

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00281-02

Cartagena de Indias D. T. y C., veintidós (22) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	TUTELA - IMPUGNACIÓN
Radicado	13001-33-33-008-2018-00281-02
Accionante	SONIA ESTER BERTEL PUELLO
Accionada	NUEVA EPS-COLPENSIONES-ARL POSITIVA
Tema	INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 180 DÍAS
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Sea lo primero anotar, que la acción constitucional de la referencia fue repartida al Despacho 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, cuya titular es la Magistrada CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE, quien se encuentra en situación administrativa de vacaciones concedidas por el H. Consejo de Estado. En ese orden, la ponencia de la presente providencia le correspondería al Magistrado ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS, en su condición de Presidente de esta Corporación y encargado del referido despacho; no obstante, atendiendo a que este último en la fecha se encuentra en situación administrativa de permiso, y en virtud de los términos perentorios en que deben ser resueltas estas acciones constitucionales, la ponencia será asumida por el magistrado que le sigue en turno, esto es, el Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ.

Precisado lo anterior, procede la Sala Fija No. 02 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la parte accionante, contra la sentencia de fecha tres (3) de abril de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se tutelaron los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y a la vida en condiciones dignas de la accionante, y como consecuencia de ello, se ordenó a Colpensiones el pago de las incapacidades prescritas por el médico tratante.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud de amparo

1.1. Hechos relevantes planteados por la accionante.

1.1.1. La señora Sonia Ester Bertel Puello se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud en NUEVA EPS, pensiones en COLPENSIONES y riesgos laborales en POSITIVA ARL, en calidad de trabajadora a cargo de CONCEPCIÓN BULA BULA, quien de manera oportuna ha cancelado todos los aportes correspondientes.

1.1.2. Desde el día 28 de agosto de 2017, se encuentra incapacitada por enfermedad de origen común derivada de diferentes diagnósticos.

1.1.3. La incapacidad en mención la ha mantenido alejada de sus labores inclusive hasta el día de la presentación de la solicitud, y las órdenes de incapacidad expedidas por la NUEVA EPS superan los TRESCIENTOS SESENTA (360) días continuos, de conformidad con la siguiente información:

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00281-02

No.	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	DÍAS OTORGADOS
3772968	28/08/2017	31/08/2017	4
3753123	08/09/2017	22/09/2017	15
3788602	23/09/2017	26/09/2017	4
3922294	27/09/2017	25/10/2017	29
3884365	26/10/2017	30/10/2017	5
3837715	31/10/2017	06/11/2017	7
4071314	07/11/2017	21/11/2017	15
3946781	01/12/2017	30/12/2017	30
4026167	12/01/2018	25/01/2018	14
4099745	26/01/2018	24/02/2018	30
4159410	13/03/2018	22/03/2018	10
4225877	16/04/2018	30/04/2018	15
4278540	09/05/2018	07/06/2018	30
4352372	08/06/2018	19/06/2018	12
4376441	20/06/2018	04/07/2018	15
4411469	05/07/2018	19/07/2018	15
4524637	20/07/2018	02/08/2018	15
4481413	03/08/2018	17/08/2018	15
4513953	18/08/2018	01/09/2018	15
4549711	03/09/2018	17/09/2018	15
4588067	18/09/2018	01/10/2018	14
4623786	02/10/2018	08/10/2018	7
4641562	09/10/2018	13/10/2018	5
4658525	16/10/2018	20/10/2018	5
4691685	29/10/2018	27/11/2018	30
4767572	29/11/2018	02/12/2018	4
4775933	03/12/2018	01/01/2019	30

1.1.4. Desde la orden de incapacidad N° 4411469 y en adelante, las accionadas no han reconocido ni pagado las incapacidades prescritas por el médico tratante, motivo por el cual la accionante afirma encontrarse en un estado de vulnerabilidad, sin poder solventar sus necesidades para vivir dignamente, considerando que desde el mes de julio no recibe ni salario ni la prestación que le corresponde por incapacidad, razón por la que su única opción ha sido vivir de la caridad de su empleador, familiares y vecinos.

1.2. Pretensiones¹

1.2.1. Tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, salud y a la vida digna.

1.2.2. Ordenar a las entidades accionadas el reconocimiento y pago de las incapacidades ordenadas desde el 5 de julio de 2018 y las que en lo sucesivo disponga su médico tratante.

2. Actuación procesal relevante

2.1. Admisión y notificación

En trámite de segunda instancia, mediante providencia de fecha 08 de marzo del 2019², el Tribunal Administrativo de Bolívar resolvió declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio, ordenándole al A-Quo rehacer el trámite

¹ Folio 5

² Folio 77 – 79.

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00281-02

de la acción constitucional, teniendo en cuenta las pruebas aportadas por la accionante en su solicitud, las cuales debían enviarse a las accionadas en el acto de notificación y a su vez, ser valoradas para adoptar una decisión de fondo.

En cumplimiento de lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena profirió el auto de 20 de marzo de 2019³, admitió nuevamente la acción de tutela, disponiendo la notificación a las entidades accionadas, y tener como pruebas las documentales aportadas por la parte demandante.

La notificación del auto admisorio se hizo a través de oficios enviados directamente en la dirección de las entidades accionadas⁴.

3. Respuesta de las entidades accionadas.

3.1. NUEVA EPS⁵

Sostuvo en su informe que, la accionante se encuentra afiliada al régimen contributivo, quien completó 439 días de incapacidad el día 23 de marzo de 2019, y que esa entidad emitió concepto desfavorable de rehabilitación el día 18 de diciembre de 2018, el cual fue notificado a la Administradora de Fondo de Pensiones COLPENSIONES el día 19 de diciembre del mismo año, con el fin de darle cumplimiento a lo establecido en el artículo 142 del Decreto 019 del 2012.

En ese orden, y de acuerdo con el artículo 10 del Decreto 758 de 1990, sostiene que le corresponde al Fondo de Pensiones la obligación inmediata de otorgar la pensión de invalidez y asumir las prestaciones económicas a que hubiere lugar, hasta que se realice la calificación de pérdida de capacidad laboral, y que una vez ello ocurra, es necesario radicar una copia dirigida al área de medicina laboral en una oficina de atención al afiliado.

Por otra parte, solicita que se declare improcedente la acción de tutela, toda vez que, la accionante tiene otro medio de defensa como lo es la justicia ordinaria. A su vez, manifiesta que, no se han vulnerado los derechos incoados en el libelo, por cuanto se ha actuado en cumplimiento de las reglas que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Adicionalmente, solicita que, en caso de tutelar los derechos de la accionante, y de condenarse a la NUEVA EPS a cubrir el costo de las prestaciones, se le conceda el derecho de repetir contra ADRES por el 100% de los valores que deba asumir.

3.2 COLPENSIONES⁶

Manifiesta que, no se ha configurado ningún hecho vulnerador, en la medida en que, no se observa una petición formal de la accionante ante esa entidad para solicitar el pago de las incapacidades, por lo tanto, la accionada no ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto.

³ Folio 84.

⁴ Folios 91 – 93.

⁵ Folio 95-101

⁶ Folios 110-113

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00281-02

Adicionalmente, alega que la NUEVA EPS expidió concepto de rehabilitación desfavorable, y en consecuencia, no es procedente el pago de incapacidades a la señora Sonia Ester Bertel superiores a 180 días, por el contrario, la accionante debe acercarse a un punto de atención de Colpensiones y adelantar un trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral.

De conformidad con lo anterior, solicita que se declare la improcedencia de la acción.

3.3. POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS

No rindieron informe de contestación.

4. Sentencia de primera instancia⁷

Mediante providencia de fecha tres (03) de abril de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena dispuso tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y a la vida en condiciones dignas de la accionante.

Como fundamento de su decisión, sostuvo el A quo que la accionante es una adulta mayor de 64 años de edad, que padece de "DOLOR ARTICULAR Y RODILLAS Y TOBILLOS", "GONARTROSIS NO ESPECIFICADA", SÍNDROME DE MANGUITO ROTATORIO", "OTROS TRANSTORNOS AFECTIVOS BIPOLARES", "CERVICALGIA" y "SÍNDROME DEL TUNEL CARPIANO" padecimientos en virtud de los cuales ha sido incapacitada de manera continua desde el 28 de agosto de 2017, es decir, más de 180 días. Aunado a ello, advirtió que la NUEVA EPS el 18 de diciembre del 2018, emitió concepto de rehabilitación desfavorable y se lo radicó a COLPENSIONES el 19 de diciembre del mismo año, y a la fecha, las entidades accionadas no han hecho reconocimiento alguno de las incapacidades expedidas por el médico tratante desde el 5 de julio de 2018 (orden No. 4411469).

Finalmente, el juez de primera instancia enfatizó en que la señora SONIA ESTER BERTEL PUELLO manifestó vivir de la caridad de sus vecinos, familiares y empleador, debido a que no recibe pago de incapacidad ni de salarios, afirmación que no fue desvirtuada por las accionadas, por ello, se presume cierta, circunstancia que lo lleva a concluir que en efecto, la omisión de pagarle las incapacidades constituye una vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital y una amenaza al derecho a la salud y al desarrollo de una vida en condiciones dignas, si se tiene en cuenta que estos recursos constituyen la fuente económica para la satisfacción de sus necesidades básicas, incluso, para la atención de sus problemas de salud. En se sentido, y en aras de garantizarle los derechos fundamentales incoados, ordenó a la AFP COLPENSIONES el reconocimiento y pago de las incapacidades prescritas, a partir de la orden No. 4411469 y las que en lo sucesivo ordene el médico tratante, hasta que se resuelva de manera definitiva la situación de la accionante.

⁷ Folio 114-117

5. La impugnación⁸.

La sentencia fue impugnada por Colpensiones, quien solicita que se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar, se declare improcedente la acción de tutela, toda vez que, revisadas las bases de datos y aplicativos de Colpensiones, se pudo constatar que la NUEVA EPS, en efecto remitió concepto de REHABILITACIÓN FAVORABLE el día 19 de enero de 2018, sin embargo, posteriormente dicho concepto varió, por lo cual se remitió el 19 de diciembre del mismo año, concepto de REHABILITACIÓN DESFAVORABLE, sin que hasta fecha se hubiere radicado ante la entidad petición formal alguna por parte de la accionante, tendiente a que se le reconozcan y paguen subsidios económicos por incapacidad.

Señaló además que, de acuerdo a la fecha para la cual el pronóstico fue desfavorable, no procede el pago del subsidio por incapacidad, sino, la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, siempre que se hayan tenido incapacidades superiores a 180 días.

Reconoce que la accionante solicitó ante Colpensiones la calificación de pérdida de capacidad laboral el 10 de enero de 2019, para lo cual se le asignó cita programada para el 9 de abril de 2019 a las 2:00 pm, con el propósito que se determine el proceso de calificación de PCL.

Reiteró lo expuesto ante el A quo, en torno a la improcedencia de la acción de tutela en este caso, por considerar que la accionante puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para obtener el reconocimiento de lo solicitado.

5.1. Trámite de la impugnación

A través de auto de fecha once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019)⁹, el A Quo concedió la impugnación, siendo repartida al Despacho 003 el 23 de abril de 2019, e ingresando para decisión el 24 de abril del mismo año.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La competencia.

Conforme lo establecen el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Octavo administrativo del Circuito de Cartagena.

2. Legitimación en la causa por activa.

La señora SONIA ESTER BERTEL PUELLO, se encuentra legitimada por activa para reclamar la protección de sus derechos fundamentales al MÍNIMO VITAL,

⁸ Folio 142-147

⁹ Folio 155

SEGURIDAD SOCIAL, SALUD, VIDA DIGNA, DEBIDO PROCESO por ser la titular de los mismos.

3. Legitimación en la causa por pasiva.

Las accionadas – NUEVA EPS, COLPENSIONES y POSITIVA ARL, en principio, tienen competencia para garantizar dentro del Sistema General de Seguridad Social, el reconocimiento y pago por concepto de incapacidades médicas que se expidan a favor de la accionante, como se depreca a través de la acción de tutela, con el fin de garantizar los derechos fundamentales que aduce le son vulnerados.

4. Problemas jurídicos.

La Sala deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿Se debe revocar, confirmar y/o modificar la sentencia impugnada?

Para resolver el anterior interrogante, se deben dilucidar los siguientes problemas jurídicos asociados:

¿Resulta procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo, en el caso concreto, para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales; se cumplen los requisitos de inmediatez y subsidiariedad?

¿A cuál de las entidades accionadas le asiste la obligación de pagar a la accionante las incapacidades expedidas a su favor, a partir del día 181, cuando está calificada en primera instancia como de origen común y tiene concepto de rehabilitación desfavorable?

5. Tesis de la Sala

La Sala sustentará que, en el caso concreto la acción de tutela resulta procedente como mecanismo definitivo porque se materializan los supuestos excepcionales para ello, al tratarse de una persona sujeto de especial protección con ocasión de las patologías que padece, respecto de las cuales se le han venido expidiendo de manera prolongada incapacidades médicas. Así mismo, los mecanismos de defensa ordinarios con que cuenta para efectuar la reclamación de las incapacidades pendientes por pagar, resultan ineficaces frente a la circunstancia de vulnerabilidad en que se encuentra.

En cuanto al asunto de fondo, considerará que, en efecto, se han vulnerado los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y a la vida en condiciones dignas de la accionante, por cuanto, con ocasión de las incapacidades que le han sido expedidas, se le ha imposibilitado trabajar y devengar su salario, por lo tanto, con la omisión del pago de estas, no solo se está viendo afectado ese derecho a tener una congrua subsistencia, sino la tranquilidad para afrontar la recuperación de su salud y atender sus necesidades básicas. No obstante, se modificará el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia en cuanto a las medidas de protección adoptadas, por cuando, se debe precisar que la entidad que debe asumir el pago de las incapacidades que se encuentran pendientes por

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00281-02

pagar y hasta el día 540 es la Administradora de Fondo de Pensiones COLPENSIONES, mientras que, le corresponde a la NUEVA EPS el pago de las incapacidades que se llegaren a ordenar a partir del día 541 en adelante, de conformidad con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

6. Marco normativo y jurisprudencial.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala estudiará los siguientes temas: i) Generalidades de la acción de tutela, ii) Procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de incapacidades, iii) Marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días.

6.1. Generalidades de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

- Está instituida para proteger derechos fundamentales.
- La subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable, supuesto que debe probarse.
- La inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

6.1.2. Procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de incapacidades.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y la doctrina constitucional vigente, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para reclamar el pago de acreencias laborales, específicamente de incapacidades, salvo que i) se vean afectados o amenazados los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y subsistencia del interesado, ii) en tanto el medio ordinario, atendiendo las circunstancias del caso particular, resulta ineficaz y iii) siempre que quien acciona carezca de fuente de ingresos adicional que le permita sufragar sus gastos y los de su núcleo familiar¹⁰.

¹⁰ La Corte Constitucional, Sentencia T-485 de 2010, Referencia: expediente T-2550566 - Acción de tutela instaurada por Sandra Silva Bustamante contra Techno Digital S.A. y Fondo de Pensiones Porvenir S.A. -

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00281-02

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha identificado tres situaciones en las que resulta procedente la acción de tutela para efectos de obtener el pago que por concepto de incapacidades laborales correspondiente, a saber:

1. Cuando las sumas recibidas por incapacidades constituyen el único medio de subsistencia del accionante, cuestión que debe determinarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular, debiéndose ponderar los ingresos respecto de las necesidades.
2. Cuando se produce un menoscabo en la salud del interesado, en tanto la falta de recursos impide su recuperación satisfactoria, por cuanto puede verse obligado a reincorporarse a sus labores de manera prematura.
3. Cuando las EPS no cancelan el valor de las incapacidades alegando el pago tardío o extemporáneo, por parte del empleador o del trabajador independiente, de los respectivos aportes¹¹, caso en el cual se configura lo que se ha denominado allanamiento a la mora, sin que le sea dable transferir la carga a quien efectúa la cotización.

Adicionalmente, la Corte Constitucional¹² ha determinado que si bien existen mecanismos ordinarios a los que puede acudir la afectada para obtener el pago de las incapacidades, como es el caso puntual del procedimiento ante la Superintendencia de Salud, que aunque este puede resolver las controversias que surjan con ocasión de la omisión en el pago de incapacidades laborales, también puede carecer de toda idoneidad para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, en la medida que, adolece de un término en el que deba resolverse la impugnación, haciéndolo virtualmente infinito, y además, dado el evento en el que se obtenga una resolución favorable, no existe un mecanismo efectivo a través del cual sea posible hacer exigible la obligación.

En ese sentido, la Corte ha concluido¹³ que en los eventos en que se desconozcan derechos de raigambre fundamental de una persona y en los que se requiere de una respuesta inmediata por parte del solicitante, la acción de tutela se convierte en el **único medio de defensa** con el que cuentan los ciudadanos para obtener la salvaguarda de sus garantías fundamentales. Adicionalmente, al sustituir el pago de las incapacidades el salario de las personas que no pueden desempeñar sus funciones por enfermedad, se convierten en la única garantía para la salud del trabajador, pues será esa prestación la que les permite recuperarse satisfactoriamente, sin tener que reincorporarse a sus labores de forma apresurada.

6.1.3 Marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días.

La Corte Constitucional ha reiterado las siguientes reglas jurisprudenciales:

Magistrado Ponente: - Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ. Pág. 6. Ver también Corte Constitucional sentencia T- 200 de 2017

¹¹ Ver Sentencia T-1242 de 2008.

¹² Sentencia T- 529 de 2017.

¹³ Ibídem.

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00281-02

1. El **certificado de incapacidad temporal**, resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, el cual genera durante los primeros 180 días un **auxilio económico** a cargo de la EPS, que desde el día 181 se sustituye por un **subsidio de incapacidad** equivalente al auxilio, pero asumido por el Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador.

2. El Decreto 770 de 1975 sustrajo de la órbita de responsabilidad del empleador el pago del auxilio de incapacidad, para radicarlo en cabeza de un agente externo a la relación laboral. De este modo, el artículo 9º de dicha normativa asignó al Instituto de Seguros Sociales la responsabilidad del pago de "un **subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de[] (...) salario de base, subsidio que (...) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días**".

3. Posteriormente, la Ley 100 de 1993 contempló la figura de la incapacidad en su artículo 206, conforme al cual los afiliados al Régimen Contributivo en salud tienen derecho al reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común. Así mismo, el Decreto 2463 de 2001, dispuso que las AFP, **previo concepto favorable de recuperación**, tienen la potestad de postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los **180 que se encuentran a cargo de las EPS** siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Esta disposición se mantuvo sustancialmente en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, norma que actualmente regula la materia.

4. El lapso que hay entre el **primer y el segundo día de la incapacidad**, competen económicamente al **empleador**, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999. En virtud de dicha disposición "[e]n el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) **primeros días de incapacidad originada por enfermedad general** y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente".

Las **incapacidades expedidas del día 3 al 180** están a cargo de las EPS, y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. Tal obligación está sujeta a la afiliación del trabajador por parte del empleador o del propio independiente.

5. El **reconocimiento de incapacidades laborales superiores a 180 días**, es decir, a partir del día 181, ha suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001.

Sobre la responsabilidad del pago, la Corte Constitucional ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren **a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones** a la que está

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00281-02

afiliado el trabajador (T-401 de 2017), **ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.**

Así, el concepto favorable y según el Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda. No obstante, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Solo cuando la EPS incumple el plazo de remitir el concepto favorable o desfavorable de rehabilitación al Fondo de Pensiones, la EPS asume el pago del subsidio por incapacidad, pues de lo contrario le corresponde a las AFP.

En este orden, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

6. Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación es desfavorable **se debe empezar sin dilación el trámite de la pérdida de la capacidad laboral.**

7. Cuando el concepto de rehabilitación es FAVORABLE, el fondo de pensiones podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral *"hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS"*. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador.

Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, *"el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello"*.

No obstante lo anterior, es factible que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, pese a haber sido evaluada por la junta de calificación de invalidez y a habersele dictaminada una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%. Por tanto, es indispensable determinar cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe encargarse del pago de dichas incapacidades.

Al respecto, cabe indicar que la norma legal referida no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional (T- 920 de 2009) **indicó que deben ser asumidas por**



Radicado: 13001-33-33-008-2018-00281-02

los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones.

De este modo, 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 explicó previamente.

8. En conclusión los responsables en el pago de las incapacidades son los siguientes:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 181 hasta 540	Fondo de Pensiones (T-401 de 2017)	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

7. Caso Concreto

7.1. Hechos relevantes probados.

7.1.1. La señora SONIA ESTER BERTEL PUELLO actualmente tiene 64 años de edad, según se desprende de su cédula de ciudadanía visible a folio 70 del expediente.

7.1.2. La accionante, desde el año 2017 ha presentado enfermedad pulmonar intersticial, litiasis ureteral distal izquierda, sepsis de foco urinario y pulmonar, hidronefrosis izquierda, síndrome confusional en relación a patología psiquiátrica, contingencias que la llevaron a estar internada en UCI durante 18 días¹⁴.

7.1.3 En razón de la epicrisis aportada mediante medio magnético, se pudo constatar que además de lo anterior, la peticionaria también presenta dolores en las articulaciones, rodillas y tobillos, problemas cardiovasculares, entre otros diagnósticos catalogados como de origen común.

7.1.3. Desde el día 28 de agosto de 2017, se encuentra incapacitada por enfermedad de origen común, por lo que su médico tratante le ha prescrito una serie de incapacidades, que superan los 365 días.

7.1.3. La NUEVA EPS emitió concepto de REHABILITACIÓN DESFAVORABLE el día dieciocho 18 de diciembre del 2018¹⁵, siendo notificado este a COLPENSIONES el 19 de diciembre del mismo año. De dicho concepto se desprende que, son varios los diagnósticos que motivan la remisión para calificación integral de la pérdida

¹⁴ Los datos se extraen de la historia clínica contenida en medio magnético obrante a Fi. 86.

¹⁵ Folio 106



Radicado: 13001-33-33-008-2018-00281-02

de capacidad laboral, como son, (i) gonartrosis no especificada, (ii) síndrome de manguito rotatorio, (iv) otros trastornos afectivos bipolares y (iv) síndrome del túnel carpiano.

También se establece en el referido concepto, que la paciente de 64 años cursa con incapacidad prolongada, inicialmente por cuadro de esfera mental por el que completó 208 días hasta el día 7 de junio de 2018, que fue notificado el fondo de pensiones por dicha patología en fecha 19 de enero de 2018; sin embargo, posteriormente inició incapacidades por gonartrosis el 8 de junio de 2018, además padece de múltiples patologías osteomusculares antes relacionadas, más osteoporosis y lumbago.

7.1.4. LA NUEVA EPS realizó el reconocimiento y el pago de las siguientes incapacidades¹⁶:

No.	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	DIAS OTORGADOS
3772968	28/08/2017	31/08/2017	4
3753123	08/09/2017	22/09/2017	15
3788602	23/09/2017	26/09/2017	4
3922294	27/09/2017	25/10/2017	29
3884365	26/10/2017	30/10/2017	5
3877515	31/10/2017	06/11/2017	7
4071314	07/11/2017	21/11/2017	15
3946781	01/12/2017	30/12/2017	30
4026167	12/01/2018	25/01/2018	14
4099745	26/01/2018	24/02/2018	30
4159410	13/03/2018	22/03/2018	10
4225877	16/04/2018	30/04/2018	15
4278540	09/05/2018	07/06/2018	30
4352372	08/06/2018	19/06/2018	12
4376441	20/06/2018	04/07/2018	15

7.1.5. Según lo anterior, se puede establecer que, a la accionante no le han sido pagadas las siguientes incapacidades:

No.	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	DIAS OTORGADOS
4411469	05/07/2018	19/07/2018	15
4524637	20/07/2018	02/08/2018	15
4481413	03/08/2018	17/08/2018	15
4513953	18/08/2018	01/09/2018	15
4549711	03/09/2018	17/09/2018	15
4588067	18/09/2018	01/10/2018	14
4623786	02/10/2018	08/10/2018	7
4641562	09/10/2018	13/10/2018	5
4658525	16/10/2018	20/10/2018	5
4691685	29/10/2018	27/11/2018	30
4767572	29/11/2018	02/12/2018	4

¹⁶ Archivo pdf "Incapacidades" contenido en medio magnético visible a F 86



4775933	03/12/2018	01/01/2019	3017
---------	------------	------------	------

7.2. Valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico y jurisprudencial

De una confrontación de los hechos probados de cara al marco jurídico y jurisprudencial señalado en esta providencia, determina la Sala en primer lugar, que la acción de tutela sí resulta procedente en el caso concreto, toda vez que, que si bien existe la posibilidad de reclamar el pago de las incapacidades laborales mediante otro proceso ante la jurisdicción laboral o a través del procedimiento judicial que efectúa la Superintendencia Nacional de Salud contemplado en la Ley 1122 de 2007, exigitos en el presente asunto desnaturalizaría el amparo, creando un detrimento mayor a la actora, quien se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta por su edad y por la enfermedad que padece.

Por otro lado, y aplicando las reglas señaladas por la jurisprudencia constitucional para encontrar acreditado el requisito de inmediatez en el presente asunto, quedó acreditado dentro del expediente que la actora viene padeciendo delicados problemas de salud y en razón de ellos, sus médicos tratantes le han expedido incapacidades laborales desde el día 28 de agosto de 2017 hasta el 123 de marzo de 2019. Se acredita en autos que la enfermedad padecida por la accionante es de origen común, y en ese sentido, se concluye que se acudió a la acción de tutela para reclamar el pago de sus incapacidades dentro de un término razonable, como quiera, que la solicitud de amparo la presentó el día 12 de diciembre de 2018.

Determinada la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto, procede la Sala a resolver el asunto de fondo, precisando que tal como lo concluyó el A quo, a la señora SONIA ESTER BERTEL PUELLO se le han vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital, salud y a la vida en condiciones dignas, por cuanto, con ocasión de las incapacidades que le han sido expedidas, se le ha imposibilitado trabajar y devengar su salario, por lo tanto, con la omisión del pago de estas, no solo se está viendo afectado ese derecho a tener una congrua subsistencia, sino la tranquilidad para afrontar la recuperación de su salud y atender sus necesidades básicas.

Ahora bien, teniendo en cuenta las reglas jurisprudenciales expuestas en esta providencia, deberá la Sala determinar cuál es la entidad competente para asumir el pago de las incapacidades adeudadas. Al respecto, se precisa que en caso que la calificación de origen en la primera oportunidad sea común, la Entidad Promotora de Salud deberá asumir el pago de las incapacidades temporales del día 3 al 180, y deberá emitir concepto de rehabilitación favorable o desfavorable hasta el día 120, remitirlo a la Administradora del Fondo de Pensiones hasta el día 150, y así cumplir con lo dispuesto en la norma, para que la AFP asuma la competencia del pago de las incapacidades a partir del día 181 y hasta el día 540; de no cumplir con la carga anteriormente impuesta, la EPS continuará cubriendo dicha incapacidad desde el día 181 y siguientes, hasta la emisión y remisión del concepto a la AFP.

¹⁷ De acuerdo con el informe rendido por la Nueva EPS, que obra en el reverso del folio 95 parte inferior, la señora Sonia Ester Bertel Puello completó 439 días de incapacidad el 23 de marzo de 2019.



En el caso objeto de estudio, se encuentra acreditado que el primer día de incapacidad fue el 28/08/2017 correspondiente a la orden N° 3772968, y que la NUEVA EPS realizó el pago hasta la incapacidad N° 4376441 de fecha 20/06/2018¹⁸, para un total de 227 días.

Adicionalmente, se evidencia que al día 120 de incapacidad, esto es el 22 de enero de 2018, la NUEVA EPS ya había emitido y notificado a la AFP Colpensiones un primer concepto de rehabilitación favorable respecto de enfermedades de la esfera mental que padecía la accionante¹⁹, sin embargo, al presentarse otras patologías de carácter osteomuscular como la gonartrosis y osteoporosis las cuales representaron incapacidades a partir del 8 de junio de 2018, se rindió un nuevo concepto, esta vez desfavorable, pero de ambos conceptos tuvo conocimiento Colpensiones.

Por lo tanto, al encontrarse acreditado que la NUEVA EPS sí cumplió con su deber de emitir y remitir a la AFP el concepto de rehabilitación dentro del término legalmente establecido, es dable concluir que le corresponde a Colpensiones el pago de las incapacidades a partir del día 181, toda vez que, dicha entidad tiene la competencia para el pago de las incapacidades desde el día 181 hasta el día 140, por lo que se modificará el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, en aras de precisar que la orden de amparo debe estar dirigida contra dicha entidad hasta el día 540 de incapacidad y a partir del día 541 en adelante –de llegar a configurarse–, el pago de las incapacidades le corresponderá a la NUEVA EPS.

Ahora bien, también le corresponde a Colpensiones realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral sin dilaciones o retardos, y sin dejar de pagar las incapacidades que le correspondan hasta el día 540. En ese sentido, no son de recibo los argumentos de la entidad en cuanto a que, al existir concepto de rehabilitación desfavorable, no procede el pago de incapacidades después del día 180, sino la referida calificación; ello por cuanto, tal como lo ha definido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las incapacidades posteriores al día 180 deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, independientemente de que el concepto de rehabilitación sea favorable o desfavorable, con todo se precisa que, el pago de las incapacidades a partir del día 541 le corresponderá a la NUEVA EPS.

Así las cosas, le asistió razón al A quo al concluir que las incapacidades que se encontraban pendientes por reconocer y pagar a la accionante, se encuentran a cargo de Colpensiones, sin que sea óbice para ello, el hecho que la interesada no haya radicado solicitudes de pago de incapacidades, pues como ha quedado visto, esa entidad sí tenía conocimiento de la expedición de incapacidades posteriores a 180 días a favor de la accionante, en la medida que, la EPS le notificó en dos (2) ocasiones, el concepto de rehabilitación rendido. Sin embargo, habrá de modificarse la decisión de primera instancia para precisar

¹⁸ Folio 46

¹⁹ Así se consignó en el Concepto de Pronóstico de Rehabilitación de fecha 18 de diciembre de 2019 y fue aceptado por Colpensiones en su escrito de impugnación (fl. 142 reverso).

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00281-02

que dicho pago le corresponde a Colpensiones hasta el día 540, y que las que a partir del día 541 se ordenen por el médico tratante, hasta que se le resuelva de manera definitiva su situación, deberá pagarlas la Nueva EPS, en los términos del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Para dar respuesta al último problema jurídico planteado, la Sala coincide con el A quo en que las medidas de protección que se ordenen para amparar los derechos fundamentales de la actora, deben extenderse hasta tanto se resuelva de manera definitiva su situación laboral relacionada con su pérdida de capacidad laboral, ya sea con el derecho a obtener reincorporación al cargo, una indemnización o la pensión de invalidez.

Finalmente, la Sala considera que al ser reiterada la actitud asumida por Colpensiones en cuanto a negarse a pagar a sus afiliados las incapacidades por enfermedad de origen común, muy a pesar de que, la normatividad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional de manera reiterada han establecido que dicha obligación debe asumirla la Administradora de Fondo de Pensiones, aunque el concepto de rehabilitación emitido por la EPS sea desfavorable; se hace necesario compulsar copias a la Procuraduría Provincial de Cartagena para que por intermedio de ella se investigue la conducta de los funcionarios de Colpensiones.

Con fundamento en los razonamientos fácticos y constitucionales, el **Tribunal Administrativo de Bolívar**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

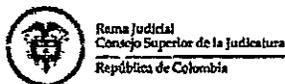
PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia de fecha tres (03) de abril de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, el cual quedará así:

"SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, le reconozca y pague a la señora SONIA ESTER BERTEL PUELLO, las incapacidades que le fueron prescritas por su médico tratante a partir del día 5 de julio de 2018, es decir, a partir de la orden No. 4411469, hasta el día 540 de incapacidad.

Se advierte que en caso de expedirse órdenes de incapacidad posteriores al día 540, el pago de las mismas deberá ser asumido por la NUEVA EPS y deberá hacerse efectivo sin dilaciones injustificadas, hasta tanto sea resuelta de manera definitiva la situación de la accionante".

SEGUNDO: Confirmar en lo demás, la sentencia de fecha tres (03) de abril de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Compulsar copias a la Procuraduría Provincial de Cartagena, para que intermedio de ella, se imprima el trámite correspondiente para investigar la conducta asumida por los funcionarios de Colpensiones respecto del pago de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA FIJA DE DECISIÓN No. 02
SENTENCIA No. 018/2019

SIGCMA

Radicado: 13001-33-33-008-2018-00281-02

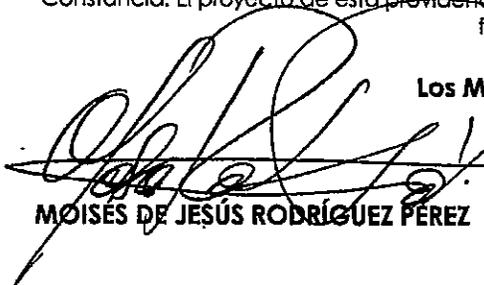
incapacidades superiores a 180 días, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Comuníquese la presente providencia al Juzgado de origen y, remítase el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de la fecha

Los Magistrados,


MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

En situación administrativa de permiso
ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

Medio de control	TUTELA - IMPUGNACIÓN
Radicado	13001-33-33-008-2018-00281-02
Accionante	SONIA ESTER BERTEL PUELLO
Accionada	NUEVA EPS-COLPENSIONES-ARL POSITIVA
Tema	INCAPACIDAD LABORAL SUPERIOR A 180 DÍAS
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

