



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL QUINDÍO
Magistrado Ponente: Juan Carlos Botina Gómez.

Armenia Q, veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

01-2020-168

ASUNTO A RESOLVER

Corresponde a esta Corporación resolver en segunda instancia, la impugnación presentada por la parte accionada Nueva EPS contra la sentencia proferida el 13 de octubre de 2020 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Armenia mediante la cual se dispuso amparar los derechos fundamentales invocados.

I. PARTE DESCRIPTIVA

1. IDENTIFICACIÓN DEL TEMA DE DECISIÓN

RAZÓN, CAUSA O FUNDAMENTO DE LA PRETENSIÓN¹

Fredy Oswaldo Gallo Alfonso, presentó acción de tutela señalando que es padre cabeza de familia, con recursos limitados, vive en estrato 2 y su núcleo familiar (esposa e hija menor de 18 años) depende exclusivamente de su salario para subsistir.

¹ Ver expediente digital. Archivo: "01. Demanda y anexos"

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

Comentó que trabajó para la CORPORACION IPS SALUDCOOP, hoy liquidada iniciando el 12 de diciembre del año 2003 en el cargo de Auxiliar de Enfermería, desempeñado en la ciudad de Armenia-Quindío y que actualmente está afiliado a NUEVA EPS y al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Expuso que desde el día 02 de septiembre de 2014 ha estado incapacitado por enfermedad general denominada SINOVITIS VILLONODULAR PIGMENTADA y QUISTE en la rodilla izquierda y que a la fecha lleva más de 1100 días incapacitado, por la enfermedad mencionada presentando dolor crónico en rodilla y depresión crónica.

Indicó que su estado de salud ha desmejorado ostensiblemente desde el día 2 de noviembre de 2015, fecha en la cual le fue practicada primera y segunda cirugía en la rodilla izquierda, hasta el punto que debe utilizar muletas.

Señaló que su antiguo empleador CORPORACION IPS SALUDCOOP EN LIQUIDACION, en su momento, incurrió en reiteradas ocasiones en mora en lo relacionado con el pago de los aportes a Seguridad Social, motivo por el cual su afiliación a la EPS, se ha suspendido en múltiples oportunidades, por lo que en el mes de marzo de 2015 interpuso acción de tutela en contra de la EPS SALUDCOOP ARMENIA, solicitando con urgencia tratamiento médico inmediato para la grave enfermedad de su rodilla, así como la continuidad de pago de salarios dejados de percibir por parte de dicha entidad como medio de subsistencia personal y familiar, en virtud de la continuidad de las incapacidades laborales generadas por su enfermedad, siendo resuelta en primera instancia el 31 de marzo de 2015 por el Juzgado Primero Penal para adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Armenia, Quindío amparando sus derechos fundamentales a la salud, vida y mínimo vital y resuelta en segunda instancia el 7 de mayo de 2015 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para adolescentes con función de conocimiento quien confirmó los numerales primero, quinto, sexto, séptimo y octavo.

Sostuvo que en el mes de febrero de 2016 interpuso nueva acción de tutela en contra de CAFESALUD E.P.S. (ANTES SALUDCOOP E.P.S), PORVENIR y contra la CORPORACION IPS SALUDCOOP solicitando ordenar a CAFESALUD EPS realizar todos los pagos a SEGURIDAD SOCIAL dejados de cotizar de

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

forma inmediata, ordenar a CAFESALUD EPS prestar atención médica urgente, ortopedia y traumatología, ortopedia oncológica, exámenes de diagnóstico, fisioterapia y todos aquellos medicamentos que se requieran, ordenar al FONDO DE PENSIONES PORVENIR, realizar el pago de todas las incapacidades dejadas de pagar a la fecha, por cuanto es el único sustento económico, ordenar a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE ARMENIA, realizar nueva CALIFICACIÓN de Enfermedad postoperatoria de SINOVITIS VILLONODULAR PIGMENTADA DE RODILLA IZQUIERDA, siendo resuelta el día 4 de marzo de 2016 por el Juzgado Primero Civil Municipal de Oralidad de Armenia quien dispuso tutelar sus derechos fundamentales ordenando al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir realizar el pago de todas las incapacidades dejadas de pagar para esa fecha.

Conforme lo anterior, manifestó que las incapacidades fueron pagadas hasta el mes de febrero de 2020 pero que a partir del mes de marzo de 2020, el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, sin razón alguna, dejó de pagar el monto de las incapacidades ordenadas en la Sentencia de Tutela de fecha 4 de marzo de 2016, ante lo cual interpuso incidente de desacato el día 13 de mayo siendo resuelto el 9 de julio de 2020 negándose el mismo.

Argumentó que el día 17 de julio de 2020 impugnó tal decisión además de solicitar dar trámite al grado jurisdiccional de consulta, en contra del auto que decidió el incidente de desacato y que, por medio de auto del 21 de julio de 2020, el Juzgado Primero Civil Municipal de Oralidad de Armenia negó el recurso por improcedente y manifestó que se daba trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Narró que el día 3 de agosto de 2020, envió solicitud al correo electrónico j01cmpalarm@cendoj.ramajudicial.gov.co, perteneciente al Juzgado Primero Civil Municipal de Oralidad de Armenia –Quindío, averiguando por el trámite dado al grado jurisdiccional de consulta y que ante la falta de respuesta a su solicitud y ante su precario estado económico, interpuso acción de tutela en contra de la decisión proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Oralidad de Armenia –Quindío, correspondiéndole por reparto al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Armenia –Quindío quien con sentencia del 24 de agosto de 2020 resolvió declarar improcedente el amparo solicitado y señaló en su parte considerativa que “las Empresas Promotoras de Salud (EPS), son las encargadas de hacer el pago

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

de prestaciones económicas que se generen con posterioridad al día 540, incluso si se cuenta con la calificación de invalidez en un porcentaje inferior al 50%, siempre y cuando, las citadas incapacidades sigan siendo extendidas y la posibilidad de cargar ello a la Administradora del Sistema General de Seguridad Social en Salud (...).”

Adujo que el día 31 de agosto de 2020 por medio de derecho de petición elevado a la NUEVA EPS, solicitó el pago de las incapacidades generadas a partir del mes de marzo de 2020 y que con respuesta notificada el día 5 de septiembre de 2020, NUEVA EPS expresó *“En respuesta a su derecho de petición radicado ante Nueva EPS el 31 de agosto de 2020, en la cual solicita detallado de prestaciones económicas queremos informarle que la situación fue revisada detalladamente, por consiguiente, le notificamos que una vez revisada la solicitud de pago de las incapacidades comprendidas desde el 6/3/2020 a la fecha no proceden a reconocimiento toda vez que Nueva EPS S.A. emitió concepto de Rehabilitación del afiliado GALLO ALFONSO FREDY OSWALDO, identificado con cédula de ciudadanía número 74184260, el día 18/6/2019 como DESFAVORABLE, notificado a la Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR con fecha 19/6/2019, norma concordante con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012. Por lo anterior y de conformidad con el artículo 10 del Decreto 758 de 1990 procede al Fondo de Pensiones la obligación inmediata de otorgar la pensión de invalidez y asumir las prestaciones económicas a que hubiera lugar. Así las cosas, las incapacidades emitidas al usuario en referencia y conforme con la norma precitada, es el Fondo de Pensiones mencionado quien debe asumir el valor de las prestaciones económicas hasta tanto realice la calificación de pérdida de capacidad laboral”*.

Precisó que esa respuesta lo deja en circunstancias de orfandad y desamparo, por cuanto PORVENIR expresa que conforme al artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, es obligación de Nueva EPS realizar el pago de las incapacidades, pero al acudir a la Nueva EPS, esta última refiere que es la Administradora del Fondo de Pensiones PORVENIR, la que debe hacer el respectivo pago, en virtud de lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 y el artículo 10 del Decreto 758 de 1990.

De conformidad con lo expuesto solicitó se tutelén sus derechos fundamentales a una remuneración mínima vital y móvil; a la irrenunciabilidad a derechos mínimos

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

establecidos en las normas laborales, garantía a la seguridad social en pensiones y protección especial a persona en circunstancias de debilidad manifiesta y en consecuencia se ordene:

- A NUEVA EPS S.A. realizar todos los pagos de sus incapacidades médicas, de manera retroactiva, desde el mes de febrero de 2020 hasta la fecha; y de las que se sigan generando en el futuro.
- Que tanto PORVENIR S.A. como NUEVA EPS S.A., esclarezcan lo referente al dictamen de pérdida de capacidad laboral, por cuanto la última afirma que tiene derecho a una pensión de invalidez, no obstante, tengo un dictamen de pérdida de capacidad laboral de 46%.
- De no concederse la petición número 2, solicitó subsidiariamente ordenar a PORVENIR S.A., realizar todos los pagos de sus incapacidades médicas, de manera retroactiva, desde el mes de febrero de 2020 hasta la fecha y las que se sigan generando en el futuro, por cuanto es el único sustento económico del que depende su familia en plena pandemia.

2. CONTESTACIONES

2.1. NUEVA EPS²

Después de realizar un análisis normativo respecto al tema controversial, indicó frente al asunto que se dio traslado al área de prestaciones económicas para que hagan la revisión de los soportes y realicen las gestiones de auditoria respecto a la admisión de tutela de acuerdo a sus pretensiones, quienes manifestaron que el afiliado FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO presenta 549 días de incapacidad continua 22/10/2020, completó 540 días el 23/10/2020 y que la Nueva EPS S.A. emitió Concepto de Rehabilitación del afiliado, el día 18/06/2019 como DESFAVORABLE, notificado a la Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR con fecha 19/06/2019, norma concordante con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 razón por la cual de conformidad con el artículo 10 del Decreto

² Ver expediente digital. Carpeta: "5. Contestaciones"

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

758 de 1990 procede al Fondo de Pensiones la obligación inmediata de otorgar la pensión de invalidez y asumir las prestaciones económicas a que hubiera lugar por lo que las incapacidades emitidas al usuario deben ser asumidas por el Fondo de Pensiones hasta tanto realice la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Comentó que le informó al afiliado que presenta una PCL inferior al 50%, (40.28%) con fecha de estructuración del 24/10/2018, razón por la cual no aplica la autorización del pago de incapacidades teniendo en cuenta que si la pérdida de capacidad laboral es calificada entre el 5% y el 49.9% se adquiere el status de Afiliado Incapacitado Permanente Parcial de acuerdo a lo establecido en el literal b del artículo 2 del Decreto 917 de 1999

Expuso que por lo anterior es necesario que se inicie un proceso de reintegro laboral para garantizar el mínimo vital, tal y como lo establece la legislación en vigencia para las personas que se les ha definido una IPP (incapacidad permanente parcial), proceso que se deberá realizar a través del médico especialista en salud ocupacional o en seguridad y salud en el trabajo de su empresa o de la IPS que tenga contratada para realizar el examen médico ocupacional periódico o post-incapacidad, en cumplimiento al programa de salud ocupacional o sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo, subprograma medicina preventiva y del trabajo, ello con el objeto de lograr la readaptación y/o reubicación laboral, que de acuerdo a las resoluciones 2346 de 2007 y 1918 de 2009, son a cargo del empleador.

2.2. FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

No se pronunció.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³.

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Armenia mediante Sentencia de Tutela del 13 de octubre de 2020, resolvió:

³ Ver expediente digital. Carpeta: "5. Providencias" – "T202000181Sentencia20201013"

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

“PRIMERO: DECLARAR la vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO por parte de la NUEVA EPS S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la NUEVA EPS S.A., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, y si aún no lo ha hecho, pague directamente al señor Fredy Oswaldo Gallo Alfonso las incapacidades posteriores a los 540 días, esto es las incapacidades: i) No. 601776948 del 06/03/20 al 18/03/20, ii) No. 601785597 del 19/03/20 al 17/04/20, iii) No. 601830210 del 30/04/20 al 14/05/20, iv) No. 601840584 del 15/05/20 al 13/06/20, v) No. 601867133 del 16/06/20 al 15/07/20, vi) No. 601904977 del 16/07/20 al 14/08/20, vii) No. 601956291 del 24/08/20 al 22/09/20 y viii) No. 601995257 del 23/09/20 al 22/10/20.

TERCERO: ORDENAR a la NUEVA EPS S.A., acreditar ante este juzgado a través del correo electrónico j06admctoarm@cendoj.ramajudicial.gov.co el cumplimiento de este fallo de tutela, en el término de un (1) día siguiente al vencimiento del término otorgado para el efecto, de acuerdo con los artículos 23, 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: ABSOLVER del presente trámite constitucional Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, por las razones expuestas.

*QUINTO: NEGAR las pretensiones de amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida por las razones expuestas.
 (...).”*

Para tales efectos sostuvo que el señor Fredy Oswaldo Gallo Alfonso, presenta una patología de dolor crónico en rodilla izquierda desde 2014, con sospecha de sinovitis villonodular pigmentada, más cambios degenerativos y lesiones osteocondrales de bajo grado en el cóndilo femoral medial con quiste de Backer, que afecta su capacidad laboral y que como consecuencia de ello se le han venido otorgando incapacidades médicas. Que se acreditó igualmente que las incapacidades otorgadas a partir del mes de marzo del presente año no vienen siendo pagadas por la Nueva EPS S.A, quien como sustento de su negativa afirmó que emitió concepto de rehabilitación del afiliado el día 18 de junio de 2019 como DESFAVORABLE, notificado a la Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR con fecha 19 de junio de 2019, y que como el accionante presenta una PCL inferior al 50%, (40.28%) con fecha de estructuración del 24 de octubre de 2018, no aplica la autorización del pago de incapacidades por ostentar el status de Afiliado Incapacitado Permanente Parcial de acuerdo a lo establecido en el literal b del artículo 2 del Decreto 917 de 1999, por lo que es necesario que se inicie un proceso de reintegro laboral para garantizar el mínimo vital, no obstante, si bien es cierto, que la Junta Regional de Calificación de Invalidez aumentó el porcentaje de

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

la pérdida de capacidad laboral del 40.28% al 46,20%, el porcentaje asignado no superó el 50% razón por la cual no es procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez, de otro lado, el accionante actualmente se encuentra desempleado no siendo procedente ordenar una reubicación laboral para que perciba nuevamente ingresos y de esta manera se garantice el acceso al mínimo vital.

En cuanto al número de días respecto de los cuales se le ha otorgado incapacidad al accionante, sostuvo que en los hechos de la demanda el actor informó que lleva más de 1100 días incapacitado, afirmación esta que no fue desvirtuada por las entidades accionadas en especial por la Nueva EPS S.A, ya que al dar respuesta a la presente acción constitucional informó que el accionante presenta 549 días de incapacidad continua 22/10/2020 y que completó 540 días el 23/10/2020, en cuanto al requerimiento para que aportara la certificación de las incapacidades que se le han otorgado al señor Fredy Oswaldo Gallo Alfonso solamente relacionó las incapacidades otorgadas desde el 07 de marzo de 2019.

Destacó que la Nueva ESP S.A., omitió dar respuesta al requerimiento hecho por el Juzgado en providencia de fecha 7 de octubre de 2020, por medio del cual se le solicitó el reporte de las incapacidades otorgadas al accionante desde el año 2015.

Así, de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente y la jurisprudencia constitucional concernientes a la determinación de las entidades obligadas al pago de incapacidades, reiteró que: (i) hasta el día 180, el pago debe hacerlo al EPS, (ii) entre el día 181 al 540, corresponde asumir el costo a la Administradora del Fondo de pensiones, y finalmente (iii) desde el día 541 hasta cuando se recupere el afiliado o hasta que se le reconozca pensión de invalidez, el pago por concepto de incapacidad corresponde a la EPS, quien podrá realizar el recobro al ADRES por lo que las incapacidades que vienen siendo reconocidas al accionante, incluso, después de haberse expedido el concepto de rehabilitación DESFAVORABLE y el dictamen de pérdida de capacidad laboral que arrojó como resultado 46,20% deberán continuarse pagando, en este caso, por la NUEVA EPS S.A., al haber superado los 540 días de incapacidad y 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%, caso en el cual podrá adelantar trámite para el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez.

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

Advirtió que la EPS podrá adelantar el recobro ante la “Entidad Administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud (SGSSS)”, ADRES, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Adujo que si bien es cierto entre algunas de las incapacidades certificadas se vislumbran interrupciones, también es cierto que las mismas no superan los 30 días y que en lo atinente a los periodos de incapacidad superiores al día 541, le compete a la entidad promotora de salud, efectuar el pago de las incapacidades correspondientes, salvo en los eventos en que se hayan generado interrupciones superiores a 30 días, evento en el cual deberá reiniciarse nuevamente el conteo de los periodos de incapacidad expedidos, lo cual no acontece en el presente caso.

De otro lado, con relación al Fondo de Pensiones Porvenir observó que no existe actuar omisivo ni activo vulnerador de los derechos fundamentales del accionante y en cuanto a la vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida negó los mismos en tanto no se acreditaron los elementos necesarios para determinar su vulneración.

4. IMPUGNACIÓN⁴.

La parte accionada NUEVA EPS impugnó el fallo de tutela solicitando revocar el fallo de primera instancia y abstenerse de ordenarle 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.

Expuso que 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, la Administradora de Fondo de Pensiones debe iniciar el pago 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 teniendo la Administradora de Fondo de Pensiones la obligación legal de expedirle el dictamen sobre calificación de la pérdida de

⁴ Ver expediente digital. Carpeta: 5. Memoriales.

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

capacidad laboral, dentro de los precisos términos señalados en el Decreto Ley 019 de 2012

Resaltó que le corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales -ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias y que en caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días y que contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

Advirtió que el acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional y que cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad.

Dijo que 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

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Así, comentó que 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 del ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público consideró que se debe confirmar la sentencia impugnada, pero se debe agregar que las órdenes dadas son transitorias mientras se dilucida por la Justicia Laboral a quién le corresponde el pago de las incapacidades causadas y que se causen a futuro, en atención a las siguientes razones:

- La acción de tutela es procedente porque el pago de incapacidades es un derecho fundamental reconocido a través de tutela, dado que en muchas ocasiones se constituye en el único ingreso para amparar el mínimo vital y móvil.
- La tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en este caso, la afectación de la vida congrua del accionante y su familia, mientras la jurisdicción laboral determina de manera definitiva a quién corresponde el pago de las incapacidades, conforme al criterio temporal y de origen que contempla el ordenamiento jurídico superior.
- En el sub judice el perjuicio irremediable no fue discutido, ni en sede de primera instancia, ni a través del medio de impugnación correspondiente. Por ende, la EPS debe asumir de manera transitoria el pago de las incapacidades, mientras se define por la justicia laboral lo pertinente, con capacidad de recobro si fuere el caso.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

1. PROBLEMA JURÍDICO.

Se pregunta en esta oportunidad la Sala, si en el sub judice hay lugar a revocar la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Armenia, o si, por el contrario, la decisión del *A quo* de acceder al amparo solicitado en la acción de tutela de la referencia, se ajusta a derecho.

2. TESIS DE LA SALA.

Esta Corporación considera que se debe modificar el numeral segundo y revocar el numeral cuarto del fallo de tutela proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Armenia, en virtud a que quien debe acreditar el pago de las incapacidades solicitadas por el accionantes es la AFP Porvenir.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS.

La tesis expuesta encuentra sustento en lo siguiente:

3.1. La procedencia excepcional de la tutela para el pago de auxilios por incapacidad

La Corte Constitucional partiendo del principio de la subsidiariedad⁵ ha señalado que, de manera general, las acciones de tutela no proceden para el reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, ya que ellos son protegidos en el ordenamiento jurídico nacional a través de los procesos laborales ordinarios.

No obstante lo anterior, el artículo 86 de la Carta establece excepciones a la regla de improcedencia al señalar que el amparo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice i) como mecanismo para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable o ii) cuando el mecanismo del que se dispone no resulta idóneo y/o eficaz.

⁵ Artículo 6.º del Decreto 2591 de 1991.

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

En cuanto a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, se ha señalado que la edad, el estado de salud, las condiciones económicas, sociales y familiares son aspectos relevantes que se deben ponderar cuando se exige a una persona asumir las complejidades propias de los procesos ordinarios, pues en algunos casos ello podría redundar en que la vulneración de un derecho fundamental se prolongue injustificadamente.⁶

Igualmente, la Corte ha resaltado que cuando se busca la obtención del dinero derivado de un auxilio por incapacidad laboral, el juez de tutela debe considerar que la ausencia o dilación injustificada de dichos pagos afecta gravemente la condición económica del trabajador, así como sus derechos al mínimo vital y a la salud, pues éste deriva su sustento y el de su familia de su salario, que es suspendido temporalmente en razón a una afectación de su salud. En esos casos, la mora en dichos pagos puede situar al reclamante en circunstancias apremiantes, que ponen en riesgo su subsistencia digna.⁷

Al respecto, en Sentencia T-020 de 2018 se señaló:

“Adicional a lo anterior, esta Corte ha sostenido, en principio, que a la jurisdicción ordinaria le corresponde resolver las controversias laborales, y que la procedibilidad de la acción de tutela resulta justificada cuando la falta de pago de acreencias de esa índole genera amenaza o vulneración de derechos fundamentales como al mínimo vital y a la vida digna cuando constituye la única fuente de ingresos del afectado y su núcleo familiar. Así, en la citada T-909 de 2010 se expuso:

“... la Corte ha reiterado que el no pago oportuno y completo de las incapacidades laborales puede ser objeto de tutela, siempre que afecte el mínimo vital del actor.

“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales.

“Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”⁸.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Ver, sentencia T-311 de 1996.

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

La actuación subsidiaria al mecanismo ordinario se fundamenta en dos situaciones a saber, la afectación inminente de derechos fundamentales, y lo efectivo del medio frente al agotamiento de las vías ordinarias azas ineficaces. Rememoró que en los eventos en que la acción u omisión invade prerrogativas de esa estirpe (fundamental), la acción de tutela procede no solo como mecanismo transitorio, sino definitivo⁹.

La probanza de esa trasgresión del derecho al mínimo vital exige únicamente la afirmación que el accionante presente en ese sentido, cuando no es desvirtuada en el trámite¹⁰. Para sustentar lo enunciado resulta oportuno evocar lo dicho en anterior pronunciamiento¹¹ respecto de que:

“3.4. Frente al caso específico de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, debe considerarse 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.

*Quando eso ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica **no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, puede conducir a que se trasgredan derechos fundamentales, como el derecho 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.***¹²

*3.5. Así, en lugar de descartar la viabilidad de las tutelas instauradas para obtener el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad laboral, la disponibilidad de instrumentos alternativos de defensa exige que el juez de tutela **indague en las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, para verificar si la mora en el pago de las incapacidades compromete sus derechos fundamentales o los de las***

⁹ Cfr, sentencias T-909 de 2010 y T-533 de 2007.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Cfr, sentencias T-333 de 2013.

¹² 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 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 (M.P. María Victoria Calle) y T-154 de 2011 (Luis Ernesto Vargas).

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

personas a su cargo; si la ausencia de dichos emolumentos los exponen a un perjuicio irremediable o si, en todo caso, su situación de vulnerabilidad descarta la idoneidad y eficacia de los medios judiciales contemplados para el efecto". (Esta Sala subraya).

Efectivamente y pese a la existencia de un mecanismo ordinario laboral en cuyo escenario puedan plantearse pretensiones relacionadas con pago de incapacidades laborales, la afectación de derechos fundamentales como a la salud y al mínimo vital del interesado, o la eventual ocurrencia de un perjuicio irremediable, pueden generar que de forma provisional o definitiva, la acción de tutela se erija procedente para conjurar la conculcación o a amenaza de las mencionadas prerrogativas.

Sobre la procedencia del mecanismo de tutela para obtener el pago de incapacidades laborales, en la sentencia T-643 de 2014 se argumentó que:

"Si bien por regla general las reclamaciones de acreencias laborales deben ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria, ha sostenido esta Corporación que la acción de tutela, de manera excepcional, resultará procedente para reconocer el pago de incapacidades médicas. Esto, en el entendiendo que al no contar el trabajador con otra fuente de ingresos para garantizar su sostenimiento y el de las personas que dependan de él, la negativa de una E.P.S de cancelar las mencionadas incapacidades puede redundar en una vulneración a los derechos al mínimo vital, seguridad social y vida digna, caso en el cual es imperativa la intervención del juez constitucional".

3.2. El pago de auxilios por incapacidad

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha resaltado de conformidad con los lineamientos esbozados en los artículos 1, 49 y 53 de la Carta Política, el deber del Estado de promover las condiciones para que la igualdad de los asociados sea real y efectiva, estableciendo la obligación de proteger especialmente a las personas que por su condición física o mental estén en una situación de debilidad manifiesta, como también, la relevancia de los principios fundamentales que radican en cabeza de los trabajadores, como son la estabilidad en el empleo, la dignidad humana que debe ser observada por los contratos laborales y la garantía para que todos los ciudadanos accedan a los servicios de promoción, protección, prevención y rehabilitación de la salud cuando ésta ha sido reducida con ocasión al desarrollo de actividades laborales, generando incapacidades laborales¹³.

En ese sentido, en desarrollo de los lineamientos constitucionales y legales ha destacado así mismo la especial protección de la cual son sujetos personas que

¹³ Sentencia T-004 de 2014

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

tienen algún tipo de discapacidad o limitaciones en su estado de salud, razón por la cual, surge la obligación tanto de los empleadores de ubicarlos en puestos de trabajo en donde puedan desempeñar sus labores sin que se atente contra su integridad física y dignidad humana, 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 ARP –en caso de enfermedad de origen profesional- de pagar durante otro lapso de tiempo las incapacidades y calificar la invalidez¹⁴.

Conforme a lo anterior, las incapacidades laborales han sido entendidas como “sumas de dinero que sustituyen el salario durante el tiempo en el cual el trabajador se encuentra imposibilitado –por enfermedad común o de origen profesional- para desempeñar normalmente sus labores”, o como “el sustento económico que posibilita una recuperación de la salud de manera tranquila para el sostenimiento del trabajador y de su grupo familiar, con el fin de garantizar unas condiciones de vida digna”¹⁵.

Ahora bien, en lo concerniente al reconocimiento y pago de incapacidades laborales, la Corte Constitucional en **Sentencia T-161 del 9 de abril de 2019** indicó:

“6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen laboral

En cuanto a las incapacidades por enfermedad de origen laboral, el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013¹⁶ dispone que las Administradoras de Riesgos Laborales - ARL- serán las encargadas de asumir el pago de aquellas incapacidades generadas con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico¹⁷.

El pago lo surtirá la ARL correspondiente “(...) hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez”¹⁸

6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen común

¹⁴ Ibídem

¹⁵ Ibídem

¹⁶ Por medio del cual se modifica el parágrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

¹⁷ Corte Constitucional sentencia T-693 de 2017 (M.P Cristina Pardo Schlesinger).

¹⁸ Corte Constitucional, sentencias T-490 de 2015 (M.P Jorge Iván Palacio Palacio), T-693 de 2017 (M.P Cristina Pardo Schlesinger), T- 200 de 2017 (M.P (e) José Antonio Cepeda Amarís), entre otras.

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

*Respecto del pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, es preciso empezar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001¹⁹, el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabajador percibirá durante ese lapso. Así, cuando se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un **auxilio económico** y cuando se trata del día 181 en adelante se estará frente al pago de un **subsidio de incapacidad**.*

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

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 2005²⁰ para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS²¹.*

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 concepto²².

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, cabe mencionar que hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional reconocía la existencia de un déficit de protección respecto de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días. (...)

¹⁹ "Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez".

²⁰ Este artículo modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

²¹ Sobre el particular se advierte que este concepto debe emitirse antes del vencimiento de los primeros 150 días de incapacidad. Si la EPS no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.

²² Corte Constitucional, sentencia T-401 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

6.1.1 En ese orden, el Gobierno Nacional, expidió la Ley 1753 de 2015²³ 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.”²⁴. Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS”

3.3. Caso Concreto.

En primera medida destaca la Sala que a la parte accionante y accionada les asiste legitimación en la causa por activa y pasiva respectivamente, en tanto, la primera es quien interpuso la acción de tutela en nombre propio procurando el amparo de sus derechos fundamentales y la segunda ha sido quien ha omitido efectuar el pago de las incapacidades que se reclama. Igualmente se encuentra que entre los hechos que motivan el reparo constitucional y la presentación de la tutela se presenta inmediatez o prontitud en el ejercicio de la misma.

También, se resaltar que según el escrito de tutela, el accionante debido a las incapacidades generadas por su enfermedad, no ha podido suplir sus necesidades básicas ni la de su núcleo familiar, ya que no cuenta con pensión alguna ni con otro recurso para subsistir.

En atención a lo anterior y conforme los lineamientos jurisprudenciales antes revisados, considera la Sala que la ausencia y la dilación de los pagos que el accionante reclama lo sitúan en una circunstancia de vulnerabilidad que se agrava ante su estado de salud, razón por la cual la acción de tutela incoada resulta procedente.

Definida la procedencia de la acción de tutela en este caso, se adentrará la Sala a definir si como determinó la Juez de instancia es viable ordenar el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales reclamadas por el accionante.

²³ “Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo comprendido entre 2014 y 2018”.

²⁴ Literal a del artículo 67 de la Ley 1753 del 2015.

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

Para ello se tiene como material probatorio relevante los siguientes documentos:

- Que el accionante tiene 42 años de edad. (Ver expediente digital. Archivo: "01. Demanda y anexos")
- Que al accionante no le han cancelado las siguientes incapacidades médicas: (Ver expediente digital. Archivo: "01. Demanda y anexos")

Nro. INCAPACIDAD	FECHA INICIAL DE INCAPACIDAD	FECHA FINAL	DÍAS AUTORIZADOS	DÍAS ACUMULADOS
601776948	06/03/20	18/03/20		0
601785597	19/03/20	17/04/20		43
6015406	30/04/20	14/05/20	15	
6031011	15/05/20	13/06/20	30	
6067113	16/06/20	15/07/20	30	
6121801	16/07/20	14/08/20	30	
6202469	24/08/20	22/09/20	30	
6265744	23/09/20	22/10/20	30	

- El accionante elevó derecho de Petición ante Nueva EPS, radicado el día 31 de agosto de 2020 solicitando el pago de sus incapacidades generadas desde el día 6 de marzo de 2020 hasta la fecha. (Ver expediente digital. Archivo: "01. Demanda y anexos")
- La Nueva EPS con respuesta notificada al accionante el 1 de septiembre de 2020 le informó que no era procedente el pago de las incapacidades comprendidas desde el 6/3/2020 toda vez que Nueva EPS S.A. emitió concepto de Rehabilitación del afiliado GALLO ALFONSO FREDY OSWALDO, el día 18/6/2019 como DESFAVORABLE, notificado a la Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR con fecha 19/6/2019 por lo que de conformidad con el artículo 10 del Decreto 758 de 1990 procede al Fondo de Pensiones la obligación inmediata de otorgar la pensión de invalidez y asumir las prestaciones económicas a que hubiera lugar y las incapacidades emitidas al usuario deben ser sufragadas por el Fondo de Pensiones mencionado quien debe asumir el valor de las

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

prestaciones económicas hasta tanto realice la calificación de pérdida de capacidad laboral. (Ver expediente digital. Archivo: “01. Demanda y anexos”)

- La Junta Nacional de Calificación de Invalidez con Dictamen Nro. 74184260-4594 del 25 de febrero de 2020 emitió una PCL del accionante en 46,20% por enfermedad común estructurada el 24 de octubre de 2018 (Ver expediente digital. Archivo: “01. Demanda y anexos”)
- Que el accionante completó 549 días de incapacidad (Ver expediente digital. Carpeta: “05. Contestación” – respuesta Nueva EPS)
- Conforme la contestación a la tutela presentada por la Nueva EPS el accionante ha estado incapacitado así:

Número Incapacidad	Contingencia	Fecha Inicial	Fecha Final	Diagnóstico	Días Otorgados	Días Autorizados	Tipo iden. Aportante	Número identificación Aportante	Nombre Aportante	IBL	Valor Autorizado
0005294938	ENFERMEDAD GENERAL	07/03/2019	31/03/2019	S833	25	0	NT	901142829	WOOD ZK ARMENA SAS	\$0	\$0
0005068707	ENFERMEDAD GENERAL	01/04/2019	30/04/2019	S833	30	28	NT	901142829	WOOD ZK ARMENA SAS	\$829,000	\$772,908
0005166837	ENFERMEDAD GENERAL	01/05/2019	06/05/2019	S833	6	6	NT	901142829	WOOD ZK ARMENA SAS	\$829,000	\$185,623
0005159438	ENFERMEDAD GENERAL	14/05/2019	28/05/2019	S833	15	15	NT	901142829	WOOD ZK ARMENA SAS	\$829,000	\$414,058
0005226120	ENFERMEDAD GENERAL	29/05/2019	27/06/2019	S833	30	30	NT	901142829	WOOD ZK ARMENA SAS	\$829,000	\$828,116
0005279942	ENFERMEDAD GENERAL	29/06/2019	28/07/2019	S833	30	30	NT	901142829	WOOD ZK ARMENA SAS	\$829,000	\$828,116
0005352097	ENFERMEDAD GENERAL	29/07/2019	27/08/2019	S833	30	0	CC	74184260	FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO	\$0	\$0
0005352097	ENFERMEDAD GENERAL	29/07/2019	27/08/2019	S833	30	0	NT	901142829	WOOD ZK ARMENA SAS	\$0	\$0

Número Incapacidad	Contingencia	Fecha Inicial	Fecha Final	Diagnóstico	Días Otorgados	Días Autorizados	Tipo iden. Aportante	Número identificación Aportante	Nombre Aportante	IBL	Valor Autorizado
0005448264	ENFERMEDAD GENERAL	04/09/2019	03/10/2019	S833	30	0	CC	74184260	FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO	\$0	\$0
0005534268	ENFERMEDAD GENERAL	04/10/2019	02/11/2019	S833	30	0	CC	74184260	FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO	\$0	\$0
0005619085	ENFERMEDAD GENERAL	05/11/2019	04/12/2019	S833	30	0	CC	74184260	FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO	\$0	\$0
0005700075	ENFERMEDAD GENERAL	05/12/2019	03/01/2020	S833	30	0	CC	74184260	FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO	\$0	\$0
0005776043	ENFERMEDAD GENERAL	07/01/2020	05/02/2020	S833	30	0	CC	74184260	FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO	\$0	\$0
0005863577	ENFERMEDAD GENERAL	07/02/2020	21/02/2020	S833	15	0	CC	74184260	FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO	\$0	\$0
0005905628	ENFERMEDAD GENERAL	24/02/2020	04/03/2020	S833	10	0	CC	74184260	FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO	\$0	\$0
0005939536	ENFERMEDAD GENERAL	06/03/2020	19/03/2020	S833	13	0	CC	74184260	FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO	\$0	\$0

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

Número Incapacidad	Contingencia	Fecha Inicial	Fecha Final	Diagnóstico	Días Otorgados	Días Autorizados	Tipo iden. Aportante	Número identificación Aportante	Nombre Aportante	IBL	Valor Autorizado
0006225585	ENFERMEDAD GENERAL	19/03/2020	17/04/2020	S833	30	0	CC	74184260	FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO	\$0	\$0
0006015406	ENFERMEDAD GENERAL	30/04/2020	14/05/2020	S833	15	0	CC	74184260	FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO	\$0	\$0
0006031011	ENFERMEDAD GENERAL	15/05/2020	13/06/2020	S833	30	0	CC	74184260	FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO	\$0	\$0
0006067113	ENFERMEDAD GENERAL	15/06/2020	15/07/2020	S833	30	0	CC	74184260	FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO	\$0	\$0
0006121801	ENFERMEDAD GENERAL	15/07/2020	14/08/2020	S833	30	0	CC	74184260	FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO	\$0	\$0
0006202469	ENFERMEDAD GENERAL	24/08/2020	22/09/2020	S833	30	0	CC	74184260	FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO	\$0	\$0
0006265744	ENFERMEDAD GENERAL	23/09/2020	22/10/2020	S833	30	0	CC	74184260	FREDY OSWALDO GALLO ALFONSO	\$0	\$0

Revisado el plenario, encuentra la Sala que las incapacidades médicas otorgadas al accionante no han sido expedidas en virtud a una enfermedad profesional, sino de una enfermedad común, por lo que su pago corresponde al empleador, la EPS y AFP, según los días otorgados.

Teniendo claro lo anterior es de precisar que el pago que se realiza por concepto de incapacidades sustituyen de alguna manera el salario que la persona no puede devengar para su sustento, en virtud de su estado de incapacidad, por lo que al no pagarse se afectan los derechos fundamentales incoados por el trabajador incapacitado.

Se tiene según los documentos aportados, que al accionante se le han determinado incapacidades que actualmente superan los 540 días. Ahora frente al debate que se puede suscitar en torno a quien debe asumir el pago de las incapacidades, la Corte Constitucional ha buscado dar claridad en copiosa jurisprudencia a la normatividad vigente en la materia y distinguió los siguientes conceptos así *“...El certificado de incapacidad temporal, el cual resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir que surge de “un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica” y, por tanto, en su emisión “el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada”. Éste 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”²⁵.*

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia **T-401 del 23 de junio de 2017**. MP Gloria Stella Ortiz Delgado. *“18. Desde un primer momento, el Legislador estableció un apartado especial para la regulación de los auxilios económicos por incapacidad laboral. En el artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo, determinó que los mismos se ofrecerían “en caso de incapacidad comprobada para*

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

Ahora bien, la Corte Constitucional²⁶ ha señalado respecto del concepto favorable o desfavorable de rehabilitación lo siguiente:

“(…) Respecto del concepto favorable de rehabilitación conviene destacar que, conforme al 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.

22. Es necesario enfatizar 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. Este asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador²⁷.

La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto indica que el objetivo de dicha norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Por tanto, se otorga un margen de espera y propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad. Durante este período, el Legislador dispuso que los subsidios de incapacidad estuvieran a cargo de las AFP.

Desde esta óptica, 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.

desempeñar las labores, ocasionada por enfermedad no profesional” y determinó tanto la cantidad por la que serían reconocidos como los sujetos obligados a otorgarlos. Igualmente, el Decreto 2351 de 1965, aún vigente, prevé en su artículo 16 la obligación del empleador de reinstalar al empleado que se hubiere encontrado incapacitado por causa de enfermedad común. En virtud de esta norma, los dictámenes médicos determinan si la reincorporación debe hacerse al mismo puesto de trabajo o a otro compatible con la capacidad física del trabajador.

Después, 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”

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”.

²⁶ T-401/2017

²⁷ Decreto 2463 de 2001. Artículo 23 inciso 1º.

Referencia: Acción de tutela.
 Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
 Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
 Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

23. Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso²⁸.

Así mismo, de acuerdo con la normativa citada, 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”²⁹, una vez disponga del concepto favorable de rehabilitación. 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 trabajador³⁰.

24. 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”³¹.

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 evaluado por la junta de calificación de invalidez y a habersele dictaminado 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 ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral³².

²⁸ Sentencia T-419 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán.

²⁹ T-419 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán.

³⁰ Decreto-Ley 019 de 2012. Art. 142.

³¹ Sentencia T-920 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Véase también: Concepto Jurídico 201511400874021 de 21 de mayo de 2015 del Ministerio de Protección Social.

³² Sentencia T-920 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Al respecto, indicó: “No resultaría coherente con el ordenamiento constitucional, que mientras el Sistema General de Riesgos Profesionales garantiza integralmente todas las prestaciones asistenciales y económicas que se derivan de la incapacidad laboral por enfermedad profesional, otorgándole al trabajador un subsidio por incapacidad temporal equivalente al salario desde el inicio de la incapacidad hasta el momento de su rehabilitación, incluso aquellas que superan los 180 días, no suceda lo mismo en el

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

25. Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009 que las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación 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%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones³³. (Negrita y subrayado de la Sala)

En efecto se tiene que el pago de las incapacidades de los días 1 y 2 le correspondería al empleador. A partir del día 3 al 180 (11/08/19) le correspondería a la Nueva EPS, desde el día 181 a 540 (13/09/20) le correspondería a la AFP Porvenir³⁴ sin que se presente en este asunto la excepción antes expuestas³⁵ y desde el día 541 (14/09/2020) a la EPS.

No obstante, es necesario advertir que el **concepto desfavorable de rehabilitación** se emitió por la Nueva EPS el 18/06/2019 (es decir antes de los 120 días de incapacidad – 12/07/2019) y se remitió a Porvenir el 19/06/2019 (antes de los 150 días de incapacidad), por lo que al haber ocurrido antes del día 180 de incapacidad (11/08/19) la AFP PORVENIR sería a quien le correspondería efectuar el pago de las incapacidades debidas otorgadas al accionante hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral

Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando se trata de una incapacidad que surge por enfermedad de origen común. Ello, comporta una discriminación que no es constitucionalmente admisible, como quiera que el origen de la enfermedad no debe ser factor determinante del grado de protección que merece el trabajador incapacitado. En cualquier circunstancia, quien se encuentre imposibilitado física, psíquica o sensorialmente para desempeñar su trabajo, igualmente requiere de los ingresos necesarios que le permitan subsistir de manera digna y, en tal sentido, es titular de la protección que le otorga el ordenamiento jurídico.”

³³ Véanse, entre otras: sentencia T-146 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); sentencia T-333 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); sentencia T-729 de 2012 (M.P. Alexei Julio Estrada); sentencia T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

³⁴ Sin que se presente interrupción en tales periodos, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional en su precedente, veamos: “44. Ahora bien, contrario a lo sostenido por la EPS Sanitas, **la simple interrupción de la continuidad de los periodos en los que se prescriben certificados de incapacidad no basta para que se pueda predicar una ausencia de continuidad en las incapacidades**. En efecto, como lo han reconocido tanto esta Corporación como el Ministerio de Salud y Protección Social, las interrupciones inferiores a 30 días no rompen con la continuidad de un periodo de incapacidad. De este modo, a partir de la aplicación analógica del artículo 13 de la Resolución 2266 de 1998, “se entiende como prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya interrupción mayor a treinta (30) días calendario”. En razón de lo anterior, resulta necesario establecer en cuáles casos se prorrogaron las incapacidades de la accionante y en cuáles eventos existió una interrupción que implica reiniciar la contabilización de los días de incapacidades continuas”. Ver sentencia T-401/2017.

³⁵ Ello en atención a que el concepto de rehabilitación al ser emitido y remitido el 18 de junio de 2019 y 19 del mismo mes y año, lo fue antes del día 120 de incapacidad (12/07/19)

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50% tal como se expuso con la jurisprudencia constitucional traída a colación en párrafos anteriores.

Así, advierte esta Sala que habrá de revocarse el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Armenia y en su lugar ordenar a la AFP PORVENIR que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia pague directamente al señor Fredy Oswaldo Gallo Alfonso las siguientes incapacidades i) No. 601776948 del 06/03/20 al 18/03/20, ii) No. 601785597 del 19/03/20 al 17/04/20, iii) No. 601830210 del 30/04/20 al 14/05/20, iv) No. 601840584 del 15/05/20 al 13/06/20, v) No. 601867133 del 16/06/20 al 15/07/20, vi) No. 601904977 del 16/07/20 al 14/08/20, vii) No. 601956291 del 24/08/20 al 22/09/20 y viii) No. 601995257 del 23/09/20 al 22/10/20 así como las posteriores que se llegaren a expedir hasta el momento en que el accionante se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%

Teniendo en cuenta lo anterior, se dispone modificar el numeral segundo y revocar el numeral cuarto del fallo.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Quindío administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Modificar el numeral segundo de la sentencia del 13 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Armenia, y en su lugar se dispone:

ORDENAR a la AFP PORVENIR que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia pague directamente al señor Fredy Oswaldo Gallo Alfonso las siguientes incapacidades i) No. 601776948 del 06/03/20 al 18/03/20, ii) No. 601785597 del 19/03/20 al 17/04/20, iii) No. 601830210 del 30/04/20 al 14/05/20, iv) No. 601840584 del

Referencia: Acción de tutela.
Accionante: Fredy Oswaldo Gallo Alfonso
Accionados: Nueva EPS S.A. y el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.
Radicado: 63001-3333-006-2020-00181-01

15/05/20 al 13/06/20, v) No. 601867133 del 16/06/20 al 15/07/20, vi) No. 601904977 del 16/07/20 al 14/08/20, vii) No. 601956291 del 24/08/20 al 22/09/20 y viii) No. 601995257 del 23/09/20 al 22/10/20 así como las posteriores que se llegaren a expedir hasta el momento en que el accionante se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%

SEGUNDO: Revocar el numeral cuarto de la sentencia del 13 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Armenia, por las razones expuestas.

TERCERO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

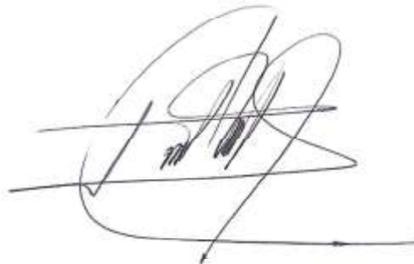
CUARTO: Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

QUINTO: Háganse las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Esta providencia se discutió y aprobó en Sala de Decisión Ordinaria Oral, conforme consta en el Acta No. 33 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los magistrados,



JUAN CARLOS BOTINA GÓMEZ