

Cartagena de Indias D. T. y C., quince (15) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	TUTELA
Radicado	13-001-33-33-006-2021-00195-01
Accionante	LUIS CARLOS QUÍROZ CARDONA
Accionado	NUEVA EPS- PORVENIR S.A.
Tema	<i>Confirma sentencia de primera instancia – Corresponde a la Nueva EPS realizar el reconocimiento y pago de las incapacidades del accionante dentro de los 180 primeros días- Interrupción de incapacidades.</i>
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la accionada NUEVA EPS,¹ contra la sentencia de fecha ocho (08) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)², proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió tutelar los derechos fundamentales de salud, seguridad social y mínimo vital del actor, vulnerados por la NUEVA EPS.

III. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones³.

En ejercicio de la acción de tutela, el accionante Luis Carlos Quíroz Cardona, elevó las siguientes pretensiones:

“PRETENSIONES:

1. *Que Nueva promotora de salud Nueva EPS reconozca y emita documento de incapacidad de los 33 días comprendidos entre 1 de mayo y 3 de junio de 2021 los cuales transcurrieron sin ningún soporte de incapacidades y estuve en mi casa con apoyo parcial y ayuda de muletas.*
2. *Que tanto Nueva promotora de salud, Nueva EPS y el fondo de pensiones Porvenir reconozcan las responsabilidades individuales de cada una.*
3. *Que mis incapacidades sean pagadas en su totalidad desde 1 de mayo de 2021 momento que cesaron los pagos hasta el día 1 de septiembre de 2021 cuando fui dado de alta por el médico tratante y finalizaron las incapacidades”.*

¹ Fols., 58 – 64 Exp. Digital.

² Fols. 40 – 50 Exp. Digital.

³ Fols. 38 – 39 Exp. Digital.

3.2 Hechos⁴.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó el actor que el día 04 de junio de 2021, acudió con el médico especialista en ortopedia Roberto Eljaude a quien comunicó que viene remitido de la Clínica de Fracturas y Medicina Laboral debido a una fractura de tobillo, por hechos ocurridos el 3 de noviembre de 2020 y por la cual fue operado. Afirmó que puso en conocimiento al médico tratante que desde el 1 de mayo del presente año no contaba con incapacidad, en respuesta a esto, el galeno afirmó que no podía dar incapacidades retroactivas. Por esta razón, se le ocasionó una interrupción de 33 días en la continuidad de las incapacidades que habían sido emitidas por la Clínica de Fracturas y Medicina Laboral.

Expuso que de acuerdo al artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, las EPS, están obligadas a reconocer hasta 180 días consecutivos de aquellas incapacidades que generadas con ocasión a un mismo diagnóstico o patología relacionada.

Señaló que, para justificar la negativa del pago de las incapacidades generadas desde el 1 de mayo, la Nueva EPS se basó en el tiempo que ya ha transcurrido.

Indicó que, la Nueva EPS afirmó que el accionante contaba con el tiempo para acudir al fondo de pensiones para exigir el pago de las incapacidades, sin embargo, no tuvo en cuenta los 33 días de incapacidad que transcurrieron desde el 1 de mayo, que fue remitido por la Clínica de Fracturas y Medicina Laboral, hasta el 4 de junio de la presente anualidad.

Finalmente, alegó que en atención a lo manifestado por la Nueva EPS, el actor solicitó el pago a su fondo de pensiones, la cual fue rechazada debido a la inconsistencia que se presentaba en la continuidad de las incapacidades.

3.3 CONTESTACIÓN.

3.3.1 NUEVA EPS⁵

Mediante informe allegado el día 02 de septiembre de 2021, la entidad accionada solicitó que se declarara improcedente la presente acción constitucional fundamentándose en los siguientes argumentos:

Manifestó que, el señor Luis Carlos Quiroz Cardona es un afiliado que presenta 83 días de incapacidad continua al 31 de agosto del 2021 y una interrupción

⁴ Fols. 1 – 2 Exp. Digital.

⁵ Fols. 18 – 26 Exp. Digital.

desde el 02 de mayo de 2021, hasta el 03 de junio de la misma anualidad, con 179 días de prórroga continua.

Igualmente aseguró que, emitió concepto favorable de rehabilitación del actor el día 20 de junio de 2021, el cual fue notificado a AFP Porvenir el mismo día, en aras de cumplir lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, el cual estipula que la EPS debe remitir el concepto de rehabilitación a la AFP antes del día 150 y a su vez esta última debe iniciar el pago de incapacidad a partir del día 181 de incapacidad, prorrogándolo por 360 días adicionales a los primeros 180, al finalizar este último periodo debe calificar la pérdida de capacidad laboral.

En concordancia con lo anterior, señaló que no es posible realizar el reconocimiento de las incapacidades toda vez que, el Fondo de Pensiones es quien debe asumir el valor de esta prestación hasta emitir la calificación de pérdida de capacidad laboral, la cual hasta la fecha no ha sido notificada.

Indicó que, en atención a la solicitud de pago de las incapacidades del afiliado, se evidenció que hasta la fecha se han expedido incapacidades continuas, sin embargo, se identificó una interrupción entre el 02 de mayo de 2021 hasta el 03 de junio de 2021, por lo cual solicitó al empleador confirmar si para ese tiempo el afiliado se encontraba o no incapacitado.

Finalmente, sostuvo que en la presente acción no se cumplió el principio de subsidiaridad de la acción de tutela, pues el accionante no demostró haber agotado los medios ordinarios de defensa establecidos en la jurisdicción laboral para reclamar el pago de prestaciones económicas.

Por lo anterior solicitó que, se le desvincule de la presente acción y en su lugar se conmine a la AFP porvenir para que asuma el valor de las prestaciones económicas hasta que emita la calificación de pérdida de capacidad laboral. De igual forma, insta que se declare improcedente puesto que las incapacidades se han expedido de forma continua. De manera subsidiaria alegó que, de tutelar los derechos fundamentales del accionante, se le faculte a la Nueva EPS, y se ordene al ADRES a reembolsar todos los gastos en que incurra la Nueva EPS en cumplimiento del presente fallo.

3.3.2 PORVENIR⁶

Mediante informe allegado el 01 de septiembre de 2021, la entidad vinculada alegó la existencia de la falta de legitimación por pasiva toda vez que, la

⁶ 33 – 36 Exp. Digital.

13-001-33-33-011-2021-00168-01

entidad llamada a responder por las incapacidades del accionante es la Nueva EPS, pues es a quien le corresponde el pago de los primeros 180 días continuos de incapacidad.

Afirmó que, aun cuando el señor Luis Carlos Quiroz ha tenido múltiples incapacidades, también ha existido una interrupción en la continuidad de estas superior a 30 días, desde el 1 de mayo de 2021 hasta el 3 de junio de la misma anualidad.

Señaló que de acuerdo al artículo 34 de la Resolución 2266 de 1998, se entiende por prorrogas de incapacidad la expedida con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a 30 días calendario.

Debido a esto, consideró que quien debe responder por el pago de las incapacidades es la Nueva EPS, ya que, al existir una interrupción de las incapacidades superior a 30 días, comienza nuevamente el conteo y de llegar a cumplir 180 días continuos con concepto favorable, correspondería a la AFP proceder con el pago de incapacidades médicas.

Por lo anterior, solicitó que se declare improcedente la presente acción de tutela con respecto a Porvenir S.A, ya que no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante, asimismo, solicita que se le ordene a la EPS del actor, realizar el pago de las incapacidades hasta el día 180 de incapacidad continua.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, en sentencia del ocho (08) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), resolvió:

"FALLA

PRIMERO. DECLARAR que **Nueva EPS** vulneró los derechos fundamentales de salud, seguridad social y mínimo vital del actor Luis Carlos Quiroz Cardona, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. Como medidas de protección se **ORDENA** a la **Nueva EPS** a través de su Director de Prestaciones Económicas, Dr. Cesar Alfonso Grimaldo Duque o quien haga sus veces, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, **RECONOZCA Y PAGUE** al actor, si aún no lo hubiere hecho, las incapacidades generadas con posterioridad al 3 de junio de 2021, y hasta los 180 días siguientes, siempre y cuando se cumplan los criterios de prórroga de las misma, de modo

⁷ Fols., 40 – 50 Exp. Digital.



13-001-33-33-011-2021-00168-01

que se garantice la atención integral de las prestaciones económicas de la parte demandante.

TERCERO. Para efectos de la verificación del cumplimiento del presente fallo, se ordena igualmente a las entidades indicadas, que a más tardar dentro del día siguiente al vencimiento del plazo que se le concede para ejecutar la medida de protección, acredite ante este Juzgado, por escrito, el efectivo cumplimiento de esta.

CUARTO. PREVENIR a Nueva EPS para que, en lo sucesivo, no incurran en omisiones como las que motivaron el ejercicio de la presente acción.

QUINTO. DESVINCULAR de esta acción a Porvenir S.A, por las razones expuestas."

En primer lugar, manifestó el A-Quo que la presente acción es procedente, ya que al no encontrarse probado que el actor recibe algún ingreso adicional y diferente al auxilio por incapacidad, la acción de tutela se convierte en la única garantía de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida digna, alegados por el accionante.

Afirmó que, entre la incapacidad que finalizó el 1 de mayo de 2021 y la que se generó el 3 de junio de la misma anualidad, transcurrieron más de 30 días, por lo que, de acuerdo a la jurisprudencia y normatividad citada, no aplica la prórroga de estas, es decir, la incapacidad generada el 3 de junio, no es una prórroga de las anteriores, sino que se considera una nueva, por lo que está incluida en los 180 días que corresponden a la Nueva EPS. Por esta razón, una vez empezado a contar un nuevo término desde el 3 de junio, hasta el 1 de septiembre que el trabajador informa la finalización de sus incapacidades, no se sobrepasan los 180 días por lo cual su pago es responsabilidad de la EPS.

Señaló que, al manifestar el actor que no ha recibido pago de las incapacidades y al no obrar en el expediente prueba de que la Nueva EPS haya realizado el pago de las mismas, se hace evidente que la menciona entidad está vulnerando los derechos fundamentales alegados por el actor, ya que el auxilio por incapacidad es sustituto del salario del accionante hasta que su condición médica le permita ejecutar su trabajo, por lo que ese ingreso es la garantía de su mínimo vital y el de su familia. En consecuencia, declara la vulneración de los derechos fundamentales por parte de la entidad accionada y desvinculará a la AFP.

En lo concerniente al pago de las incapacidades comprendidas en el periodo desde el 1 de mayo al 3 de junio, estimó el juez de primera instancia que no se acreditaron las razones por las cuales el accionante no acudió al médico tratante para que se expidieran estas incapacidades de forma oportuna, por lo cual, el actor deberá acudir a la jurisdicción ordinaria para probar que no le es imputable la falta de expedición de las mismas.

3.5. IMPUGNACIÓN⁸

La Nueva EPS manifestó que, el afiliado presenta 83 días de incapacidad continua al 31 de agosto de 2021, asimismo que presentó una interrupción para el periodo que va comprendido entre el 02 de mayo de 2021 hasta el 03 de junio de la misma anualidad con 179 días de prórroga continua.

Señaló también que, el día 20 de junio de 2021 emitió Concepto de Rehabilitación favorable, el cual fue notificado el mismo día, en cumplimiento del artículo 142 del Decreto 019 de 2012, es decir emitió dicho concepto antes del día 150 de incapacidad, por lo que la AFP debe iniciar el pago de las incapacidades a partir del día 181.

Por lo anterior, afirmó que no es la Nueva EPS la entidad encargada de realizar el reconocimiento económico de las prestaciones, sino que corresponde a la AFP asumir el pago de estas, hasta que se emita la calificación de pérdida de capacidad laboral, la cual hasta el momento, no ha sido notificada por parte de la AFP.

Solicitó ser desvinculada de la presente acción y en su lugar conminar a Porvenir S.A para que asuma el valor de las prestaciones económicas hasta que emita la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Por esta razón, indicó que, atendiendo a la solicitud de pago del accionante, se evidenció que hasta la fecha, las incapacidades han sido expedidas de forma continua, pero que se identificó una interrupción desde el 02 de mayo de 2021 hasta el 03 de junio del mismo año, por lo cual requiere al empleador para que informe si durante este periodo el afiliado se encontró o no incapacitado.

Finalmente, argumentó que al no estar demostrado que el accionante agotó todos los medios ordinarios de defensa, no se evidencia el cumplimiento del principio de subsidiaridad propio de la acción de tutela.

3.6. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto de fecha dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)⁹, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, se concedió la impugnación interpuesta por la accionada Nueva EPS, contra la sentencia de primera instancia, siendo asignado el conocimiento del mismo a

⁸ Fols. 58 – 64 Exp. Digital.

⁹ Fols. 71 – 72 Exp. Digital.

13-001-33-33-011-2021-00168-01

este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)¹⁰, por lo que se dispuso su admisión por proveído del veintisiete (27) de septiembre del dos mil veintiuno (2021)¹¹.

IV. -CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

5.2 Problema jurídico

De conformidad con los argumentos de la impugnación presentada, considera la Sala que el problema jurídico a resolver en el asunto estudiado, se circunscribe a determinar si:

¿Es responsabilidad de la Nueva EPS o de la AFP Porvenir SA, realizar el reconocimiento y pago de las incapacidades del señor Luis Carlos Quiroz siguientes a la interrupción por más de 30 días a los primeros 179 días continuos de incapacidad?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala CONFIRMARÁ el fallo de primera instancia, teniendo en cuenta que las incapacidades generadas a partir del 4 de junio de 2021 no constituyen una prórroga de las finalizadas el 1 de mayo de 2021, por lo tanto al estar dentro de los 180 días de las mismas, su reconocimiento y pago debe ser asumido por la Nueva EPS.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para resolver el problema jurídico planteado abordaremos el siguiente hilo conductor: (i) Generalidades de la acción de tutela; (ii) Procedencia de la acción constitucional para el pago y reconocimiento de incapacidades; (iii) Régimen normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el

¹⁰ Fol. 75 Exp. Digital.

¹¹ Fol. 76 – 77 Exp. Digital.

Sistema General de Seguridad Social en Salud - entidades responsables de efectuar el pago; y (iv) Caso concreto.

5.4.1 Generalidades de la acción de tutela.

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

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

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso, o en su lugar la persona que requiere la intervención del juez constitucional se encuentre en una posición de indefensión que no le permita acudir a la vía ordinaria.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

5.4.2. Procedencia de la acción constitucional para el pago y reconocimiento de incapacidades.

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha establecido que el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales adeudadas procede



por la vía de la acción de tutela, en aquellos casos en los que el juez constitucional advierta que el no pago de incapacidades pueda generar un detrimento mayor a los derechos del tutelante, toda vez que, existen factores como la edad, el estado de salud, las condiciones económicas, sociales y familiares, que son aspectos de obligatoria ponderación, pues exigirle a ciertas personas asumir las complejidades propias de los procesos ordinarios, en algunos casos podría redundar en que la vulneración de un derecho fundamental, como la dignidad humana o el mínimo vital, se prolongue de manera injustificada.

Así las cosas, la sentencia T-490 de 2015 fijó una serie de reglas en materia de idoneidad de la acción de tutela para el reconocimiento de las incapacidades médicas laborales por parte de las E.P.S, que se pueden sintetizar en;

"i) El pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar.

ii) El pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta"

En este sentido, menciona el Máximo Órgano de Cierre Constitucional, mediante esta misma sentencia, que;

"Cuando no se reconoce el pago de las incapacidades laborales, se pueden estar afectando otros derechos fundamentales como la salud, la vida en condiciones dignas, el mínimo vital del trabajador y de su núcleo familiar, ya que en la mayoría de los casos el subsidio por incapacidad representa su único sustento"

Por esta razón, se presume que el pago de las incapacidades laborales constituye la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su subsistencia y la de su familia. Es por ello que a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar los beneficios prestacionales, entre ellas las incapacidades, y cuando éstas no se pagan oportunamente se afectan derechos del orden constitucional, por lo que se hace necesaria la intervención del Juez de tutela a fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el solicitante y su núcleo familiar.

Por ello, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital, la salud y la seguridad social, cuando el peticionario se ve desprovisto del pago de las incapacidades médicas. Esto, aun cuando el conocimiento de las reclamaciones concernientes a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social Integral Corresponda, en principio, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social. Esto se hace aún más notable, cuando el Órgano de Cierre Constitucional, en Sentencia T-161 del 2019, expuso que el trámite que se cierra mediante la jurisdicción ordinaria, o ante la Superintendencia de Salud, tiende a carecer de idoneidad, en razón del tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza, lo cual, habilita a la tutela, para resolver esta clase de litigios, siempre que se cumplan con los principios generales de la acción constitucional.

Entonces, si las incapacidades debidamente certificadas al trabajador no son desembolsadas, de manera oportuna, ello puede generar vulneraciones iusfundamentales, razón por la cual el juez de tutela se ve legitimado para pronunciarse sobre el fondo del asunto con el propósito de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el trabajador, y en algunos casos su núcleo familiar.

En definitiva, cuando se interponga una acción de tutela que pretenda meramente el pago de incapacidades médicas, si bien los accionantes podrían acudir a un proceso laboral ordinario o un proceso abreviado ante la Superintendencia Nacional de Salud, el Juez de tutela no puede dejar de lado 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"¹².

5.4.3. Régimen normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud - entidades responsables de efectuar el pago.

Las incapacidades médicas pueden tener origen en una enfermedad y/o un accidente, o ser de procedencia común. En uno u otro caso el sistema integral de seguridad social prevé el pago de las respectivas incapacidades. Sin embargo, dependiendo de cuál sea el origen varía la entidad encargada de cancelar las respectivas incapacidades.

¹² Sentencia T-140 de 2016, Corte Constitucional.

El certificado de incapacidad temporal es un documento emitido por un profesional de la salud en el que consta un concepto que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir, que surge de un acto médico el cual es independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica. Una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, dependiendo de la prolongación de la situación de salud del trabajador.

En lo concerniente a las enfermedades de origen común, las incapacidades menores, esto es, que tengan una duración máxima de dos (2) días, serán asumidas directamente por el empleador conforme a lo dispuesto en el Decreto 2943 de 2013¹³. **De igual forma, a la EPS le corresponde pagar las incapacidades de origen común a partir del día tres (3), siempre y cuando la misma sea prórroga de otra, y no supere los ciento ochenta (180) días.**

Debe anotarse que, el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, establece que son los empleadores quienes deben tramitar el reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad general ante las Empresas Promotoras de Salud, el propósito de la referida norma es no transferirle al trabajador la carga administrativa que supone la obtención de dicho reconocimiento prestacional.

En ese estadio de la evolución de la incapacidad del afiliado, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral o de la posibilidad de recuperación. Y toma un papel importante el concepto favorable de rehabilitación, por ello, conviene destacar que conforme el Decreto-Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal y remitirlo a la AFP que corresponda antes del día 150. En los eventos en que las EPS no cumplan lo anterior, les compete pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, es decir, les asistirá el deber de asumir el pago de dichas sumas desde el día 181 y hasta el día en que emitan el concepto en mención.

¹³ "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".

En caso de que la EPS emita concepto favorable de rehabilitación, la AFP tendrá la capacidad de postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral *“hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó y pagó la EPS”*¹⁴. En este evento se generará el derecho al reconocimiento de un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador que estará a cargo de la AFP a la que se encuentre afiliado.

Cuando el Concepto de Rehabilitación que reciba la AFP sea desfavorable, le compete a este proceder a realizar de manera inmediata la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, puesto que, la recuperación del afiliado es medicamente improbable. En todo caso, el pago de las incapacidades desde el día 181 a 540 le corresponde a los AFP, siempre que ésta cuente con el Concepto de Rehabilitación sea favorable o desfavorable.¹⁵

Entonces, el trabajador encontrará cubiertas sus necesidades económicas con el pago de las respectivas incapacidades, correspondiendo cubrir a la EPS los primeros 180 días y a la AFP hasta por 360 días más, según lo dispone el Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001:

“(...) para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la administradora de fondos de pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las juntas 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 otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador”.

De este modo es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540 (total 360 días), a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones (al no enviar el concepto de rehabilitación), caso en el cual será la llamada a responder.

Superados los 360 días adicionales de incapacidad, si el empleado continúa recibiendo incapacidades en razón a persistir su condición médica, surge el interrogante de quién es el llamado a su reconocimiento y pago. Es así como la Ley 1753 de 2015, con el fin de superar el vacío legal que existía en esta

¹⁴ Sentencia T- 218 de 2018, Corte Constitucional

¹⁵ Sentencia T- 246 de 2018, Corte Constitucional (M.P. Antonio Lizarazo Ocampo)

materia antes de su expedición creó la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Entre las diferentes funciones otorgadas a dicha entidad, el legislador estableció en su artículo 67 *ibídem* la obligación de reconocer y pagar a las EPS las incapacidades por enfermedad de origen común de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud que superen los 540 días continuos.

Seguido, el Decreto 1333 de 2018 por medio del cual se sustituye el Título 3 de la parte 2 de del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, reglamentó las incapacidades superiores a los 540 días, señalando en su artículo 2.2.3.3.1 que la obligación sobre el pago de dichas incapacidades originadas por una enfermedad general de origen común, corresponde a las EPS y demás entidades obligadas a compensar.

Adicionalmente, cabe destacar que conforme a lo establecido en el Decreto 546 de 2017 y la Circular No. 1 del 31 de julio de 2017, la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud entró en operación a partir del 1º de agosto de 2017, fecha en la cual las EPS cuentan con la facultad de ejercer la facultad de recobro de los dineros pagados por concepto de dichas incapacidades.

En conclusión, se debe indicar que a través de la providencia T-200 de 2017 se sintetizó el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta un plazo de 540	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Igualmente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1333 de 2018 en su artículo 2.2.3.3. Indicó sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades superiores a 540 días que corresponderían a las EPS o EOC, por tanto, debían reiniciar dicho pago desde el día 541.

En suma, es claro que atendiendo a lo previsto por la jurisprudencia constitucional en la materia, el origen de la incapacidad constituye un



parámetro determinante para establecer cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene a su cargo la obligación de pagar las incapacidades, atendiendo a los diferentes parámetros de temporalidad que operan en los casos de enfermedades de origen común¹⁶.

5.4 CASO CONCRETO.

5.5.1 Hechos Relevantes Probados.

- Respuesta a la petición de reconocimiento económico de incapacidades por parte de la Nueva EPS.¹⁷
- Respuesta de la AFP Porvenir, mediante la cual rechazó la solicitud de pago de incapacidades.¹⁸
- Certificado de incapacidades expedido por la Nueva EPS.¹⁹

5.5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el caso objeto de estudio, el actor interpuso acción de tutela con la finalidad de obtener el amparo a sus derechos fundamentales de salud, seguridad social y mínimo vital presuntamente vulnerados por la Nueva EPS toda vez que al no reconocerle las incapacidades retroactivas se le origino una interrupción de 33 días en la continuidad de las incapacidades emitidas por la Clínica de Fracturas y Medicina Laboral, sin embargo, la EPS afirma que ya el señor Luis Carlos Quiroz cuenta con el tiempo necesario para reclamar ante su fondo de pensiones el pago de las incapacidades generadas. Asimismo, señala que al hacer la solicitud de pago de incapacidades ante la AFP, esta fue rechazada debido a la inconsistencia en la continuidad de las incapacidades.

Por su parte la Nueva EPS, manifestó que no es a esta entidad a quien corresponde el reconocimiento económico de las incapacidades, sino que es responsabilidad de la AFP Porvenir, puesto que, de acuerdo a la normatividad vigente, a partir del día 181 de incapacidad es responsabilidad de las AFP realizar el pago de incapacidades hasta emitir la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Por otro lado, la AFP Porvenir S.A informó que, es a la Nueva EPS a quien corresponde reconocer y pagar estas incapacidades, puesto que de acuerdo

¹⁶ Sentencia T-161 de 2019, Corte Constitucional.

¹⁷ Fol. 3 Exp. Digital.

¹⁸ Fol. 4 Exp. Digital.

¹⁹ Fols. 28 – 30 Exp. Digital.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No.067/2021
SALA DE DECISIÓN No.004

SIGCMA

13-001-33-33-011-2021-00168-01

al artículo 34 de la Resolución 2266 de 1998, al existir una interrupción superior a 30 días, no se entiende que exista una prórroga, por lo que se debe iniciar nuevamente el conteo de días desde la expedición de la nueva incapacidad el día 4 de junio de 2021, de manera que si luego de esto se llegan a cumplir 180 días de incapacidad, le corresponde a la AFP asumir el pago de las incapacidades.

La A-quo mediante sentencia de primera instancia, determinó que la responsable del pago de las incapacidades del señor Luis Carlos Quiroz, era la Nueva EPS toda vez que, debido a la interrupción que supera los 30 días, ya que se dio desde el 1 de mayo de 2021 hasta el 3 de junio del mismo año, no se podía entender la incapacidad generada el 3 de junio de 2021 como una prórroga de las anteriores, sino como una nueva, que hasta la fecha en la que el trabajador se reintegró a sus labores, no superaba los 180 días, por lo cual el pago era responsabilidad de la Nueva EPS.

La Nueva EPS en su defensa y bajo los mismos argumentos de la contestación de la demanda, afirma que le corresponde a Porvenir S.A reconocer y pagar las incapacidades del actor.

Por lo anteriormente expuesto, procede esta Corporación a analizar lo siguiente:

Afiliado: LUIS CARLOS QUIROZ CARDONA
Número de identificación : CC73147885

Contingencia	Fecha Inicial	Fecha Final	Diagnóstico	Días Otorgados	Días Autorizados	Tipo iden. Aportante	Número identificación Aportante	Nombre Aportante
ENFERMEDAD GENERAL	21/08/2012	23/08/2012	R51X	3	0	NT	800101613	COLVISEG DEL CARIBE LTDA COLOMB DE SEGR
ENFERMEDAD GENERAL	05/02/2013	07/02/2013	L030	3	0	NT	800101613	COLVISEG DEL CARIBE LTDA COLOMB DE SEGR
ENFERMEDAD GENERAL	26/01/2015	27/01/2015	K529	2	0	NT	800101613	COLVISEG DEL CARIBE LTDA COLOMB DE SEGR
ENFERMEDAD GENERAL	02/04/2017	04/04/2017	N23X	3	0	NT	800101613	COLVISEG DEL CARIBE LTDA COLOMB DE SEGR
ENFERMEDAD GENERAL	18/07/2018	19/07/2018	H609	2	0	NT	800101613	COLVISEG DEL CARIBE LTDA COLOMB DE SEGR
OAT - ACCIDENTE TRANSITO	10/10/2019	14/10/2019	S099	5	3	NT	800101613	COLVISEG DEL CARIBE LTDA COLOMB DE SEGR
OAT - ACCIDENTE TRANSITO	04/11/2020	03/12/2020	S822	30	28	NT	800101613	COLVISEG DEL CARIBE LTDA COLOMB DE SEGR
OAT - ACCIDENTE TRANSITO	04/12/2020	02/01/2021	S822	30	30	NT	800101613	COLVISEG DEL CARIBE LTDA COLOMB DE SEGR
OAT - ACCIDENTE TRANSITO	03/01/2021	01/02/2021	S822	30	30	NT	800101613	COLVISEG DEL CARIBE LTDA COLOMB DE SEGR
OAT - ACCIDENTE TRANSITO	02/02/2021	02/03/2021	S822	29	29	NT	800101613	COLVISEG DEL CARIBE LTDA COLOMB DE SEGR
OAT - ACCIDENTE TRANSITO	03/03/2021	01/04/2021	S822	30	30	NT	800101613	COLVISEG DEL CARIBE LTDA COLOMB DE SEGR
OAT - ACCIDENTE TRANSITO	02/04/2021	01/05/2021	S822	30	30	NT	800101613	COLVISEG DEL CARIBE LTDA COLOMB DE SEGR

Total de días de incapacidad otorgados bajo el diagnóstico S822:								179 días
ENFERMEDAD GENERAL	04/06/2021	23/06/2021	S826	20	0	NT	800101613	COLVISEG DEL CARIBE LTDA COLOMB DE SEGR
ENFERMEDAD GENERAL	28/06/2021	17/07/2021	S826	20	0	NT	800101613	COLVISEG DEL CARIBE LTDA COLOMB DE SEGR
ENFERMEDAD GENERAL	19/07/2021	28/07/2021	S826	10	0	NT	800101613	COLVISEG DEL CARIBE LTDA COLOMB DE SEGR
ENFERMEDAD GENERAL	30/07/2021	05/08/2021	S826	7	0	NT	800101613	COLVISEG DEL CARIBE LTDA COLOMB DE SEGR

Código: FCA - 008

Versión: 03

Fecha: 03-03-2020





Total de días de incapacidad otorgados bajo el diagnóstico S826:	83 días
--	---------

De lo anterior, se extrae que al afiliado se le reconocieron las incapacidades

ENFERMEDAD GENERAL	06/08/2021	12/08/2021	S826	7	0	NT	800101613	COLVISEG DEL CARIBE LTDA COLOMB DE SEGUR
ENFERMEDAD GENERAL	13/08/2021	19/08/2021	S826	7	0	NT	800101613	COLVISEG DEL CARIBE LTDA COLOMB DE SEGUR
ENFERMEDAD GENERAL	20/08/2021	26/08/2021	S825	7	0	NT	800101613	COLVISEG DEL CARIBE LTDA COLOMB DE SEGUR
ENFERMEDAD GENERAL	27/08/2021	31/08/2021	S826	5	0	NT	800101613	COLVISEG DEL CARIBE LTDA COLOMB DE SEGUR

generadas desde el 4 de noviembre de 2020, hasta el 1 de mayo de 2021, bajo el código de diagnóstico S822 con ocasión a un accidente de tránsito, cuya suma da como resultado 179 días de incapacidad otorgados, los cuales, al encontrarse dentro de los 180 días, correspondían en su reconocimiento y pago a la Nueva EPS.

De igual forma, observa la Sala que, se produce una interrupción de 32 días, desde el 2 de mayo de 2021 hasta el 3 de junio del mismo año, sin justificación alguna. Luego de esto, se generan unas nuevas incapacidades desde el 4 de junio de 2021 hasta el 31 de agosto de la misma anualidad, bajo el código de diagnóstico S826 con ocasión a enfermedad general, cuya sumatoria da como resultado 83 días de incapacidad del afiliado.

El artículo 34 de la Resolución 2266 de 1998 establece que:

"ARTICULO 34. DE LA PRÓRROGA DE LA INCAPACIDAD POR ENFERMEDAD GENERAL. Se entiende por prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a treinta (30) días calendario."

Advierte este Tribunal que, no se encuentra acreditado que el diagnóstico de código S826 tenga relación directa con el diagnóstico de código S822, además, que entre la incapacidad finalizada el 1 de mayo de 2021, identificada bajo el diagnóstico S822, y la incapacidad generada el 4 de junio de 2021 identificada bajo el diagnóstico S826, transcurrieron más de 30 días calendario.

De lo anterior concluye la Sala que, las incapacidades identificadas bajo el código de diagnóstico S826, no son una prórroga de las incapacidades identificadas bajo el código de diagnóstico S822, sino que por el contrario se deben entender como unas nuevas incapacidades que al solo sumar 83 días, le corresponde a la EPS del actor, es decir, a la Nueva EPS, realizar el reconocimiento y pago de estas incapacidades, toda vez que se encuentra dentro de los 180 días que según la normatividad citada anteriormente, deben ser asumidos por la EPS.



13-001-33-33-011-2021-00168-01

Por lo antes manifestado, encuentra esta Sala que la sentencia impugnada deberá ser confirmada en su totalidad.

VI.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones aquí expuestas.

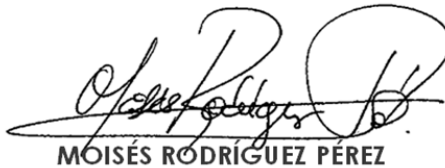
SEGUNDO: NOTIFÍQUESE las partes y al Juzgado de primera instancia, en la forma prevista en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No.056 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ