



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, doce (12) de diciembre de dos mil catorce (2014)

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente:	70-001-33-33-001-2014-00273-01
Actor:	EDUARDO RODRÍGUEZ BERTEL
Demandado:	NUEVA EPS
Acción:	TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA
Tema:	PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN MATERIA DE PAGO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS - LICENCIAS DE INCAPACIDAD POR ENFERMEDAD GENERAL - PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES DE ORIGEN COMÚN

SENTENCIA No. 118

I. OBJETO A DECIDIR

Procede la Sala, a dirimir la impugnación presentada por la parte accionada contra la sentencia del 21 de octubre de 2014¹, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, con funciones en el sistema oral, en la que se concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor EDUARDO RODRÍGUEZ BERTEL.

¹ Fl. 27-32 reverso C. Ppal.

Expediente:	70-001-33-33-001-2014-00273-01
Actor:	EDUARDO RODRÍGUEZ BERTEL
Demandada:	NUEVA E.P.S.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 21 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

II. ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró la señor EDUARDO RODRÍGUEZ BERTEL, identificado con la cédula de ciudadanía No. 92.495.985 de Sincelejo, Sucre.

III. ACCIONADO

La acción está dirigida en contra de la NUEVA EPS.

IV. ANTECEDENTES

4.1. La demanda²

El señor EDUARDO RODRÍGUEZ BERTEL, actuando en nombre propio, presentó acción de tutela en contra de la NUEVA EPS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida y a la salud.

4.2. Hechos.

La accionante, como sustento a sus pretensiones, expuso los siguientes hechos que se compendian así:

Señaló que, en el mes de julio del presente año, inicio labores al servicio del señor Rafael Hoyos Salcedo, quien lo afilió el día 24 del mismo mes al servicio de seguridad social en salud en el ente Nueva EPS.

Adujo que, sufrió una fractura en el fémur derecho, lo cual le suscitó fuertes dolores que no le permiten en la actualidad hacer movimientos de manera normal, ni apoyar la pierna derecha al suelo; por lo cual, se moviliza con la ayuda de muletas.

Aseguró que, en estos momentos atraviesa por una crítica situación económica, al no poder trabajar; por consiguiente, depende del pago de las incapacidades médicas para solventar sus necesidades, pues esto agrava la lesión que padece.

Manifestó que, a través de escrito de fecha 26 de septiembre de 2014, la Nueva EPS le informó a su empleador, que no era posible reconocer y pagar las incapacidades identificadas como: N° 1728503, N° 1733232 y N° 1748171; dado que, el actor no

² Fl. 1 al 2 del C. Ppal.

Expediente:	70-001-33-33-001-2014-00273-01
Actor:	EDUARDO RODRÍGUEZ BERTEL
Demandada:	NUEVA E.P.S.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 21 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

acreditaba el tiempo de cotización mínimo dispuesto en el artículo 9 del Decreto 783 de 2000³.

Como último, afirmó que el cumple con el requisito de semanas mínimas requeridas, pues su afiliación data del 24 de julio de 2014; luego entonces, hasta la fecha cuenta con dos meses, es decir más de ocho semanas de afiliación a la Nueva EPS

4.3. Pretensiones.

Con fundamento en los hechos expuestos, el accionante en calidad de afectado, solicitó respetuosamente que:

4.3.1. Se declare la violación flagrante de los derechos constitucionales al mínimo vital, a la vida y a la salud del señor Eduardo rodríguez Bertel, por parte de la Nueva E.P.S al no reconocer y pagar las incapacidades N° 1728503, N° 1733232 y N° 1748171.

4.3.2. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la Nueva E.P.S a reconocer y pagar las incapacidades causadas N°1728503, N° 1733232 y N° 1748171, las cual son necesarias para el actor para solventar sus necesidades económicas, al no poder laborar en la actualidad.

4.4. Contestación⁴.

La NUEVA EPS, notificada del auto por el cual se admitió la presente acción⁵, presentó su contestación, oponiéndose a las pretensiones de la accionante; por consiguiente, citó apartes del concepto técnico del comité de prestaciones económicas de la Nueva EPS, en los que se esgrimió que el actor no cumplía con el tiempo mínimo de cotización, de acuerdo a lo establecido en el artículo 9, numeral 1 del Decreto 783 de 3 de mayo de 2000, es decir, un mínimo de 4 semanas en forma ininterrumpida y completa.

De otra parte, señaló que el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991, dispone que no se podrá conceder la tutela contra conductas legítimas de un particular; razón por la cual, solicitó se declare la improcedencia de la acción atendiendo a que la Nueva EPS ha cumplido con lo establecido en la ley.

³ **Artículo 9°.** El numeral 1 del artículo 3° del Decreto 047 de 2000, quedará así: "1. Incapacidad por enfermedad general. Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado, un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa, sin perjuicio de las normas previstas para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión."

⁴ Fl. 18 - 19 del C. Ppal.

⁵ Auto del 9 de octubre de 2014, obrante a folio 14 ib.

V. FALLO IMPUGNADO

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 21 de octubre de 2014, resolvió tutelar el derecho al mínimo vital invocado por el accionante, al considerar que éste acreditó según lo establece el artículo 9 del Decreto 783 de 2000, que modifica el numeral 1° del Decreto 047 del 2000, cuatro semanas de cotización ininterrumpidas y completas el 24 de agosto de 2014; por lo tanto, las incapacidades identificadas con N° 0001728503, iniciada el 18 de agosto de 2014 y la N° 1733232, suscitada el 21 de agosto de 2014, no fueron reconocidas, toda vez que se originaron con antelación al cumplimiento de las semanas mínimas de cotización exigidas por la ley.

Sin embargo, en lo relativo a las incapacidades N° 1748171, de fecha 30 de agosto de 2014 y la incapacidad de data 10 de septiembre de 2014, encontró procedente su pago, pues fueron causadas después de transcurrido el tiempo mínimo de cotización al sistema de seguridad social en salud.

En consecuencia, acudiendo como referente a pronunciamientos emanados de la Corte Constitucional, determinó la violación del derecho al mínimo vital, dado que durante la convalecencia del accionante, la incapacidad laboral constituye la única fuente de ingreso con la que éste cuenta para garantizar su subsistencia.

VI. IMPUGNACIÓN

En tiempo, la NUEVA EPS presentó escrito de impugnación⁶ contra el fallo de tutela de primera instancia, expresando su inconformidad en los siguientes términos:

Señaló que, el *a quo* no ordenó en la sentencia de tutela el recobro de las incapacidades reconocidas al señor Rodríguez Bertel al Consorcio SAYP, administrador del FOSYGA, por el valor del 100% de las prestaciones reconocidas, situación que considera contraria el principio de equilibrio financiero, ya que se condenaría a la EPS, por el cumplimiento del ordenamiento reglamentado por el mismo Estado.

En virtud de lo anterior, solicitó se revoque el fallo de tutela de la referencia; y en caso de que se confirme éste, se reconozca a la Nueva EPS el derecho a repetir contra el SAYP.

⁶ Fl. 36-37 del C. Ppal.

Expediente:	70-001-33-33-001-2014-00273-01
Actor:	EDUARDO RODRÍGUEZ BERTEL
Demandada:	NUEVA E.P.S.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 21 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

VII. PRUEBAS DEL EXPEDIENTE

La accionante, aportó como pruebas las siguientes:

- Formulario Único de Afiliación e Inscripción del señor Eduardo Rodríguez Bertel a la Nueva EPS⁷.
- Oficio N° VO - GRC - DPE – 477996 – 14, suscrito por el director de Prestaciones Económicas de la Nueva EPS, a través del cual manifiestan al actor la negativa en el reconocimiento de las incapacidades N° 1728503, N° 1733232 y N° 1748171.⁸
- Certificado de Incapacidad N° 1728503, a favor del señor Rodríguez Bertel, fecha de inicio 18 de agosto de 2014, fecha de terminación 20 agosto de 2014.⁹
- Certificado de Incapacidad N° 1733232, a favor del señor Eduardo Rodríguez Bertel, fecha de inicio 21 de agosto de 2014, fecha de terminación 29 de agosto de 2014.¹⁰
- Historia Clínica del Eduardo Rodríguez Bertel, de fecha 2 de septiembre de 2014, rubricada por el galeno Néstor Tamara Montes.¹¹
- Historia Clínica del actor, de fecha 1 de octubre de 2014 suscrita por la IPS Salud Sincelejo, adscrita a la Nueva EPS¹².

VIII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

8.1. La competencia

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en segunda instancia, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

8.2. Problema jurídico.

Corresponde a la Sala resolver la impugnación, para tal fin formulará los siguientes problemas jurídicos:

⁷ Fl. 3 del C. Ppal.

⁸ Fl. 4 del C. Ppal.

⁹ Fl. 6 C. Ppal.

¹⁰ Fl. 5 C. Ppal.

¹¹ Fl. 7 C. Ppal.

¹² Fl. 8 al 11 C. Ppal.

Expediente:	70-001-33-33-001-2014-00273-01
Actor:	EDUARDO RODRÍGUEZ BERTEL
Demandada:	NUEVA E.P.S.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 21 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

¿Cumple el señor Eduardo Rodríguez Bertel, los requisitos, para la procedencia del pago de las incapacidades laborales N° 1728503, N° 1733232, N° 1748171 y la de fecha 10 de septiembre de 2014, por parte de la Nueva EPS?

¿El Consorcio SAYP administrador del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, debe reembolsar a la Nueva EPS el valor de las incapacidades laborales causadas por el señor Eduardo Rodríguez Bertel?

Con el propósito de arribar a la solución de lo planteado, la Sala abordará como hilo conductor las siguientes temáticas: (i) Principio de subsidiariedad de la acción de tutela; (ii) Procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de pago de prestaciones económicas - licencias de incapacidad por enfermedad general; (iii) Pago de incapacidades laborales de origen común; (iv) Caso en concreto.

8.3. Principio de subsidiariedad 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 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.

8.4. Procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de pago de prestaciones económicas - licencias de incapacidad por enfermedad general.¹³

En torno a este tópico, la doctrina constitucional ha sostenido que, en principio, es improcedente este mecanismo tutelar, toda vez que el ordenamiento jurídico prevé y consagra unas series de herramientas judiciales de carácter ordinario, a afectos 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.”*¹⁴

En igual sentido, el Tribunal Supremo en materia constitucional, sostiene que para estudiar casos como el referido, en sede constitucional, 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 o la tardanza en su resolución, hace que se expongan o pongan peligro derechos constitucionales de primera generación.

En esa misma línea de pensamiento, el Alto tribunal Constitucional, ha expuesto¹⁵:

¹³ Relativo a este tema esta Corporación se pronunció en Sentencia de 23 de enero de 2014, M.P. Dr. Rufo Arturo Carvajal Argoty.

¹⁴ Sentencia T – 333-13

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T – 333 de 2013. M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

“3.4. Frente al caso específico de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia.

Cuando eso ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, puede conducir a que se trasgreden derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario. En ese contexto, es viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente.¹⁶

3.5. Así, en lugar de descartar la viabilidad de las tutelas instauradas para obtener el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad laboral, la disponibilidad de instrumentos alternativos de defensa exige que el juez de tutela indague en las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, para verificar si la mora en el pago de las incapacidades compromete sus derechos fundamentales o los de las personas a su cargo; si la ausencia de dichos emolumentos los exponen a un perjuicio irremediable o si, en todo caso, su situación de vulnerabilidad descarta la idoneidad y eficacia de los medios judiciales contemplados para el efecto.

En cualquiera de esas hipótesis, la acción de tutela procederá, para remover los obstáculos que enfrentan quienes soportan circunstancias de debilidad manifiesta, reivindicar su derecho a la igualdad real y efectiva frente a quienes no padecen esas contingencias y materializar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad intrínsecos a la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, dentro del cual se inscribe el derecho a recibir oportunamente el pago de las incapacidades laborales”¹⁷

8.5. Pago de incapacidades laborales de origen común.

Relativo a los responsables del pago de las incapacidades laborales de origen común la Corte Constitucional ha aleccionado señalando¹⁸:

Si la incapacidad es igual o menor a tres días, la misma será asumida directamente por el empleador. Así lo establece el Decreto 1406 de 1999, que en su artículo 40 – Parágrafo-I, señala lo siguiente:

“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

¹⁶ Al respecto, indica la sentencia T- 311 de 1996 (M. P. José Gregorio Hernández) que “el no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”. (Negritas fuera de texto)

¹⁷ Énfasis añadido.

¹⁸ Sentencia T -263 de 2012. M.P Jorge Iván Palacio Palacio.

Expediente:	70-001-33-33-001-2014-00273-01
Actor:	EDUARDO RODRÍGUEZ BERTEL
Demandada:	NUEVA E.P.S.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 21 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

promotoras de salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el Sistema General de Seguridad Social en Salud a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados”.

A su vez, a la EPS le corresponde pagar las incapacidades de origen común a partir del día cuarto, siempre y cuando la misma no sea prórroga de otra. Cabe advertir que las incapacidades se entienden prorrogadas cuando entre la que se va a liquidar y la anterior no existe un lapso mayor de 30 días y corresponda a la misma enfermedad.

Cuando la incapacidad de origen común es superior a 4 e inferior a 180 días, el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas derivadas de la misma recaen en cabeza de la EPS a la cual se encuentra afiliado el trabajador. En este sentido el artículo 206 de la ley 100 de 1993, indica:

“ARTÍCULO 206. 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.”

Lo anterior sin perjuicio de lo contemplado en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y que cobra vigencia cuando el empleador no ha afiliado a sus trabajadores:

“Art. 227. Valor del auxilio. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el patrono 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 citado artículo también resulta aplicable en aquellos casos en los cuales la enfermedad es de origen común, pero (i) el trabajador no tiene el número mínimo de semanas cotizadas en la forma en que lo exige el artículo 3°, numeral 1° del Decreto 47 de 2000¹⁹; (ii) el empleador incurrió en mora

¹⁹ En la Sentencia T-520 de 2008, la Corte Constitucional concedió la tutela de una persona que solicitaba el pago de incapacidades laborales por enfermedad de origen común, pero estimó que en ese caso concreto la EPS no estaba obligada a pagarlas porque el trabajador no había efectuado el número mínimo de cotizaciones exigido por las normas correspondientes, que era de cuatro semanas. El artículo 3, No. 1 del Decreto 47 de 2000, modificado por el Decreto 783 de 2000 dispone: “[p]ara acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa (...)”. Ese artículo fue luego modificado por el Decreto 783 de 2000.

en el pago de las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella²⁰; y (iii) el empleador no suministra las pertinentes informaciones acerca de la incapacidad concreta del trabajador²¹.

Cabe advertir que si la enfermedad no cuenta con un concepto favorable de recuperación, el trabajador mantiene el derecho a la reinstalación en el empleo. Si la enfermedad genera una limitación o pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, da lugar al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en cuyo caso la calificación de la pérdida laboral corresponde emitirla a la EPS, a la Aseguradora o a la Junta de calificación de invalidez, según sea el caso. Para ello y mientras se surte el trámite respectivo, el trabajador encuentra cubiertas sus necesidades económicas con el pago de las respectivas incapacidades, correspondiendo cubrir a la EPS los primeros 180 días y a la AFP hasta por 360 días más²². Por último, tiene garantizado el reintegro a sus ocupaciones laborales en el mismo cargo que venía desempeñando en la empresa o en una actividad similar, según las aptitudes con que cuente después de superar la respectiva incapacidad.

Corolario de lo anterior, se advierte que el trabajador se encuentra protegido ante contingencias presentadas, provenientes de una enfermedad común, siendo según el caso responsabilidad del empleador, la EPS o el Fondo de Pensiones, atender estas contingencias de manera que el empleado goce de las garantías establecidas en la ley y la constitución ante un evento adverso común.

8.6. Caso concreto.

El señor EDUARDO RODRÍGUEZ BERTEL pretende por vía de tutela el amparo sus derechos fundamentales, al mínimo vital, a la vida y a la salud; presuntamente

²⁰ De acuerdo con lo que ha dispuesto la jurisprudencia constitucional, aunque en principio las EPS no están obligadas a cubrir las incapacidades laborales de los afiliados morosos, si no han requerido a los afiliados el pago oportuno de los aportes al sistema o han recibido el pago extemporáneo de los mismos sin objetarlo, se allanan a la mora y pierden la posibilidad de rehusarse al pago de las prestaciones económicas. Cfr., Sentencias T-413 de 2004 y T-1090 de 2007. En la primera de estas, la Corte extendió al pago de incapacidades laborales las reglas que sobre allanamiento a la mora en materia de licencias de maternidad había construido la jurisprudencia. En ese sentido, estableció que del principio de la buena fe, entendido como la confianza en las relaciones jurídicas de las partes, si una empresa promotora de salud no alega la mora en la cancelación de los aportes realizados por el empleador a la seguridad social, posteriormente no puede negar la prestación económica del trabajador por ese hecho, de aceptarse lo contrario implicaría favorecer la propia negligencia en el cobro de la cotización e impondría una carga desproporcionada a la parte más débil de esta relación triangular: el trabajador.

²¹ En la Sentencia T-311 de 1996, la Corte concedió la tutela del derecho al mínimo vital de una persona que solicitaba el pago de prestaciones económicas por incapacidad laboral. La orden de pago estuvo dirigida al empleador de la tutelante, porque en ese caso no había suministrado la información pertinente acerca de la enfermedad concreta de la empleada. La Corte adujo que: “[d]e la normatividad vigente resulta, tanto por la necesidad de dar aplicación a los preceptos constitucionales como por las reglas establecidas en la ley, que existe una clara e impostergable obligación, exigible de manera inmediata por los trabajadores y a cargo de las entidades pertenecientes al Sistema General de Seguridad Social, de cubrir de manera oportuna las incapacidades que se originen, a menos que el patrono estuviere en mora en el pago de las cotizaciones, que no hubiere inscrito oportunamente al trabajador o que no hubiere suministrado las pertinentes informaciones acerca de la incapacidad concreta del empleado -como en este caso-, eventos en los cuales deberá asumir directamente tales pagos”.

²² Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001. “(...)para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la administradora de fondos de pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.”

amenazados por la NUEVA EPS, que se rehúsa a reconocer y sufragar el valor de las incapacidades laborales causadas.

De forma inicial, respecto al menester de subsidiariedad en casos como el examinado la Corte Constitucional ha señalado como bien se reseñó en punto 8.4 *ut supra* que es necesario examinarse el panorama fáctico que sustenta la pretensión de amparo, esto corresponde a tópicos como la edad, el estado de salud, las condiciones económicas entre otras.

En esa dirección, considera la Sala la observancia en este caso de éste requisito de procedibilidad, atendiendo a que de acuerdo con el formato único de afiliación a la EPS, obrante a folio N° 3 del expediente se avista que el demandante, devenga como ingreso el salario mínimo legal mensual y vigente; de igual forma, en el acápite de hechos del libelo introductorio, se narra que su empleo es la única fuente de recursos económicos, así como también el formato antes aludido, detalla que el señor nació el 11 de febrero de 1959, por lo que se extrae que en la actualidad ostenta una edad de 55 años; ante este panorama y atendiendo a los referentes jurisprudenciales escrutados, se proseguirá a examinar el asunto en cuestión en aras de precaver un perjuicio irremediable al actor.

En ese orden de ideas, en el sub lite se encuentra acreditado los siguientes hechos:

- El señor EDUARDO RODRÍGUEZ BERTEL, está afiliado como cotizante a la NUEVA EPS, desde el 24 de julio de 2014.
- El señor RODRÍGUEZ BERTEL, ostenta una edad de 55 años.
- El 18 de agosto de 2014, el personal médico de la Clínica General de Sucre, determinó la incapacidad médica del actor a través del certificado N° 1728503, la cual se extendió del 18 al 20 de agosto de 2014.
- El 20 de agosto de 2014, se realizó una nueva valoración médica al paciente en la Clínica General de Sucre, que determinó que padecía de una “*fractura de material de osteosíntesis de fractura de fémur*”; por lo tanto, se ordenó su incapacidad médica mediante certificado N° 1733232, por el término comprendido entre el 21 y 29 de agosto del año en Curso.
- Por conducto del certificado N° 1748171, fue extendida la incapacidad laboral desde el día 30 de agosto de 2014, hasta el 8 de septiembre de la misma anualidad.

- Posteriormente, el 2 de septiembre de 2014, después de una nueva evaluación por un médico ortopeda y traumatólogo, este determinó una incapacidad de 21 días más al actor, a partir del 10 de septiembre del cursante año.
- El accionante presentó solicitud de pago de las incapacidades médicas a la Nueva EPS, quien a través del Oficio N° VO - GRC - DPE – 477996 – 14 del 26 de septiembre de 2014, emanado de la Dirección de Prestaciones Económicas negó el reconocimiento de las mismas, aduciendo el incumplimiento del tiempo mínimo de cotización.

En efecto, entendiendo que la acción de tutela encaminada al pago de incapacidades laborales, se advierte que esta situación encuadra, dentro de los supuestos de procedencia excepcional de la acción de tutela, debido a que el actor es un hombre de edad mayor, esto es, 55 años; además percibe un salario mínimo de acuerdo a lo que señala el Formato Único de Afiliación a la Nueva EPS; aunado a esto, se advierte que padece de una “*fractura de material de osteosíntesis de fractura de fémur pierna derecha*” situación que a todas luces lo sitúa en un estado de evidente vulnerabilidad, por lo que considera esta Sala es procedente la aplicación excepcional de este medio.

En examen del *sub lite*, se colige que la norma que ampara el reconocimiento de prestaciones económicas con origen en las incapacidades generales a favor de los trabajadores, es el numeral 1° del artículo 3° del Decreto 47 de 2000, “*Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones*” que establece:

ARTÍCULO 3°-Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización:

1. Modificado por el art. 9. Decreto Nacional 783 de 2000. Incapacidad por enfermedad general. Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado, un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa, sin perjuicio de las normas previstas para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.

En ese orden de ideas, se considera que el señor RODRÍGUEZ BERTEL para ser beneficiario de las incapacidades laborales solicitadas, requiere acreditar un mínimo de cuatro (4) semanas de afiliación al sistema de seguridad social en salud; luego entonces, determinado anteriormente que la afiliación del accionante se remite al 24 de julio de la presente anualidad, se concluye que desde su afiliación hasta el momento en que se cumplen las 4 semanas de afiliación, el responsable en casos de que se genere alguna incapacidad es el empleador como lo define el artículo 227 del CST así:

ARTICULO 227. VALOR DE AUXILIO. 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,

Expediente:	70-001-33-33-001-2014-00273-01
Actor:	EDUARDO RODRÍGUEZ BERTEL
Demandada:	NUEVA E.P.S.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 21 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.

Corolario de lo anterior, se deduce que a partir del cumplimiento de las 4 semanas mínimas ininterrumpida y completas desde la afiliación a la EPS, la obligación en cuanto al pago de las prestaciones económicas que genera la incapacidad pasan a residir en cabeza de esta última como se precisó en el numeral 1° del artículo 3 *ibídem*.

En efecto, el 25 de agosto de 2014, la Nueva EPS inició como responsable de las incapacidades laborales por enfermedad general que se llegaren a suscitar al señor EDUARDO RODRÍGUEZ; razón por la cual, la incapacidad N° 0001728503, que inició el 18 de agosto de 2014 y concluyó 20 de agosto de 2014, no puede ser reconocida por la EPS aludida, pues no es atribuible a ella sino al empleador en virtud de lo determinado por la ley.

Ahora bien, respecto a la incapacidad N° 1733232, que comenzó el 21 de agosto de 2014 y finalizó 29 de agosto del mismo año, se avista que al entrar en vigencia la protección de la EPS respecto a las incapacidades laborales por enfermedad general el 25 de agosto de 2014, los cuatro días que restaban para la terminación de ésta, son asumidos por la Empresa Promotora de Salud, dado que ya se encontraba vigente su cobertura.

Así las cosas, la Nueva EPS deberá sufragar esos cuatro días antes anotados, por encontrarse vigente para ese momento la protección en materia de seguridad social en salud a su cargo.

En lo que respecta a las restantes incapacidades, esto es, la N° 1748171, iniciada el 30 de agosto de 2014 y concluida el 8 de septiembre de 2014, así como la iniciada a partir del 10 de septiembre de 2014, por el término de 21 días, deberán ser canceladas en su totalidad al señor RODRÍGUEZ BERTEL, por cumplir con los supuestos de ley para su procedencia.

De otra parte, en lo que respecta a la solicitud presentada por la Nueva EPS, encaminada a que le sean reintegradas las sumas de dinero que tenga que sufragar por concepto de incapacidad al actor, considera esta Judicatura tal petición improcedente, toda vez que el reconocimiento de las prestaciones derivadas de incapacidad laboral es una obligación de carácter legal que recae sobre las Entidades Prestadoras de Salud, por cuyo reconocimiento y pago las EPS no se puede solicitar ningún tipo compensación o reembolso por parte del Fondo de Solidaridad y Garantía.

Amén de lo anterior, no se puede considerar que cuando una EPS asume el pago de una incapacidad laboral, el equilibrio financiero del sistema se ve afectado, por cuanto

Expediente:	70-001-33-33-001-2014-00273-01
Actor:	EDUARDO RODRÍGUEZ BERTEL
Demandada:	NUEVA E.P.S.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 21 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

los afiliados al régimen contributivo tienen derecho a recibir dentro del Plan Obligatorio de Salud el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general, y a su vez, las EPS tienen el deber legal de asumir dichas prestaciones.

Sobre este tópico la Corte Constitucional²³ ha señalado:

Por su puesto, cuando una EPS debe asumir la prestación de un servicio al que no está obligada ni contractual ni legalmente, el equilibrio financiero del sistema de salud se ve afectado. Por ello, *“en aras de mantener el equilibrio financiero dentro del sistema y, de este modo, la vigencia del principio de eficacia previsto en el artículo 49 C.P., la Corte ha establecido en sus decisiones mecanismos de compensación económica, a fin que sea el Estado, a través de los recursos de solidaridad que percibe el sistema de seguridad social, asuma los costos de las prestaciones a las que en virtud de la ley, no deben cubrirse por parte de las entidades prestadoras de salud. Este mecanismo se concretiza en la facultad que el juez de tutela confiere a la entidad administradora para que repita en lo que exceda de sus obligaciones legales ante la subcuenta de compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA del sistema general de seguridad social en salud.”*^{24”25}

El Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA -, es una subcuenta del sistema general de seguridad social en salud, cuyo objetivo es *“permitir el proceso de compensación interna entre las entidades promotoras de salud, y demás entidades obligadas a compensar (EOC), con el fin de reconocer la unidad de pago por capitación y demás recursos a que tienen derecho las EPS y EOC para financiar la prestación de servicios de salud a todos los afiliados al régimen contributivo, con sujeción a los contenidos del plan obligatorio de salud y las prestaciones económicas a que hubiere lugar, de acuerdo con lo dispuesto en la ley y sus reglamentos.”*^{26”27}

Como se advierte, el FOSYGA se crea como una subcuenta de compensación sobre la cual puede repetir las Entidades Prestadoras de Salud que asuman obligaciones que exceden las estipuladas contractual y legalmente. Por tanto, la posibilidad de recobro se encuentra supeditada a que las entidades obligadas a compensar estén en un escenario en el que la prestación requerida esté expresamente excluida del Plan Obligatorio de Salud.

Esta es, precisamente, la regla contenida en el artículo 88 del Decreto 806 de 1998, reglamentario de la Ley 100 de 1993, que establece que los contenidos y exclusiones del Plan Obligatorio de Salud son los indicados por el Acuerdo 8 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y desarrollados por la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Protección Social hasta tanto dicho Consejo defina nuevos contenidos y exclusiones.²⁸

8. En lo que respecta a las incapacidades laborales, estas se encuentran expresamente reconocidas por en el artículo 206 de la ley 100 de 1993 (supra 5), y de conformidad con lo establecido por los Decretos 1804 de 1999 y 783 de 2000... (...)

En efecto, el pago de incapacidades laborales constituye un derecho para todas aquellas personas afiliadas al régimen contributivo, de conformidad con lo señalado en la Ley 100/1993 y demás normas enlistadas en la jurisprudencia *ut supra*.

²³ Ver Sentencia T-786/10

²⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-819/99.

²⁵ Sentencia T-1050/07.

²⁶ Definición utilizada por las autoridades encargadas de administrar los recursos del Fondo. Consultar sobre el particular el Manual Operativo de la Subcuenta de Compensación y Promoción. Ministerio de la Protección Social. Septiembre de 2007.

²⁷ Sentencia T-1090/07

²⁸ Ver sentencias T-1050/07, T-1090/07.

Expediente:	70-001-33-33-001-2014-00273-01
Actor:	EDUARDO RODRÍGUEZ BERTEL
Demandada:	NUEVA E.P.S.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 21 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Luego entonces, al encontrarse demostrada la afiliación al régimen contributivo en salud del señor Eduardo Rodríguez Bertel a la Nueva EPS, se advierte que la incapacidad laboral está a cargo de ésta entidad; por lo tanto, no puede ser rembolsado por el SAYP valor alguno por este concepto, puesto que el pago de esta prestación es una obligación en cabeza de la Entidad Prestadora de Salud, estipulada en el Plan Obligatorio de Salud.

Colofón, esta Sala encuentra de forma evidente una violación al derecho fundamental al mínimo vital del actor, por lo que confirmará en este sentido la providencia; sin embargo, la providencia será modificada, pues además de las incapacidades ya reconocidas, se ordenará el pago de la incapacidad N° 1733232, en lo concerniente sólo a los 4 días de incapacidad que correspondía amparar a la EPS, por haber entrado en rigor la protección frente a estas contingencias el 25 de agosto de 2014.

IX. CONCLUSIÓN

Colofón de lo expuesto, la respuesta al problema jurídico planteado es parcialmente positiva, toda vez que se demostró que el actor no cumplía los requisitos para el reconocimiento por parte de la Nueva EPS de la incapacidad laboral N° 1726503; respecto a la incapacidad N° 1733232 tiene derecho al reconocimiento de 4 días, y respecto a las incapacidades N° 1748171 y la iniciada a partir del 10 de septiembre de 2014, tiene derecho a su pago integral. En lo concerniente al segundo interrogante jurídico esbozado, se determinó que el Consorcio SAYP administrador del FOSYGA no debe rembolsar ninguna suma de dinero a la Nueva EPS, por cuanto es una obligación legal de esta última pagar las incapacidades laborales de un afiliado al régimen contributivo, pues es un derecho establecido en el Plan Obligatorio de Salud “POS”.

X. DECISIÓN

Atendiendo lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia impugnada, esto es, la proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el 21 de octubre de 2014, en cuanto a que la NUEVA EPS deberá sufragar adicionalmente a lo ya dispuesto por concepto de incapacidad laboral, el valor de 4 días respecto a la incapacidad N° 1733232”, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

Expediente:	70-001-33-33-001-2014-00273-01
Actor:	EDUARDO RODRÍGUEZ BERTEL
Demandada:	NUEVA E.P.S.
Acción:	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación:	SENTENCIA DEL 21 DE OCTUBRE DE 2014
Procedencia:	JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia impugnada.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, y ENVÍESE copia de la presente decisión al juzgado de origen.

CUARTO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMÍTASE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con el 32 del Decreto 2591 de 1991.

El proyecto de esta providencia se consideró y aprobó por este Tribunal, en sesión de la fecha, según consta en el Acta de Sala No. 192.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado