



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES POR CONTINGENCIAS DE ORIGEN COMÚN – EL PAGO DE LAS INCAPACIDADES EXPEDIDAS DEL DÍA TRES (3) AL DÍA CIENTO OCHENTA (180) ESTÁN A CARGO DE LAS EPS: Si superan el día ciento ochenta y un (181) el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

En vista de lo anterior conforme a lo manifestado por las accionadas y el acervo probatorio allegado por el accionante, se tiene que la Nueva EPS canceló las incapacidades comprendidas dentro del periodo 11 de febrero de 2020 hasta el 07 de junio de 2020, emitiendo concepto desfavorable de rehabilitación con pérdida de capacidad laboral del 37,21%. el 05 de enero de 2021, notificado el 18 de mayo de 2020 tanto a Colpensiones S.A. como a José Alfredo Morantes Hernández el 20 de mayo de 2020 es decir emitió el concepto a los noventa y ocho (98) días de incapacidad, y lo notificó oportunamente. Conforme a lo anterior se encuentra que efectivamente la Nueva EPS al emitir concepto de rehabilitación desfavorable antes del día ciento veinte (120) de incapacidad, conforme a las reglas jurisprudenciales debe cubrir las incapacidades solo hasta el día ciento. Setenta y nueve (179) contados a partir del 11 de febrero de 2020, fecha en que se reconoció la primera incapacidad; mientras que a Colpensiones le correspondería asumir el pago de la incapacidad a partir del día ciento ochenta (180) y hasta el quinientos cuarenta (540)¹, y nuevamente la Nueva EPS a partir del día quinientos cuarenta y uno (541), indefinidamente, si antes no se hubiere reconocido y empezado a pagar al accionante la respectiva pensión², pues de lo contrario el mínimo vital del accionante estaría gravemente vulnerado. Lo anterior teniendo como fundamento que el origen ha sido calificado como común por la Junta Regional de Incapacidad de Boyacá, en un 60,26% superando así el mínimo exigido para que ella se produzca..

TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSIÓN DE INVALIDEZ – IMPROCEDENCIA PUES PARA QUE SU OBLIGACIÓN SEA EXIGIBLE, DEBE HABÉRSELE NOTIFICADO, PARA QUE EJERCIERA SU DEFENSA EVENTUAL: Cumplido el requisito mínimo de Pérdida de Capacidad Laboral, si debía proceder a la expedición del acto administrativo.

Siguiendo con el análisis de lo impugnado, para esta Sala de Decisión, la primera instancia erró al ordenar a Colpensiones S.A. emitiera la resolución de reconocimiento de la pensión de invalidez a que tiene derecho el agenciado, por cuanto para que su obligación sea exigible, debe habersele notificado, para que ejerciera su defensa eventual, y solo una vez cumplido ese rigorismo, cumplido el requisito mínimo de PCL, si debía proceder a la expedición del acto administrativo, lo que lleva a concluir la revocatoria de esta parte de la decisión, que fue resulta prematuramente.

TUTELA PARA LA REALIZACIÓN DE EXAMEN – IMPOSIBILIDAD DE PRACTICARSE PERO POR EFECTOS DE LA PANDEMIA DE COVID 19: Las comorbilidades que presenta el paciente, pueden generarle una mayor posibilidad de contagio, con grave incidencia en sus vías respiratorias, poniendo en grave peligro su vida.

La queja del accionante consiste en que su médico tratante no ha practicado el examen neumológico que requiere debido a su precario estado de salud, sin embargo, como aparece establecido, el mismo no se ha practicado por capricho del médico tratante, sino debido a los efectos de la pandemia de Covid-19 que esta padeciendo la nación colombiana, ya que como se señaló, las comorbilidades que presenta el paciente, pueden generarle una mayor posibilidad de contagio, con grave incidencia en sus vías respiratorias, poniendo en grave peligro su vida, además que como se afirmó por la Clínica Chía, respecto a la espirometría el paciente se rehúso a realizar ese examen por el riesgo de infección por COVID, toda vez que se debía trasladar a la ciudad de Bogotá.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SANTA ROSA DE VITERBO SALA ÚNICA

PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN
LEY 1128 de 2007

RADICACIÓN:	157593153001202100031 01
PROCESO:	ACCIÓN DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
INSTANCIA:	SEGUNDA
PROCEDENCIA:	JUZGADO 01 CIVIL DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO
DECISIÓN:	REVOCAR PARCIALMENTE
ACCIONANTE:	MARTHA ROCÍO MALDONADO como agente oficioso de JOSÉ ALFREDO MORANTES HERNÁNDEZ
ACCIONADOS:	NUEVA EPS y Otro
M. PONENTE:	JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL Sala Segunda de Decisión

Santa Rosa de Viterbo, jueves, trece (13) de mayo de dos mil
veintiuno (2021)

Dentro del término previsto de los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, decide la Sala la impugnación propuesta por la Nueva EPS y Colpensiones contra el fallo de tutela del 25 de marzo de 2021 proferido por el Juzgado Primero del Circuito de Sogamoso, mediante el cual concedió el amparo constitucional y se tutelaron los derechos fundamentales del accionante.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Situación fáctica:

Martha Rocío Maldonado Herrera, actuando como agente oficiosa de José Alfredo Morantes Hernández, pretendió que le tutelara los derechos a la Salud, Mínimo vital, Seguridad Social y vida digna y que se ordenara a la Nueva EPS y la Clínica Chía, se sigan emitiendo y transcribiendo las incapacidades médicas hasta cuando José Alfredo Morantes Hernández se le diera una solución definitiva con respecto a la pensión a que tiene derecho.

Lo anterior, con base en los siguientes **hechos**:

1.1.1. Que José Alfredo Morantes Hernández, desde el año 2010 se desempeñó como gerente de banco y comisionista de finca raíz y en el año 2013 fue despedido por recorte de personal

1.1.2. Indicó que el 9 de julio de 2015 sufrió un accidente en una bicicleta y se fracturó la tibia y el peroné, accidente del que se generaron varias secuelas como hipertensión pulmonar secundaria, disnea de medianos a mínimos esfuerzos pasando a ser paciente oxígeno dependiente permanente por dieciséis (16) horas diarias, sufre de trastornos depresivos, pérdida de memoria, apnea del sueño con uso de CPAP, dolores crónicos en el cuerpo como fibromialgia y empezó a depender de un tercero para poder realizar sus actividades diarias como vestirse, y desde ese momento no ha podido retomar su actividad laboral, en la actualidad paga arriendo y vive de la caridad familiar. Que además, el 27 de febrero de 2019 sufrió un accidente por falta de oxígeno fracturándose el húmero y dislocándose el hombro derecho requiriendo cirugía.

1.1.3. Señaló que la Nueva EPS al cumplir la incapacidad ciento veinte (120) emitió el concepto no favorable de rehabilitación, pagándose hasta ese día por parte de la Nueva EPS la incapacidad continuando el trámite con Colpensiones S.A. sin que se le cancelaran las incapacidades de ahí en adelante.

1.1.4. Aseguró que, aunque el accidente ocurrió hace cinco (5) años su primera incapacidad se reconoció hasta el 11 de febrero de 2020 conforme se determinó por el especialista en neumología el cual emitió dictamen por escrito en el que se establece que se encuentra incapacitado para trabajar de manera permanente.

1.1.5. Relató que el especialista de neumología el 13 de enero de 2021, ordenó una serie de exámenes que le debían realizar el 21 de enero de 2021 para anexarlos al recurso de apelación, sin embargo, en cuanto al examen de polisomnografía que le realizarían en la clínica del sueño, el neumólogo de la misma indicó que no era recomendable realizarlo por las comorbilidades que presentaba, dada la condición de pandemia que se presenta y que esta misma situación se presentó con el examen de espirometría.

1.1.6. Finalmente, manifestó que en cita programada para el 19 de febrero de 2021 en la cual se prorrogaría la incapacidad el médico general informó que *“bajo las condiciones actuales tiene vigencia la calificación de perdida de la capacidad laboral emitida por el fondo de pensiones, la cual refleja una pérdida de capacidad laboral parcialmente que no conlleva a*

pensión y con la cual debe iniciar un proceso de reintegro laboral que garantice su derecho al trabajo, previa valoración por medicina laboral que conceptúe acorde a su condición las labores que pueda desempeñar. Por tal razón se podrá generar prórroga de las incapacidades ...”. Por lo anterior solicitó la transcripción, el reconocimiento y prórroga de las incapacidades dejadas de percibir y las que se requieran de aquí en adelante hasta que haya un concepto favorable de rehabilitación.

1.2. Trámite procesal:

Mediante auto del 11 de marzo de 2021 la primera instancia admitió la tutela, disponiendo correr traslado a las entidades accionadas Nueva EPS y la Clínica Chía, así mismo ordenó vincular a la acción constitucional a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones S.A. Igualmente, mediante auto de 23 de marzo de 2021 y en atención a lo expuesto por Malky Katrina Ferro Ahcar en calidad de directora de la Dirección de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones, resultó necesario la vinculación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

El 25 de marzo de 2021 se emitió fallo.

1.2.1. La Clínica Chía S.A. manifestó que José Alfredo Morantes Hernández en efecto ha sido paciente de la Institución y esta ha atendido los requerimientos clínicos, emitiendo las órdenes requeridas para su tratamiento, infiere que ha sido atendido por las diferentes especialidades de la Clínica.

Manifestó que a través de llamada telefónica a José Alfredo Morantes Hernández, y a su esposa, informaron que el 05 de enero de 2021 fue calificado con pérdida de capacidad laboral del 37.21% calificación que fue apelada el 12 de enero de 2021, por lo que la neumóloga tratante solicitó nuevos exámenes de apoyo diagnósticos requeridos para soportar la apelación. Sin embargo, manifestó que el neumólogo de la clínica del sueño no realizó la polisomnografía por considerar que no había cambios respecto al estudio previo ya realizado y por la situación de la pandemia no consideraba pertinente repetir el estudio y respecto a la espirometría el paciente se rehusó a

157593153001202100031 01

realizar ese examen por el riesgo de infección por COVID, toda vez que se debía trasladar a la ciudad de Bogotá.

Por lo anterior se informó al accionante y a su esposa que sin los nuevos estudios que soportara la apelación, los cuales no consideró pertinentes José Alfredo Morantes Hernández por riesgo al contagio y estando vigente la pérdida de la capacidad laboral expedida por Colpensiones S.A. la cual reflejaba una pérdida de capacidad laboral parcial permanente que no calificaba para invalidez, se dio como recomendación iniciar un proceso de reintegro laboral con evaluación del puesto de trabajo y funciones, y que por tal razón no se le podrá seguir prorrogando la incapacidad.

Finalmente, manifestó que ha brindado la atención necesaria al paciente con los estándares de calidad en salud, realizando todas las atenciones médicas requeridas para cada paciente.

1.2.2. La **Nueva EPS**, manifestó a través de su apoderado, que la expedición de incapacidades está a cargo del médico tratante, y que dentro de las funciones de la EPS está la de la transcripción de las mismas.

Infiere que José Alfredo Morantes Hernández, se encuentra activo en el régimen contributivo y respecto de los hechos de la tutela refiere que se realizó concepto de rehabilitación con pronóstico desfavorable el 18 de mayo de 2020 el cual fue remitido a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones S.A. el 20 de mayo siguiente.

Por las razones anteriormente expuestas solicitó negar la acción de tutela o desvincular a la Nueva EPS.

1.2.3. La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones S.A.** Informó por la directora de acciones constitucionales de Colpensiones, que mediante petición radicada bajo el BZ 2020_10944949 de fecha 29 de octubre de 2020, el accionante José Alfredo Morantes Hernández, solicitó el reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad, aportando el requisito de documentación respectiva para dar trámite a la solicitud; y que mediante

157593153001202100031 01

comunicación bajo radicado BZ 2020_10944949-2486129 del 23 de noviembre de 2020 la dirección de medicina laboral, le informó que no había lugar al reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad, teniendo en cuenta que el certificado de rehabilitación expedido por la EPS, era desfavorable y se le incitó para que inicie proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral.

Que José Alfredo Morantes Hernández radicó ante esa entidad la solicitud de calificación, la cual fue resuelta mediante el dictamen de medicina laboral No. DML- 3884469 del 28 de octubre de 2020, que calificó en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral del accionante. Refiere Colpensiones que notificada la calificación, fue recurrida por el accionante por medio de manifestación de inconformidad ante Colpensiones, recurso que se encuentra en trámite ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez, surtiendo el debido proceso; así mismo indicó que el accionante no recurre en contra de Colpensiones, por considerar que ésta Administradora no ha vulnerado sus derechos fundamentales, por lo contrario, ya lo calificó en pérdida de capacidad laboral en primera oportunidad, conforme lo dispone la ley.

1.2.4. La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, por su director administrativo y financiero, informó que el 13 de marzo de 2021 la Junta Regional, se constituyó en audiencia privada para proferir el dictamen No. 1422021 correspondiente a José Alfredo Morantes Hernández en el cual se le dictaminó como pérdida de la capacidad laboral en un 60.26% el que le fue notificado el pasado 18 de marzo de 2021 y hasta la fecha no han interpuesto recurso contra el mismo, con término de vencimiento del 06 de abril de 2021.

Por lo argumentado, solicitó se le absolviera de todo cargo dentro de la presente acción, ya sea declarándola improcedente o desvinculándola de la misma.

1.3. Decisión de primera instancia:

Amparó los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana y seguridad social José Alfredo Morantes Hernández y ordenó a la Nueva EPS para que el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la

157593153001202100031 01

notificación de la providencia, si aún no lo había hecho, autorizara el reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común causadas a favor del accionante, a partir del 08 de junio de 2020 y hasta el 27 de agosto de 2020.

Así mismo ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones S.A. para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la providencia, si aún no lo ha hecho, autorizara el reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común causadas a favor de José Alfredo Morantes Hernández, a partir del 28 de agosto de 2020 y hasta el 15 de febrero de 2021 y las que se sigan causando hasta que se emita el respectivo acto administrativo de reconocimiento o hasta llegar al día quinientos cuarenta y uno (541) de la incapacidad. Igualmente, para que adopte las medidas necesarias para expedir el acto administrativo por medio del cual reconozca la correspondiente pensión de invalidez a José Alfredo Morantes Hernández, conforme al dictamen de 13 de marzo de 2021, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, según el cual se reporta como porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y ocupacional en un 60,26%

También ordenó a la Nueva EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la providencia proceda a señalar día, hora y para la valoración médica de José Alfredo Morantes Hernández, a fin de que se emitan las incapacidades surgidas con posterioridad al 15 de febrero de 2021, de acuerdo al dictamen de 13 de marzo de 2021, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá.

Además, ordenó a la Nueva EPS y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones S.A. rendir un informe de la gestión realizada en acatamiento a las órdenes impartidas mediante este fallo, para lo cual se le concederá un término de cinco (5) días contados a partir de la respectiva notificación.

Finalmente, negó el examen de neumología solicitado por José Alfredo Morantes Hernández.

1.4. Impugnación del fallo:

1.4.1. Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones S.A.”:

Por medio de apoderado judicial, manifiesta que verificado el sistema de información de la administradora se observó que el accionante cuenta con un concepto de rehabilitación “CRE” desfavorable, que el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012 estableció para el pago de incapacidades el afiliado debe *(i)* padecer una enfermedad de origen común; *(ii)* que la incapacidad sea continua y supere los 180 días y *(iii)* se emita concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, *(iv)* que al momento de cumplirse el día ciento ochenta (180) se encuentre afiliado a Colpensiones, y que *(v)* el afiliado tenga cotizaciones a pensión dentro de los treinta (30) días anteriores a la fecha de incapacidad reclamada, supuestos concurrentes que no se cumplen en esta oportunidad, por tanto en caso de concepto de rehabilitación “CRE” desfavorable lo siguiente es el realizar el examen de pérdida de la capacidad laboral.

Indica que Colpensiones a la fecha aún no ha sido notificada del dictamen emitido el 13 de marzo de 2021 realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, también resalta el hecho que la tutela es improcedente toda vez que no cumple con los requisitos de subsidiariedad, pues es de advertirse que el accionante cuenta con un medio legal y judicial como es el iniciar un proceso ordinario para resolver su inconformidad el cual no ha agotado.

De lo anterior solicita al Tribunal Superior, se revoque el fallo de tutela y en su lugar se declare la improcedencia.

1.4.2. Nueva EPS:

Por medio de apoderado judicial, indica que para este caso se presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva en la entidad accionada, que no cuenta con capacidad jurídica para responder dentro del presente proceso toda vez que el derecho fundamental que alega la accionante se le ha vulnerado

presuntamente, por parte de fondo de pensiones de Colpensiones S.A. que es claro que las pretensiones del accionante son económicas y en ningún sentido encaminado a la protección del derecho a la salud de José Alfredo Morantes Hernández, el cual en la actualidad está siendo garantizado plenamente por Nueva EPS, adicionando que la acción de tutela no es el medio idóneo para solicitar el pago de incapacidades y/o licencias, puesto que para ello existen otros medios jurídicos previstos en la normatividad vigente. Es así como antes de acudir a la acción de tutela, la cual prevé claramente dentro de sus requisitos de procedibilidad la inexistencia de otros medios de defensa judicial, que el usuario debió haber agotado dichos mecanismos, ante la jurisdicción laboral.

De lo anterior solicita a la segunda instancia se revoque el fallo de la referencia por no cumplimiento de los requisitos de procedibilidad, y ordenar al fondo de pensiones correspondiente, para que realice los trámites respectivos para el reconocimiento de la respectiva Pensión.

2. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER:

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, fue concebida como un mecanismo para la protección inmediata, oportuna y adecuada de derechos fundamentales, ante situaciones de amenaza o vulneración, por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o cuando ésta se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

En cuanto a la procedibilidad de la acción constitucional, se verifica la legitimación por activa y pasiva, pues el accionante es titular de los derechos cuya protección se solicita y las vinculadas les corresponde garantizar los servicios y beneficios de la seguridad social, pues Morantes Hernández pertenece al régimen contributivo, y se halla en estado de indefensión debido a sus padecimientos respiratorios, apnea de sueño y las múltiples fracturas que ha padecido.

Cumplidos los requisitos de procedibilidad, se debe entrar por este Tribunal Superior examinar el caso concreto, debiendo resolver: *(i) si era posible que se ordenara por la primera instancia que Colpensiones S.A. procediera a expedir el acto administrativo de reconocimiento de la pensión a la que aspira José Alfredo Morantes Hernández; (ii) Si el accionante cumple con los requisitos para que Colpensiones S.A. pague sus incapacidades de acuerdo con el Decreto-Ley 19 de 2012, y (iii) Si la Nueva EPS puede ser obligada al pago de las incapacidades generadas a favor del accionante.*

La sentencia T-144 de 2016, señaló que *“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.”*

Teniendo en cuenta lo anterior se evidencia claramente que el accionante promovió la respectiva solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral ante la Junta Regional de Invalidez de Boyacá, entidad que según señaló en su respuesta, expidió el dictamen el 13 de marzo de 2021 el que a la fecha no había sido notificado a Colpensiones.

Ahora bien, según lo preceptuado en el concepto emitido el 21 de mayo de 2015 (rad. 201511400874021) el Ministerio de Salud ha precisado lo siguiente: *“De conformidad con las normas precitadas, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el reconocimiento y pago de incapacidades por contingencias de origen común, para los afiliados cotizantes es hasta por el término de 180 días a cargo de la EPS, y cuando exista concepto favorable de rehabilitación por parte de dicha entidad, la Administradora de Fondos de Pensiones - AFP 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 EPS, caso en el cual, se otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía percibiendo. Por otra parte, debe precisarse 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 a título de sanción”.

El artículo 142 del Decreto 019 de 2012, señala que el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud -EPS-, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador. En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día ciento ochenta y un (181) si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que *“el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación”.*

Sin embargo, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación sea favorable o desfavorable antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión del mismo a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le corresponde a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los ciento ochenta (180) días.

En vista de lo anterior conforme a lo manifestado por las accionadas y el acervo probatorio allegado por el accionante, se tiene que la Nueva EPS canceló las incapacidades comprendidas dentro del periodo 11 de febrero de 2020 hasta el 07 de junio de 2020, emitiendo concepto desfavorable de rehabilitación con pérdida de capacidad laboral del 37,21%. el 05 de enero de 2021, notificado el 18 de mayo de 2020 tanto a Colpensiones S.A. como a José Alfredo Morantes Hernández el 20 de mayo de 2020 es decir emitió el concepto a los noventa y ocho (98) días de incapacidad, y lo notificó oportunamente.

Conforme a lo anterior se encuentra que efectivamente la Nueva EPS al emitir concepto de rehabilitación desfavorable antes del día ciento veinte (120) de incapacidad, conforme a las reglas jurisprudenciales debe cubrir las incapacidades solo hasta el día ciento. Setenta y nueve (179) contados a partir del 11 de febrero de 2020, fecha en que se reconoció la primera incapacidad; mientras que a Colpensiones le correspondería asumir el pago de la incapacidad a partir del día ciento ochenta (180) y hasta el quinientos cuarenta (540)¹, y nuevamente la Nueva EPS a partir del día quinientos cuarenta y uno (541), indefinidamente, si antes no se hubiere reconocido y empezado a pagar al accionante la respectiva pensión², pues de lo contrario el mínimo vital del accionante estaría gravemente vulnerado. Lo anterior teniendo como fundamento que el origen ha sido calificado como común por la Junta Regional de Incapacidad de Boyacá, en un 60,26% superando así el mínimo exigido para que ella se produzca.

Respecto al estudio de la pretensión por la vía constitucional para el reconocimiento y pago de incapacidades, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-087/18, ha reiterado sobre la procedencia de la acción de tutela para estudiar la protección de los derechos ciertos e indiscutibles en materia laboral y de seguridad social, de manera excepcional, manifestando: *“La jurisprudencia constitucional ha establecido que mientras las controversias que recaen sobre derechos ciertos e indiscutibles pueden ser tramitadas ante la jurisdicción constitucional, bajo la condición de que se cumplan los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, las que giran en torno a la declaración de derechos inciertos y discutibles deben dirimirse en la jurisdicción ordinaria, pues lo que se busca es precisamente que todas aquellas controversias carentes de incidencia constitucional, debido a su ausencia de definición plena, quedan*

¹ T-008 2018 El pago de incapacidades médicas laborales por enfermedad de origen común está a cargo de la EPS durante los primeros 180 días. A partir del día 181 y hasta el día 540, los pagos deben ser realizados por la Administradora de Pensiones. Luego, a partir del día 541, corresponde a la EPS asumir tales costos,

² T-008 de 2018. El pago de esas incapacidades debe realizarse, incluso, después de que se realice el dictamen de pérdida de capacidad laboral, “hasta que el médico tratante emita un concepto en el que se determine que la persona está en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %.”. Así las cosas, el pago de incapacidades no puede suspenderse cuando se realiza el examen de pérdida de capacidad laboral, sino hasta el momento en que la persona pueda reintegrarse a su puesto de trabajo o en su defecto le sea reconocida pensión de invalidez.

sometidas al escrutinio del juez laboral”, careciendo así de fundamento la alegación de la recurrentes Colpensiones S.A. y Nueva EPS.

Siguiendo con el análisis de lo impugnado, para esta Sala de Decisión, la primera instancia erró al ordenar a Colpensiones S.A. emitiera la resolución de reconocimiento de la pensión de invalidez a que tiene derecho el agenciado, por cuanto para que su obligación sea exigible, debe habersele notificado, para que ejerciera su defensa eventual, y solo una vez cumplido ese rigorismo, cumplido el requisito mínimo de PCL, si debía proceder a la expedición del acto administrativo, lo que lleva a concluir la revocatoria de esta parte de la decisión, que fue resulta prematuramente.

En cuanto al examen de neumonía deprecado por el accionante, considera esta Sala que, la normatividad referente a la concesión y reconocimiento de incapacidades por parte de las EPS, siempre ha estado determinada por el concepto del médico tratante, quien es la persona que autónomamente debe determinar a partir del estado en que halle al paciente afiliado, se le debe conceder una incapacidad médica, pues la incapacidad laboral, es un acto médico autónomo del galeno tratante,” *y parte de la conducta terapéutica que consiste en indicar el número de días en que la persona no puede realizar su actividad habitual (laboral, escolar o social).*”³, afirmación fundamentada en el artículo 17 de la Ley 1751 del 2015 que indica que se garantizará la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes, las cuales serán ejercidas en el marco de la autorregulación, la ética, la racionalidad y evidencia científica.

La queja del accionante consiste en que su médico tratante no ha practicado el examen neumológico que requiere debido a su precario estado de salud, sin embargo, como aparece establecido, el mismo no se ha practicado por capricho del médico tratante, sino debido a los efectos de la pandemia de Covid-19 que esta padeciendo la nación colombiana, ya que como se señaló, las comorbilidades que presenta el paciente, pueden generarle una mayor posibilidad de contagio, con grave incidencia en sus vías respiratorias,

³ Concepto 52121 de 2019 Departamento. Administrativo de la Función Pública.

157593153001202100031 01

poniendo en grave peligro su vida, además que como se afirmó por la Clínica Chia, respecto a la espirometría el paciente se rehúso a realizar ese examen por el riesgo de infección por COVID, toda vez que se debía trasladar a la ciudad de Bogotá.

En ese sentido, se modificará parcialmente el fallo impugnado, en sus ordinales segundo y tercero, del que además se revocarán los párrafos 1º y 2º.

3. Por lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión de la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en sede de Juez Constitucional, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

3.1. Revocar íntegramente el ordinal tercero de la decisión recurrida, dejando sin efectos la orden impartida a Colpensiones S.A. de emitir el acto administrativo de reconocimiento de la pensión por invalidez reclamada por el accionante.

3.2. Revocar íntegramente el párrafo 1º del ordinal cuarto del fallo impugnado, dejando sin efectos la orden emitida a Nueva EPS, para que realice examen PCL al accionante.

3.3. En lo demás confirmar la decisión impugnada.

3.4. Notificar esta providencia por el medio más expedito en la forma que lo establece el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, a quienes actuaron en este trámite.

3.5. En firme esta decisión, remitir el expediente a la Sala de Selección de la Corte Constitucional para su eventual escogencia de revisión.

Notifíquese y Cúmplase,



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado Ponente



GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado

4234-