



San Andrés, Isla, Veintidós (22) de Noviembre de Dos Mil Veintiuno (2021)

RADICACIÓN: 88-001-4003-003-2021-00296-00
REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
TUTELANTE: NAIGGER ROMERO SMITH
TUTELADO: EPS SANITAS- COLPENSIONES

SENTENCIA No. 0116-021

1. OBJETO

Procede el Despacho a decidir la acción de tutela instaurada por el señor NAIGGER ROMERO SMITH actuando en nombre propio, en contra de E.P.S. SANITAS y COLPENSIONES.

2. ANTECEDENTES

El señor NAIGGER ROMERO SMITH actuando en nombre propio, interpuso acción de tutela por razón de los hechos que a continuación se sintetizan:

Expresa el accionante que en atención a que su estado de salud se encuentra quebrantado debido a lesión diagnosticada como fractura de diáfisis del fémur-astigmatismo bilateral, lo cual lo ha obligado a apoyarse en muletas para poder movilizarse.

Sostiene que se ha sometido a varias intervenciones quirúrgicas delicadas y tratamientos ortopédicos lentos que lo han incapacitado de forma absoluta, pues ni siquiera es capaz de movilizarse por cuenta propia.

Indica que a la fecha se encuentra en la ciudad de Barranquilla, en razón a una orden quirúrgica que se le practico y a la fecha se encuentra en tratamientos terapéuticos, los cuales lo obligan a seguir indefinidamente por fuera del territorio insular.

Aduce que tanto la EPS SANITAS como COLPENSIONES, se han abstenido de darle el trámite que en derecho corresponde a sus solicitudes de pago de incapacidades, lo cual considera violatorio de derechos fundamentales, ya que no se encuentra en condiciones físicas ni económicas para disputar con las dos accionadas.

Manifiesta que, mediante escrito del 10 de agosto de 2020, la EPS SANITAS presento remisión al Fondo de Pensiones, para dar continuidad al proceso de incapacidad laboral prolongada, debido a su estado de salud, y además en documento anexo remitió concepto de rehabilitación y en tal sentido, solicito a la administradora de pensiones se procediera con el pago de las incapacidades.

Sustenta que el día 25 de agosto de 2020, la administradora de pensiones acuso recibido e indico que la solicitud había sido radicada.

Explica que COLPENSIONES está omitiendo su responsabilidad amparada en la inexistencia del concepto de rehabilitación, lo cual es absolutamente falso, ya que, desde el mes de agosto de la anterior anualidad, la EPS SANITAS ya había emitido el concepto y puesto en conocimiento tal y como se informó en hechos anteriores.

Arguye que a la fecha se evidencia una negativa por parte de COLPENSIONES en hacer el pago de las incapacidades y demás procedimientos de rigor, pues en sus escritos de forma errada indican la falta de documentación para avanzar en el proceso del pago de las incapacidades.

3. PRETENSIONES

Con fundamento en los anteriores hechos, el señor NAIGGER ROMERO SMITH actuando en nombre propio solicita:

- 3.1. Que se tutele su derecho fundamental al debido proceso, petición y al mínimo vital.
- 3.2. Ordenar de inmediato el pago de las incapacidades viene cobrando a la EPS SANITAS y que por la extensión temporal es de competencia de COLPENSIONES.
- 3.3. Que se ejecute en su favor el procedimiento respectivo de calificación y pérdida de capacidad laboral, tal y como lo indica la EPS SANITAS en escrito del 15 de octubre de 2021.

4. ACTUACIÓN JUDICIAL

Mediante Auto N° 0439-21 de fecha diez (10) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), se admitió la presente acción de tutela, donde se ordenó comunicarle a la E.P.S. SANITAS y a COLPENSIONES, con el fin de que contestaran la presente solicitud y rindiera los informes del caso dentro del término de dos (2) días, de la presente acción.

5. CONTESTACIÓN A LA ACCIÓN DE TUTELA

La accionada E.P.S. SANITAS contestó la presente acción manifestando que al Usuario NAIGGER ALEXANDER ROMERO SMITH CC 1123636547. A quien la EPS Sanitas le ha validado y expedido incapacidades en calidad de cotizante independiente en los siguientes periodos: Se validan y expiden 585 días de incapacidad por enfermedad general con diagnósticos S723, S729 y L089, durante el periodo comprendido entre el 01 de marzo de 2020 y el 10 de noviembre de 2021, los cuales fueron tramitados sobre un IBC de \$ 877.803,00; en concordancia con lo

establecido en Decreto 780 de 2016 Artículo 3.2.1.10 y el código sustantivo del trabajo Artículo 226.

Sostiene que los primeros 180 días se cumplieron el 27 de agosto de 2020, los cuales fueron autorizados y liquidados a favor del señor Naigger Romero, dada su condición de cotizante independiente, así mismo los 360 días restantes comprendidos entre el 28 de agosto de 2020 y el 15 de septiembre de 2021 fueron validados y expedidos sin prestación económica y con cargo a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).

Cumpliendo de esta manera con el periodo máximo de obligatoriedad de reconocimiento de prestaciones económicas por parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud como lo establece el Decreto Ley 019 de 2012, que por ser pertinente nos permitimos transcribir: *“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....”*.

Indica que en ese orden de ideas el día 25 de agosto de 2019 mediante el oficio LM1DG100108 (encontrándose en el día 177 de incapacidad), el caso del señor Naigger Romero fue remitido ante la administradora de fondos de pensiones COLPENSIONES 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. Adicional, se informa que a partir del 16 de septiembre de 2021 la EPS Sanitas ha asumido nuevamente el trámite de las incapacidades del señor Naigger Romero por ser posteriores a los 540 días, previa validación y comprobación de derechos esto con el fin de dar cumplimiento a la ley 1753/2015.

Expresa que las incapacidades comprendidas entre el 16 de septiembre y el 10 de noviembre de 2021 no han sido autorizadas para el reconocimiento de las prestaciones económicas toda vez que estamos pendientes de la información con respecto a los trámites adelantados para la definición de la Pérdida de Capacidad Laboral emitida por las entidades competentes para tal fin. Para lo cual el día 26 de agosto de 2021 se emite oficio a la AFP Colpensiones solicitando dicha información, no obstante, a la fecha no han recibido respuesta.

Sustenta que es claro que la EPS Sanitas ha cumplido con lo establecido dentro de la normatividad legal vigente con la liquidación y pago de las prestaciones económicas comprendidas entre el tercer día y el día 180, que se generó la remisión del concepto de rehabilitación ante la AFP Colpensiones dentro de los términos establecidos en la Ley 019 de 2012.

Por su parte COLPENSIONES manifestó que, una vez validados sus bases y sistemas de información, se evidencia que mediante radicado BZ 2021_8060631 del 17 de julio de 2021, el afiliado Naigger Alexander Romero Smith, solicitó el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas prolongadas. Sin embargo, esta administradora procedió a rechazar el reconocimiento por cuanto no se ha aportado Concepto de Rehabilitación por parte de la Empresa Promotora de Salud EPS del afiliado.

En consecuencia, conforme la presente solicitud, mediante la cual el afiliado afirma que la Entidad Promotora de Salud Sanitas EPS allegó a esta Administradora mediante radicado BZ 2020_8312587 Concepto de Rehabilitación con pronóstico Favorable, para el diagnóstico Fractura de la Diáfisis del Fémur, Astigmatismo Bilateral, sería procedente el reconocimiento de las incapacidades médicas prolongadas desde el día 181 al día 540, mientras se mantenga el pronóstico Favorable.

Indica que el caso se escaló al área encargada mediante requerimiento interno BZ 2021_12450365, mediante la cual se validó la documentación y se aprobó el reconocimiento de incapacidades a través de radicado BZ 2021_12701876 y se autorizó el pago mediante radicado BZ 2021_12720444, donde el grupo de auditoría médica de esta Entidad atendiendo Certificado de Relación de Incapacidades CRI estableció el conteo de incapacidades de la siguiente manera:

- Día 1: 13/03/2020
- Día 180: 27/08/2020
- Día 540: 22/08/2021

Sostiene que, dando respuesta a la solicitud de reconocimiento y pago de incapacidades, esta Administradora a través de la Dirección de Medicina Laboral de la entidad, ha reconocido como subsidio económico un total por valor de Cinco Millones Doscientos Noventa y Un Mil Ochocientos Treinta y Cinco pesos m/cte. (\$5.291.835), por concepto de 179 días de incapacidad médica temporal.

Es menester aclarar que, en la presente oportunidad se procedió con el reconocimiento y pago de los periodos de incapacidad solicitados, los cuales fueron reconocidos mediante oficio DML-I 23030 del 28 de octubre de 2021, valor que será abonado a la cuenta bancaria autorizada para tal fin y se deberá ver reflejada en su cuenta dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de notificación del oficio de pago, siendo importante aclarar que, si su cuenta está inactiva o cancelada, el Banco rechazará la transacción.

Explica que posterior el accionante radica nuevas incapacidades, bajo el BZ 2021_13593054 del 11 de noviembre de 2021 en el cual, las cuales se encuentra en trámite y estudio encontrándonos en términos, no obstante, nos encontramos adelantando las actuaciones administrativas para dar una respuesta de fondo a la petición de pago de Incapacidades Medicas, la cual será remitida dentro de los cuatro (04) meses contados a partir de la fecha de radicación conforme el Artículo 9 de la Ley 797 de 2003, parágrafo 1.

Arguye que al verificar en el escrito de tutela NO se registra Petición pendiente por resolver al aquí accionante ni hecho que compruebe lo contrario a demostrar que se radico solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral.

Que, sin embargo, el aquí accionante solicita la calificación de Pérdida de Capacidad, que en principio, es pertinente señalar que lo solicitado por la accionante por vía de tutela, desnaturaliza este mecanismo de protección de carácter subsidiario y residual frente a los derechos invocados cuando no han sido sometidos a los procedimientos pertinentes e idóneos para su solución; desconociendo así la norma constitucional, ya que este no es el mecanismo para realizar este tipo de reconocimientos.

Por consiguiente, es visible que Colpensiones, ha obrado hasta la fecha de forma responsable y en derecho, sin que exista vulneración alguna a los derechos del ciudadano, por lo que si el accionante presenta desacuerdo con lo resuelto debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su pretensión vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial.

Aduce que en relación al caso objeto de estudio, debe resaltarse que verificadas las bases de datos de Colpensiones, no se evidencia solicitud radicada por el accionante que le permita a esta entidad conocer a fondo el derecho pretendido con relación calificación de pérdida de capacidad laboral por lo tanto, esta Administradora no está vulnerando derecho alguno en contra de NAIGGER ALEXANDER ROMERO SMITH; solo se tiene conocimiento sobre la tutela interpuesta que es lo único que reposa en su expediente.

Sostiene que el accionante puede radicar el formulario correspondiente a su solicitud, junto con los documentos necesarios de acuerdo a lo prestación que requiera, para que posterior, se le pueda entregar una respuesta de fondo, clara y concreta y como en derecho corresponda, y si ante dicha respuesta presenta desacuerdo con lo resuelto.

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 Entidad de carácter privado que presta el servicio de salud en el Departamento Archipiélago y otra.

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 una entidad que prestan el servicio público de salud y por tanto es procedente, al

tenor del Artículo 49 de la C.P. que le da ese carácter a la salud, en concordancia con los Artículos 5º y 42 Numeral 2º del Decreto 2591 de 1991.

6.3. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho determinar, si se vulneraron o no los derechos fundamentales al debido proceso, petición y mínimo vital del señor NAIGGER ROMERO SMITH, por parte de la EPS SANITAS y COLPENSIONES, al no pagarle sus incapacidades y además no tramitar su calificación para pérdida de capacidad laboral.

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 DE PETICIÓN

De conformidad con el artículo 23 de la Constitución Política de 1991, toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas ante las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener una pronta resolución. Asimismo, esa norma estableció que el legislador podría reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.

La Ley 1755 del 30 de junio de 2015, es la nueva normatividad que regula el derecho de petición, estableciendo las siguientes reglas, y sustituyendo las disposiciones legales anteriores, previstas en la Ley 1437 de 2011:

“ARTÍCULO 13. OBJETO Y MODALIDADES DEL DERECHO DE PETICIÓN ANTE AUTORIDADES. *Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma.*

Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos”.

Sobre lo anterior, La Corte Constitucional, en sentencia T-369/13 del 27 de junio de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos, ha establecido los presupuestos mínimos que determinan el ámbito de protección constitucional y ha definido sus rasgos distintivos en los siguientes términos:

“(i) Se trata de un derecho fundamental, el cual a su vez es determinante para la efectividad de otros derechos fundamentales tales como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión;

(ii) Este derecho se ejerce mediante la presentación de solicitudes respetuosas ante las autoridades públicas y a los particulares;

(iii) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión planteada por el peticionario;

(iv) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: a) debe resolverse de fondo, de manera clara, precisa, oportuna y acorde con lo solicitado; y b) debe ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

(v) La respuesta debe producirse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser lo más corto posible; por regla general, se acude al artículo 6° del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud.

(...)

Se concluye entonces, que el derecho de petición consagra de un lado la facultad de presentar solicitudes respetuosas a las entidades públicas y privadas. Y de otro lado, el derecho a obtener respuesta oportuna, clara, completa y de fondo al asunto solicitado. La jurisprudencia constitucional también ha resaltado que la respuesta de la autoridad debe incluir un análisis profundo y detallado de los supuestos fácticos y normativos que rigen el tema, así, se requiere “una contestación plena que asegure que el derecho de petición se ha respetado y que el particular ha obtenido la correspondiente

respuesta, sin importar que la misma sea favorable o no a sus intereses”.
(Negrilla del Despacho).

Al respecto, en sentencia T-138 del 2017 Luis Guillermo Guerrero Pérez, la H. Corte expresó:

“El derecho de petición está consagrado en el artículo 23 del Texto Superior como una garantía fundamental de las personas que otorga escenarios de diálogo y participación con el poder público y que posibilita la satisfacción de otros derechos constitucionales en el marco del Estado social de derecho. Su núcleo esencial se encuentra en la posibilidad de presentar solicitudes de manera respetuosa ante las autoridades públicas o ante los particulares en los casos previstos en la ley, surgiendo a cargo de sus destinatarios el deber de recibirlas, tramitarlas y resolverlas de forma clara, oportuna, suficiente y congruente con lo pedido.

En relación con lo expuesto y con énfasis en la obligación de tramitar y resolver las peticiones, esta Corporación ha señalado que la respuesta que se brinde debe cumplir, por lo menos, con los siguientes requisitos: (i) debe ser concedida de manera pronta y oportuna dentro del término legal; (ii) su contenido debe dar una solución de fondo y acorde con las cargas de claridad, efectividad, suficiencia y congruencia; y (iii) la decisión que se adopte debe ser puesta en conocimiento del interesado con prontitud. A continuación, se hará una breve referencia a los elementos previamente mencionados”.

6.4.3. DERECHO AL DEBIDO PROCESO

El artículo 29 de la C.P., reserva a todos los ciudadanos el derecho fundamental al debido proceso y derecho de defensa como rector en toda actuación administrativa, principio que han de observar no sólo los servidores públicos sino los particulares que temporalmente ejercen funciones públicas y en relación con el desarrollo de las mismas.

Es mandato constitucional que las entidades que ejercen función administrativa están sometidos a la constitución y la ley (arts. 121 y 122 de la CP). En consecuencia, en todas las actuaciones adelantadas dentro del giro de la función administrativa, tienen el deber de respetar las garantías constitucionales reservadas para los administrados, entre los cuales se encuentra el Debido Proceso entendido como un sistema de garantías que procura a través de la realización del derecho material, la obtención de decisiones justas; concepto que comprende una serie de subreglas no taxativas que se desprenden del canon superior a saber: el ser oído antes de la decisión, participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación, ofrecer y producir pruebas, obtener decisiones fundadas o motivadas, notificaciones oportunas y conforme a la ley, acceso a la información y documentación sobre la actuación, controvertir los elementos probatorios antes de

la decisión, obtener asesoría legal, posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas (El Derecho de Defensa en las Actuaciones Administrativas, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 1998, pags. 24 y 25).-

Siguiendo los lineamientos expuestos en la Sentencia SU.961 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa:

“...en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral...”, en este caso, es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo eficaz e idóneo de protección de los derechos fundamentales.”

En este sentido, se iteró:

“De esta manera, existiendo otro medio de defensa judicial idóneo, la tutela en principio es improcedente para controvertir los actos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, inclusive aquellos que imponen sanciones, salvo cuando las circunstancias concretas del caso y los derechos fundamentales involucrados en el mismo tornan ineficaces las acciones contenciosas administrativas o implican la inminencia de un perjuicio irremediable para el actor”. (Sentencia T- 975. 8 de octubre de 2004- subrayado nuestro).

6.5. CASO CONCRETO

Encuentra el Despacho que de acuerdo a lo manifestado por el señor NAIGGER ROMERO SMITH, que tanto la EPS SANITAS como COLPENSIONES, se han abstenido de darle el trámite que en derecho corresponde a sus solicitudes de pago de incapacidades, lo cual considera violatorio de derechos fundamentales, ya que no se encuentra en condiciones físicas ni económicas para disputar con las dos accionadas.

Sostiene que, mediante escrito del 10 de agosto de 2020, la EPS SANITAS presentó remisión al Fondo de Pensiones, para dar continuidad al proceso de incapacidad laboral prolongada, debido a su estado de salud, y además en documento anexo remitió concepto de rehabilitación y en tal sentido, solicito a la administradora de pensiones se procediera con el pago de las incapacidades.

Explica que COLPENSIONES está omitiendo su responsabilidad amparada en la inexistencia del concepto de rehabilitación, lo cual es absolutamente falso, ya que, desde el mes de agosto de la anterior anualidad, la EPS SANITAS ya había emitido el concepto y puesto en conocimiento tal y como se informó en hechos anteriores.

En ese sentido, se observa que en el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso hace referencia al comportamiento que deben observar las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones en cuanto éstas se encuentran obligadas a actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción¹.

Igualmente, con el propósito de asegurar la defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado, en este sentido, que el debido proceso administrativo comprende, entre otros, los derechos (i) a ser oído durante toda la actuación; (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley; (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas; (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; (v) a que la actuación se adelante por la autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; (vi) a gozar de la presunción de inocencia; (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción; (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso².

De conformidad con lo anterior, el debido proceso administrativo se entiende vulnerado cuando las autoridades públicas no siguen los actos y procedimientos establecidos en la ley y los reglamentos, y, por esa vía, desconocen las garantías reconocidas a los administrados.

En ese sentido, el artículo 86 de la Constitución consagra la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario, mediante el cual se busca evitar, de manera inmediata, la amenaza o vulneración de un derecho fundamental. Su procedencia está condicionada a que *“el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”*. Sin embargo, la H. Corte Constitucional ha señalado que no puede declararse la improcedencia de la tutela por la sola existencia en abstracto de un medio ordinario de defensa judicial. En el marco del caso concreto, el juez constitucional debe

¹ Ver sentencia T-653 de 2006 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), reiterada en la C-980 de 2010 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

² Ver sentencia C-980 de 2010 (MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

analizar si la acción dispuesta por el ordenamiento jurídico es idónea y eficaz para proteger los derechos fundamentales comprometidos. En el evento en que no lo sea, la acción de tutela procederá para provocar un juicio sobre el fondo.

Así las cosas, la Jurisprudencia constitucional ha reiterado que, conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, pues para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, cuando los derechos fundamentales del accionante resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición tardía de actos administrativos propios de la referida jurisdicción, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de las garantías constitucionales para evitar un daño irreparable.

En cuanto al derecho fundamental de petición, es claro que las autoridades y los particulares están obligados a resolver de fondo las peticiones interpuestas, es decir que deben brindar una respuesta que aborde de manera clara y detallada cada una de las inquietudes y/o solicitudes puestas en su conocimiento, lo anterior no implica nada diferente a resolver materialmente la petición.

La Jurisprudencia Constitucional ha indicado que una respuesta de fondo deber ser clara, esto es, inteligible y contentiva de argumentos de fácil comprensión; precisa, de manera que atienda directamente lo pedido sin reparar en información impertinente y sin incurrir en fórmulas evasivas o elusivas ; congruente, de suerte que abarque la materia objeto de la petición y sea conforme con lo solicitado; y consecuente con el trámite que se ha surtido, de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente.

En el caso bajo estudio, se evidencia que el señor NAIGGER ROMERO SMITH lleva más de 585 días de incapacidad por enfermedad general con diagnósticos S723, S729 y L089, durante el periodo comprendido entre el 01 de marzo de 2020 y el 10 de noviembre de 2021, los cuales fueron tramitados sobre un IBC de \$ 877.803; en concordancia con lo establecido en Decreto 780 de 2016 Artículo 3.2.1.10 y el código sustantivo del trabajo Artículo 226.

Igualmente se observa que la EPS SANITAS pagó al accionante los primeros 180 días, los cuales se cumplieron el 27 de agosto de 2020, los cuales fueron autorizados y liquidados a favor del señor Naigger Romero, dada su condición de cotizante independiente, así mismo los 360 días restantes comprendidos entre el 28 de agosto de 2020 y el 15 de septiembre de 2021 fueron validados y expedidos sin prestación económica y con cargo a la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP).

Asimismo, se vislumbra que COLPENSIONES a través de la Dirección de Medicina Laboral de la entidad, ha reconocido como subsidio económico un total por valor de Cinco Millones Doscientos Noventa y Un Mil Ochocientos Treinta y Cinco pesos m/cte. (\$5.291.835), por concepto de 179 días de incapacidad médica temporal, pero no se refiere a los 181 días restantes para completar los 360 días de incapacidad que son a cargo de la Administradora del Fondo de Pensiones.

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 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 las incapacidades, estableciendo que el procedimiento para el pago de las mismas se ha 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 Constitucional³ 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.

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, situación que no es del caso bajo estudio, puesto que la EPS SANITAS envió el concepto de rehabilitación a COLPENSIONES.

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 el señor NAIGGER ROMERO SMITH, pues fueron aportados cada uno de los elementos de prueba de

³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 161 de 2019.

los cuales es posible inferir que su estado actual de salud lo 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 – COLPENSIONES- que se perciba un ingreso mínimo para él y para su núcleo familiar.

Y es que si bien es cierto la Administradora del Fondo de Pensiones – COLPENSIONES- 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 al 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 - COLPENSIONES, pues la ausencia de pago de las incapacidades laborales ordenadas por su médico tratante acaece pese a que el actor 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 28 de agosto de 2020 al 15 de septiembre de 2021 de acuerdo a la normatividad vigente están a cargo de la Administradora de Fondo de pensiones COLPENSIONES sin importar el Concepto de rehabilitación que tenga el accionante, de conformidad con lo establecido anteriormente.

Colofón de lo anterior, el despacho tutelar el derecho fundamental al mínimo vital del señor NAIGGER ROMERO SMITH, y en consecuencia ordenará a COLPENSIONES, 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 del 28 de agosto de 2020 al 15 de septiembre de 2021, correspondientes desde el día 181 hasta el día 540.

Asimismo, se ordenará a COLPENSIONES responda el oficio de fecha 26 de agosto de 2021, en donde la EPS SANITAS solicita información respecto de la pérdida de capacidad laboral del accionante, para que esta última pueda hacer el pago de las incapacidades comprendidas entre el 16 de septiembre de 2021 al 10 de noviembre de 2021.

Finalmente ordenar a COLPENSIONES, para que si aun no lo hubiere hecho se sirva a tramitar todo lo concerniente al proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral del señor NAIGGER ROMERO SMITH, teniendo en cuenta que sus incapacidades superan los 585 días, lo anterior, con el fin de identificar si accede o no al reconocimiento de la pensión por invalidez o si por el contrario puede reintegrarse a sus labores, toda vez que el pago de las prestaciones económicas es temporal y no permanente.

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 del señor NAIGGER ROMERO SMITH.

SEGUNDO: ORDENAR a **COLPENSIONES**, 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 del 28 de agosto de 2020 al 15 de septiembre de 2021, correspondientes desde el día 181 hasta el día 540.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES** responda el oficio de fecha 26 de agosto de 2021, en donde la EPS SANITAS solicita información respecto de la pérdida de capacidad laboral del accionante, para que esta última pueda hacer el pago de las incapacidades comprendidas entre el 16 de septiembre de 2021 al 10 de noviembre de 2021.

CUARTO: ORDENAR a **COLPENSIONES**, para que si aún no lo hubiere hecho se sirva a tramitar todo lo concerniente al proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral del señor **NAIGGER ROMERO SMITH**, teniendo en cuenta que sus incapacidades superan los 585 días, lo anterior, con el fin de identificar si accede o no al reconocimiento de la pensión por invalidez o si por el contrario puede reintegrarse a sus labores, toda vez que el pago de las prestaciones económicas es temporal y no permanente.

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

SEXTO: ORDENAR a la accionada, que oficie con destino a este despacho el cumplimiento de lo ordenado en esta sentencia, aportando los soportes pertinentes, teniendo como objeto el presente amparo constitucional.

SÉPTIMO: PREVENIR a la **EPS SANITAS y COLPENSIONES**, 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

Expediente: 88-001-4003-003-2021-00296-00
Accionante: NAIGGER ROMERO SMITH
Accionado: EPS SANITAS- COLPENSIONES
Acción: TUTELA

SIGCMA

OCTAVO: Contra la presente procede el recurso de impugnación

NOVENO: 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

JVILLA