



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL**

Sincelejo, seis (06) de Noviembre de dos mil diecinueve (2019)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

**RADICACIÓN: 70-001-33-33-004-2019-00342-01**  
**ACCIONANTE: NAHIN MONTEJO CLAVIJO**  
**ACCIONADO: NUEVA E.P.S. S.A.**  
**NATURALEZA: ACCIÓN DE TUTELA**

Procede la Sala, a decidir la impugnación presentada por la parte accionada, contra la sentencia de fecha 1º de octubre de 2019 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se tutelaron los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y salud del señor **NAHIN MONTEJO CLAVIJO**.

### **I. ANTECEDENTES:**

#### **1.1. Pretensiones<sup>1</sup>:**

**NAHIN MONTEJO CLAVIJO**, en ejercicio de la acción de tutela, solicita la protección de sus derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social y mínimo vital, presuntamente quebrantados por la NUEVA E.P.S. S.A.

Tal amparo, tiene como objeto que se ordene a dicha entidad el reconocimiento y pago de varias incapacidades.

---

<sup>1</sup> Folio 1, cuaderno de primera instancia.

## **1.2. Hechos<sup>2</sup>:**

Refiere el accionante, que se encuentra afiliado a la NUEVA E.P.S. S.A., tiene 47 años de edad y además, le fue diagnosticado múltiples enfermedades. Señala, que mediante órdenes médicas le suministraron diferentes incapacidades, que nunca fueron canceladas por la entidad demandada y que al no pagárselas, se le violenta su derecho al mínimo vital y demás derechos conexos.

## **1.3. Contestación<sup>3</sup>:**

La NUEVA E.P.S. S.A. se limitó a manifestar que el área de prestaciones económicas de la entidad, se encuentra en trámites administrativos para analizar el caso y la situación particular del accionante.

## **1.4. Providencia recurrida<sup>4</sup>:**

El Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo, mediante sentencia adiada 1° de octubre de 2019, concedió el amparo solicitado, consecuentemente, dispuso:

*“ORDÉNESE a la NUEVA E.P.S., que dentro del término de 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, CANCELE la incapacidad laboral solicitada el 22 de agosto de 2019, por el señor NAHÍN MONTEJO CLAVIJO, conforme a la normatividad correspondiente y lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia”*

Como fundamento de tal decisión, expuso que de acuerdo con la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, el pago de incapacidades sustituye el salario del trabajador en el tiempo que por razones médicas, no puede desempeñar sus labores, considerándose así su única fuente de ingreso, además constituye una garantía al derecho a la salud del trabajador, al coadyuvar que se recupere fácilmente.

---

<sup>2</sup> Folio 1 del cuaderno de primera instancia.

<sup>3</sup> Folio 25 del cuaderno de primera instancia.

<sup>4</sup> Folios 28 - 30 del cuaderno de primera instancia.

### **1.5. La impugnación<sup>5</sup>:**

Inconforme con la anterior decisión, la NUEVA E.P.S. S.A. la impugnó, argumentando que el aportante, Martha Acosta Urquijo, nunca realizó radicación de solicitud de pago de incapacidades por su empleado **NAHÍN MONTEJO CLAVIJO**.

Precisó, que el accionante presenta una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, razón por la cual, no aplica la autorización de pago, teniendo en cuenta que adquiere el *status* de invalidez permanente y disfrute de la pensión de invalidez por riesgo común a cargo del fondo de pensiones.

Concluyó, que la entidad no ha vulnerado ningún derecho fundamental, toda vez que ha cumplido con el pago de los 180 días de incapacidades.

### **1.6. Trámite en segunda instancia:**

Por auto de 15 de octubre de 2019<sup>6</sup>, se admitió la impugnación referida.

## **II. CONSIDERACIONES:**

### **2.1. Competencia:**

El Tribunal, es competente para conocer en Segunda Instancia de la presente impugnación, en atención a lo establecido en el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

### **2.2. Problema jurídico:**

En el sub examine, el debate central se circunscribe en establecer:

---

<sup>5</sup> Folios 36-38 del cuaderno de primera instancia.

<sup>6</sup> Folio 4 del cuaderno de segunda instancia.

¿Es procedente, a través de la Acción de Tutela, ordenar a la NUEVA E.P.S. S.A., el pago de incapacidades por enfermedad a favor del señor **NAHIN MONTEJO CLAVIJO?**

Para abordar los problemas planteados, se hará énfasis en los siguientes aspectos: *i)* Generalidades de la acción de tutela; *ii)* Carácter fundamental del derecho a la salud y su protección por vía de tutela, *iii)* Procedencia de la tutela para reconocimiento y pago de prestaciones económicas - incapacidades.

### **2.3. Análisis de la Sala**

#### **2.3.1. Generalidades de la Acción de Tutela.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ejercerse con el objeto de reclamar la protección inmediata de los Derechos Constitucionales Fundamentales, cuando éstos se vean amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública y procederá, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; la búsqueda de objetivos distintos, para los cuales el ordenamiento jurídico prevé otras instancias y jurisdicciones diferentes a la constitucional, excede el contexto establecido para la misma, tanto en la Carta Suprema, como en la ley.

#### **2.3.2.- Del carácter fundamental del derecho a la salud y su protección por vía de acción de tutela.**

La salud no cabe duda, es un derecho fundamental y autónomo. Así ha sido reconocido por la Corte Constitucional, quien ha precisado que *“la salud puede ser considerada como un derecho fundamental no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es*

esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas...”<sup>7</sup>, criterio compartido en providencia del 25 de febrero de 2009<sup>8</sup>, por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la cual reseñó:

*“El derecho a la salud, de rango constitucional y fundamental, es un pilar esencial en el ordenamiento jurídico colombiano, pues crea la base para el desarrollo de una vida en condiciones de dignidad<sup>9</sup>. Para la Corte Constitucional<sup>10</sup>, el derecho a la salud es “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como en el plano de la operatividad mental y, de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”.*

Bajo la connotación de derecho fundamental autónomo, per se, es evidente la procedencia de la acción de amparo para su protección, cuando quiera que el mismo, sea amenazado o vulnerado por autoridades públicas o particulares. Este carácter, permite su guarda, sin necesidad de estar en conexión con otros derechos fundamentales, verbigracia, la integridad, la vida, etc.

Así lo ha dicho la Corte Constitucional, quien en torno al tema, en sentencia T-144 de 15 de febrero de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, recalcó:

*“... todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud, deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales”.*

*Siendo contundentes y bajo la misma línea de decisión, la alta Corporación en sentencia T-676 de 12 de septiembre de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, precisó:*

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-144 de 15 de febrero de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sentencia de Tutela de 25 de febrero de 2009 - Rad. 2008-00602-0, C. P. Ligia López Díaz.

<sup>9</sup> Su importancia es tan preponderante, que en la Constitución Política se encuentra determinado entre otros, en los artículos 44, 46, 47, 49, 50, 52, 64, 78, 95 y 336.

<sup>10</sup> Consultar entre otras, las sentencias T- 597-93, T-1218-04, T-361-07, T-407-08.

*“... si el derecho a la salud de cualquier individuo resultare amenazado o vulnerado, los jueces pueden hacer efectiva su protección por vía de tutela. Queda así demostrado que, para la jurisprudencia colombiana, el derecho a la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y que puede ser invocado en sede de tutela si llega a verse amenazado o vulnerado”.*

El Congreso de la República, mediante la Ley 1751 de 2015, reguló el derecho fundamental a la salud. En el artículo 2 de esta ley se dispuso:

*“ARTÍCULO 2o. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.*

***Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”***

### **2.3.3. Procedencia de la tutela respecto al reconocimiento y pago de prestaciones económicas - incapacidades.**

En relación a la procedencia de la tutela respecto al reconocimiento y pago de prestaciones económicas, la doctrina constitucional ha sostenido, que en principio, es improcedente este mecanismo tutelar toda vez que el ordenamiento jurídico prevé y consagra una serie de herramientas judiciales de carácter ordinario, a efectos de reclamar y hacer valer derechos derivados del sistema general de seguridad social integral, para lo cual, es menester acudir ante el juez ordinario laboral, a fin que resuelva las contingencias surgidas de las prestaciones y emolumentos que devienen del mencionado sistema.

Resultando ser procedente, de manera excepcional, *“la posibilidad de discutir esos asuntos en sede constitucional (...) en situaciones excepcionales, en las que exigirle al peticionario el agotamiento de los*

*medios ordinarios de defensa puede resultar excesivo, bien sea porque se trata de un sujeto de especial protección constitucional o porque, por distintas razones, tal trámite lo expone a un perjuicio irremediable. La necesidad de asegurar la materialización efectiva de las garantías fundamentales de quienes se ven enfrentados a situaciones que los hacen especialmente vulnerables y la imposibilidad de lograr ese objetivo en las instancias judiciales ordinarias es lo que, en últimas, hace procedente la acción de tutela"<sup>11</sup>.*

En igual sentido, el Tribunal Supremo en materia constitucional, sostiene que es necesario que el Juez de tutela realice un examen exhaustivo del contexto fáctico, que sustenten las pretensiones de la tutela, tales como la condición socioeconómica, la edad, el estado de salud del accionante, los cuales constituyen puntos centrales y relevantes para determinar, si el procedimiento ordinario se torna eficaz y va en procura de la protección de los derechos fundamentales o por el contrario, esos procesos judiciales podrían causar una amenaza o vulneración a los derechos del demandante, en tanto, que la demora en su resolución, hace que se pongan peligro derechos constitucionales de primera generación.

#### **2.3.4. Pago de incapacidades por enfermedades de origen común.**

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, "*Por la cual se crea el sistema de seguridad social e integral*", se determinó que dentro de los objetivos del Sistema de Seguridad Social Integral se encuentran las prestaciones que surgen de las incapacidades <sup>12</sup>, que pueda presentar un trabajador dependiente o independiente para el desempeño de sus funciones.

El estado de incapacidad de un trabajador puede ser de tres tipos: (i) **temporal**, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún

---

<sup>11</sup> Sentencia T – 333-13.

<sup>12</sup> El artículo 1º de la Resolución 2266 de 1998 "*por el cual se reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y licencias de maternidad en el Instituto de Seguro Social*" definido la incapacidad como "*el estado de inhabilidad física o mental de una persona que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión y oficio*".

no se han definido las consecuencias de una determinada patología; (ii) **permanente parcial**, cuando se presenta una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5% pero inferior al 50% y (iii) **permanente** (o invalidez), cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%.

Bajo ese contexto, dependiendo de la incapacidad de que se trate, el Sistema de Seguridad Social ha previsto, la forma en que se debe garantizar a los trabajadores incapacitados, los ingresos que les permitan subsistir ante la imposibilidad de ejercer su labor y/o profesión.

De tal manera, que tratándose de incapacidad laboral generada por enfermedad de origen común o no profesional, la Ley 100 de 1993 en su artículo 206, dispone que:

*“INCAPACIDADES. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto”*

A su turno, el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, establece:

*“En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante”*

El párrafo 1º del Artículo 40 del Decreto 1049 de 1999, dispone: “Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el

privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados".

La Corte Constitucional en Sentencia T-333 de 2013, resumió las mentadas disposiciones para clarificar las entidades a quienes les corresponde cancelar el subsidio de incapacidad por enfermedad general hasta los 180 días, tal como se peticiona en esta acción de tutela de la referencia, así:

*"4.2. El primer referente normativo sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales ocasionadas por enfermedad no profesional se encuentra en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra el derecho del trabajador a obtener de su empleador un auxilio monetario hasta por 180 días, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores.<sup>13</sup>*

*Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dicha tarea quedó en manos de las entidades encargadas de asegurar las contingencias en materia de seguridad social. El artículo 206 dispuso que el régimen contributivo asumiría el reconocimiento de "las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes", y autorizó a las EPS para subcontratar el cubrimiento de esos riesgos con compañías aseguradoras.*

*En esa dirección, y en concordancia con lo previsto en el Decreto 1049 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se ha entendido que el empleador es responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días<sup>14</sup> y que las EPS cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180, a menos que el empleador no haya afiliado a su trabajador al SGSSI o haya incurrido en mora en las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, en cuyo caso las incapacidades correrán por su cuenta<sup>15</sup>".*

---

<sup>13</sup> Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227 (...).

<sup>14</sup> Parágrafo 1º, Artículo 40 del Decreto 1049 de 1999: "Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados".

<sup>15</sup> La sentencia T-786 de 2009 (...) enumera los eventos en que la responsabilidad de las EPS en el reconocimiento de las incapacidades laborales causadas durante los primeros 180 días se traslada a los empleadores. El fallo indica que esto puede ocurrir cuando, por ejemplo, el trabajador no reúne el número mínimo de semanas cotizadas exigidas en el Decreto 47 de 2000; cuando el empleador incurrió en mora en el pago de las cotizaciones sin que la

Por consiguiente, en las hipótesis reseñadas de incapacidad por enfermedad general, el encargado de cubrirla por el primer período, menor a 3 días es el empleador. A partir de allí y hasta los 180 días, la responsable de cancelar ese monto es la respectiva Entidad Prestadora de Salud.

El procedimiento y la competencia para el pago de dichas incapacidades que sobrepasan los 180 días, en lo relacionado con la calificación de invalidez, el máximo Tribunal Constitucional en la sentencia T-401 de 2017 recapituló las reglas para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por enfermedad común, desde el día uno hasta el día 540, así:

*“(i) Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente<sup>16</sup>.*

*(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las **EPS**.*

*(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las **AFP**, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.*

*(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.*

*De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente.”.*  
*(Subrayas de la Sala)*

---

EPS se hubiera allanado a ella y cuando el empleador no informa sobre la incapacidad concreta del trabajador.

<sup>16</sup> Es indispensable aclarar que el empleador deberá asumir el pago de las incapacidades y en general de todas las prestaciones garantizadas por el Sistema de Seguridad Social Integral cuando no haya afiliado al trabajador o cuando a pesar de haber sido requerido por las entidades del sistema, se haya encontrado en mora en las cotizaciones al momento de ocurrir el siniestro. Ver: sentencias T-146 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-723 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa).

En efecto, de conformidad con la citada providencia<sup>17</sup>, el subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común que sobrepasen los 180 días iniciales, deben ser cancelados por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones, excepto, si la EPS incumple con la obligación de emisión del concepto de rehabilitación en los términos atrás indicados. En esos casos, la EPS asumirá dicho pago, hasta tanto sea emitido el mencionado concepto.

La Administradora de Fondo de Pensiones, por regla general, pagará el mencionado subsidio, después del día 180, *“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%”*<sup>18</sup>, ello sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud, es favorable o desfavorable.

Ahora bien, en cuanto al reconocimiento de las incapacidades posteriores a 540 días, debido al déficit de protección legal que afrontaron los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, ya sea porque no ha sido calificado su porcentaje de pérdida de capacidad laboral o porque su disminución ocupacional es inferior al 50%, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido y reglado por el Congreso de la República, quien a través de la Ley 1753 de 2015 -Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018-, atribuyó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las entidades promotoras de salud (EPS) y radicó en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad.

Del mismo modo, el Artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de julio de 2018, prescribe que:

*“Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días,  
Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las*

---

<sup>17</sup> En la que se ratifica, entre otras, la sentencia T-920 de 2009.

<sup>18</sup> *Ibíd.*

*incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:*

- 1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.*
- 2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.*
- 3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente. De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541)."*

De lo anterior, se desprende la obligación de las EPS de asumir el costo de las incapacidades con posterioridad al día 541, siempre y cuando se cumplan los anteriores supuestos.

### **2.3.5. El pago de las incapacidades, generadas con posterioridad a la calificación de pérdida de capacidad laboral.**

Sobre este aspecto, se trae a colación lo dicho por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia T-008/2018:

*"5.1 Como regla general, cuando un trabajador presenta pérdida de capacidad laboral inferior al cincuenta por ciento (50%) debe ser reincorporado al cargo que venía desempeñando, o si ello no fuere posible a otra actividad que no sea incompatible con su situación de discapacidad, siempre que los dictámenes médicos determinen que es apto para ello.*

*No obstante, esa regla tiene su excepción cuando el trabajador, a pesar de presentar un porcentaje de PCL inferior al 50%, no puede reincorporarse a su puesto de trabajo o a otra actividad, debido a que sus problemas de salud persisten y le generan nuevas incapacidades médicas. Esta situación no fue contemplada en la Ley 100 de 1993, ni en sus decretos reglamentarios, razón por la cual la jurisprudencia constitucional ha llenado ese vacío normativo.*

*En efecto, este Tribunal en sentencia T-140 de 2016, reconstruyó la línea jurisprudencial sobre la materia y concluyó que "los*

*pagos por incapacidades superiores a los primeros 180 días deben ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por 360 días adicionales, sin importar que ya se haya realizado la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuando este siga presentando afectaciones a su estado de salud que le impidan trabajar...”.*

*Sobre el particular, la Corte en sentencia T-920 de 2009 sostuvo:*

*“En el evento en que el afiliado no alcance el porcentaje requerido de invalidez o se le haya dictaminado una incapacidad permanente parcial, y por sus precarias condiciones de salud se sigan generando incapacidades laborales, le corresponde al Fondo de Pensiones continuar con el pago de las mismas hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez”.*

*A su vez, en sentencia T-729 de 2012, señaló:*

*“En el caso en el que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, **no obstante haber sido evaluado por la Junta de Calificación de Invalidez y se dictamine una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50 %**, la Corte ha interpretado, conforme con la Constitución Política y el precitado artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que le corresponde al fondo de pensiones el pago de las incapacidades superiores a los primeros 180 días, a menos que; i) se expida el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, que le permita consolidar el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez o ii) que se emita un nuevo concepto por parte del médico tratante que establezca que el actor se encuentra apto para reanudar labores”. (Énfasis agregado).*

*De esta manera, el pago de esas incapacidades debe realizarse, incluso, después de que se realice el dictamen de pérdida de capacidad laboral, “hasta que el médico tratante emita un concepto en el que se determine que la persona está en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %”.*

*Así las cosas, el pago de incapacidades no puede suspenderse cuando se realiza el examen de pérdida de capacidad laboral, sino hasta el momento en que la persona pueda reintegrarse a su puesto de trabajo o en su defecto le sea reconocida pensión de invalidez.*

*5.2 Sin embargo, es preciso determinar quién es el responsable del pago por incapacidades generadas luego del día 540. El*

artículo 67, inciso segundo, literal A de la Ley 1753 de 2015, resuelve tal inquietud en los siguientes términos:

Estos recursos [esto es, los que administra la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES–] 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.

Esto lleva a concluir que el pago de las incapacidades generadas con posterioridad a los 540 días continuos deba ser asumido por las EPS, quienes a su vez podrán reclamar ante la ADRES el reembolso de los pagos realizados por tales conceptos como lo expuso la Corte en Sentencia T-144 de 2016:

“Teniendo presente esta nueva normativa, es claro que en todos los casos futuros; esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la Ley –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 síntesis el pago de incapacidades médicas laborales por enfermedad de origen común está a cargo de la EPS durante los primeros 180 días. A partir del día 181 y hasta el día 540, los pagos deben ser realizados por la Administradora de Pensiones. Luego, a partir del día 541, corresponde a la EPS asumir tales costos, sobre los cuales podrá solicitar el respectivo reembolso ante la ADRES de conformidad con las previsiones legales y pronunciamientos judiciales expuestos en este acápite”.

**2.3.6. Caso concreto.** De las pruebas aportadas en el expediente, se evidencia que el señor **NAHIN MONTEJO CLAVIJO** tiene 47 años de edad y se encuentra afiliado a la NUEVA E.P.S. S.A.<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Conforme historia clínica visible a folios 13 – 17, del cuaderno de primera instancia.

Se encuentra acreditado además, que el accionante presenta *Cardiomiopatía Isquémica, Laringitis - Papilomatosis Laríngea y Disfonía Crónica*, según se desprende de la copia de la Historia Clínica emitida por la NUEVA E.P.S. S.A.<sup>20</sup>.

Asimismo, se destaca del plenario, que el accionante desde el año 2016 ha sido incapacitado, superando ampliamente los 180 días, en razón de sus múltiples enfermedades<sup>21</sup>. Al efecto, la entidad demandada acepta que el señor MONTEJO CLAVIJO presenta un total de 851 días de incapacidad continua, contados hasta el día 8 de octubre de 2019, habiendo completado los 540 días el 5 de noviembre de 2018<sup>22</sup>.

También está probado, que el señor **MONTEJO CLAVIJO** le fue dictaminada una pérdida de la capacidad laboral del 62.58%, de conformidad con la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia<sup>23</sup>, con fecha de estructuración desde el 10 de noviembre de 2017.

De igual forma se evidencia del expediente, que el accionante radicó ante la NUEVA E.P.S. S.A. "*formato de solicitud y notificación de transcripción para incapacidad o licencia*", el 22 de agosto de 2019<sup>24</sup>.

Pues bien, atendiendo al anterior recuento probatorio, esta Sala estima que en el presente caso resulta procedente la acción de tutela, atendiendo el deterioro progresivo y marcado del mínimo vital del accionante y su condición de sujeto de especial protección constitucional, derivada no solo de su situación de discapacidad, sino también, del estado de debilidad manifiesta que presenta en razón de sus problemas de salud.

---

<sup>20</sup> Conforme historia clínica visible a folios 13 – 17 del cuaderno de primera instancia.

<sup>21</sup> Conforme certificado de incapacidades, emitidas por la Dirección de Prestaciones Económicas de la NUEVA E.P.S S.A, militante a Fls. 43 - 46 del cuaderno de primera instancia.

<sup>22</sup> Cfr. folio 36 vto., cuaderno de primera instancia.

<sup>23</sup> Dictamen visible a Fl. 7 del cuaderno de primera instancia.

<sup>24</sup> Folio 11, cuaderno de primera instancia.

Demostrado lo anterior y en aplicación del marco normativo a que atrás se hizo relación, debe decirse que en el presente proceso NO se probó que los primeros 180 días de incapacidad fueran cancelados al accionante por parte de su empleador y la NUEVA E.P.S.; así como tampoco los días comprendidos entre los 181 y 540 días, ni a partir del día 541. De allí que, la Sala advierta una afectación a los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna del señor **NAHIN MONTEJO CLAVIJO**, al constatarse que no ha recibido el pago de sus incapacidades, las cuales, constituyen su única fuente de ingresos para sobrellevar su actual estado de vulnerabilidad debido a las precarias condiciones de salud en que se encuentra, hecho que lo imposibilita para desempeñar algún tipo de trabajo, por lo que prima facie, procede la confirmación de la providencia apelada, la cual, amparó los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y la salud del señor **NAHIN MONTEJO CLAVIJO**; ad empero, tal conclusión, en punto de quién y qué período debe ser pagado, si se atiende la persona jurídica que ha sido demandada, debe limitarse, en razón de la prueba aportada al expediente.

Al efecto, en el marco normativo ya se dijo que los primeros 180 días serán de cargo de la EPS a la cual se encuentre afiliado el petente, mientras que los períodos que superen tal cantidad de días y especialmente aquellos que superen los 540, por excepción deben ser cubiertos por las EPS, cuando estas no han cumplido con sus obligaciones legales frente al tema.

En este caso, se avizora que la NUEVA EPS ha cumplido con el ritual propio de este tipo de asuntos, pues, según lo acepta el propio demandante, en el acápite hechos, numeral 2 de la demanda, se cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación<sup>25</sup>, lo que incluso, surge de considerar la sola continuidad de la incapacidad y además se tiene, que la incapacidad laboral ya fue calificada en un porcentaje de 62.58% por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, por ende, mal se haría en predicar omisión o negligencia de parte del ente demandado, frente al

---

<sup>25</sup> Al no haberse probado en el expediente, la fecha de emisión de tal concepto, implica que en aplicación del principio de buena fe, al no ser debatido, se entienda efectuado dentro del término legal y no derive en obligación alguna en contra de la demandada.

trámite impartido respecto de la incapacidad presentada por el demandante.

Siendo así, debe modificarse la orden tutelar, en el sentido de que la NUEVA E.P.S. S.A. deberá responder por el pago de las incapacidades de los primeros 180 días del aquí accionante, atendiendo el marco normativo indicado, descontando lo que haya sido objeto de pago.

Finalmente, es importante precisar, que el accionante al detentar una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y con fecha de estructuración, 10 de noviembre de 2017, le asiste el deber de adelantar los trámites respectivos para la concesión de la pensión de invalidez.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia del 1º de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en los siguientes términos:

*“**ORDENAR** a la Nueva E.P.S, que en término máximo de cuarenta y ocho (48) horas hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, si aún no lo ha hecho, reconozca y pague al señor NAHIN MONTEJO CLAVIJO las incapacidades médicas generadas en los primeros ciento ochenta (180) días, reservándose la facultad de descontar aquellas que ya fueron canceladas”.*

**CONFIRMAR** en lo restante el fallo recurrido.

**SEGUNDO:** 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.

**TERCERO:** De manera oficiosa, por Secretaria de este Tribunal, envíese copia de la presente decisión al juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Aprobado en sesión de la fecha, según Acta No. 0158/2019

Los Magistrados,

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE**

**ANDRÉS MEDINA PINEDA**