de las E.P.S., en relación con el trámite necesario para obtener el pago de las incapacidades superiores a los primeros 180 días, enviando directamente al fondo de pensiones los documentos que requiere, a efecto de que su solicitud sea estudiada y decidida.

Ahora bien, en caso de ser iniciado el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral del afiliado, se produce el dictamen sobre su invalidez, el cual, de acuerdo con su resultado puede: (i) arrojar una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, caso en el cual, de cumplir con los demás requisitos previstos en la ley, el fondo de pensiones deberá reconocerle al trabajador una pensión de invalidez o, en su defecto, (ii) cuando la calificación de la pérdida de capacidad laboral sea inferior al 50%, el empleador deberá reincorporar al trabajador a su empleo, o a uno con funciones acordes con su situación de incapacidad.

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

De acuerdo con lo planteado, si el afiliado no alcanza el porcentaje mínimo requerido para consolidar el derecho pensional, y por su estado de salud le siguen ordenando incapacidades laborales, le corresponderá al fondo de pensiones continuar con el pago de aquéllas, siempre que exista un concepto médico favorable de rehabilitación o hasta que se emita, o, hasta tanto se pueda efectuar una calificación de su invalidez. Lo anterior, toda vez que para esta Corporación el reconocimiento de la incapacidad por enfermedad general constituye un mecanismo idóneo para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores dependientes e independientes, en especial de su derecho al mínimo vital y a la salud:

"El pago de las incapacidades laborales mayores a 180 días corre a cargo de la administradora de fondos de pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador esto es, aquellas que se causen a partir del día 181 y hasta que se produzca el dictamen de invalidez, y por lo menos, por 360 días adicionales. En este punto, la Sala debe advertir que a la EPS le corresponde cumplir con el deber de acompañamiento del trabajador, en relación con el trámite necesario para obtener la cancelación de las incapacidades



superiores a los primeros 180 días, remitiendo directamente al correspondiente fondo de pensiones los documentos que requiere, a efecto de que su solicitud sea estudiada y decidida o de que, eventualmente, le sea reconocida una pensión de invalidez".

En este supuesto, lo que la jurisprudencia constitucional persigue es radicar en cabeza del fondo de pensiones la obligación de pagar al afiliado una prestación equivalente a la que venía recibiendo por parte de la E.P.S., con el fin de garantizar una protección y estabilidad mínima de los derechos constitucionales fundamentales de los trabajadores incapacitados por más de 180 días que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, bajo amenaza de su derecho al mínimo vital y el de sus dependientes.

En conclusión, en caso de que al trabajador, por causa de su estado de salud, le sean expedidas por su médico tratante, incapacidades y éstas no superen los 180 días; (i) en primer lugar le corresponde a la Empresa Promotora de Salud el pago de las mismas, sin embargo; (ii) en el evento que las mismas sobrepasen los 180 días, el responsable del pago es el fondo de pensiones, ya sea hasta que se produzca un dictamen sobre su pérdida de capacidad laboral o se restablezca su salud.

Así las cosas, si el dictamen finalmente indica que (i) el trabajador presenta una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, se causará en su favor la pensión de invalidez, siempre y cuando cumpla con los demás requisitos legales. Si por el contrario, (ii) el dictamen de pérdida de capacidad laboral arroja que el trabajador presenta una incapacidad inferior al 50%, y se siguen prescribiendo incapacidades laborales por el médico tratante, le corresponderá al fondo de pensiones seguir pagándolas, por 360 días adicionales, siempre que exista concepto favorable de rehabilitación o hasta que éste se emita, o se pueda efectuar una nueva calificación de su invalidez.

En cualquiera de los dos eventos descritos en los párrafos precedentes, el empleador está obligado a mantener el vínculo jurídico laboral con el trabajador, y a continuar con el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social, conforme con lo que establezca el concepto sobre su rehabilitación"².

En otra arista, el artículo 43 del decreto 1352 de 2013, señala que contra el dictamen sobre la calificación de invalidez que hagan las juntas regionales de calificación, proceden los recursos de reposición y apelación.

En otro sentido, sobre el cómputo de las incapacidades laborales, la Resolución 2266 de 1998, expedida por el ISS, señala que se entiende por prórroga de incapacidad, la expedida con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión o por otra que tenga relación directa con aquella, siempre que entre una y otra no haya una interrupción mayor a 30 días calendarios.

Advierte la Sala, que sobre la prórroga de las incapacidades laborales existe un vacío normativo, por lo que las EPS, aplican el criterio establecido en la citada Resolución expedida por el ISS.³

² Corte Constitucional, sentencia T- 729 de 2012 MP Dr. ALEXEI JULIO ESTRADA.

³ Ministerio de Salud, concepto 201511600088971 del 26 de enero de 2015.



De las normas en cita, arrima la Sala a las siguientes conclusiones:

- En caso de enfermedad común, las incapacidades se deben pagar así: los 2 primeros días los asume el empleador, del día 3 al 180 la EPS, del 181 al 540 el Fondo de pensiones y del 541 en adelante la EPS.
- Si al trabajador incapacitado se la practica la calificación de la pérdida de capacidad laboral y ésta arroja un porcentaje igual o superior al 50%, tendrá derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, tan pronto quede en firme el respectivo dictamen. Mientras esto no ocurra, el trabajador incapacitado tendrá derecho al pago del auxilio por incapacidad.
- Si al trabajador incapacitado se la practica la calificación de la pérdida de capacidad laboral y ésta arroja un porcentaje inferior al 50%, deberá ser reintegrado a sus labores; cesando el derecho al pago del auxilio por incapacidad.
- Las incapacidades deben ser consecutivas o con interrupciones no superiores a 30 días calendarios, siempre que provengan de la misma patología o por otra directamente relacionada con la inicial. Si la interrupción supera dicho término, no se pueden acumular, sino que se consideran aisladamente una de otra, es decir cada incapacidad se considera como nueva, para todos los efectos legales.

6. CASO CONCRETO

6.1. Hechos relevantes probados

Se encuentra probado dentro del proceso que:

- 6.1.1 Que la accionante fue incapacitada en diferentes períodos desde 22 de diciembre de 2009 (Fol. 47-49)
- 6.1.2. Que las incapacidades concedidas a la accionante se encuentran prorrogadas a partir del 12 de julio de 2017 hasta el 9 de marzo de 2018 (Fol. 48).
- 6.1.3. Que las incapacidades correspondientes a las fechas 27/10/2017 al 07/11/17, 22/11/17 al 3/12/17, 4/12/17 al 18/12/17, 27/12/17 al 10/01/18, 13/01/18 al 27/01/18, 28/01/18 al 11/02/18 y 23/02/18 al 09/03/18, no han sido pagadas a la actora (Fol. 48-49).



6.1.4. Que la Junta Regional de Calificación de invalidez de Bolívar, el 31 de enero de 2018, calificó a la actora con pérdida de la capacidad laboral del 52,51% (Fol. 10-13)

7. Valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico.

Procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, de conformidad con el marco normativo y jurisprudencial expuesto así como los hechos probados.

En el sub judice, la accionante solicita que se realice el pago a su favor de las incapacidades, afirmando que faltando más de 20 días para la cancelación de los 181 días, le fue suspendida la cancelación de las incapacidades por la NUEVA EPS.

La accionada Nueva EPS en su informe, manifiesta que no está obligada a pagar las incapacidades, debido a que la accionante ya tiene calificada pérdida de capacidad laboral de 39,64% y que el pago de las incapacidades o de la pensión de invalidez, le corresponde es al fondo de pensiones.

Por su parte COLPENSIONES, en su informe manifiesta que fue radicado concepto de rehabilitación por parte de la Nueva EPS, en el cual se informa que por la patología que padece la afiliada da lugar a un concepto de rehabilitación favorable, pero manifiesta que la afiliada no ha radicado petición alguna sobre reconocimiento de incapacidades médicas.

El a quo en el fallo impugnado amparó los derechos deprecados y ordenó a la nueva EPS pagar las incapacidades generadas hasta el día 180; igualmente ordenó a COLPENSIONES adelantar los trámites ante la EPS para verificar las incapacidades que le correspondan pagar a partir del día 181 hasta el 540, término dentro del cual se debe definir la situación de la accionante, otorgándole o no una pensión de invalidez.

Consideró el fallador de primera instancia, que está acreditado que a la accionante se le adeudan las incapacidades causadas desde octubre 27 de 2017 a marzo 9 de 2018 y no existe prueba que la Nueva EPS haya remitido el concepto de rehabilitación ni la relación de las incapacidades, existe prueba de habersele realizado la calificación de invalidez a la actora sin que a la fecha se le haya reconocido pensión de invalidez.



En este contexto, procede la Sala a resolver el problema jurídico, previas las siguientes consideraciones.

En primer lugar, se precisa que de acuerdo con las pruebas obrantes a folios 47 a 49 del expediente, las incapacidades causadas del 8 de abril de 2017 hacia atrás, no se pueden acumular con las posteriores, debido a que fueron interrumpidas en diferentes períodos, al transcurrir más de 30 días calendarios entre la inicial y la posterior; así tenemos: la primera incapacidad fue del 22 de diciembre de 2009 al 20 de enero de 2010, la siguiente fue del 19 de febrero al 5 de marzo de 2010. La siguiente fue del 26 de noviembre de 2014 al 10 de diciembre de 2014, es decir hubo interrupción.

La posterior incapacidad es del 29 de junio de 2016 al 30 de junio del mismo año; mientras que la siguiente va del 28 de agosto de 2016 al 4 de septiembre del mismo año, es decir hubo interrupción.

Luego se causó otro período de incapacidad del 13 de septiembre de 2016 al 20 del mismo mes y año; posteriormente se causó un nuevo período del 16 de noviembre de 2016 al 15 de diciembre de 2016, habiéndose interrumpido.

Del mismo modo, se causó otro período del 17 de enero de 2017 al 23 de enero de 2017, existiendo interrupción con las del período anterior, por transcurrir más de 30 días calendarios entre una y otra.

Posteriormente, se causa una nueva incapacidad el 10 de marzo de 2017 al 8 de abril del mismo año; posteriormente se causa una nueva del 12 de julio de 2017 al 26 de julio del mismo año, existiendo interrupción con el período anterior.

En este orden, las únicas incapacidades que se consideran prorrogadas, son las causadas a partir del 12 de julio de 2017 al 9 de marzo de 2018, las cuales, contando los días autorizados, suman 174.

En este orden, las únicas incapacidades que se consideran prorrogadas, son las causadas a partir del 12 de julio de 2017 al 9 de marzo de 2018, las cuales, contando los días autorizados, suman 158.

Siguiendo el hilo conductor, para efectos de establecer el responsable del pago de la incapacidad, la Sala considera que está en cabeza de la NUEVA EPS, pues las incapacidades reclamadas (octubre 27 de 2017 al 9 de marzo de



2018), se encuentran dentro de los 180 días que deben ser asumidos por la EPS, de acuerdo con lo establecido en el marco normativo y jurisprudencial.

Por otro lado, si bien existe un dictamen que calificó la pérdida de la capacidad laboral de la actora en 52,51%, lo que en principio le daría derecho a la pensión por invalidez, no se tiene prueba de que dicho dictamen se encuentre en firme, razón por la cual es deber de la EPS continuar pagando las incapacidades que se causen dentro de los 180 días, como se ha explicado in extenso en párrafos precedentes.

Ahora bien como quiera que la pérdida de la capacidad laboral se estructuró el 15 de septiembre de 2017 (folio 16), es dable advertir, que el fondo de pensiones COLPENSIONES al momento de efectuar el pago retroactivo de la pensión de invalidez, si a ella hubiera lugar, deberá tener en cuenta lo pagado por concepto de auxilio de incapacidad a partir de esa fecha, para efectos de evitar un doble pago; en este sentido, se modificará el numeral tercero del fallo impugnado.

Finalmente, hasta tanto se resuelva la situación de la actora, en cuanto su derecho o no la pensión de invalidez, la Nueva EPS deberá pagar las incapacidades causadas desde el 27 de octubre de 2017 al 9 de marzo de 2018 y las que se causen con posterioridad, sin exceder los 180 días, correspondiéndole a Colpensiones reconocer y pagar las se causaren a partir del día 181; de conformidad con lo planteado en el marco normativo y jurisprudencial.

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,

IV. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero del fallo impugnado, el cual quedará así: *"ordenar a COLPENSIONES que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes, adelante los trámites administrativos ante la NUEVA EPS para establecer el número de incapacidades que deben reconocérsele a la accionante y le cancele las misma a partir del día 181 manera de subsidio hasta completar los 540 días, término en el cual debe definir la situación de la accionante relativa al otorgamiento o no de una pensión de invalidez; así*



mismo deberá realizar los trámites administrativos necesarios para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez si a ella hubiere derecho. Advertir a COLPENSIONES que al momento de efectuar el pago retroactivo de la pensión de invalidez, si a ella hubiera lugar, deberá tener en cuenta lo pagado por concepto de auxilio de incapacidad a partir del 15 de septiembre de 2017, fecha de estructuración de la invalidez, para efectos de evitar un doble pago".

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de fecha diecisiete (17) de abril de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena; de conformidad con lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COMUNICAR el contenido de esta providencia a las partes y al Juez Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena.

CUARTO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión dentro de los diez (10) días siguientes de ejecutoriada ésta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta N° ____.

LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

MOISES RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS