

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente:
LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Proyecto presentado, estudiado y decidido en sala de decisión del
nueve (09) de junio de dos mil veinte (2020).

PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	ALBA NORY LIZCANO CARPIO
ACCIONADO(s)	1. NUEVA EPS S.A. 2. COLPENSIONES E.I.C.E.
VINCULADO(s)	COPSERVIT LTDA.
RADICADO	No. 19-001-31-05-001-2020-00064-01
INSTANCIA	SEGUNDA – IMPUGNACIÓN SENTENCIA
TEMAS Y SUBTEMAS	DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SEGURIDAD SOCIAL Y AL MÍNIMO VITAL – REQUISITO DE INMEDIATEZ. RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES POR ENFERMEDAD GENERAL- Procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el pago de incapacidades laborales. INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 540 DIAS- Criterios legales y jurisprudenciales para definir quién está obligado a correr con el pago de las mismas.
DECISIÓN	SE ADICIONAL EL FALLO DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA, para ordenar la calificación de pérdida de capacidad laboral a la accionante.

1.- ASUNTO A TRATAR

Procede esta Sala a resolver la impugnación formulada por el apoderado judicial de la NUEVA EPS S.A., quien integra la parte accionada, contra la sentencia del trece (13) de mayo del año dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, Cauca, por medio de la cual se concedió la protección constitucional deprecada por la señora Alba Nory Lizcano Carpio.

2.- ANTECEDENTES

2.1.- La demanda y su fundamento:

La señora Alba Nory Lizcano Carpio, a mutuo propio, interpone acción de tutela contra la NUEVA EPS y el Fondo de Pensiones COLPENSIONES, para solicitar al juez de tutela la protección de sus derechos fundamentales de petición, igualdad y mínimo vital, y en consecuencia, se ordene a las entidades accionadas procedan a cancelar las incapacidades radicadas oportunamente, correspondientes a los meses de enero a diciembre de 2019 y enero a abril de 2020.

Como supuestos fácticos, la accionante expone que es cotizante activa al Sistema de Seguridad Social como trabajadora dependiente de la empresa COOPSERVIR LTDA, afiliada en salud a la NUEVA EPS y a pensiones a COLPENSIONES, y que sus aportes se han realizado mes a mes como lo exige la normatividad al respecto.

Dice también, que es una paciente diagnosticada con *diabetes mellitus 2* desde hace muchos años, enfermedad grave y catastrófica que la ubica en un rango de especial atención por parte del Estado. Que el 15 de agosto de 2017, debido a la enfermedad de *escoliosis inveterada y limitación para la marcha*,

fue incapacitada por los médicos adscritos a la EPS, hasta la fecha.

Que la última incapacidad que le fue pagada fue la de diciembre de 2018, por parte de Colpensiones, y que el 28 de enero de 2019 fue operada de la columna vertebral y continuó incapacitada hasta el día de hoy, pero desde esa fecha no ha vuelto a recibir el auxilio o subsidio a que tiene derecho, condenándola a vivir una vida llena de problemas por ser una persona de escasos recursos económicos que no ha podido recuperarse, además de que debe velar por su sostenimiento y el de su hija, pues su esposo se encuentra enfermo y desempleado. Es decir que en total se le adeudan 16 meses de incapacidad, tiempo durante el cual ha vivido de la solidaridad de familiares y amigos, y a ello se le suma su situación apremiante debido a que la enfermedad de la columna le ha ocasionado pérdida de la movilidad y la diabetes la tiene al borde de la locura.

Finalmente aduce que radicó derecho de petición ante la NUEVA EPS, sin respuesta.

2.2. – Respuesta de la NUEVA EPS SA:

La NUEVA EPS S.A., por intermedio de apoderada judicial, a través de memorial (sin fecha), ejerció su derecho a la defensa contestando la presente acción de tutela, para lo cual manifestó que la señora Alba Nory Lizcano Carpio se encuentra afiliada al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud por intermedio de LA NUEVA E.P.S S.A. y su estado de afiliación es ACTIVO.

Que, según concepto del área de prestaciones económicas, la afiliada, quien presenta 311 días de incapacidad continua al 11/10/19, completó los 540 días el 31/01/2019, el 29/01/2018 completó 180 días, y presentó una interrupción para el período del 17/05/2019 al 16/06/2019 con 630 días. A la fecha la AFP no ha notificado la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado.

Explica que la Nueva EPS S.A. emitió concepto de rehabilitación favorable del afiliado el día 14 de diciembre 2017, notificado a COLPENSIONES, con el fin de dar cumplimiento al Decreto 019 de 2012 en su artículo 142. Así las cosas, no es posible realizar el reconocimiento económico de las incapacidades, teniendo en cuenta que es el Fondo de Pensiones mencionado quien debe asumir el valor de las prestaciones económicas a partir del día 181 de incapacidad, prorrogando el pago por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad reconocida por Nueva EPS y al finalizar este último período, le calificará la pérdida de capacidad laboral.

Que con la expedición del Decreto 1333 de 2018 se definieron en el capítulo III los supuestos en los cuales las EPS reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días estableciendo 3 supuestos:

1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante.
2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.
3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

En cuanto al requisito de inmediatez, expuso que al evidenciarse que los servicios reclamados por la parte actora corresponden a un ordenamiento del mes de enero del 2019, **se desvirtúa a cabalidad el principio de inmediatez requerido para el trámite constitucional.**

En cuanto al **requisito de procedencia**, arguyó que en los casos de conflictos relacionados con una de las causas establecidas en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 que confiere potestades a la

Superintendencia Nacional de Salud, se debe agotar, en principio, el mecanismo establecido en el mismo artículo, de manera que, la competencia de la Superintendencia en esta materia es de carácter principal y prevalente. Además que, el derecho respecto del cual la accionante eleva reclamación en su protección, se enmarca dentro de los derechos de orden económico, derechos estos que no son susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela.

De igual manera recuerda que es el empleador quien tiene la obligación de pagar en primera instancia la incapacidad a su trabajador y posterior a ello efectuar los trámites tendientes para el recobro ante la EPS, por lo que claramente se puede apreciar que quien está vulnerando el derecho fundamental invocado es el empleador del accionante.

Por último, concluye la EPS accionada que no ha violado ningún derecho, ni mucho menos fundamental, porque nunca ha atentado contra los derechos de la señora ALBA NURY LIZCANO CARPIO, y que su conducta se aviene al cumplimiento de las normas que regulan el reconocimiento de las prestaciones económicas, situación que en ningún momento puede ser considerada arbitraria.

En caso que todas las anteriores consideraciones sean desestimadas por el Honorable Despacho, y se llegase a ordenar a NUEVA EPS cancelar las incapacidades médicas por enfermedad común generada a favor del accionante, solicita pronunciarse sobre el derecho que tiene la entidad de repetir contra el Ministerio de Protección Social - Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA respecto de los gastos en que incurra en la cancelación de las prestaciones económicas, ya que los recursos que ha utilizado la EPS para sufragar las condenas, han sido tomados de dineros destinados a cubrir los servicios de los restantes afiliados.

Frente al responsable del cumplimiento del fallo de tutela, atendiendo a su organigrama, indica que en el caso que nos ocupa el área técnica encargada de los asuntos de prestaciones económicas se encuentra en cabeza del Director de Prestaciones Económicas CESAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE, cuyo

superior jerárquico es la Gerencia de recaudo y compensación SEIRD NUÑEZ GALLO ambos colaboradores encargados exclusivamente de control el proceso de pago de prestaciones económicas.

Con base en lo expuesto, pide

1. Que se DENIEGUE por improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora ALBA NURY LIZACANO CARPIO ya que se ha comprobado que NUEVA EPS en ningún momento ha vulnerado o pretendido vulnerar algún derecho fundamental de este mismo, la petición del accionante se fundamenta en UNA CONTROVERSIA DE DERECHOS DE ORIGEN ECONÓMICO, NO SUSCEPTIBLE DE SER AMPARADOS MEDIANTE LA ACCIÓN DE TUTELA Y ANTE LA EXISTENCIA DE OTROS MECANISMOS DE DEFENSA DE SUS INTERESES.

2. Que NOTIFIQUE el fallo de manera TOTAL (es decir completo y no solo su parte resolutive) a la Nueva E.P.S a fin de ejercer a plenitud el derecho de defensa.

2.3. - Respuesta de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES:

La doctora Malky Katrina Ferro Ahcar, en calidad de Directora (A) de la Dirección de Acciones Constitucionales de Colpensiones, mediante Oficio BZ2020_4587013-0993125 del 07 de mayo de 2020, presenta informe indicando que una vez validadas las bases de datos de Colpensiones se pudo evidenciar que la ciudadana accionante radicó a esa entidad el Concepto de Rehabilitación de la NUEVA EPS del caso concreto, el cual fue de carácter FAVORABLE. En consecuencia, en su caso sería jurídicamente procedente el pago de los subsidios económicos por incapacidades a partir de esta fecha y hasta un plazo máximo de 360, que sumados a los primeros 180 que paga la EPS les da un total de 540.

En ese sentido, agrega que, la administradora ha adelantado todas las gestiones tendientes a realizar el reconocimiento de subsidio por incapacidad a los que tiene derecho, así las cosas COLPENSIONES procedió a ordenar el pago de incapacidades a partir del 30/01/2018 al 01/12/2018, por valor SIETE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$ 7'786.379), por concepto de 299 días de incapacidad médica temporal. Así mismo al validar el histórico, se evidencia que se pagó hasta la última incapacidad transcrita allegada en esa entidad en rad 2019_88645, esto es el 01 de diciembre de 2018.

En ese orden de ideas, concluye, primero, que revisadas las bases de datos y aplicativos NO se evidencia que posterior al pago realizado por la entidad, la accionante hubiera solicitado solicitud de pago de las incapacidades en Colpensiones y verificados los anexos del presente trámite tutelar, no se logra desvirtuar tal circunstancia.

Y segundo, que la Corte Constitucional ha sido reiterativa en sostener que la acción de tutela es IMPROCEDENTE para obtener el reconocimiento de prestaciones económicas, por lo que en el presente asunto no se amerita la intervención del Juez constitucional, tampoco se ha demostrado la configuración de un perjuicio irremediable.

En cuanto al DERECHO DE PETICIÓN, la apoderada de Colpensiones aduce que bajo ninguna circunstancia se puede someter al Juez de tutela a imponer una orden a una entidad sin que le anteceda siquiera la petición formal ante Colpensiones junto con los documentos necesarios y el transcurso del tiempo estipulado por el legislador a cada prestación y/o trámite para decidir el derecho, ya que estas actuaciones hacen parte de los procedimientos establecidos en la ley, los cuales garantizan el debido proceso y demás derechos y principios constitucionales de las partes intervinientes.

Bajo tales consideraciones, concluye que, no puede entenderse que Colpensiones se encuentre incurso en acción u omisión que vulnere los derechos fundamentales del accionante toda vez que a

la señora ALBA NORLY LIZCANO CARPIO se le cancelaron los periodos del 30/01/2018 al 01/12/2018, sin que se evidencie más incapacidades pendientes por pagar, pues Colpensiones pagó hasta la última incapacidad transcrita allegada en esta entidad el 01 de diciembre de 2018.

En consecuencia, solicita se ordene el ARCHIVO de la presente acción constitucional y se les notifique la decisión adoptada por el Despacho.

2.4. – A pesar de ser notificada del trámite de la presente acción de tutela, no se obtuvo respuesta de la empresa vinculada COPSERVIT LTDA.

3. LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, mediante sentencia del 13 de mayo de 2020, resolvió tutelar el derecho fundamental al mínimo vital invocado por la señora Alba Nory Lizcano Carpio y; en consecuencia, **ordena a la NUEVA EPS** que de manera inmediata remita a COLPENSIONES los certificados de incapacidades de la señora ALBA NORLY LIZCANO CARPIO del 3 de diciembre de 2018 al 31 de enero de 2019. Una vez COLPENSIONES reciba las incapacidades, se ordena que dentro de los 3 días siguientes proceda a reconocer y pagar las mismas a la accionante.

De igual forma, **ordena a la NUEVA EPS** que dentro de las 48 siguientes a la notificación de ese fallo proceda a reconocer y pagar las incapacidades del 1 de febrero de 2019 al 7 de mayo de 2020 a la señora LIZCANO CARPIO.

Como fundamento de su decisión, el juez determina primeramente que se cumplen los presupuestos de legitimación en la causa por activa y pasiva, al igual que el requisito de la inmediatez. Frente a éste último, señaló que se cumple por cuanto la vulneración de los derechos invocados por la accionante es continua y persiste en

el tiempo, dado que a la fecha esta última sigue sin percibir por parte de las accionadas el pago de las incapacidades desde el 1 de diciembre de 2018.

En lo que se refiere al tema de la subsidiariedad de la acción de tutela, lo halló probado, al observar el Juzgado que el mínimo vital de la accionante se encuentra en amenaza inminente, por cuanto no dispone de los recursos económicos necesarios para cubrir sus gastos mínimos de subsistencia; y la accionante ha radicado ante la EPS correspondiente las incapacidades en busca de su pago, demostrándose, además, que la accionante ha sido incapacitada de manera continua por un término que supera ampliamente los 540 días.

En cuanto a las incapacidades otorgadas a la accionante y su pago, el Juez señaló que el último pago fue el 01 de diciembre de 2018, por COLPENSIONES; y la NUEVA EPS canceló las incapacidades hasta enero de 2018, fecha en la cual se cumplió el día 180, también cumplió con su obligación de remitir el concepto de rehabilitación de la accionante a Colpensiones en diciembre de 2017, con concepto favorable.

Concluye el juez además, que los 180 días finalizaron el 30 de enero de 2018 y los 540 días se vencieron el 31 de enero de 2019, lo que quiere decir que COLPENSIONES tenía la carga de pagar las incapacidades de la accionante hasta el mes de enero de 2019 y a partir de febrero de 2019 y hasta la recuperación o calificación con porcentaje superior al 50% de pérdida de capacidad laboral de la accionante, le corresponde a la NUEVA EPS.

Agrega a lo anterior que después de los 540 días la EPS puede iniciar las acciones de recobro ante el ADRES, lo cual no se autorizará en ese fallo, puesto que la facultad de recobro recae exclusivamente en la ley, por lo que ningún juez constitucional puede subrogarse dicha potestad. No es su competencia, como quiera que la labor de juez de tutela está encaminada al análisis de la vulneración o no de derechos fundamentales, siendo innecesario pronunciamiento para definir cuestiones interadministrativas o de orden económico, pues escapan de la órbita de la acción de tutela.

También determinó el juzgador de instancia que, si bien es cierto la accionante no allegó prueba, ni indicó que hubiese radicado ante COLPENSIONES las incapacidades de diciembre de 2018 y enero de 2019, no puede pasarse por alto que sí lo hizo ante la NUEVA EPS, sin que ello hubiese sido desvirtuado por la EPS accionada. Entonces, le correspondía a la NUEVA EPS remitir esas incapacidades a la entidad competente, en este caso, COLPENSIONES. El no hacerlo afectaba el derecho al mínimo vital de la accionante.

Por último, concluye el juez, que la falta de pago de las incapacidades a la accionante deriva en una vulneración a su mínimo vital, puesto que es una persona de escasos recursos económicos, que según el registro del IBL no gana más de 2 SMLMV, y ante la falta de ese ingreso ve afectado de manera grave su subsistencia.

4.- LA IMPUGNACIÓN

La anterior decisión fue impugnada oportunamente por el apoderado especial de la NUEVA EPS S.A. Regional Eje Cafetero, quien alega su inconformidad con el fallo de instancia, solicitando al Despacho abstenerse de ordenar a esa entidad cancelar el pago de la incapacidad médica por enfermedad general, las cuales superan el día 541, en razón a la responsabilidad que le asiste al fondo de pensiones, hasta tanto emita la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Al respecto, arguye que, de acuerdo con la norma legal, una vez la EPS remite el concepto de rehabilitación a la Administradora de Fondo de Pensiones, antes del día 150 de incapacidad, como ha sucedido en este caso, su Administradora de Fondo de Pensiones debe iniciar el pago de incapacidad a partir del día 181 de incapacidad, prorrogando el pago por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad reconocida por Nueva EPS y al finalizar este último período, le calificará la pérdida de capacidad laboral. Es decir que, la Administradora de Fondo de Pensiones tiene la obligación legal de expedirle el

dictamen sobre calificación de la pérdida de capacidad laboral, dentro de los precisos términos señalados en el Decreto Ley 019 de 2012.

Por otra parte, precisa que si bien es cierto la EPS no estaría obligada a reconocer una incapacidad superior a ciento (180) días, dicha entidad estará sujeta al deber de reconocer un subsidio equivalente a la incapacidad que venía asumiendo, en el evento de no haber expedido el concepto de rehabilitación con destino a la AFP, tal y como lo prevé para el efecto el inciso 6 del artículo 142 del Decreto Ley 0019 de 2012.

Así las cosas, la responsabilidad de la AFP en cuanto al reconocimiento económico, es con independencia de si el concepto de rehabilitación emitido por la EPS, es favorable o desfavorable razón por la cual, si la AFP no lo expidió oportunamente, se encontraría incurso en la violación de las normas legales y de los derechos fundamentales del afiliado.

Bajo este supuesto, el impugnante indica que es al Fondo de Pensiones a quien le corresponde el reconocimiento de la incapacidad desde el día 181 a través del pago de un subsidio equivalente a lo que venía reconociendo la EPS, en aquellos casos en los cuales la pérdida de capacidad laboral del trabajador no alcanza el 53%.

Como sustento de lo anterior, trae a mención la sentencia T-876 de 2013, de cara al subsidio por incapacidad, donde según la Nueva EPS se establece unas reglas indicando que su pago se encuentra a cargo del Sistema General de Pensiones, bajo los siguientes presupuestos: (i) la existencia de un diagnóstico médico favorable de rehabilitación, (u) **el no haber sido calificado**, (iii) que el trámite solo se puede iniciar después de cumplir 135 días de incapacidad y (iv) que se debe contar más de 180 días de incapacidad continua, además de que (y) la enfermedad sea de origen común y (vi) contar con una afiliación al fondo de pensiones.

En últimas, la queja de la EPS se resume en que **a partir del día 181 la responsabilidad de cubrir el pago de las incapacidades está a cargo del fondo de pensiones.**

Con fundamento en lo anterior, **solicita se revoque la sentencia de primera instancia**, señalando que es desacertada la decisión tomada por el Juez de Primera Instancia de obligar a reconocer incapacidades superiores a los 540 días, incurriendo de manera ilegal de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2463 de 2001 Art. 23, y Artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual es claro al manifestar que le compete a la AFP donde se encuentre afiliado el usuario, cumplir con sus obligaciones de reconocer incapacidades superiores a los 180 días. En ese sentido, pretende se ordene directamente a la ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES liquidar y cancelar todas las incapacidades a favor de la señora ALBA NORLY LIZCANO CARPIO.

De no accederse a lo anterior, solicita al *A quem* adicione el fallo de tutela en el sentido de conceder la facultad de recobro ante el ADRES con la respectiva orden de pago por parte del mismo a favor de NUEVA EPS de las incapacidades reconocidas sin el lleno de los requisitos legales para el efecto. También solicita se conmine al fondo de pensiones para que se solicite una valoración donde se pueda determinar la viabilidad de calificación de pérdida de capacidad laboral y/o reintegro laboral en el mismo cargo o uno diferente.

5. PRESUPUESTOS DE VALIDEZ Y EFICACIA PROCESALES

5.1.- Competencia: De conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, la sentencia de tutela puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, para ante el superior jerárquico, a quien se le confiere competencia para resolverla y en el caso sub – judice, le corresponde al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, a través de su Sala Laboral.

5.2.- Capacidad jurídica: La accionante es persona natural, mayor de edad con plenas facultades, quien interviene a nombre propio en defensa de sus derechos fundamentales.

Tanto la NUEVA EPS como COLPENSIONES, como personas jurídicas, intervinieron por medio de la persona natural que los puede representar judicialmente.

5.3.- PROCEDENCIA DE LA PRESENTE ACCIÓN DE AMPARO:

Sobre la procedencia de la acción de tutela, La Sala no encuentra reparos, porque, la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha insistido ampliamente en que el examen de subsidiariedad de la acción constitucional frente al caso específico del cobro de incapacidades laborales, debe considerar un aspecto adicional relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia.

Entonces, cuando esto ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral; además, puede conducir a que se trasgreden derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital del peticionario.

En ese contexto, es viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente.¹

¹ Al respecto, indica la sentencia T- 311 de 1996 (M.P. José Gregorio Hernández) que “*el no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos*”. La sentencia C-065 de 2005 se pronunció en el mismo sentido, al explicar que el derecho al trabajo en condiciones dignas implica, además de la posibilidad de trabajar, la de “*no verse forzado a laborar*”

En el presente caso, la accionante anunció desde el escrito petitorio que se encuentra vinculada en seguridad social en salud a la NUEVA EPS S.A. y al fondo de pensiones COLPENSIONES; y que se le han venido vulnerando sus derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad y de petición, ante la falta de pago de incapacidades desde enero de 2019, expedidas por la EPS, por enfermedad común.

Los hechos anteriores relatados por la señora Alba Nory Lizcano Carpio fueron comprobados por el juez de instancia y de ello da muestra la historia clínica allegada al plenario, del mes de abril de 2020, en donde se registran antecedentes de HTA diabetes y escoliosis. Además, se indica que la asegurada presenta dolor en región lumbar con limitaciones para la marcha que aumenta con los movimientos.

Así mismo, se observan sendas incapacidades laborales otorgadas a la señora Lizcano Carpio, por enfermedad general, allegadas por su EPS, documento médico que da cuenta que tales incapacidades datan desde el 16 de octubre de 2010, con interrupciones, y que la última incapacidad va hasta el 07 de mayo de 2020.

Frente al pago de esas incapacidades, Colpensiones admitió en su contestación que procedió a ordenar el pago de incapacidades a partir del 30/01/2018 al 01/12/2018.

Es decir que, solo hay prueba de que se pagó el subsidio económico por incapacidad temporal hasta ese periodo, quedando pendiente por cubrir las incapacidades generadas con posterioridad.

Entonces, de acuerdo con las circunstancias que rodean el caso, de la situación de incapacidad que ha venido sufriendo la accionante desde el año 2010, así sea de forma interrumpida, se

cuando las condiciones físicas no le permitan al trabajador seguir desempeñándose en su labor". Advirtió el fallo, entonces, que permitirle al trabajador hacer un receso en sus labores por razones de salud, sin asegurarle una remuneración equivalente a la que obtendría de estar en pleno uso de sus facultades físicas equivale a forzarlo a trabajar en condiciones contrarias a la dignidad humana. Sobre el mismo asunto pueden revisarse, también, las sentencias T-404 de 2010 y T-154 de 2011.

determina que se encuentra actualmente en circunstancias de debilidad manifiesta, que trae consigo una afectación inminente o urgente que hace viable el amparo constitucional, a causa de un perjuicio irremediable, por ende, es sujeto de especial protección constitucional; máxime que ha manifestado en su escrito inaugural, sin controversia, que su esposo se encuentra enfermo y desempleado, por lo que su núcleo familiar necesita de ese subsidio económico para subsistir dignamente.

Los argumentos anteriores, permitan a su vez determinar que aun cuando la tutelante cuenta con un mecanismo judicial idóneo para reclamar el reconocimiento y pago de incapacidades, es claro que el mismo no resulta en este momento el más eficaz para la protección de sus derechos fundamentales.

En efecto, la tardanza que evidencia el trámite adelantado por la Superintendencia Nacional de Salud para decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS a sus afiliados, conforme la Ley 1438 de 2011 en el artículo 126, hace ineficaz esta vía jurisdiccional, debido a las condiciones de vulnerabilidad en las que actualmente se encuentra la señora Alba Nory Lizcano Carpio.

Por demás, no hay elementos dentro del expediente que lleven a esta Sala a considerar que se le ha reconocido y pagado la pensión de invalidez a la accionante, pues no obra constancia de al respecto.

Sobre la inmediatez, es cierto que se ha precisado que la protección de los derechos fundamentales, vía acción constitucional, debe invocarse en un plazo razonable y oportuno entre la ocurrencia del hecho generador de la transgresión y la interposición del amparo.

No obstante lo anterior, la propia jurisprudencia en la materia ha considerado la posibilidad de flexibilizar el estudio de la configuración del presupuesto de inmediatez, *“cuando: (i) evidencie que la vulneración se ha prolongado indefinidamente o es continuada, independientemente de que el hecho a partir del cual se inició la aludida vulneración sea lejano en el tiempo, o (ii) cuando atendiendo a la*

situación de la persona no sea posible exigirle que acuda a un juez, so pena de imponerle una carga desproporcionada.”².

Conforme lo expuesto, encuentra la Sala que efectivamente para el caso objeto de revisión, el requisito de inmediatez se encuentra superado, como bien lo determinó el juez de instancia, por cuanto la vulneración de los derechos invocados por la accionante persiste en el tiempo, toda vez que a la fecha sigue sin percibir el pago de las incapacidades otorgadas después del 02 de diciembre de 2018.

Conforme a lo expuesto, la violación de los derechos cuya garantía se pretende no se agota con el simple paso del tiempo, sino que continua vigente o persiste, por lo que es deber del juez constitucional evitar que se consuma un daño antijurídico de forma irreparable.

En consecuencia, es ajustada la decisión de declarar la procedencia de la acción.

6.- PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER:

Para La Sala, de acuerdo a la impugnación presentada por la NUEVA EPS S.A., los **PROBLEMAS JURÍDICOS** a resolver son los siguientes:

- 1.** ¿Cuál de las dos entidades del sistema general de seguridad social, la NUEVA EPS S.A. o la AFP COLPENSIONES, es la entidad responsable de reconocer y pagar las incapacidades superiores a 540 días que le han sido reconocidas a la accionante?
- 2.** En caso de determinarse que la EPS es responsable del reconocimiento y pago de algunas incapacidades a la accionante, ¿procede ordenar a favor de la NUEVA EPS el recobro ante el ADRES por las incapacidades reconocidas en este fallo constitucional?

² Corte Constitucional. Sentencia T-161 de 2019.

3. ¿Resulta procedente conminar a Colpensiones para que realice una valoración a la accionante para establecer la pérdida de capacidad laboral y/o reintegro laboral en el mismo cargo o uno diferente?

7. RESPUESTA AL TEMA DE RESPONSABILIDAD EN EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES SUPERIORES A 540 DÍAS:

La tesis de la Sala apunta a confirmar la decisión impugnada, porque el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales superiores a los 540 días (del 1 de febrero de 2019 al 7 de mayo de 2020), por enfermedad general, conforme disposición legal y jurisprudencial, corresponde asumirlo a la EPS a la cual se encuentra afiliada la accionante, en este caso, a la NUEVA EPS S.A.

Razones de la decisión:

7.1. Recordemos, en desarrollo de los artículos 13, 49 y 53 de la Constitución Política y los lineamientos legales, la jurisprudencia constitucional ha señalado que las personas que tienen algún tipo de discapacidad física o mental, o limitaciones en su estado de salud, son sujetos de especial protección constitucional, razón por la cual, en el ámbito laboral, surge la obligación de los empleadores de ubicar a sus trabajadores en puestos de trabajo en donde puedan desempeñar sus labores sin que se atente contra su integridad física y dignidad humana, y de otro lado, el deber de las entidades promotoras de salud de garantizar el derecho a la salud y el pago de ciertas incapacidades laborales y de los fondos de pensiones o las ARL –en caso de enfermedad de origen profesional- de pagar durante otro lapso de tiempo las incapacidades y calificar la invalidez³.

En ese orden de ideas, atendiendo a lo previsto por la jurisprudencia constitucional, el origen de la incapacidad

³. Corte Constitucional. Sentencia T-004 de 2014, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

constituye un parámetro determinante para establecer cuál es la entidad responsable de su pago, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, de acuerdo a los diferentes parámetros de temporalidad que operan en los casos de enfermedades de origen común.

7.2. Para incapacidades superiores a 540 días, como las que son objeto de debate en esta acción constitucional por parte del impugnante, el desarrollo normativo y jurisprudencial previo al año 2015, reconocía la existencia de un déficit de protección, sin embargo, con el artículo 67 de la Ley 1573 de 2015 se superó dicha problemática, por lo que la obligación de reconocer y pagar las incapacidades posteriores al día 540 debe ser asumida por la entidad promotora de salud en donde se encuentre afiliado el reclamante.

En igual sentido, el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018 dispuso que las incapacidades derivadas de enfermedad general, de origen común, superiores a 540 días, serían reconocidas y pagadas a los cotizantes por las EPS.

Textualmente el artículo en mención dispone lo siguiente:

“Artículo 2.2.3.3.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días, Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:

1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.

2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.

3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541).”

7.3. Respecto al pago de incapacidades de origen común, el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer, por un lado, la denominación en la remuneración que el trabajador percibirá durante ese lapso, y por otra parte, la responsabilidad frente a su pago.

De esta manera, se trae a mención la sentencia T-161 de 2019, e donde la Corte Constitucional hace un resumen de los lineamientos normativos en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades y que se encuentra distribuida de la siguiente manera:

*i. 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.*

*ii. 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.*

*iii. 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

Así las cosas, 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.

iv. Ahora bien, en cuanto al pago de las incapacidades que superan los 540 días, [...]

*(...) El Gobierno Nacional, expidió la Ley 1753 de 2015 mediante la cual buscó dar una solución a al aludido déficit de protección. Así, dispuso en el artículo 67 de la mencionada ley, que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas “[al] reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.” **Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS.**” –Negrilla fuera del texto original-*

7.4. De la revisión de las pruebas aportadas por las partes, en especial los **certificados de incapacidades** aportados por la NUEVA EPS, en relación con la señora Alba Nory Lizcano Carpio, se evidencian sendos certificados de incapacidad emitidos a favor de la accionante, en el período comprendido entre el 16 de octubre de 2010 y el 07 de mayo de 2020, con interrupciones por períodos cortos.

Esa relación de incapacidades aportada por la Nueva EPS, permite establecer que el último período de incapacidades ininterrumpidas se presentó entre el 24/10/2019 y el 07/05/2020.

Además, según concepto del Área de Prestaciones Económicas de la Nueva EPS, anexo, la accionante “... **...presenta 311 días de incapacidad continuas al 11/10/19. Completó 540 días el 31/01/2019 y el 29/01/2018 completó 180 días, presentando una interrupción para el período del 17/05/2019 al 16/06/2019 con 630 días.**”

La situación anterior no se controvierte por Colpensiones, al punto que acepta haber pagado las incapacidades superiores al día 180, a partir del 30/01/2018 al 01/12/2018, por valor de \$7'786.379, por 299 días.

En ese orden de ideas, pese a la contradicción entre los certificados de incapacidades expedidos por la Nueva EPS y el concepto rendido por el Área de Prestaciones Económicas de la misma EPS, en cuanto a las interrupciones cortas de algunas incapacidades, del conjunto de pruebas y especialmente los hechos aceptados por las entidades accionadas, junto con el informe del área de prestaciones económicas de la EPS, se concluye por la Sala, queda demostrado que la accionante completó 180 días de incapacidad el día 29/01/2018 y los 540 días de incapacidad el 31/01/2019.

De ese mismo informe del Área de Prestaciones Económicas de la EPS, junto con la respuesta otorgada por Colpensiones a la accionante, se tiene por probado que la Nueva EPS S.A. emitió concepto de rehabilitación de la afiliada el día 14/12/2017 como FAVORABLE, notificado a la Administradora de Fondo de Pensiones COLPENSIONES con fecha 12/12/2017, con el fin de dar cumplimiento al Decreto 019 de 2012 en su artículo 142.

CONCLUSIONES:

1. El subsidio por incapacidad laboral hace parte del conjunto de prestaciones económicas que el legislador diseñó con el objeto de cubrir a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral, frente a las contingencias que menoscaban su salud y su capacidad económica.

En concreto, el subsidio cumple el propósito de sustituir el salario cuando el trabajador debe ausentarse del lugar en el que cumple sus actividades laborales, tras sufrir una enfermedad o un accidente que le impide desempeñar temporalmente su profesión u oficio. Es esto, justamente, lo que explica la importancia de que las incapacidades sean reconocidas y pagadas de forma expedita.

2. Siguiendo las normas que establecen las responsabilidades de cada uno de los actores del SGSSI en el desembolso del auxilio económico por incapacidad y conforme los documentos que militan al plenario, la Entidad Promotora de Salud si es responsable de pagar el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal que se cuestiona en sede de impugnación, por cuanto las incapacidades de la señora Lizcano Carpio superan los 540 días y existe concepto favorable de rehabilitación de la actora.

Es decir, como en este caso se probó que la accionante completó los 540 días de incapacidad el día 31/01/2019, la EPS está obligada a pagar las incapacidades otorgadas a partir del 01 de febrero de 2019 (día 541), hasta el 07 de mayo de 2020, que es la última incapacidad allegada, conforme lo dispone el artículo 67 de la Ley 1573 de 2015 y la jurisprudencia constitucional, independientemente de que no se haya efectuado la calificación de pérdida de capacidad laboral de la asegurada.

Debe tenerse presente al respecto, que el pago de los subsidios económicos no se puede convertir en una prestación vitalicia en cabeza del Fondo de Pensiones, en virtud al límite que establece la ley, pues conforme al Decreto Ley 019 de 2012 en su artículo 142, las EPS deberán emitir concepto de rehabilitación antes de cumplirse el día 120 de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día 150, a las Administradoras de Fondos de Pensiones, como ocurrió en este caso, de manera que a Colpensiones únicamente le compete pagar las incapacidades generadas entre el días 181 y el día 540, de ahí en adelante, corresponde asumirlas a la EPS.

Por lo anterior, frente a la responsabilidad en el pago de las incapacidades otorgadas a la accionante, la decisión del juez se ajustó a derecho.

Adicionalmente, la Sala encuentra que aun cuando la EPS accionada sustenta su negativa en el pago de incapacidades en la existencia de un trámite administrativo establecido en el Decreto 019 de 2012, donde se prevé que el fondo de pensiones debe emitir la calificación de pérdida de capacidad laboral, lo cierto es

que dicho trámite no puede constituirse en una barrera administrativa para desconocer las incapacidades superiores a los 540 días acreditadas dentro del expediente, cuya falta de reconocimiento y pago por parte de la EPS genera una afectación al derecho fundamental al mínimo vital de la señora Alba Nory Lizcano Carpio, al constatarse que el subsidio que genera esas incapacidades constituyen su fuente de ingresos para sobrellevar su actual estado de vulnerabilidad debido a las precarias condiciones de salud en que se encuentra y que le imposibilitan desempeñar algún tipo de trabajo, arriesgando la manutención de su familia, la cual depende de ella, toda vez que su esposo está desempleado.

Por lo anterior, el recurso de impugnación de la NUEVA EPS no tiene vocación de prosperidad, debiéndose CONFIRMAR la decisión objeto de revisión.

8. RECOBRO ANTE EL ADRESS POR CONCEPTO DE INCAPACIDADES:

Al quedar definido que la NUEVA EPS se encuentra legalmente comprometida en el reconocimiento y pago de incapacidades expedidas a la accionante con posterioridad a los 540 días de incapacidad, corresponde estudiar la solicitud de adición al fallo de tutela, en el sentido de conceder la facultad de recobro ante el ADRES con la respectiva orden de pago por parte del mismo a favor de la NUEVA EPS, por concepto de las incapacidades reconocidas.

Conforme a lo establecido en el Decreto 546 de 2017⁴, la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES– asumió la administración de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud a partir del 1° de agosto de 2017 y, por tanto, desde esa fecha en que entró en operación, las EPS pueden ejercer ante el ADRES la

⁴ Por el cual se modifica el Decreto 1429 de 2016, mediante el cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES- y se dictan otras disposiciones.

facultad de recobro de los dineros pagados por concepto de incapacidades.

Al tenor de lo expuesto, la NUEVA EPS tiene plenamente garantizados los dineros que entregue a la tutelante por concepto del pago de las incapacidades que reclama, por cuanto de la norma en cuestión, se infiere que a través de la facultad de recobro tendrá la garantía de que los mismos retornen a su peculio.

No obstante lo anterior, lo relativo a procesos de recobros, reclamaciones y reconocimiento y giro de recursos del aseguramiento en salud que se surten ante el ADRES, se someten a los requisitos y términos esenciales establecidos para su reconocimiento. Bajo ese entendido, no es dable al Juez de tutela entrar a dirimir eventuales pleitos entre los agentes del sistema de seguridad social en salud, pues estas relaciones están determinadas por la ley y no involucran derechos fundamentales.

En consecuencia, no hace falta que en el fallo de tutela se ordene o autorice el recobro ante el ADRES porque existe un procedimiento administrativo que deben surtir las EPS el cual no exige una autorización previa del juez de tutela para surtir recobro.

En consecuencia, no procede adicionar el fallo de tutela para ordenar el recobro ante el ADRES, por concepto de las incapacidades que debe reconocer la NUEVA EPS a la accionante.

9. RESPUESTA AL TEMA DE LA CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL:

En el caso que nos ocupa, en el escrito de tutela la accionante no solicitó que se ordene la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Sin embargo, la NUEVA EPS, dentro de sus argumentos de defensa, si reiteró sobre la obligación legal de expedir el dictamen

sobre calificación de la pérdida de capacidad laboral, dentro de los precisos términos señalados en el Decreto Ley 019 de 2012 por parte de la AFP COLPENSIONES, dado que esa omisión podía hacer incurrir a esa entidad en una violación de las normas legales.

Al tenor de esos hechos y atendiendo los cuestionamientos que trae la NUEVA EPS en su impugnación, se pasa a estudiar la viabilidad del requerimiento para que se realice la calificación de pérdida de capacidad laboral de la accionante, tema que además está íntimamente ligado con las condiciones de salud física que han impedido seguir laborando a la señora Alba Nory Lizcano Carpio, ante la continuidad de las incapacidades que le han sido otorgadas y que superan los 540 días:

9.1. En relación a la calificación de la pérdida de capacidad laboral, cuando hay concepto favorable de rehabilitación, aparece expresamente regulada, así:

- De conformidad con los incisos 5 y 6 del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, a su vez modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, se dispone:

“ARTÍCULO 142. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así:

...

*Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista **concepto favorable de rehabilitación** de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y*

sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

- De manera excepcional, es posible que los interesados acudan directamente a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, como lo dispone el artículo 29 del Decreto 1352 de 2013.
- Y en el artículo 2.2.3.3.2 del Decreto 1333 de 2018, se señala:

*“ARTÍCULO 2.2.3.3.2. Momento de la calificación definitiva. En cualquier momento, cuando la EPS emita **concepto desfavorable de rehabilitación**, se dará inicio al trámite de calificación de Invalidez de que trata el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.”*

9.2. Teniendo en cuenta la trascendencia de la valoración de la pérdida de capacidad laboral, la Corte Constitucional en sentencia T-876 de 2013 señala que, la lesión de las garantías

fundamentales de la persona, se genera “i) por la negación del derecho a la valoración o ii) por la dilación de la misma, pues de no practicarse a tiempo, en algunas ocasiones puede ocasionar el empeoramiento de la condición física o mental del asegurado. Así, ambas circunstancias transgreden los derechos fundamentales de los trabajadores, toda vez que someten a una situación de indefensión a quien requiere la calificación para conocer cuáles son las causas que determinan la disminución de la capacidad laboral, y con esto precisar cuál entidad es la encargada de asumir el pago de las prestaciones económicas y asistenciales derivadas de su afección.”

Frente a estos conceptos de rehabilitación favorable y desfavorable, en el marco de la valoración de la pérdida de capacidad laboral de la persona, en sentencia T-144/16, la Corte Constitucional indicó:

“(…)

Es necesario hacer hincapié en que el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Asegura que el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador⁵.

*La forma condicionante en que el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto, lleva a pensar que se orienta al equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. **Da un margen de espera y rehúsa tener por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad, y que se fijaron a cargo de las AFP.***

Bajo esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las

⁵ Decreto 2463 de 2001. Artículo 23 inciso 1°.

incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

(Subrayas y negrillas fuera de texto original).

9.3. En el caso que nos ocupa, no se discute que la accionante presenta incapacidades superiores a 540 días, por patología catalogada como de origen común, y además, conforme al informe del Área de Prestaciones Económicas de la NUEVA EPS, junto con los hechos confesos por la parte accionada, la EPS ha emitido un **concepto favorable de rehabilitación**, situación que no ha sido controvertida.

De acuerdo con el marco normativo expuesto, en especial con el artículo 2.2.3.3.2 del Decreto 1333 de 2018 y como quiera que frente a la señora Alba Nory Lizcano Carpio no existe un concepto desfavorable de rehabilitación, no se puede dar inicio al trámite de calificación de Invalidez de que trata el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, en cualquier tiempo.

En cambio, por disposición de esa última normativa, la AFP sólo podía postergar 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 reconocida por la EPS, esto es, hasta los 540 días de incapacidad.

Como en este caso ya se cumplieron esos 540 días de incapacidad, es procedente iniciar ese trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral por parte de la administradora fondo de pensiones COLPENSIONES, como “*elemento definidor del estado de invalidez*”.

A lo anterior se suma que la jurisprudencia constitucional ha considerado de manera pacífica, que la calificación de la pérdida de capacidad laboral es un derecho que tiene toda persona y que cobra importancia al ser el medio para la realización efectiva de otras garantías fundamentales como la salud, la seguridad social y el mínimo vital, en la medida en que esa calificación permite

determinar a qué tipo de prestaciones tiene derecho el afectado por una enfermedad o accidente, producido con ocasión o como consecuencia de la actividad laboral, o por causas de origen común.

Así las cosas, aunque el concepto de la EPS sea favorable, habiendo transcurrido los 540 días de incapacidad, el Fondo de Pensiones (en este caso Colpensiones), está en la obligación de calificar el grado de invalidez del paciente.

Bajo tales consideraciones, la impugnación presentada por la parte accionada tiene vocación de prosperidad y se con base en las consideraciones anteriores se procederá a adicionar la decisión del juez de instancia, en el sentido de ordenar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral a favor del accionante.

La anterior decisión tiene sustento en el deterioro del estado de salud de la accionante y las continuas incapacidades para seguir laborando, sumada a la queja que ha realizado su EPS en esta acción de tutela de la falta de trámite de la calificación de invalidez por parte del fondo de pensiones, a efectos de determinar las eventuales prestaciones económicas y asistenciales que ella se deriven.

Para esa actuación, considera suficiente la Sala otorgar el término de dos (2) meses, contados a partir de la notificación de la presente providencia.

10.- DECISIÓN

De conformidad con lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN**, actuando como Corporación Constitucional, administrando justicia en nombre de La República de Colombia, por autoridad de la ley y mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de tutela del trece (13) de mayo de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Popayán, Cauca, dentro de la acción de tutela promovida por la señora ALBA NORLY LIZCANO CARPIO contra NUEVA EPS, COPSERVIT LTDA Y COLPENSIONES, en el sentido de ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, si no lo hubiere hecho, dentro del término máximo de dos (2) meses, contados desde la notificación de esta sentencia, proceda a adelantar todos los trámites pertinentes – médicos y administrativos– para que la señora Alba Nory Lizcano Carpio sea calificada según los lineamientos legales y los criterios técnico–científicos dispuestos en el Manual Único de Calificación de la Invalidez y demás normas concordantes y complementarias, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia, so pena de incurrir en desacato.

Para efectos del cumplimiento de la citada orden, la accionante, deberá atender las indicaciones que se le pidan por parte del fondo de pensiones, para la calificación de su pérdida de capacidad laboral.

SEGUNDO.- En lo demás, se CONFIRMA el fallo de tutela impugnado.

TERCERO.- ORDÉNESE a la Secretaría de la Sala **notificar** esta providencia a todos los interesados, mediante comunicación a los correos electrónicos y por estados, por razón de la emergencia sanitaria por Covid-19, atendiendo los lineamientos Decreto Legislativo 806 de 2020, enviando copia de la presente providencia.

CUARTO.- Oportunamente **REMÍTASE** esta sentencia de tutela ante la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS

Firma digitalizada válida para
actos judiciales y administrativos



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Magistrado

Popayán-Cauca



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA