



San Andrés, Isla, Tres (03) de Junio de Dos Mil Veintiuno (2021)

RADICACIÓN: 88-001-4003-003-2021-00117-00
REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
TUTELANTE: SHANNON FORBES REEVES
TUTELADO: PORVENIR S.A.

SENTENCIA No. 0042 -021

1. OBJETO

Procede el Despacho a decidir la acción de tutela instaurada por la señora SHANNON FORBES REEVES actuando en a través de apoderado judicial en contra de PORVENIR S.A.

2. ANTECEDENTES

La señora SHANNON FORBES REEVES actuando a través de apoderado judicial Dr. Waldry Elles Archbold, interpuso acción de tutela por razón de los hechos que a continuación se sintetizan:

Expresa que laboró para la empleadora Restaurante la Costilla de Juan, hasta el 20 de octubre de 2020, fecha por medio de la cual fue despedida debido al cierre del establecimiento a pesar de sus múltiples padecimientos médicos.

Sostiene que a pesar de su despido laboral se encuentra en estado activo afiliada a través de su empleadora en calidad de dependiente del sistema de seguridad social en salud, ante la EPS SANITAS, en pensiones ante la AFP PORVENIR y en Riesgos Laborales ante la ARL POSITIVA.

Manifiesta que el 20 de junio de 2019, siendo empleada de la Costilla de Juan, sufrió un accidente de tránsito que le generó fractura de epífisis superior del cubito en el codo derecho, siendo necesario intervención quirúrgica, presentándose desde ese momento incapacidades medicas por parte de su EPS SANITAS en su favor, hasta la última otorgada en fecha del 24 de octubre de 2020.

Indica que no sostiene bien alguno, ni empleo en este momento que le permita sufragar sus gastos indispensables de sobrevivencia, por lo que subsiste con la ayuda de familiares y amigos, debido al no pago de sus incapacidades.

Explica que las incapacidades médicas expedidas a su favor durante los primeros 180 días fueron cubiertas y pagadas de forma directa y satisfactoria por parte de la empleadora, Restaurante las Costillas de Juan, pero no ocurrió lo mismo con las incapacidades posteriores el día 180 por parte de la accionada APF Porvenir, lo que significa que las incapacidades de fecha 21 de diciembre de 2019 al 24 de octubre de 2020, las cuales a pesar de haber sido requeridas para su pago, esta se ha evadido todo este tiempo transcurrido al reconocimiento de las mismas, so pretexto

de que el concepto de rehabilitación otorgado a la accionante para el periodo de la expedición de las incapacidades posteriores al día 180, le fue concedido de forma favorable.

Aduce que el 29 de septiembre de 2020, se expide por parte de la EPS SANITAS, concepto de rehabilitación favorable a nombre de la accionante. Seguidamente, el 19 de febrero de 2021, la EPS SANITAS expide concepto de rehabilitación desfavorable a nombre de la actora.

Sustenta que mediante certificación de relación de incapacidades expedida por la EPS SANITAS de fecha 9 de febrero de 2021, se relacionan todas y cada una de las incapacidades alusivas, posteriores al día 180, decide no definir de fondo resolución de reconocimiento y pago de dichas incapacidades laborales efectuadas.

Expresa que la accionada se ha abstenido de reconocer y pagar las incapacidades medicas posteriores al día 180 en favor de la accionante; lo que permite inferir la evidente vulneración a sus derechos fundamentales.

3. PRETENSIONES

Con fundamento en los anteriores hechos, SHANNON FORBES REEVES actuando a través de apoderado judicial solicita:

- 3.1. Que se tutele los derechos fundamentales a la Seguridad Social, mínimo vital, salud, vida digna.
- 3.2. Que se ordene a la entidad accionada, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, realice el pago de todas las incapacidades medicas expedidas y posteriores al día 180, del 08 de febrero de 2020 al 24 de octubre de 2020, a favor de la señora SHANNON FORBES REEVES.

4. ACTUACIÓN JUDICIAL

Mediante Auto N° 0172-021 de fecha veinticinco (25) de Mayo de dos mil veintiuno (2021), se admitió la presente acción de tutela, ordenándose comunicarle a PORVENIR S.A., con el fin de que contestara la presente solicitud y rindiera los informes del caso dentro del término de dos (2) días, de la presente acción.

Asimismo, el día 27 de mayo de 2021, se vinculó a EPS SANITAS a la presente acción constitucional, toda vez que PORVENIR S.A., manifestó que *“Sea lo primero, informar a este honorable Despacho, que la SANITAS EPS emitió CONCEPTO DE REHABILITACIÓN INTEGRAL OBLIGATORIO el 29 de Septiembre de 2020 y fue notificado por el accionante ante Porvenir S.A. hasta el 13 de Abril de 2021, por lo que la EPS no remitió ni notifico a tiempo ante esta Administradora dicho concepto de rehabilitación integral obligatorio a fin de adelantar los tramites respectivos*

teniendo en cuenta el tipo de Concepto, por tanto nos encontramos ante un evidente concepto de rehabilitación extemporáneo ya que la SANITAS EPS debió haberlo expedido a más tardar en el día 120 de incapacidad continua.

Es así que la entidad a cargo de las incapacidades pretendidas por la accionante, es la SANITAS EPS, máxime cuando esta Administradora de Fondos de Pensión no fue notificada en los términos de ley frente al estado de salud y concepto médico de la señora SHANNON ALMORTA FORBES REEVES, ni frente a las incapacidades pretendidas en la presente Acción de tutela, pues es claro que Porvenir conoció lo relatado en hechos de tutela hasta la notificación de fecha 13 de Abril de 2021, y las incapacidades pretendidas datan del 08 de Febrero de 2020.”.

5.- CONTESTACIÓN A LA ACCIÓN DE TUTELA

La accionada PORVENIR S.A., contestó la presente acción constitucional, en la cual manifiesta que la SANITAS EPS emitió CONCEPTO DE REHABILITACIÓN INTEGRAL OBLIGATORIO el 29 de Septiembre de 2020 y fue notificado por el accionante ante Porvenir S.A. hasta el 13 de Abril de 2021, por lo que la EPS no remitió, ni notificó a tiempo ante esta Administradora dicho concepto de rehabilitación integral obligatorio a fin de adelantar los tramites respectivos teniendo en cuenta el tipo de Concepto, por tanto nos encontramos ante un evidente concepto de rehabilitación extemporáneo ya que la SANITAS EPS debió haberlo expedido a más tardar en el día 120 de incapacidad continua.

Es así que la entidad a cargo de las incapacidades pretendidas por la accionante, es la SANITAS EPS, máxime cuando esta Administradora de Fondos de Pensión no fue notificada en los términos de ley frente al estado de salud y concepto médico de la señora SHANNON ALMORTA FORBES REEVES, ni frente a las incapacidades pretendidas en la presente Acción de tutela, pues es claro que Porvenir conoció lo relatado en hechos de tutela hasta la notificación de fecha 13 de Abril de 2021, y las incapacidades pretendidas datan del 08 de Febrero de 2020.

Por lo tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, es la SANITAS EPS la entidad que debe asumir el pago de incapacidades hasta la fecha de expedición del concepto de rehabilitación integral obligatorio, es decir, hasta la fecha de expedición del CONCEPTO DE REHABILITACIÓN OBLIGATORIO.

Indica que de existir Concepto de Rehabilitación Favorable con el que proceda reconocimiento y pago de incapacidades, esta sociedad administradora reconocerá desde el día de emisión del Concepto, y hasta el máximo legalmente establecido día 540 de incapacidad continua, por lo que rogamos a su señoría tener en cuenta los tramos acordes a la normatividad vigente.

Una vez radicada la documentación y solicitud de reconocimiento y pago de incapacidades por parte de la señora SHANNON ALMORTA FORBES REEVES ante Porvenir S.A., se procedió con el estudio del caso, por lo cual esta Administradora de Fondos de Pensión, procedió con el trámite de reconocimiento respectivo de incapacidades radicadas.

Datos básicos de la solicitud							
Día 181	2020-01-19	Día 360	2021-01-12	Días Acumulados	26	Fecha CRIE	2020-09-29

Es así que esta Administradora ha cancelado a la accionante las siguientes incapacidades, por ser **LAS ÚNICAS RADICADAS** hasta el momento dentro del rango del cumplimiento desde la fecha de expedición del concepto de rehabilitación hasta el día 540 de incapacidad continua a favor de la señora **SHANNON ALMORTA FORBES REEVES**.

Número Radicado	Fecha Inicio	Fecha Fin	Días	Días Acumulados	Valor	Bandeja
0104774006334500	2020-09-29	2020-10-24	26	26	760763	APROBACIÓN Y PAGO

Así las cosas, PORVENIR S.A. no adeuda suma alguna a favor de la señora SHANNON ALMORTA FORBES REEVES hecho que se encuentra cabalmente cumplido por parte de esta Administradora, como quiera que ha reconocido todas las incapacidades presentadas por la accionante, que se encuentran dentro de los 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad continua, tal como lo establece la normatividad vigente.

Es preciso aclarar que para continuar con el pago de las siguientes incapacidades y máximo hasta el día 12 de Enero de 2021, día en que se cumplen los 540 días de incapacidad continua, la señora SHANNON ALMORTA FORBES REEVES, las debe radicar en debida forma, de conformidad con los procedimientos establecidos por la Compañía, tal como lo ha hecho con las incapacidades anteriores que ya han sido canceladas.

Es preciso señalar la importancia y obligatoriedad de remitir al menos prueba sumaria que compruebe la existencia de la prestación que se ostenta, ya que es *patente que para poder reconocer acreencias de carácter laboral o que correspondan a una prestación social, la misma debe tener el carácter de cierto e indiscutible, así como ya lo ha señalado la honorable Corte Constitucional.*

Así mismo aclaramos que las incapacidades anteriores a la emisión del concepto de rehabilitación, y las que excedan de los 540 días continuos de incapacidad, debe ser pagado por la EPS atendiendo la Ley 1753 de 2015, por lo que solicitamos se vincule a la ADRES, entidad contra la cual podrá recobrar la entidad promotora de salud.

En este orden de ideas, es pertinente llamar la atención sobre el hecho que es menester tanto de las Administradoras del sistema como de las instancias judiciales, el velar por la sostenibilidad del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones, por lo que efectuar pagos sin el cumplimiento de requisitos se convierte en un detrimento para el sistema.

Adicional a esto tenemos que Porvenir S.A. es una entidad administradora de fondos de pensiones y cesantías de sus afiliados.

NO es una entidad pagadora de incapacidades, por lo que su obligación es la de administrar en debida forma los recursos del sistema y ceñirse a las actuaciones ya establecidas por el ordenamiento jurídico, obligación a todas luces cumplida a cabalidad en el presente caso, ya que a la fecha se han efectuado todos los trámites contemplados por la Ley tendientes a definir de fondo la solicitud efectuada por el accionante, siguiendo el conducto regular establecido para el efecto, por lo que NO PUEDE sancionarse el cumplimiento de las instancias propias del proceso, con la pretensión de obtener un pago NO DEBIDO que además atenta contra la propia sostenibilidad del sistema.

De acuerdo con las razones plasmadas es claro que esta Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, Porvenir S.A., se ciñe en el desarrollo de su objeto social a los postulados y normas contenidos en la Ley, especialmente en el Régimen General de Seguridad Social Integral (Ley 100 de 1993 y normas complementarias), razón por la cual acatando dichas disposiciones en materia de Seguridad Social, esta administradora ha cumplido conforme a lo establecido en la ley, los mandatos normativos y las directrices establecidas por los organismos de control y vigilancia, de manera que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental en cabeza del accionante.

Finalmente solicita que deniegue o declare improcedente la pretendida acción de tutela respecto de PORVENIR S.A., pues la misma es ajena a cualquier vulneración o amenaza de los derechos fundamentales citados por el accionante, y en su lugar ordenar el pago de incapacidades a la SANITAS EPS.

Por su parte, la EPS SANITAS manifestó que la señora SHANNON FORBES REEVES se encuentra afiliado al SISTEMA DE SALUD a través de la EPS SANITAS S.A.S., ostenta la calidad de cotizante independiente reporta un IBC de \$908.526 Cuenta a la fecha con 1313 semanas de antigüedad ante el SGSSS.

En cuanto a los hechos de la tutela y ejerciendo nuestro derecho a la defensa, es preciso manifestar lo indicado por el área de **Prestaciones Económicas** de la EPS Sanitas S.A.S:

*“Se valida el sistema de información y se evidencia que EPS Sanitas le ha tramitado a la señora **SHANNON ALMORTA FORBES REEVES** cc 40991044, **473** días de*

incapacidad con origen Accidente de tránsito en el periodo comprendido entre el 27 de junio de 2019 al 24 de octubre de 2020, por los diagnósticos S524 (FRACTURA DE LA DIAFISIS DEL CUBITO Y DEL RADIO), S521(FRACTURA DE LA EPIFISIS SUPERIOR DEL RADIO), S520(FRACTURA DE LA EPIFISIS SUPERIOR DEL CUBITO), los cuales fueron tramitados sobre un IBC de \$1.244.000,00; en concordancia con lo establecido en Decreto 780 de 2016 Artículo 3.2.1.10 y el código sustantivo del trabajo Artículo 226.

Los primeros 180 días se cumplieron el **23 de diciembre de 2019**, los cuales fueron autorizados y liquidados a favor del empleador LA COSTILLA JUAN S.A.S identificada con el número de NIT 901019393, dada su condición de cotizante Dependiente y debido a la obligación constituida entre las entidades promotoras de salud y los empleadores, quienes son los entes responsables de efectuar el pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud frente a todos sus trabajadores, así mismo los **293** días restantes comprendidos entre el 24 de diciembre del 2019 y el 24 de octubre de 2020 fueron validados y expedidos sin prestación económica y con cargo a la AFP.

En ese orden de ideas el día **12 de noviembre de 2019** fecha en la cual la afiliada contaba con 139 días de incapacidad, mediante el oficio LM1DG-95198, el caso de la señora Shannon fue remitido ante la administradora de fondos de pensiones PORVENIR notificando el estado de incapacidad laboral prolongada, se anexo al mismo el concepto de rehabilitación **Favorable** expedido por médico de la EPS, dando cumplimiento a lo ordenado en el Decreto Ley 019 de 2012. Para que con base en dicho dictamen la respectiva administradora asuma el subsidio temporal por incapacidad laboral a partir del día 181, o bien proceda a calificar la pérdida de capacidad laboral.

Se informa que posterior al día 24 de octubre de 2020 no se evidencia incapacidades radicadas para tramite, por cual se interrumpiría el acumulado que traía la afiliada.

De otro lado es pertinente informar que las incapacidades que comprenden en el periodo del 24 de diciembre de 2019 al 24 de octubre de 2020, de acuerdo a la normatividad vigente están a cargo de la Administradora de Fondo de pensiones PORVENIR sin importar el Concepto de rehabilitación.

Como se puede observar, es claro que cuando en casos como el presente, se han cumplido los primeros ciento ochenta (**180**) días de incapacidad **de origen común**, la EPS respectiva se encuentra relevada de continuar con el reconocimiento y pago del subsidio económico reconocido en la Ley, para que dicha obligación continúe siendo cumplida por la entidad pensional a la que el trabajador o cotizante ha debido afiliarse.

Lo anterior, acorde con el concepto No. 6367 de 2006 emanado de oficina jurídica y de apoyo legislativo del MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL donde se precisa que la obligación que tiene una EPS de reconocer el pago de una incapacidad, va hasta el día ciento ochenta (**180**) de la misma. El mismo ente gubernamental ha ratificado lo expuesto mediante concepto radicado No.230899 donde reza textualmente que en el caso de que la incapacidad generada por enfermedad no profesional supere los ciento ochenta (180) días, no existe obligación legal para la EPS, de continuar con dicho reconocimiento.

Además, la Corte Constitucional ha definido de manera clara a que entidad le corresponde el cubrimiento de las incapacidades con posterioridad al **día 180**. Así dispuso:

“Ahora bien, en los casos en que la incapacidad laboral no da lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez porque la calificación es inferior al 50%, ¿A quién le corresponde asumir el pago de las incapacidades a partir del día 181?

La jurisprudencia constitucional ha señalado que 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.

A partir de lo señalado hasta el momento es claro que no se puede predicar que EPS Sanitas incurrió en incumplimiento de sus obligaciones a favor del señor(a), siendo evidente que la pretensión económica solicitada en la tutela **no es imputable a EPS SANITAS S.A.S.**

Además se debe aclarar que EPS SANITAS S.A.S. en su momento actuó de acuerdo con la Ley al realizar las comunicaciones a la AFP de la incapacidad prolongada y por ello de ninguna manera le es imputable el pago de las incapacidades posteriores al día 180.

6.- CONSIDERACIONES

6.1. COMPETENCIA:

De conformidad con el numeral 1° del Art. 1° del Decreto 1983 del 2017, éste Despacho es competente para conocer la presente solicitud de tutela.

La norma citada, respecto del *reparto de la acción de tutela*, dispone lo siguiente:

“(…) Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital, municipal y contra particulares, serán repartidas para su conocimiento en primera instancia, a los jueces municipales”. Lo anterior por ser la tutelada una administradora del fondo de pensiones privado.

Frente a la competencia, según el criterio del lugar donde se haya producido el hecho o sus efectos, los mismos tuvieron ocurrencia en la Isla de San Andrés.

Así las cosas, son los Juzgados Municipales del Distrito Judicial de San Andrés, los competentes para conocer la presente solicitud de tutela, según el correspondiente reparto.

6.2. PROCEDENCIA:

El Artículo 86 de la Constitución Política de 1991, desarrollado en los Decretos 2591 y 306, ambos del mismo año, ha institucionalizado la acción de tutela como una garantía y un mecanismo constitucional de protección directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y de los particulares, en los casos que establezca la ley.

Dicha acción muestra por su finalidad un carácter extraordinario, en la medida en que su utilización parte del respeto y garantía a la consagración constitucional y legal de las jurisdicciones ordinarias y especiales, así como de las respectivas acciones, procedimientos, instancias y recursos que ante las mismas se surten, lo que supone un uso en forma supletiva con carácter subsidiario; de manera que, la procedencia de la tutela se restringe a la inexistencia de otros medios de defensa judicial o a la ineficacia de los mismos, como también a su utilización transitoria ante la presencia de un perjuicio irremediable que permita contrarrestar dicho efecto en forma temporal, con una operancia inmediata, urgente, rápida y eficaz, mediante el trámite de un procedimiento preferente y sumario, hasta tanto la autoridad correspondiente defina el fondo del asunto.

En el presente asunto, se trata del ejercicio de la Acción de Tutela incoada contra de una administradora del fondo de pensiones privado con sucursal en el Departamento Archipiélago, por tanto es procedente, al tenor de los Artículos 5º y 42 Numeral 2º del Decreto 2591 de 1991.

6.3. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar, si se ha vulnerado y/o amenazado o no el derecho fundamental a la seguridad social, mínimo vital, vida digna y salud de la señora SHANNON FORBES REEVES por parte de AFP PORVENIR S.A., al no pagar sus incapacidades comprendidas entre el 24 de diciembre de 2019 y el 24 de octubre de 2020.

6.4. ANÁLISIS NORMATIVO Y/O JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS O AMENAZADOS

6.4.1. DERECHO AL MINIMO VITAL

El mínimo vital es un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho. Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna.

6.4.2. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Al respecto, la H. Corte Constitucional en Sentencia T-032/12, Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB, indicó:

“El derecho a la seguridad social, en la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad; cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos”.

6.4.3. DERECHO A LA VIDA DIGNA

El derecho a la vida en sí mismo considerado, no es un concepto restrictivo que no se limita solamente a la idea reducida de peligro de muerte, sino que es un concepto que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afectan la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna.

6.4.4. DERECHO A LA SALUD

En la actualidad la salud es considerada como un derecho fundamental, sin necesidad de que se encuentre en conexidad con el derecho a la vida u otro derecho del mismo rango, por expresa definición del Alto Órgano de la Jurisdicción Constitucional.

Al respecto la jurisprudencia de la Corte ha señalado que:

"... Inicialmente se dijo que el derecho a la salud no era por sí mismo un derecho fundamental y que únicamente sería protegido en sede de tutela cuando pudiera mostrarse su estrecha conexión con el derecho a la vida. (...) Con el paso del tiempo, no obstante, esta diferenciación tiende a ser cada vez más fluida, hasta el punto que hoy se afirma que el derecho a la salud es fundamental no sólo por estar conectado con un derecho fundamental – la vida, pues, en efecto, sin salud se hace imposible gozar de una vida digna y de calidad—sino que es en sí mismo fundamental. (...)

Así las cosas, se puede considerar que el derecho a la salud es un derecho fundamental cuya efectiva realización depende, como suele suceder con otros muchos derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto. Esto no implica, sin embargo, que deje de ser por ello un derecho fundamental y que no pueda gozar de la debida protección por vía de tutela, como sucede también con los demás derechos fundamentales. (...)" (Sent. T-573 de 2005. M.P. Dr. Humberto Sierra Porto).-

En sentencia T-869 de 2006, M.P. Doctor Rodrigo Escobar Gil, la Alta Corporación puntualizó:

"...por cuanto el derecho a la salud, en su dimensión de derecho subjetivo, es de naturaleza fundamental, en virtud de su estrecha relación con el principio de dignidad humana, vínculo que responde al criterio fijado por la Corte Constitucional como parámetro funcional de definición de derechos fundamentales".

En la sentencia T-467 de 2007, se remató a manera de reiteración:

"En este orden de ideas, el reconocimiento de esa doble dimensión se dirige, entre otras cosas, a obtener que las empresas prestadoras de servicios de salud, tanto del régimen

contributivo como del subsidiado, cumplan de forma integral con las obligaciones que el sistema de seguridad social ha establecido, de tal forma que no les sea posible negar el catálogo de servicios específicos y concretos contenidos en el Plan Obligatorio de Salud.

En conclusión, el derecho a la salud, en razón de su estrecha relación con el principio de la dignidad humana y en la medida en que se traduce en un derecho subjetivo como consecuencia de la determinación del régimen de servicios médicos exigibles al Estado, transmuta de derecho prestacional a derecho fundamental exigible a través del mecanismo de amparo constitucional. En ese sentido, el hecho de que las empresas prestadoras de servicios de salud -sean éstas del régimen contributivo o del subsidiado-, nieguen el reconocimiento de las prestaciones que se encuentra definidas dentro del Plan Obligatorio de Salud, comporta una vulneración de un derecho de carácter fundamental.”

La misma Corporación en sentencia de constitucionalidad de la Ley 1122 de 2007, C-463 del 14 de Mayo de 2008, M.P. Doctor Jaime Araujo Rentarías, expuso lo siguiente:

“...dada la naturaleza constitucional del derecho a la salud que, como se acaba de explicar es para esta Corte per se de carácter fundamental...Este carácter fundamental del derecho a la salud se justifica también por la importancia y relevancia del mismo para la vida digna de las personas. En este sentido, esta Corte ha hecho énfasis en la fundamentabilidad del derecho a la salud en los casos de los menores de edad, de personas de la tercera edad, o de sujetos de especial protección constitucional...así como a los usuarios del Régimen Subsidiado de salud, que por lo demás son los usuarios con menos recursos económicos, frente a los cuales el Estado tiene una obligación positiva de promoción y protección especial...”

6.5. CASO CONCRETO

Encuentra el Despacho que de acuerdo a lo manifestado por la señora SHANNON FORBES REEVES tuvo un accidente de tránsito el 20 de junio de 2019, mientras trabajaba para el Restaurante la Costilla de Juan, por lo que desde esa fecha ha estado incapacitado.

Sostiene que del día 1 al día 180 le fue cancelado todo valor por concepto de incapacidad médica, sin embargo, desde el día 181 no ha contado con la misma suerte pues dicho pago le corresponde a la AFP PORVENIR, quienes se niegan al

pago de la misma, aduciendo que el concepto de rehabilitación les fue enviado de forma extemporánea.

Por tal razón, la accionante solicita que le sean reconocidas y pagadas sus incapacidades del 24 de diciembre de 2019 al 24 de octubre de 2020.

Por lo anterior, considera vulnerados sus derechos fundamentales.

De acuerdo con lo anterior, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-163 de 2010, ha sostenido que:

“La Constitución Política consagra en sus artículos 48 y 49 el derecho a la seguridad social y determina que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado, que debe ser prestado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley¹.

La H. Corte Constitucional en principio diferenció los derechos protegidos mediante la acción de tutela de los de contenido exclusivamente prestacional, de tal suerte que el derecho a la salud, para ser amparado por vía de tutela debía tener conexidad con el derecho a la vida, la integridad personal o la dignidad humana. Sin embargo, se protegía como derecho fundamental autónomo cuando se trataba de los niños, en razón a lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, y en el ámbito básico cuando el accionante era un sujeto de especial protección.

En el mismo sentido, la H. Corte Constitucional manifestó que:

“Conforme a la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte, la salud es un derecho fundamental² definido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”³, que abarca tanto la esfera biológica del ser humano como su esfera mental y debe ser garantizado en condiciones de dignidad, por ser la

¹ El artículo 2° de la ley 100 de 1993, define los principios sobre los cuales debe basarse el servicio público esencial de seguridad social y la forma en que debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, así:

a. EFICIENCIA. Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente; (...) **d. INTEGRALIDAD.** Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley; (...)

² Ver sentencia T-859 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett). Para entonces, se acudió a los criterios dogmáticos establecidos en la sentencia T-227 de 2003 para resolver que el derecho a la salud es fundamental. Allí se señaló que son derechos fundamentales: “(i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) “todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”. La tesis del derecho a la salud como fundamental, ha sido considerablemente reiterada en sentencias como la T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-820 de 2008 (MP Jaime Araujo Rentería), T-999 de 2008 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-184 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-321 de 2012 (MP. Nilson Pinilla Pinilla), entre otras.

³ Ver sentencia T-355 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

salud un derecho indispensable para el ejercicio de otros derechos fundamentales⁴.

Se tiene entonces que de acuerdo a lo manifestado por la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia, el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

De acuerdo con la Carta Política, la salud es un servicio público a cargo del Estado. No obstante, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, reconoció que dicho servicio es un derecho, el cual se considera fundamental en sí mismo y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela.

Al efecto, el máximo Tribunal Constitucional ha señalado que *“el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud”*.

En el caso concreto, se observa que la señora SHANNON FORBES REEVES sufrió un accidente de tránsito el día 20 de junio de 2019, mientras laboraba para el extinto restaurante la Costilla de Juan.

La EPS SANITAS reportó incapacidades que suman un total de 473 días, de los cuales los primeros 180 días fueron asumidos por la EPS y su empleador, sin embargo, se evidencia que a partir del día 181 el pago de las incapacidades esta a cargo de la AFP PORVENIR, pero dicha entidad se niega al reconocimiento y pago de dichas incapacidades, vulnerando así los derechos fundamentales de la accionante.

Al respecto, la H. Corte Constitucional ha indicado que el Sistema General de Seguridad Social establece la protección a la que tienen derecho aquellos trabajadores que, en razón a la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad de origen común, se encuentran incapacitados para desarrollar sus actividades laborales y, en consecuencia, están imposibilitados para proveerse sustento a través

⁴ Ver sentencia T-311 de 2012 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

de un ingreso económico. Dicha protección se materializa mediante diferentes figuras tales como: el pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilio y pensión de invalidez contempladas todas estas, en la Ley 100 de 1993, Decreto 1049 de 1999, Decreto 2943 de 2013, la Ley 692 de 2005, entre otras disposiciones.

Las referidas medidas de protección buscan reconocer la importancia que tiene el salario de los trabajadores en la salvaguarda de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. Así lo ha sostenido esta Corporación al referirse particularmente a la incapacidades, estableciendo que el procedimiento para el pago de las mismas se han creado “(...) en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada”.

Bajo esa línea, la Corte mediante sentencia T-490 de 2015 fijó unas reglas en la materia, señalando que:

“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.”

Ahora bien, el Máximo Tribunal Constitucional⁵ ha indicado que respecto del pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, es preciso empezar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabajador percibirá durante ese lapso. Así, cuando se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un auxilio económico y cuando se trata del día 181 en adelante se estará frente al pago de un subsidio de incapacidad.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 161 de 2019.

Ahora bien, en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

- Entre el día **1** y **2** será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.
- Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número **180**, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.
- Desde el día **181** y hasta un plazo de **540** días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que 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. En el caso concreto se evidenció por parte de la suscrita que la EPS SANITAS mediante escrito del 07 de octubre de 2019 remitió al fondo de pensiones PORVENIR el concepto de rehabilitación de la señora SHANNON FORBES REEVES, encontrándose dentro del término legal para ello.

Por lo anterior, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia.

Así las cosas, en punto del análisis de procedibilidad, resulta preciso indicar que de acuerdo a lo definido por la H. Corte Constitucional, se encuentra demostrada la procedibilidad formal de la acción de tutela formulada por la señora SHANNON FORBES REEVES, pues fueron aportados cada uno de los elementos de prueba de los cuales es posible inferir que su estado actual de salud la sitúa en un alto grado de vulnerabilidad, circunstancia ampliamente agravada por el no pago de las incapacidades alegadas, impidiéndose por parte de la Administradora del Fondo de Pensiones – PORVENIR- que se perciba un ingreso mínimo para ella y para su núcleo familiar.

Y es que si bien es cierto la Administradora del Fondo de Pensiones – PORVENIR- acude a la carencia de concepto favorable de rehabilitación para negarse al reconocimiento y pago de incapacidades, acudiendo para tal fin a lo preceptuado en el artículo 142 de la Ley 019 de 2012, a juicio de este despacho se evade la

interpretación gestada por la H. Corte Constitucional, en donde se han erigido una serie argumentaciones dispuestas a proteger las prerrogativas mínimas de quienes por motivos de salud se han visto obligados a dejar sus puestos de trabajo.

En punto de lo anterior, es del caso señalar que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, prevé que en los casos en que "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", y que en esos eventos "la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador".

Lo anterior, de inicio impondría una interpretación según la cual, una vez remitido en término por la EPS el concepto favorable de rehabilitación, las incapacidades causadas después del día 180, deben ser pagadas al trabajador por la Administradora de Pensiones hasta tanto se califique la pérdida de su capacidad laboral con el fin de determinar si mejoró la patología que imposibilitaba su desempeño o, si por el contrario, su condición impide reincorporarse a sus tareas habituales, siendo procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Sin embargo, de acuerdo a la interpretación realizada por la H. Corte Constitucional en sentencia T-144/16, el concepto de rehabilitación, sea favorable o no, impone a la Administradora del Fondo de Pensiones la remisión del afiliado a la junta de calificación de invalidez, ello con el fin de que sea calificada la pérdida de su capacidad laboral y, de acuerdo con el porcentaje de pérdida, determine si se le debe reconocer la pensión de invalidez o reintegrarlo a su cargo, o reubicarlo en uno acorde con su situación de incapacidad, así como pagarle el subsidio de incapacidad mientras ello sucede.

Implica lo dicho que el concepto sobre rehabilitación ha sido impuesto e interpretado como una condición que permite la ampliación del término de las incapacidades, pasados los primeros 180 días, por 360 días más, ello con el fin de que el paciente o afiliado pueda recuperarse con la plena convicción de que se encuentra amparado por un sistema de seguridad social que le garantiza un ingreso económico, interpretación pregonada y acogida ampliamente por la H. Corte Suprema de Justicia, en donde claramente se ha señalado que *"la Corte Constitucional ha indicado que tales incapacidades deben ser asumidas por dicho fondo sin que para ello se deba tener en cuenta el tipo de concepto (favorable o desfavorable) de recuperación. Al respecto, en sentencia CC T-144/16, indicó: (...) Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable."*

Así pues, claramente se denota que el concepto de rehabilitación desfavorable no emerge como un argumento suficiente para limitar o suspender el pago de las incapacidades reconocidas por parte de la administradora de pensiones a partir del día 180, pues las incapacidades justamente se estructuran como la forma de salvaguardar las garantías de quien por una situación de salud ha perdido o se ha visto limitada su capacidad laboral.

En ese sentido, existen suficientes elementos de juicio para considerar que a la accionante, le fueron vulnerados sus derechos al mínimo vital y a la seguridad social en su faceta prestacional de pago de incapacidades, por cuenta de la omisión de la Administradora del Fondo de Pensiones - PORVENIR, pues la ausencia de pago de las incapacidades laborales ordenadas por su médico tratante acaece pese a que la actora indicó en su escrito de tutela que no contaba con fuente de ingresos diferente al pago de su salario y, como se argumentó, estas incapacidades sustituyen el salario, de manera que su no pago en el presente asunto vulnera sus derechos fundamentales.

Es pertinente señalar que las incapacidades que comprenden en el periodo del 24 de diciembre de 2019 al 24 de octubre de 2020 de acuerdo a la normatividad vigente están a cargo de la Administradora de Fondo de pensiones PORVENIR sin importar el Concepto de rehabilitación, en el cual quieren ampararse para desconocer el derecho de la accionante.

Colofón de lo anterior, el despacho tutelar el derecho fundamental al mínimo vital y la seguridad social de la señora SHANNON FORBES REEVES, y en consecuencia ordenará a PORVENIR S.A., que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, se sirva a reconocer y pagar las incapacidades correspondientes del 24 de diciembre de 2019 al 24 de octubre de 2020, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL DE SAN ANDRÉS**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital y la seguridad social de la señora **SHANNON FORBES REEVES**.

SEGUNDO: ORDENAR a **PORVENIR S.A.**, que dentro del término de las cuarenta y ocho 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, se sirva a reconocer y pagar las incapacidades correspondientes del 24 de diciembre de 2019 al 24 de octubre de 2020, por lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia en la forma ordenada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: PREVENIR a **PORVENIR**, para que en lo sucesivo, eviten la repetición de los actos omisivos, que dieron origen a la presente tutela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991

QUINTO: ORDENAR a la accionada, que oficie con destino a éste Despacho el cumplimiento de lo ordenado en ésta sentencia, aportando los soportes pertinentes, teniendo como objeto el presente amparo constitucional, la protección del derecho a la salud.

SEXTO: Contra la presente procede el recurso de impugnación

SEPTIMO: Si éste fallo no fuere impugnado oportunamente, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



INGRID SOFÍA OLMOS MUNROE
JUEZA