

Cartagena de Indias D.T. y C., dieciséis (16) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Acción	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-003-2017-00093-01
Demandante	JOSÉ GREGORIO VILLADIEGO ZÚÑIGA
Demandado	NUEVA E.P.S. – COLFONDOS
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Reconocimiento y pago de auxilio económico por incapacidad continua superior a 540 días – vulneración del derecho fundamental al mínimo vital y móvil – desconocimiento del criterio de solidaridad y eficacia del S.G.S.S.I. – Vacío legal llenado con la Ley 1753 de 2015 – Responsabilidad solidaria E.P.S. y Fondo de Pensiones</i>

I. ASUNTO

Corresponde a la Sala, pronunciarse sobre la impugnación¹ interpuesta por la NUEVA E.P.S., contra la sentencia de tutela No. 021, del cinco (05) de mayo de dos mil diecisiete (2017)², proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena.

II. ACCIONANTE

La presente acción constitucional fue instaurada, a través de apoderado judicial, por el señor JOSÉ GREGORIO VILLADIEGO ZÚÑIGA, identificado con cédula de ciudadanía No. 73.578.650 de Cartagena.

III. ACCIONADO

La acción está dirigida contra la NUEVA E.P.S. y el A quo decidió vincular a COLFONDOS.

IV. ANTECEDENTES

4.1. Pretensiones

El señor JOSÉ GREGORIO VILLADIEGO ZÚÑIGA, actuando a través de apoderado judicial, formuló acción de tutela³ pretendiendo el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y móvil, vida digna y a la

¹ Fls. 108-118 cdno 1.

² Fls. 97-105 cdno 1.

³ Fls. 1-32 cdno 1.

SENTENCIA No. 35 /2017

igualdad, presuntamente vulnerados por las mencionadas entidades; en consecuencia de lo anterior, solicita:

“[...] 2. TUTELAR, a favor de mi mandante, JOSÉ GREGORIO VILLADIEGO ZÚÑIGA, los derechos Constitucionales Fundamentales invocados, ORDENÁNDOLE a LA E.P.S., NUEVA EPS que:

Proceda a ser efectivo el pago de todas y cada una de las incapacidades que se hayan generado desde el día 540 en adelante a favor de mi mandante el señor JOSÉ GREGORIO VILLADIEGO ZÚÑIGA”. (Negrillas dentro del texto original)

4.2. Hechos

El accionante desarrolló los argumentos fácticos, los cuales se sintetizan así:

“PRIMERO: El señor JOSÉ GREGORIO VILLADIEGO ZÚÑIGA, se encuentra vinculado a la empresa CBI COLOMBIANA S.A., mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, celebrado el día 03 de septiembre del año 2013, el cargo que desempeñaría de acuerdo a lo pactado sería de Ayudante de Pintor, el salario ordinario sería de un monto de un millón quinientos seis mil sesenta y cuatro pesos (1.506.064) pesos mensuales (sic).

SEGUNDO: Posteriormente fue diagnosticado clínicamente que padecía la enfermedad VÉRTIGO PARAXISTICO BENIGNO, este hallazgo clínico fue descubierto por el equipo médico especialista de la NUEVA EPS, entidad promotora de salud en la que se encuentra afiliado mi representado. En el tiempo que fue prescrita la enfermedad por el especialista tratante, el señor JOSÉ GREGORIO VILLADIEGO ZÚÑIGA ya se encontraba vinculado a CBI COLOMBIANA S.A., lo que produjo consecuentemente en derecho una Estabilidad Laboral Reforzada por encontrarse en Estado de Vulnerabilidad manifiesta, ya que se debía respetar la garantía Constitucional predicable de aquellos sujetos con limitaciones de salud para desarrollar cierto tipo de actividades laborales, luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica.

TERCERO: Posteriormente al diagnóstico prescrito tratado en el punto anterior, y tras nuevos estudios clínicos realizados a mi representado, este fue nuevamente diagnosticado con la enfermedad NEUROCARDIOGRENICO (sic), esta valoración clínica está vigente.

Desde la prescripción inicial hasta la fecha actual, el señor VILLADIEGO se ha encontrado incapacitado médicamente dado a la complejidad de su enfermedad.

SENTENCIA No. 35 /2017

CUARTO: Que mi poderdante a la fecha de radicación de la presente cumple más de 800 días de incapacidad, encontrándose en inactividad laboral e intenta solventar sus necesidades propias y familiares con créditos de familiares, amigos, vecinos.

QUINTO: Que la EPS, Nueva E.P.S., cancelo (sic) las incapacidades generadas hasta el día 180, pero a la fecha de la presente no ha cancelado un solo día de incapacidad que se haya generado con posterioridad a los días.

SEXTO: Que a la fecha de radicación del presente medio de control, mi mandante, se encuentra previa solicitud, elevada al fondo de pensiones, en espera de ser evaluado para pérdida de capacidad laboral, toda vez que el concepto de rehabilitación expedido por la E.P.S., Nueva EPS, es desfavorable”.

V. CONTESTACIÓN**5.1. COLFONDOS S.A.⁴**

La apoderada de COLFONDOS S.A. en su defensa solicita que se deniegue o declare improcedente las pretensiones de la acción, por cuanto su representada, no ha violado derecho alguno sobre el actor; oponiéndose al reconocimiento del subsidio económico más allá del día 540 pues:

“(...) La misma norma limita el pago a cargo de los Fondos de Pensiones desde el día 181 y hasta el día 540 momento a partir del cual nuevamente es obligación de la EPS concurrir con el pago, así las cosas el obligado a pagar al señor accionante a partir de noviembre 18 de 2016 es NUEVA EPS”.

Solicitando de forma subsidiaria:

*“Señor Juez, si usted decide otorgar el amparo de los derechos Constitucionales, supuestamente vulnerados por Colfondos S.A., atentamente le solicito **ORDENAR** a la **UNIDAD DE PREVISIONALES DE COLFONDOS**, que con cargo a la póliza previsional, reconozca y pague la prestación económica”.*

Alega como excepciones a la acción de tutela, 1) No ser el Juez Natural para dirimir el asunto, 2) El conflicto planteado es de orden legal y no constitucional, 3) Improcedencia de la acción de tutela en el presente caso como mecanismo transitorio, 4) No vulneración de derechos fundamentales, 5) Subsidiariedad, 6) Falta de Litis Consorte Necesario y 7) Temeridad por interposición previa de otra

⁴Fls. 39-52 Cdo no 1

SENTENCIA No. 35 /2017

acción de tutela por los mismos hechos y pretensiones ante el Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena.

Expone como razones de su postura, que su representada, ha pagado al accionante las incapacidades desde el 31 de julio de 2015 hasta el 30 de junio de 2016 de manera consecutiva, siendo evidente el pago hasta el día 540, ello de acuerdo con lo que menciona el decreto ley 019 de 2012. Alega que en virtud que el accionante cumplió para diciembre de 2016 los 540 días de incapacidad, es la Nueva E.P.S., la responsable del reconocimiento a partir del día 541.

Señalando además, que el accionante, pese a haber superado los 541 días de incapacidad, aún no ha radicado los documentos para iniciar el proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral.

Menciona esta entidad que, gracias a la Ley 1753, se llenó el vacío jurídico que se tenía en cuanto a quien debía asumir los pagos de incapacidades que superen el día 540, estableciendo una vez cumplido ese día, y siguiendo incapacitada la persona, es la Entidad Promotora de Salud a la que se encuentre afiliada la persona quien debe continuar con el pago del subsidio económico equivalente al valor de las incapacidades.

Concluye su argumentación solicitando la vinculación de un litisconsorte necesario, el cual es la Unidad de Previsionales de Colfondos S.A., por ser dicha compañía quien asumió el riesgo previsional del afiliado; lo cual respalda invocando la sentencia T-641 de 2007 de la H. Corte Constitucional, la cual sostiene que la compañía de seguros con la que el fondo de pensiones contrató el seguro de invalidez de su afiliado, también debe contribuir con la financiación de la pensión a que tiene derecho el accionante, por la acreditación del siniestro y en aplicación al principio de equidad.

5.2. Nueva E.P.S.⁵

Por su parte la NUEVA E.P.S., a través de la Gerente zonal de Bolívar, presentó el informe de rigor, en los siguientes términos:

*“Haciendo la verificación en el sistema se identifica que el señor José Gregorio actualmente cuenta con más **de 540 días de Incapacidad**, cumplió los primeros 180 días de incapacidad el día 15 de julio de 2015.*

La entidad nueva EPS liquidó y canceló los primeros 180 días de incapacidad, así:

⁵Fls. 53-67 Cdno 1.

(...)

Por otra parte informamos que la entidad NUEVA EPS, cumplió con su obligación de calificar el origen de la enfermedad y remitió al Fondo de Pensiones COLFONDOS el Concepto de Rehabilitación del usuario, lo anterior también fue notificado al señor José Gregorio.

(...)

En este orden de ideas, es el fondo de pensiones el encargado del pago de las incapacidades superiores a los primeros 180 días de incapacidad.

Como se mencionó anteriormente el usuario presenta más de 540 días de incapacidad, por lo que me permito informar que **NO ES VIABLE** el pago de incapacidades superiores a los 540 días por parte de las EPS, de acuerdo a las siguientes (...)" (Subrayado y negrilla dentro del texto original).

Continúa su argumentación señalando algunas jurisprudencias de la H. Corte Constitucional que analizan, de un lado el tema de la procedencia de la tutela para la reclamación de prestaciones económicas como las incapacidades laborales; y por otro lado, lo concerniente al desarrollo jurisprudencial sobre el vacío normativo existente sobre el pago de incapacidades que superan los 540 días.

Concluyendo con un análisis en conjunto del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y la sentencia T-144 de 2016 de la H. Corte Constitucional.

Por lo anteriormente expuesto, la Nueva E.P.S., solicitó que se declarara la improcedencia de la tutela.

VI. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 05 de mayo de 2017, resolvió tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida y a la igualdad del señor JOSÉ GREGORIO VILLADIEGO ZÚÑIGA, al considerar, que los mismos están siendo conculcados por la Nueva E.P.S.

En efecto, y como medida de protección constitucional, dispuso las siguientes órdenes:

⁶Fls. 97-105 Cdno 1.

“(…)

SEGUNDO: ORDENAR a la nueva EPS, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha efectuado, pague dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, al señor JOSÉ GREGORIO VILLADIEGO ZÚÑIGA (...) el subsidio por incapacidad correspondiente al 541 en adelante hasta el día 800, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

La NUEVA EPS podrá emprender todas las acciones pertinentes con el fin de obtener el reembolso de los dineros pagados por dicho concepto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, conforme lo expuesto en esta providencia.

TERCERO: El pago de las incapacidades que se sigan causando a favor del accionante, también serán asumidos por la NUEVA EPS, en los términos expuestos en precedencia, hasta tanto se revise y recalifique su pérdida de la capacidad laboral.

CUARTO: EXHORTAR tanto a COLFONDOS como La NUEVA EPS, por intermedio de sus representantes legales o quienes hagan sus veces, para que dentro del término de quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, tramiten una nueva calificación del estado de salud del accionante a fin de determinar su real capacidad laboral, de acuerdo con los términos expuestos en la parte motiva de esta sentencia (...)

El A quo, argumentó que, frente a quienes llegaban los 540 días de incapacidad y no se les había reconocido pensión de invalidez, existía un vacío legal, el cual fue subsanado a través de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015, la cual reguló lo referido al pago de incapacidades superiores a los 540 días y estableció en cabeza del Gobierno Nacional la obligación de regular el procedimiento de revisión periódica de las incapacidades.

Sostuvo que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en sentencia T-144 de 2016, es claro que a partir de la vigencia de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015; deben entonces el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores, acatar lo regulado en esa disposición. Expresando que en dicha normatividad el legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a la EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos

SENTENCIA No. 35 /2017

del sistema general de seguridad social en salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

De igual modo consideró que, en todo caso, no son las EPS quienes al final van a asumir la obligaciones, pues es en últimas el Estado, en cabeza de la entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, quién pagará los dineros cancelados por dicho concepto.

VII. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN⁷

Contra la anterior decisión, la Gerente Zonal Bolívar de la Nueva E.P.S. S.A., presentó impugnación oportunamente, solicitando revocar el fallo judicial y, en su lugar, declarar la improcedencia de la tutela con relación a la NUEVA EPS, por las razones de hecho y de derecho expuestas.

Informa que, con relación a la orden dada en el numeral cuarto de la sentencia impugnada, el usuario no ha sido calificado por parte de Colfondos, y por lo tanto es la Administradora del Fondo de Pensiones la encargada de calificar el origen de la incapacidad del paciente, toda vez que la entidad Nueva EPS cumplió con su obligación de calificar el origen en primer grado y hacer la remisión al fondo de pensiones. Igualmente manifiesta que, revisado el sistema, el accionante cuenta con más 540 días de incapacidad, habiendo cumplido los primeros 180 días, el día 15 de julio de 2015.

Posteriormente procedió a repetir los argumentos esbozados en la contestación de la presente tutela.

VIII. RECUENTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

El juzgado de origen, por auto del 11 de mayo de 2017⁸, concedió la impugnación cuyo conocimiento fue asignado a esta Corporación, de conformidad con el reparto efectuado en la Oficina Judicial de Cartagena el día 17 de mayo de 2017⁹, siendo recibida el día 18 de mayo de 2017 por esta judicatura.

El Magistrado Ponente, mediante auto No. 197 del 18 de mayo de 2017¹⁰, resolvió admitir la impugnación presentada por la Gerente Zonal Bolívar de la Nueva EPS,

⁷ Fls. 109-118 Cdno 1.

⁸ Fl. 139 Cdno1.

⁹ Fl. 2. Cdno 2.

¹⁰ Fl. 4. Cdno 2.

SENTENCIA No. 35 /2017

en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, tras considerar que la misma cumplía con las condiciones de oportunidad y sustentación que consagra el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

La citada providencia, fue notificada a través de mensaje de datos enviado a través de correo electrónico el 18 de mayo de 2017, quedando en firme el 24 de mayo de la misma anualidad.

IX. CONSIDERACIONES**9.1. Competencia**

Esta Corporación es competente para conocer en **segunda instancia** la demanda de tutela de la referencia, según lo establecido por los artículos 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del decreto 2591 de 1991.

9.2. Problema Jurídico

Atendiendo a los hechos expuestos, considera la Sala que, el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar si ¿Están vulnerando la Nueva E.P.S. S.A. y Colfondos los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y móvil, vida digna e igualdad del accionante, al no acceder al pago de la incapacidad laboral a partir del día 541, hasta la fecha en que duren las incapacidades, haya una reubicación laboral o se finalice el proceso de reconocimiento de la prestación correspondiente?

Para resolver el interrogante anterior, se desarrollará el siguiente temario: (i) Generalidades de la acción de tutela (ii) Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales (iii) Reconocimiento de incapacidades laborales – reiteración de jurisprudencia (iii) Subsidio por incapacidad temporal (iv) Regulación pago de incapacidades laborales de origen común superiores a los 540 días – Sentencia T – 144 de 2016, Ley 1753 de 2015 y Decreto 1429 de 2016 (v) Caso concreto.

9.3. TESIS

SENTENCIA No. 35 /2017

La Sala considera necesario, modificar parcialmente la sentencia del cinco (05) de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, toda vez que, si bien se mantendrá la protección de los derechos fundamentales del actor, se revocaran, modificaran y adicionaran algunas de las órdenes impartidas por el A quo, debido a que se ordenará a la Nueva EPS y a Colfondos S.A., el pago solidario de las incapacidades vigentes al accionante desde el día 1031 de incapacidad, puesto que está demostrado que los primeros 825 días, ya fueron cancelados; sumándole a ello, 206 días de incapacidad que se le habían pagado doble, por lo que orden será que se paguen las incapacidades generadas desde el 21 de enero de 2017, considerando esta Sala, que es solidaria la obligación debido a que, si bien la Ley establece en cabeza de las EPS el pago de las incapacidades superiores a los 540 días, no puede desconocer este Tribunal que Colfondos ha omitido su deber legal y de una autoridad judicial, de remitir al señor Villadiego Zúñiga a la Junta Regional de Calificación, para que dicha autoridad, por ser la competente, determine la pérdida de capacidad laboral del accionante, y así establecer si lo que corresponde es el reconocimiento de la pensión por invalidez, la indemnización por incapacidad permanente parcial o la reubicación laboral; siendo una actitud pasiva que vulnera el derecho a la seguridad del accionante.

9.4. Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista

SENTENCIA No. 35 /2017

un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable. En ese sentido, el análisis de procedencia de la acción de tutela exige del juez constitucional la verificación de la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

9.5. Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales

En cuanto a este punto, la jurisprudencia constitucional ha indicado que, por regla general, dicha pretensión es improcedente, por cuanto en el ordenamiento jurídico se prevén otros mecanismos de defensa judicial, ya sea ante el juez ordinario laboral o ante el juez contencioso administrativo, dependiendo de cómo fue la vinculación; Sin embargo, de manera excepcional, se ha contemplado la viabilidad del amparo para obtener el pago de dicho tipo de acreencias, cuando por virtud de su desconocimiento se afectan los derechos fundamentales de los accionantes, concretamente el derecho al mínimo vital.

En la Sentencia T-457 de 2011, se indicó que: *“Por regla general, la resolución de las controversias relativas al incumplimiento en el pago de acreencias laborales, entre ellas el salario o contraprestación mensual, es un asunto que compete a la jurisdicción laboral. (...) Sin embargo, la sólida línea jurisprudencial que por varios años ha trazado esta Corporación¹¹, plantea de forma pacífica una única excepción sobre la improcedencia general anotada. Ella se presenta en aquellos eventos en los que el no pago de la prestación tiene como consecuencia directa la afectación de derechos fundamentales, concreta y especialmente, el del mínimo vital”*.

El mencionado derecho ha sido entendido como: “aquella porción del ingreso que tiene por objeto cubrir las necesidades básicas como alimentación, salud, educación, recreación, servicio públicos domiciliarios, etc.” De ahí que su conceptualización no sólo comprenda un *componente cuantitativo* vinculado

¹¹ SU-995 de 1999, T-898 de 2004, T-916 de 2006, T-232 de 2008, T-582 de 2008, T-552 de 2009, T-007 de 2010, T-205 de 2010 y T-535 de 2010.

SENTENCIA No. 35 /2017

con la simple subsistencia, sino también un *elemento cualitativo* relacionado con el respecto a la dignidad humana como valor fundante del ordenamiento constitucional. En todo caso, siempre que se alega su vulneración, es necesario que el interesado enuncie los motivos que le sirven de fundamento para solicitar su protección, de manera que el juez pueda evaluar la situación concreta del accionante.

No obstante, la jurisprudencia ha señalado algunos supuestos en los cuales se presume la vulneración del derecho al mínimo vital, los cuales se limitan a las siguientes situaciones de hecho: (i) que no se encuentre acreditado en el expediente que el accionante cuenta con otros ingresos o recursos que permitan su subsistencia; (ii) que se trate de un incumplimiento prolongado e indefinido, esto es, de una omisión superior a dos meses, con excepción de aquella remuneración equivalente a un salario mínimo, y (iii) que las sumas que se reclamen no sean deudas pendientes. De manera que, siempre que se acredite en el trámite de un proceso cualquiera de los anteriores supuestos, el juez de tutela puede proceder al análisis de fondo del asunto planteado, a pesar de que el accionante no acredite directamente la afectación de su mínimo vital por el no pago de acreencias laborales.

En conclusión, en respuesta a las características de subsidiariedad y residualidad de la acción de tutela, ella sólo es procedente cuando no existen medios ordinarios de defensa judicial; o cuando aun existiendo, los mismos resultan ineficaces para proteger los derechos en conflicto o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Este último evento se presenta cuando la amenaza de vulneración de un derecho fundamental es inminente y, de consolidarse, afectaría de manera grave los bienes jurídicos que se pretenden amparar, por lo que se requiere de medidas urgentes e impostergables para evitar su materialización. Estas condiciones – al igual que la idoneidad de los medios judiciales existentes – deben analizarse en cada caso concreto y, de no acreditarse, la acción constitucional se torna procesalmente inviable.

9.6. El reconocimiento de incapacidades laborales - Reiteración de Jurisprudencia.

El artículo 13 de la Constitución Política establece el deber del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, razón por la cual está en la obligación de proteger especialmente a las personas que por su condición física o mental estén en una situación de debilidad manifiesta. Asimismo, el artículo 53 consagra como principios fundamentales de los

SENTENCIA No. 35 /2017

trabajadores, entre otros, la estabilidad en el empleo y la garantía que los contratos laborales no pueden socavar la dignidad humana, ni la libertad de los trabajadores. Al tiempo que el artículo 49 consagra 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 laborales.

La jurisprudencia constitucional, en desarrollo de los lineamientos constitucionales y legales ha señalado que la especial protección de la cual son sujetos personas que 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 invalidez.

Así las cosas, 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. También son 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.

En la sentencia T-311 de 1996¹², se indicó lo siguiente:

“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.”

La Corte Constitucional¹³ ha entendido que la ausencia del pago de las incapacidades laborales puede generar una vulneración o amenaza a varios derechos fundamentales, como por ejemplo, (i) a la salud porque supone para el trabajador contar con una suma de dinero que permita la recuperación

¹² Sentencia reiterada en la T-094 de 2006, T-772 de 2007, T-468 de 2010.

¹³ Sentencia T-772 de 2007.

SENTENCIA No. 35 /2017

exitosa de su estado de salud; (ii) a la vida digna y (iii) al mínimo vital tanto del trabajador como del núcleo familiar, pues como se dijo, éstas incapacidades representan en ciertas ocasiones el único sustento económico. Así las cosas, *“el derecho al mínimo vital no se agota de manera exclusiva en la posibilidad de gozar de un ambiente en el cual las necesidades de subsistencia biológica se encuentren satisfechas, pues tal derecho ‘debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador’”*¹⁴.

Al respecto, en la sentencia T-235 de 2007¹⁵, la H. Corte Constitucional señaló que, para que la acción proceda como mecanismo principal y definitivo, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otro mecanismo de defensa judicial, o teniéndolos, estos no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar la consolidación de un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la vía de tutela.¹⁶

En este último caso, esa comprobación, ha dicho la Corte, da lugar a que la acción de tutela proceda en forma provisional, hasta tanto la jurisdicción competente resuelva el litigio de manera definitiva.

9.7. Subsidio por incapacidad temporal

En cuanto a este aspecto hay que decir que el Decreto 1406 de 1999, reglamentario de la ley 100 de 1993, en el parágrafo 1 del artículo 40, modificado por el artículo 1 del decreto 2943 del 17 de diciembre de 2013, establece que:

“En 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.

¹⁴ Sentencia T-818 de 2000.

¹⁵ M.P.: Luis Ernesto Vargas.

¹⁶ Ver sentencia T-786 de 2008. M.P.: Manuel José Cepeda. En un sentido semejante, pueden consultarse las sentencias T-225 de 1993, SU-544 de 2001, T-131 de 2001, T-983 de 2001, entre otras.

SENTENCIA No. 35 /2017

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.

Lo anterior tanto en el sector público como en el privado”.

Mientras que por otro lado, tomando en cuenta el análisis conjunto de los artículos 206 de la ley 100 de 1993 y 227 del código sustantivo del trabajo, se puede concluir que el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas por enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes, y que para el cubrimiento de estos riesgos las EPS podrán subcontratar con compañías aseguradoras, y que el trabajador tiene derecho a que se le pague un auxilio monetario, hasta por 180 días, así: las dos terceras partes del salario durante los primeros 90 días y la mitad del salario por el tiempo restante.

9.7.1. Calificación del estado de Invalidez - Incapacidad superior a 180 días

En cuanto a este aspecto, hay que decir previamente, que la normatividad nacional¹⁷ establece que si una incapacidad se extiende en el tiempo, es deber de las Entidades Promotoras de Salud, emitir concepto sobre el proceso de rehabilitación del paciente, ya sea favorable o desfavorable para continuar desempeñando sus funciones, y es claro que estas Entidades tienen hasta antes de cumplirse el día 120 de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día 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. Si la EPS no expide el concepto favorable de rehabilitación, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los 180 días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

Luego de este trámite, dispone la normatividad que las administradoras de fondos de pensiones deberán remitir los casos a las juntas de calificación de invalidez antes de cumplirse el día 150 de incapacidad temporal, previo concepto del servicio de rehabilitación integral emitido por la EPS; teniendo en cuenta que en los casos de enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la Administradora del Fondo de Pensiones podrá postergar el trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidez hasta por un término máximo de 360 días calendario, adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal otorgada por la EPS¹⁸.

¹⁷ Artículo 41 de la ley 100 de 1993; artículo 52 de la ley 962 de 2005 y artículo 142 del decreto 019 de 2012.

¹⁸ Dto. 2463 de 2001 Art. 23.

9.7.2. Límites temporales del subsidio por incapacidad

En cuanto a la manifestación del impugnante, señalando que, a su juicio, la normatividad y la jurisprudencia nacional, han sido claras en dictaminar que la obligación de las administradoras de pensiones de reconocer el subsidio por incapacidad hasta por 360 días adicionales a los 180 días reconocidos por el sistema general de salud, los cuales transcurren a partir del día 181 hasta, máximo, el día 540; argumentando que en los eventos en que exista una calificación de invalidez, producto del concepto desfavorable de la EPS, lo que procede es el cese del subsidio monetario por incapacidad para trabajar y el inicio del trámite administrativo en perspectiva del reconocimiento pensional por invalidez, de suerte que no resulta viable jurídicamente que se imputen deudas a cargo de la Administradora por el concepto de incapacidades.

Podemos traer a colación, en este punto, un extracto jurisprudencial de la sentencia T-004 de 2014 de la H. Corte Constitucional, la cual, en lo referente a las incapacidades que superan los 540 días señala:

*“4.1.6. En este orden de ideas, la legislación nacional establece que las incapacidades laborales que surjan como consecuencia de una enfermedad de origen común, existe el deber de que alguna de las entidades del Sistema General de Seguridad Social las pague. **No obstante, existe un vacío legal frente al obligado a pagar cuando se superan los 540 días de incapacidad sucesiva, existiendo dos panoramas:** 1) que el trabajador tenga un porcentaje inferior al 50% de pérdida de capacidad laboral y se sigan expidiendo incapacidades laborales o, 2) que la disminución en la capacidad laboral sea superior al 50%.*

4.1.6.1. En el primer escenario, los derechos reconocidos legalmente para el trabajador cuya incapacidad ha finalizado, consiste en la obligación del empleador de reintegrar a su puesto habitual de trabajo, además que el empleador siga realizando en su favor aportes a la seguridad social y que su vínculo laboral sea terminado únicamente con la autorización del Ministerio del Trabajo.

4.1.6.2. En el segundo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que si la fecha de estructuración de la invalidez coincide con el momento en que las incapacidades laborales se causan, se debe reconocer el derecho pensional y como éste se paga retroactivamente, “no hay lugar al pago simultáneo de la prestación por concepto de incapacidad y por concepto de pensión según lo establecido en el artículo décimo de la ley 776 de 2002”¹⁹. Igualmente, el trabajador que es calificado y supera el 50% de pérdida de capacidad laboral, ante la disminución física que padece, las entidades del Sistema les corresponde actuar con solidaridad y diligentemente reconocer y pagar una suma de dinero

¹⁹ Sentencia T-468 de 2010.

SENTENCIA No. 35 /2017

con la cual pueda satisfacer sus necesidades básicas; razón por la cual mientras se decide definitivamente sobre el reconocimiento y el pago de la pensión de invalidez, el Fondo de Pensiones deberá costear las incapacidades laborales²⁰.

4.1.6.2.1. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que **en los casos en que no se tiene certeza de cuál es la entidad responsable de cubrir determinadas incapacidades laborales, es obligación de alguna de las entidades del Sistema General de Seguridad Social de pagarlas o de lo contrario se causaría al trabajador una afectación a su mínimo vital**, por lo cual es juez de tutela debe señalar quién es el responsable provisional de cumplir dicho deber, aun cuando se otorgue la posibilidad de repetir contra aquél que resulte ser el verdadero obligado”.

(Negrillas por fuera del texto original)

Teniendo en cuenta que, el legislador llenó este vacío, a partir de la vigencia de la ley 1753 del 2015, mediante la cual se adopta el plan nacional de desarrollo 2014-2018, al indicar que, entre otros, los recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, estarán destinados a:

(...)

- a) *El 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 540 días continuos. El Gobierno nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de la EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades (...)*”

9.8. Regulación pago de incapacidades laborales de origen común superiores a los 540 días (Sentencia T – 144 de 2016, Ley 1753 de 2015 y Decreto 1429 de 2016)

9.8.1. Sentencia T-144 de 2016 de la H. Corte Constitucional

*“Ahora bien, retomando lo referente al déficit de protección legal para asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días que no tienen derecho a una pensión de invalidez, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015 –Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, reguló lo referido al pago de las incapacidades superiores a los 540 días y estableció, en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de regular el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad (...) **Teniendo presente esta nueva***

²⁰ Sentencia T-404 de 2010.

SENTENCIA No. 35 /2017

normativa, es claro que en todos los casos futuros; esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la Ley²¹ -9 de junio de 2015-, el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar lo normado. Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

(...)

En tercer lugar, ha de indicarse que antes de que se regulara el vacío legal que existía con anterioridad a la promulgación de la Ley 1753 de 2015, era válida la argumentación de la EPS y la AFP, pues no existía ningún obligado a efectuar el pago de las incapacidades superiores a los 540 días. En esa medida, en principio, la Sala estima que dichas entidades no eran responsables por la vulneración de los derechos fundamentales de la señora Cartagena Oviedo.

Sin embargo, esta Sala ordenará la aplicación retroactiva del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, basada principalmente en el principio de igualdad material ante un déficit de protección previamente advertido por la Corte Constitucional.

39. En efecto, es importante resaltar que a pesar de que la EPS Salud Total y Porvenir AFP SA no fueran responsables por el pago de los certificados médicos expedidos después de los primeros 540 días de incapacidad, el déficit de protección anunciado por las distintas Salas de Revisión de Tutelas sí advertía que esa situación normativa, dejaba a ciertas personas en condiciones de vulnerabilidad y exclusión.

Como se indicó con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 se llenó ese vacío normativo, de forma general, para todos los casos futuros. Sin embargo, en dicho artículo no se estableció un régimen de transición que permitiera fijar un parámetro interpretativo a fin de dar solución a las personas que se encontraban en la situación que el artículo pretendía solventar, pero cuyas incapacidades fueron causadas con anterioridad a la promulgación de la Ley, como sucede en el presente caso.

En esa medida, la aplicación de ese artículo 67 genera un trato desigual para las personas cuyas incapacidades fueron expedidas con anterioridad a la vigencia de la norma en cuestión, y aquellas que gozan de certificados de incapacidad expedidos con posterioridad.

²¹ Ley 1753/2015. ARTÍCULO 267. VIGENCIAS Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.
La ley fue publicada en el Diario Oficial No. 49.538 de 9 de junio de 2015

SENTENCIA No. 35 /2017

Esa situación de desigualdad tiene un fundamento legal que es entendible desde el punto de vista de las reglas de vigencia y aplicación de las leyes. Sin embargo, genera una tensión constitucional que no puede ser omitida por la Corte, pues a la luz del principio de igualdad material, no hay razón para diferenciar y beneficiar sólo a un grupo de personas, en virtud de una consideración temporal, a sabiendas de que la situación se evidenciaba con anterioridad. Es decir, no hay una justificación constitucionalmente válida para fijar tal diferencia en la posibilidad de protección legal.

9.8.2. Ley 1753 de 2015

Esta norma en su artículo 67 dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. La Entidad administrará los siguientes recursos:

(...)

Estos recursos se destinarán a:

*a) El 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.** El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.*

(...)”

9.8.3. Decreto 1429 de 2016 (Por el cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES – y se dictan otras disposiciones)

“ARTÍCULO 2o. OBJETO. La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES tendrá como objeto administrar los recursos a que hace referencia el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y los demás ingresos que determine la ley; y adoptar y desarrollar los procesos y acciones para el adecuado uso, flujo y control de los recursos en los términos señalados en la citada ley, en desarrollo de las políticas y regulaciones que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social.

***ARTÍCULO 3o. FUNCIONES.** Son funciones de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, las siguientes:*

SENTENCIA No. 35 /2017

1. Administrar los recursos del Sistema, de conformidad con lo previsto en los artículos 66 y 67 de la Ley 1753 de 2015 y las demás disposiciones que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

(...)

3. Efectuar el reconocimiento y pago de las Unidades de Pago por Capitalización y demás recursos del aseguramiento obligatorio en salud, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno nacional o el Ministerio de Salud y Protección Social, en el marco de sus competencias.

4. Realizar los pagos, efectuar giros directos a los prestadores de servicios de salud y proveedores de tecnologías en salud, de acuerdo con lo autorizado por el beneficiario de los recursos, y adelantar las transferencias que correspondan a los diferentes agentes del Sistema.

5. Adelantar las verificaciones para el reconocimiento y pago por los distintos conceptos, que aseguren el buen uso y control de los recursos.

(...)

ARTÍCULO 21. PERÍODO DE TRANSICIÓN. <Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 546 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), asumirá la administración de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a partir del 1o de agosto de 2017.

Desde la publicación del presente decreto y hasta la fecha señalada, la Entidad deberá realizar las acciones necesarias para asumir las citadas funciones.

ARTÍCULO 22. TERMINACIÓN DE LAS FUNCIONES. <Artículo modificado por el artículo 2 del Decreto 546 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> La Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y Protección Social continuará adelantando las funciones establecidas en el Decreto-ley 4107 de 2011, hasta el 31 de julio de 2017”.

9.9. Caso Concreto

En el caso sub-examine el accionante solicita la protección sus derechos fundamentales, los cuales considera vulnerados por parte de su E.P.S., la Nueva E.P.S. S.A., razón por la cual pide que se ordene a la accionada a efectuar el pago de las incapacidades laborales generadas desde el día 541 en adelante.

No obstante lo anterior, el juez de primera instancia vinculó a Colfondos, al ser esta entidad su fondo de pensiones, de lo que surge determinar si la vulneración alegada por la parte actora es responsabilidad de la Nueva E.P.S., de Colfondos, de ambas, o de ninguna de las dos.

SENTENCIA No. 35 /2017

Colfondos alega que el pago por incapacidad tiene la limitación legal de que solo está reconocido el pago de este auxilio hasta el día 540 de la incapacidad, lo cual es a todas luces contradictorio de lo que expresado anteriormente ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la ley 1753 de 2015, siendo que a luz de la Corte, atendiendo los criterios como el de de solidaridad y eficacia que deben regir el sistema general de seguridad social, no se puede desproteger a quienes no se les ha definido su incapacidad temporal más allá del día 540, por lo que estableció en cabeza de las Administradoras de Fondo de Pensiones, la obligación de pagar un auxilio económico equivalente a la incapacidad que estuviese devengando el beneficiario hasta que se diera por concluido el trámite del reconocimiento de la pensión de invalidez o la reintegración laboral. No obstante, con la entrada en vigencia de la ley 1753 de 2015, se estipuló que el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, según lo prescrito en el artículo 67 de dicha ley.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el señor José Gregorio Villadiego Zúñiga, solicitó a la Nueva E.P.S., continuar realizando el pago de las incapacidades, debido a que Colfondos, como su Fondo de Pensiones, solo efectuó el pago desde el día 181 hasta el 540 de incapacidad, tal cual lo dispone la ley, en fechas comprendidas desde el 17 de junio de 2015, hasta el 30 de junio de 2016, comprendiendo un total de 360 días de pago de incapacidad; siendo esa fecha, 30 de junio de 2016, hasta la cual Colfondos pagó las incapacidades generadas.

Por otro lado, lo atinente a su condición de salud, la cual le impide desarrollarse en el ámbito laboral, es razón suficiente para considerar que, el reconocimiento y pago de sus incapacidades laborales, mientras estas estén vigentes y no se le reconozca y pague la pensión de invalidez, se convierte en el único ingreso para solventar sus necesidades y las de su núcleo familiar; en ese sentido, la acción de tutela se constituye en el mecanismo transitorio más eficaz para la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, vida digna, igualdad y mínimo vital del accionante.

Ahora bien, como se expuso, el accionante pretende el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, al y a la vida digna, por considerar que se encuentran vulnerados por la Nueva E.P.S. y Colfondos, al ser negada su solicitud de reconocimiento de auxilio por incapacidad; aduciendo ambas, que el actor no tiene derecho a un pago de incapacidades superior a los 540 días.

El juez de primer grado, tuteló los derechos fundamentales, a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida y a la igualdad del accionante; ordenando a la Nueva E.P.S., que en el término máximo de ocho (08) días, proceda a realizar el pago de las incapacidades a partir del día 541, hasta el día 800.

La Sala, para determinar quién es el obligado, hará un recuento cronológico de los hechos que motivan esta acción, a partir del certificado de incapacidades, el libelo de tutela, las contestaciones o informes de tutela y los anexos de las mismas.

En primer lugar, el señor José Gregorio Villadiego Zúñiga, tiene incapacidades permanentes o continuas, desde el 11 de marzo de 2014, si bien en el historial de incapacidades aparecen unas anteriores, se advierte que las mismas, no son continuas y corresponden a otros conceptos y a otros empleadores. Así las cosas, podemos manifestar que el día 120 de incapacidad (11 de julio de 2014), era el plazo máximo que tenía la Nueva EPS, para emitir el concepto de rehabilitación, el cual debía ser remitido al Fondo de pensiones sin sobrepasar el día 150 (11 de agosto de 2014); sin embargo, el mismo fue entregado a Colfondos, según el informe rendido por el mismo (Fl. 58 rev. Cdn. 1), en fecha 10 de julio de 2015, es decir 1 año después del plazo establecido en la ley.

De igual forma, está demostrado que desde el 11 de marzo de 2014 (fecha inicial de las incapacidades), hasta el 3 de mayo de 2017 (fecha de la última incapacidad aportada – fl. 19 cdo. 1), han transcurrido 1133 días; de los cuales la Nueva EPS, canceló desde el 15 de marzo de 2014 (día 3) al día 180 (fl. 58 cdo. 1 – Plazo que se extendió hasta la fecha en que remitió el concepto de rehabilitación al fondo de pensiones); y Colfondos (fl. 41 cdo. 1) le pagó desde 17 de junio de 2015, hasta el 30 de junio de 2016.

Igualmente está demostrado, que la Nueva EPS, le hizo un nuevo examen de rehabilitación (Fl. 20 cdo. 1), en fecha 15 de diciembre de 2016, donde determina, que el concepto de rehabilitación o mejoría es favorable, que la enfermedad es de origen común y que sufre de vértigo paroxístico benigno, calificado con código H811, síncope vasovagal, código R55X y síntoma de síncope neurocardiogenico, tipo vasodepresor.

De otra parte, también está demostrado, que por estos hechos, existe un fallo de tutela proferido por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Cartagena (fl. 45 cdo. 1), que le ordenó a la Nueva EPS asumir el pago de las incapacidades, hasta que se emita concepto de rehabilitación, debiendo enviarlo a Colfondos para

SENTENCIA No. 35 /2017

que asumiera dicha entidad, el costo de esas incapacidades, hasta que se pronuncie la Junta de Calificación correspondiente.

En primera medida considera la Sala que en el presente caso si es procedente la acción de tutela para dirimir la controversia, la cual no se torna en un debate meramente legal como en su momento lo expuso Colfondos, sino que guarda relación íntima con derechos fundamentales de quien es accionante en el presente caso, ya que si bien es cierto en primer lugar los debates en materia laboral y de seguridad social, corresponden al juez ordinario laboral, no es menos cierto que, como se expresó anteriormente el Juez constitucional tiene una competencia para tomar decisión cuando lo que resulta afectado es el derecho al mínimo vital y móvil, como en el presente caso.

Debiendo entenderse que tal vulneración, se presume cuando: (i) No se encuentre acreditado en el expediente que el accionante cuenta con otros ingresos o recursos que permitan su subsistencia; (ii) Se trate de un incumplimiento prolongado e indefinido, esto es, de una omisión superior a dos meses, con excepción de aquella remuneración equivalente a un salario mínimo, y (iii) Las sumas que se reclamen no sean deudas pendientes. Y siendo que en el presente están acreditados los supuestos 1 y 2; se puede proceder al análisis de fondo del asunto planteado, a pesar de que el accionante no acredite directamente la afectación de su mínimo vital por el no pago de acreencias laborales.

Existiendo claridad sobre la procedencia de la acción de tutela para dirimir la presente controversia, pasará la Sala a referirse al caso en concreto.

Es este punto, se torna necesario un pronunciamiento acerca del proceder, de las dos entidades del sistema de seguridad social, demandadas en el presente caso. Si bien es cierto que con la expedición de la ley 100 de 1993, se presentó un vacío legal, en cuanto a la imprecisión de determinar a cargo de quien corría la obligación de pagar las incapacidades por enfermedad común superiores a los 540 días, en las que no se hubiese dado el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, esta corporación dejó en claro que esa omisión no podía afectar los derechos fundamentales de las personas, especialmente, cuando estando incapacitadas para laboral se encontraban en una clara posición de debilidad manifiesta, por lo que ordenó que el pago de las incapacidades superiores a los 540 días, corriesen, desde el día 541 en adelante, a cargo del respectivo fondo de pensiones; no obstante esto, el legislador, al expedir la ley 1753 de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018), solventó dicha omisión legal, al establecer en

SENTENCIA No. 35 /2017

su artículo 67, que los dineros que administrará la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud – ADRES-, se destinarán, entre otros, para el reconocimiento y pago a las EPS por el aseguramiento y demás prestaciones (...) incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.

Así las cosas, está claro que las incapacidades por enfermedad de origen común superiores a los 540 días, deben ser subsidiadas al afiliado so pena de evitar detrimentos de los derechos fundamentales, razón por la cual tanto la jurisprudencia como la ley han solventado el vacío legal. En el presente caso, la Nueva E.P.S., como EPS del señor Villadiego Zúñiga, pagó las incapacidades generadas desde el día 15 de Marzo de 2014, hasta el 28 de enero de 2016, (fls. 90-94 cdno 1), lo que equivale a 1 año, 10 meses y 13 días (total 673 días), a lo cual hay que descontarle 17 días no cancelados, que corresponden al 7 y 8 de octubre de 2014 y del 17 al 30 julio de 2015, para un total de 656 días, lo cual, analizadas las reglas establecidas legal y jurisprudencialmente estuvo de acorde con los principios de solidaridad y eficiencia que deben regir el sistema de seguridad social.

Mientras que Colfondos, canceló el periodo correspondiente del 17 de junio de 2015 al 30 de junio de 2016 (fl. 41 cdno. 1).

Sin embargo, hay que hacer precisión y advierte la Sala que los pagos por incapacidad, comprendidos del día 17 de junio de 2015 al 28 de enero de 2016, no le correspondían a la Nueva E.P.S., ya que la cancelación de dichos rubros la estaba efectuando Colfondos, en virtud del envío del concepto de rehabilitación expedido por la E.P.S., es decir ese lapso de 206 días de pago doble de incapacidad (Transcurrieron 221 días en total, pero se le restan 15 que no se cancelaron); no le correspondía ser recibidos al accionante, circunstancia esta inadvertida por el A quo.

De lo antes expresado, se puede concluir que al actor se le han cancelado, por subsidio de incapacidad, un total de 825 días, y el tiempo transcurrido entre la fecha inicial de su incapacidad, hasta la último demostrado en el expediente, es decir hasta el 3 de mayo de 2017, equivale a 1133 días. En consecuencia, a partir del día 826 de la incapacidad, no se le ha pagado el subsidio para tal fin; significa esto, que se le han dejado de cancelar 308 días de incapacidad, por lo que hay que decir que el juez de primera instancia comete un yerro, cuando ordena que se le cancele hasta el día 800, ya que tal orden lo dejaría desprotegido. De igual forma se equivoca al ordenar a la Nueva E.P.S., pagar las

SENTENCIA No. 35 /2017

incapacidades al accionante a partir del día 541 y hasta el día 800, por cuanto obran pruebas en el expediente de que las incapacidades del accionante se encuentran vigentes incluso hasta el 03 de mayo de 2017, lo que deja entrever que desde la fecha del último pago de Colfondos, a la fecha de la última incapacidad que obra en el expediente (sin que eso signifique que en el transcurso de la presente acción no se hayan generado nuevas), han transcurrido alrededor de 304 días; lo que no es jurídicamente viable en esta instancia constitucional, por cuanto la protección al accionante debe ser hasta el día en que se le genere la última incapacidad y recobre la fuerza laboral, previo concepto de su médico tratante o hasta que se tramite y pague la pensión por invalidez, o el pago de la incapacidad permanente – parcial, dado el caso.

Lo cierto es que, conforme la regla jurisprudencial establecida por la H. Corte Constitucional en la sentencia T-144 de 2016, debe entenderse que la aplicación de los preceptos y reglas establecidas en la Ley 1753 de 2015, es a partir de la entrada en vigencia de la misma, lo cual sucedió el 9 de Junio de 2015; e incluso señaló la Corte en dicha providencia, que a los casos de pago de incapacidad superior a los 540 días, suscitados con anterioridad a la vigencia de la Ley, también les sería aplicable lo contemplado en ella de forma retroactiva, en virtud del principio de igualdad, a pesar de la regla establecida en la sentencia T-004 de 2014.

Conforme a lo expuesto, la Sala encuentra que: 1. A la accionante se le ha dejado de cancelar su subsidio de incapacidad, desde el día 826 hasta la fecha; 2. La Nueva EPS se retrasó en emitir su concepto de rehabilitación y comunicárselo a Colfondos durante 1 año, del 11 de julio de 2014, al 10 de julio de 2015; 3. Se emitió un fallo de tutela por el Juzgado 5to Civil Municipal de Cartagena, el cual fue notificado a las partes en fecha 30 de junio de 2015, en el que se ordenó a la Nueva EPS, que realizara el concepto de rehabilitación y lo comunicara a Colfondos, y a Colfondos, realizar el pago hasta que se produzca el pronunciamiento de la Junta Regional de Calificación, por ser la entidad competente para tal fin; 4. La Ley 1753 de 2015, vigente desde el 9 de junio de 2015, establece que las incapacidades superiores a los 540 días, serán asumidas por la EPS, quienes a su vez tienen la facultad de hacer el recobro de dicho valor a la entidad correspondiente dentro de la estructura del Ministerio de Salud y de la Protección Social, la cual es en la actualidad, de manera transitoria, según el artículo 22 del Decreto 1429 de 2016, la Dirección de Administración de Fondos del

SENTENCIA No. 35 /2017

Ministerio, ya que a partir del 01 de agosto de 2017, lo asumirá la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES; 5. Colfondos S.A., entre el día 180 y 540 de incapacidad, no dio cumplimiento a lo establecido en la ley, como lo es la remisión a la Junta de Calificación respectiva al señor José Gregorio Villadiego Zúñiga, para que esta determinara la pérdida de la capacidad laboral definitiva, según Decreto 2463 de 2001, en su artículo 23; 6. Comoquiera que Colfondos omitió el cumplimiento del mencionado Decreto, y que por un fallo de tutela está igualmente obligado al pago de dicha prestación, es decir de los subsidios por incapacidad, hasta que se produzca dicho dictamen médico; asumiendo el pago de los subsidios hasta tanto esta Junta determine la pérdida de capacidad laboral del actor; 7. La nueva EPS, sería solidaria en el pago de la obligación impuesta a Colfondos, a partir del día 541, que en este caso concreto sería desde el día 826 de incapacidad en adelante; 8. Al pago de los subsidios por incapacidad que deban realizar las entidades mencionadas, se les restarán los 206 días del pago doble de incapacidad, como se dijo en párrafos anteriores; 9. En consecuencia, al señor Villadiego Zúñiga se le están debiendo en la actualidad, 102 días, hasta el 3 de mayo de 2017; pero se le deberán seguir pagando, como ya se ha dicho, las generadas desde el 21 de enero de 2017, hasta el momento en que sea indemnizado por incapacidad permanente parcial, se reconozca su pensión por invalidez o sea reubicado laboralmente.

Por todo lo manifestado, la Sala modificará parcialmente la providencia de primera instancia del cinco (05) de mayo de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, en ese sentido se modificará el numeral segundo, se revocará el numeral tercero y se adicionará el numeral cuarto.

IX. CONCLUSIÓN

Colofón de lo expuesto, la respuesta al problema jurídico planteado es positiva, por cuanto la Nueva E.P.S. y Colfondos S.A., se encuentran vulnerando los derechos fundamentales, al mínimo vital, a la seguridad social, a la vida digna e igualdad del señor JOSÉ GREGORIO VILLADIEGO ZÚÑIGA, al no efectuar el pago de incapacidad por enfermedad de origen común, bajo el argumento de que la incapacidad supera los 540 días.

X. DECISIÓN

SENTENCIA No. 35 /2017

Así las cosas, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la tutela proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, en cuanto ordenó proteger los derechos fundamentales del señor José Gregorio Villadiego Zúñiga, vulnerados por la Nueva EPS y Colfondos, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida el cinco (05) de mayo de dos mil diecisiete (2017) por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia; el cual quedará así:

“SEGUNDO: Ordenar a la Nueva EPS y a Colfondos, por intermedio de sus representantes legales o quienes hagan sus veces que, si aún no lo han efectuado, paguen de manera solidaria, dentro de los ocho (08) días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, al señor José Gregorio Villadiego Zúñiga, identificado con la cedula de ciudadanía 73.578.650, el subsidio por las incapacidades generadas desde el día 21 de enero de 2017, hasta la fecha en que permanezca vigente la incapacidad, se le pague la indemnización por incapacidad permanente parcial, o se reubique laboralmente, según corresponda”

TERCERO: REVOCAR el tercer numeral de la providencia impugnada, porque dicha orden quedo subsumida en el numeral segundo de este proveído.

CUARTO: ADICIONAR el numeral cuarto, en el sentido de conminar igualmente al actor, para que se presente, con todos los documentos requeridos, dentro de los ocho (08) días siguientes a la notificación de este fallo, ante las entidades antes mencionadas, para que se le programe lo ordenado en este numeral.

QUINTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

SEXTO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991

SÉPTIMO: Por Secretaría, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión extraordinaria de la fecha, según consta en Acta No. 44

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ