



13001-3333-011-2018-00235-01

Cartagena de Indias D. T. y C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

MEDIO DE CONTROL	ACCIÓN DE TUTELA. – IMPUGNACIÓN –
RADICADO	13001-3333-011-2018-00235-01
DEMANDANTE	PEDRO ANTONIO BLANCO LOZANO
DEMANDADO	NUEVA EPS Y UNIÓN TEMPORAL CARTAGENA 2013
MAGISTRADO PONENTE	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
TEMA	SUBSIDIO DE INCAPACIDAD LABORAL

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la accionada, contra la sentencia de tutela del veinticuatro (24) de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió conceder el amparo solicitado.

III.- ANTECEDENTES

- **Pretensiones.** (Fl. 1)

"Que se protejan los derechos fundamentales presuntamente vulnerados: derecho al mínimo vital y móvil, salud y seguridad social".

- **Hechos** (Fl. 1-3)

1. La parte accionante señala que laboró para la empresa Unión Temporal Cartagena 2013, la cual le efectuaba los aportes en Salud ante la Nueva EPS S.A.
2. Indica que estando trabajando para la empresa, quedó incapacitado para laborar por la enfermedad de ostiomelitis que sufrió en su mano derecha y lesión del brazo derecho, por esta imposibilidad física, su Entidad Prestadora de Salud le generó incapacidades laborales interrumpidas desde el 05 de marzo de 2018 hasta el 26 de mayo de 2018, las cuales no han sido pagadas.
3. Del mismo modo, la parte demandante manifiesta que desde el 10 de junio del año 2018 al 29 de agosto de 2018, la Nueva EPS no le expidió más incapacidades so pretexto de que la empresa Unión Temporal Cartagena 2013 no pagó oportunamente los aportes en Salud y Pensión ante las entidades correspondientes.
4. Como consecuencia de lo previo, la accionante adujo que se le ha afectado de manera gravísima su mínimo vital, en razón a que no recibe ingresos adicionales que le permitan sobrevivir a sí mismo y a sus dos hijas menores de edad. Por esto, instauró la acción de tutela de referencia para que se le ordene a las entidades correspondientes el pago de sus incapacidades laborales.



13001-3333-011-2018-00235-01

- **CONTESTACIÓN** (Fl. 20-21)

Nueva EPS S.A

La entidad accionada en la contestación a la acción de tutela señaló lo siguiente:

"Nos permitimos informar que la entidad Nueva EPS cancelo las incapacidades 21/01/2017 al 11/03/2018 - 112 días de incapacidad, no obstante, actualmente el usuario se encuentra suspendido por mora por el pago de las cotizaciones en salud, por lo que no es posible realizar el pago de las incapacidades solicitadas.

El artículo 71 del Decreto 2553 del 2015 en el inciso quinto señala lo siguiente:

Durante los periodos de suspensión por mora no habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones económicas por incapacidad, licencias de maternidad y paternidad por parte del sistema o de la EPS y su pago estará a cargo del empleador, solo que haya mediado un acuerdo de pago".

Adicionalmente el usuario cumple los 180 días de incapacidad el día 13/09/2018 por lo que si el usuario no estuviera en mora no sería factible cancela el total de las incapacidades solicitadas, por ser mayores a 180 días, correspondiendo el pago al Fondo de Pensiones.

Peticiones respetuosas.

1. *Que se desvincule de la presente acción de tutela a la entidad Nueva EPS por las razones de hecho y de derecho antes expuestas".*

UNIÓN TEMPORAL CARTAGENA 2013

Esta entidad accionada no rindió informe dentro del plazo correspondiente, por consiguiente, la Sala procederá a aplicar para su caso, la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, de manera que se tendrán por ciertos los hechos relatados por la accionante en su libelo de tutela solamente lo que afecta a esta entidad.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

- **Sentencia de Primera Instancia** (Fl. 62-68)

El Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 24 de octubre de 2018, resolvió conceder el amparo solicitado, argumentando entre otras cosas que:

"(...) En primer lugar, es importante precisar que la acción de tutela interpuesta por el señor Pedro Antonio Blanco Lozano es procedente por cuanto el no pago de las incapacidades genera una grave amenaza al mínimo vital de él y su familia. La Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela es procedente cuando se solicita el pago de incapacidades laborales, al evidenciarse una vulneración al derecho al mínimo vital.

El señor Pedro Blanco Lozano es un trabajador vinculado a la empresa Unión Temporal Cartagena 2013, de cuyos ingresos dependen sus dos hijas menores. Es claro que esta prestación lo que pretende es sustituir el salario o los honorarios percibidos por un trabajador ante un evento de enfermedad con el fin de garantizar su mínimo vital.



13001-3333-011-2018-00235-01

En el presente asunto, la Unión Temporal Cartagena 2013 no rindió el informe que le fuere solicitado al momento de admitirse la presente acción, razón por la cual se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, es decir, se deben presumir como ciertos los hechos que fundamentan la tutela.

Las pruebas del expediente, especialmente los documentos obrantes en los folios 11-25 y los visibles a folios, dan cuenta de que el accionante estuvo incapacitado por enfermedad general por un total de 203 días, los cuales a la fecha no han sido cancelados, de conformidad con las pretensiones expuestas.

Conforme a lo manifestado por el actor y las pruebas allegadas, se observa que padece una enfermedad denominada osteomielitis, no cuenta con más ingresos y es padre de dos hijas menores de edad: DIANA CAROLINA BLANCO ESTREMOR (17 años) y SUSANA ISABEL BLANCO PERTUZ (6 años), en tales circunstancias, el Estado debe brindar una especial protección, echando mano de herramientas como los criterios de priorización, por medio de acciones afirmativas, pues resulta previsible que sólo a partir de la ayuda estatal tales personas puedan superar la condición de vulnerabilidad en que se encuentran y obtener la protección de sus derechos.

(...)

De tal suerte que para el caso que nos atañe, el no pago de las incapacidades por parte de la EPS amenaza los derechos fundamentales al mínimo vital y el de su familia, puesto que pone en juego la satisfacción de sus necesidades básicas. Así pues, la acción de tutela que se analiza es procedente.

En cuanto al problema jurídico planteado, el mismo ha sido resuelto afirmativamente por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Concretamente ha establecido que el reconocimiento y pago de incapacidades laborales, independientemente de su origen, "constituye uno de aquellos emolumentos económicos y sociales destinados a sustituir el salario durante el periodo en que conforme lo indiquen los médicos tratantes la persona debe permanecer inactiva por razones de salud debidamente certificadas.

(...)

Por último, en cuanto a lo manifestado por la Nueva EPS en el sentido de que esa entidad ya ha cancelado 180 días de incapacidad y por consiguiente, a partir del día 181 corresponde al Fondo de Pensiones cancelar hasta un plazo de 540 días, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo de rehabilitación necesario en casos de accidente o enfermedad común, el cual deberá cumplirse el día ciento cincuenta (150), a la Administradoras de Fondos de Pensiones donde se halle afiliado el trabajador.

Con base en las anteriores reglas legales y jurisprudenciales, el Despacho advierte que la Nueva EPS vulneró los derechos fundamentales del señor Pedro Blanco Lozano al negarle el pago de las incapacidades otorgadas y reconocidas por esa entidad". **(Transcripción del escrito de impugnación).**

- **La impugnación.** (Fls. 71-79)

NUEVA EPS.

La Nueva EPS S.A presentó impugnación, aduciendo lo que viene a continuación:

"Con base en las anteriores conclusiones, para Nueva EPS S.A es claro que el vacío normativo persiste por cuanto a la fecha, la mencionada entidad que se encargará de la administración de recursos no ha sido creada ni la Ley 1753 de 2015, ha sido reglamentada, por lo cual su aplicación se torna imposible, hasta tanto el Gobierno Nacional en uso de la potestad reglamentaria que le asiste, en primer lugar cree la entidad que anunció en la Ley y por otro lado reglamente el procedimiento de revisión periódica de incapacidades.

Entonces, al persistir el vacío normativo, en cualquiera de las dos líneas jurisprudenciales, siempre que la EPS haya cumplido con la expedición del concepto favorable de rehabilitación



13001-3333-011-2018-00235-01

dentro de los plazos señalados y lo haya comunicado también en oportunidad, necesariamente deberá se exonerada de la responsabilidad de reconocer incapacidades laborales a partir del día 180, pues las mismas estarán a cargo del Fondo de Pensiones, o en un escenario menos proteccionista deberá declararse que ninguna entidad vulnera los derechos del trabajador y que a partir del día 541 a este le asisten otra clase de derechos como la obligación del empleador de reintegrarlo o que la relación laboral no sea terminada sin la observancia del procedimiento especial en estos casos.

En todo caso, en las acciones de tutela, si la defensa se hace en el marco del incidente de desacato, debe solicitarse la ampliación de la orden, solicitado que se autorice el recobro al Fosyga, mientras se crea la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Si la defensa se hace en la etapa de contestación o impugnación de la tutela, debe argumentarse la inaplicabilidad del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, por ausencia del Decreto que lo reglamente y como consecuencia el Juez debe adoptar cualquiera de las líneas jurisprudenciales expuestas, sin que en ninguna de estas se prevea la asunción del pago por parte de la EPS. Finalmente, es necesario solicitar la vinculación de los Fondos de Pensiones a las acciones de tutela, así como de los Ministerios de Hacienda, Salud y Trabajo.

En estos términos se emiten los presentes lineamientos, con el fin de que sean de aplicación en la defensa de las acciones de tutela y para que a nivel administrativo se mitigue el riesgo inherente a la inobservancia de los procedimientos". (Transcripción del escrito de impugnación).

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Conforme lo prevé el artículo 207 del CPACA, se efectúa el control de legalidad sobre el cumplimiento de las reglas del debido proceso en esta etapa del diligenciamiento, advirtiéndose por la Sala que no se evidencian vicios que puedan acarrear nulidad.

V.- CONSIDERACIONES

- COMPETENCIA

El Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación de la presente acción, con base en la Constitución Política y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991.

- PROBLEMA JURÍDICO.

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, la Sala 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar deberá determinar si la acción de tutela es procedente de manera excepcional para solicitar el pago de las incapacidades laborales reclamadas en el presente asunto.

En el evento de ser procedente, le corresponde a esta Corporación Judicial resolver:

1. ¿El no pago de incapacidades laborales comporta afectación a los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y vida digna de la parte accionante?
2. ¿Para el caso que nos ocupa, es la EPS la encargada de realizar el pago de incapacidades desde el día (113) hasta el día (236); producidas por una enfermedad de origen común?

- TESIS



13001-3333-011-2018-00235-01

La Sala considera pertinente confirmar la sentencia del *a quo*, dado que de conformidad con la Jurisprudencia Constitucional, el Decreto 2943 de 2013 y la Ley 962 de 2005, el no pago oportuno de las incapacidades laborales generadas al actor a partir del día ciento trece (113) en adelante, constituye una afectación a sus derechos fundamentales al mínimo vital, salud y vida digna por parte de la EPS quien es la responsable de dicho subsidio para el caso *sub examine*, puesto que el asalariado y su núcleo familiar se ven sometidos a no satisfacer su subsistencia y proyecto de vida, por lo que se hace necesaria la intervención del Juez de Tutela, a fin de neutralizar el perjuicio irremediable que les causaran¹.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

Los artículos 86 de la Constitución Política y 1º del Decreto 2591 de 1991, establecen que toda persona, por sí misma o por quien actúe en su nombre, podrá ejercer acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares. En este último caso, en los eventos señalados en la Ley.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiaria, 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.

- PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS INCAPACIDADES LABORALES.

La Corte Constitucional sostuvo que en principio, la acción de tutela no sería el recurso adecuado para solicitar el pago de prestaciones laborales como el auxilio económico y el subsidio de incapacidad, toda vez que la jurisdicción laboral tiene competencia para dirimir las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos².

No obstante, el Tribunal Constitucional señaló que a pesar de contar con un recurso ordinario en materia de pago de subsidio de incapacidad, la acción de tutela se torna procedente, siempre y cuando en el examen de procedencia se concluya que se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Lo que significa que la procedencia del recurso de amparo puede variar, independiente de que la causa pueda ser atendida a través de vías ordinarias.

Con base en lo precedente, la Jurisdicción Constitucional ha fijado el carácter excepcional de la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de derechos de carácter económico, derivados de relaciones laborales. No obstante, esta premisa conduce a la tarea indispensable de evaluar los casos concretos bajo

¹ Corte Constitucional. Sentencia T 490 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

² Artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, "Código General del Proceso".



13001-3333-011-2018-00235-01

la perspectiva de las condiciones objetivas de quien interpone la acción, así como la naturaleza y relevancia que cobra la incapacidad en la garantía de los derechos fundamentales, al ser un sustituto del salario devengado por quien ha sufrido menoscabo temporal o permanente de su capacidad laboral.

Por esto, el Tribunal Constitucional precisó unas reglas que permiten comprender de mejor manera la naturaleza y fin del pago de las incapacidades:

"i) El pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar; ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta³." (Negritas de la Sala).

Por consiguiente, el pago de las incapacidades tiene un estrecho vínculo con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en el lapso en el que la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan recibir un salario. Por tales motivos, la Corte Constitucional reconoce implícitamente que sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados.

Adicionalmente, el máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional sentó tres reglas para el análisis de este tipo de casos, a saber:

"i) La necesidad de garantizar la protección reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral, por tener incapacidades prolongadas, pero no son considerados inválidos; ii) La obligación impuesta por el Plan Nacional de Desarrollo, respecto al pago de tales incapacidades, es de obligatorio cumplimiento por todas las autoridades. iii) Podrá concederse una aplicación retroactiva en virtud del principio de igualdad". (Negritas de la Sala).

En estos términos, la Corte Constitucional indica que en lo que respecta a la primera regla, las personas incapacitadas de forma parcial y permanente, se encuentran en una situación adversa, ya que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son considerados técnicamente inválidas. En consecuencia, la Corte sostiene que:

"En estos casos es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997⁴".

En cuanto a la segunda regla, la Corporación Judicial Constitucional señala que el déficit de protección para trabajadores que superan 540 días de incapacidad se entiende superado por la ley 1753 de 2015 y a partir de su entrada en vigencia, tanto "(...) el Juez Constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberán acatarla (...)"

³ Corte Constitucional. Sentencia T 490 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T 200 de 2017. Magistrado Ponente: José Antonio Cepeda Amarís.



13001-3333-011-2018-00235-01

Finalmente, en lo referente a la tercera regla, la Corte Constitucional explica que existe la posibilidad de dar aplicación retroactiva al artículo 67 de la ley 1753 de 2015, toda vez que no establece un régimen de transición para los casos ocurridos antes de la promulgación de la ley, generando un trato desigual.

En efecto, si bien es cierto que el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 entró en vigencia el 9 de junio de 2015, como se expuso previamente, la jurisprudencia constitucional ha admitido su aplicación retroactiva con fundamento en: (i) el principio de igualdad; (ii) la especial protección de la cual son titulares las personas con incapacidades prolongadas y que, en consecuencia, no han podido integrarse nuevamente a la actividad laboral; y (iii) en la facultad que tienen las EPS de repetir lo pagado ante el Estado.

Por las anteriores razones, este Tribunal Constitucional ha sostenido que cuando no se reconoce el pago de las incapacidades laborales, se pueden estar afectando otros derechos fundamentales como la salud, la vida en condiciones dignas, el mínimo vital del trabajador y de su núcleo familiar, ya que en la mayoría de los casos el subsidio por incapacidad representa su único sustento.

De lo anterior puede colegirse que, el reconocimiento de la incapacidad por enfermedad general constituye un mecanismo idóneo para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores dependientes e independientes, entre los que pueden destacarse los siguientes, no sin antes aclarar que no son los únicos:

“(i) La salud, en la medida que permite al afiliado disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que en estricto sentido no exista prestación de servicio, circunstancia que contribuirá a la recuperación satisfactoria de su estado de salud, puesto que le permite seguir con el tratamiento prescrito por el médico tratante y guardar el reposo requerido para su óptima recuperación (...).

(ii) El mínimo vital, por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar.

Dentro de este contexto, 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 trabajador⁵.

Así pues, en la medida en que el pago de este tipo de incapacidades procura la consecución de fines constitucionales, se concluye que su creación en el Sistema de Seguridad Social procura la satisfacción de múltiples derechos fundamentales, entre los que pueden destacarse el derecho a la salud, el mínimo vital, y la seguridad social del cual hace parte⁶”.

Por tanto, la Corporación Judicial Constitucional ha reiterado que se presume que el pago de las incapacidades laborales constituye la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su subsistencia y la de su familia, tal como ocurre con su salario. Es por ello que a pesar de la existencia de otras vías judiciales

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T 818 de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T 490 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.



13001-3333-011-2018-00235-01

por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, cuando éstas no se pagan oportunamente se afectan derechos del orden constitucional, por lo que se hace necesaria la intervención del juez de tutela a fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar⁷.

En conclusión, la acción de tutela se torna procedente para solicitar el pago de subsidio de incapacidad, pues con el recurso se pretende la protección a los derechos al mínimo vital, salud y vida digna.

- **PAGO DE SUBSIDIO DE INCAPACIDAD POR ENFERMEDAD DE ORIGEN COMÚN DESDE EL TERCER DÍA HASTA EL DÍA 180 Y DEL 181 HASTA EL 540.**

Habiéndose advertido la procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de pago de incapacidades laborales, corresponde examinar a que entidad le corresponde asumir la responsabilidad de pagarlas en tratándose de incapacidades superiores a 180 e inferiores a 540 días.

Sobre la base de lo previsto en la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

En síntesis, la Corte Constitucional en relación con este tema ha establecido que el origen de la incapacidad determina la hoja de ruta para establecer con claridad cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene la obligación de pagar las incapacidades, en concordancia con las diferentes reglas temporales que operan en los casos de enfermedades de origen común⁸.

En ese mismo orden, las reglas jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540 son las siguientes:

- (I) Los primeros dos días de incapacidad, el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.
- (II) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de la **EPS**.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T 490 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T 200 de 2017. Magistrado Ponente: José Antonio Cepeda Amarís.



13001-3333-011-2018-00235-01

- (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 desfavorable⁹.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior, en el que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades prestadoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del 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.

- **ENTIDAD RESPONSABLE DEL PAGO DEL SUBSIDIO POR INCAPACIDAD SUPERIOR A 180 DÍAS E INFERIOR A 540 DÍAS DE ACUERDO AL ORIGEN DE LA ENFERMEDAD.**

De conformidad con lo señalado anteriormente, se tiene que la responsabilidad en el pago del subsidio por incapacidad laboral superior a 180 e inferior a 540 días recae en el Fondo de Pensiones o en la Administradora de Riesgos Laborales según el origen de la enfermedad.

En ese orden, en este acápite se puntualizará el marco jurídico constitucional que permite trazar en que eventos está obligado el Fondo de Pensiones o la Administradora de Riesgos Laborales.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que *mutatis mutandis*, en materia de pago de incapacidades laborales, la responsabilidad de las Administradoras de Riesgos Profesionales es subsidiaria, circunscrita a situaciones específicas, concretamente a enfermedades o accidentes originados directamente con la actividad laboral del trabajador, de manera que mientras este hecho no se encuentre plenamente acreditado y definido, se entiende que se trata de una causa común y, por tanto, existe un principio de presunción de que la responsabilidad debe recaer en el sistema general de pensiones, a través de cualquiera de sus regímenes¹⁰.

Ahora bien, el artículo 12 del Decreto 1295 de 1994, dispone expresamente que:

"Toda enfermedad o patología, accidente o muerte, que no hayan sido clasificados o calificados como de origen profesional, se consideran de origen común".

Con base en lo precedente, el Tribunal Constitucional en sentencia T-177 de 2008, estableció lo subsiguiente:

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T 401 de 2017. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-177 de 2008. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.



13001-3333-011-2018-00235-01

"(...) En este orden de ideas, si una vez establecido el origen del siniestro, éste coincide con la determinación de esta Corporación de imputarle la responsabilidad de la financiación de la prestación económica a la Administradora de Fondos y Pensiones Porvenir S.A., esta entidad debe continuar sufragando la pensión de sobrevivientes. **En caso contrario, esto es, de establecerse el origen de la muerte como de carácter profesional, será el sistema de riesgos profesionales en cabeza de la A.R.P. Liberty S.A. quien se hará cargo del pago de la prestación económica pretendida por la actora. En caso de que se materialice este evento, el Fondo de Pensiones Porvenir S.A. podrá recobrar contra la segunda por todos aquellos gastos asumidos con motivo de la presente decisión. No sobra recordar que para efectos de la calificación del origen del accidente, enfermedad o muerte del trabajador, en este caso del cónyuge de la actora, el artículo 12 del Decreto 1295 de 1994 establece cuál es el procedimiento que se debe seguir. Con tales propósitos, el Fondo de Pensiones Porvenir S.A. queda plenamente habilitado para llevar a cabo las gestiones que sean necesarias tendientes a lograr que se califique en forma definitiva el origen de la muerte (...)**".

En este sentido, en el pago de incapacidades superiores a 180 e inferiores a 540 días, una vez establecido el origen de la enfermedad, la responsabilidad de la financiación de la prestación económica será a cargo de la Administradora de Riesgos Laborales, en el evento de tener origen laboral la misma, por el contrario, cuando se establezca que el origen de la enfermedad es común, la responsabilidad recae en el Fondo de Pensiones.

Por consiguiente, hasta tanto no se acredite el origen profesional o laboral de la enfermedad, la Entidad Pensional deberá continuar sufragando el subsidio por incapacidad laboral. En caso de que se materialice el origen laboral de la enfermedad, el Fondo de Pensiones podrá recobrar contra la Administradora de Riesgos Laborales, por todos aquellos gastos asumidos en el pago de las incapacidades médicas de origen laboral¹¹.

- Teoría del Allanamiento a la Mora.

En virtud de que en el *sub examine* se evidencia el pago tardío de los aportes en Salud ante la entidad correspondiente, deberá estudiarse la teoría del allanamiento a la mora, la cual ha sido decantada por la Jurisprudencia Constitucional así:

La Corte Constitucional por medio de sentencia T 413 de 2004, extendió la figura del allanamiento a la mora en el pago de las licencias de maternidad a los casos de reconocimiento y pago de incapacidades laborales.

La sentencia antes citada, determinó que el allanamiento a la mora cuyo origen se remontaba al caso de licencias de maternidad, tenía total vigencia y aplicabilidad en los casos de las incapacidades laborales por presentarse supuestos similares en los cuales las entidades se negaban a reconocer las prestaciones que les correspondían, con el argumento de la extemporaneidad en los pagos de los aportes, sin que hubieran actuado para remediar esta situación.

Con base en lo expuesto, el Tribunal Constitución con precisión indicó que:

¹¹ *Ibidem*.



13001-3333-011-2018-00235-01

“Con fundamento en la figura del allanamiento a la mora, no podrá negarse el reconocimiento de una incapacidad laboral por enfermedad general en tanto se parte de la base que las entidades responsables de autorizarlas y cancelarlas, en este caso, las EPS, han aceptado los aportes en salud efectuados al sistema de forma tardía, sin que hayan rechazado su pago o emprendido acciones legales serias orientadas a su cobro judicial. No es posible, que las mismas aleguen la extemporaneidad del pago de los aportes tan solo cuando le son solicitadas prestaciones y no cuando reciben el dinero en cuestión¹²”. (Negritas fuera del Texto).

Así las cosas, aun cuando el trabajador independiente o el empleador haya efectuado el pago de manera tardía, si la EPS demandada no lo ha requerido para que lo hiciera, ni hubiese rechazado el pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del trabajador independiente o del empleador, y, por tanto, se encuentra obligada a pagar la incapacidad del empleado.

CASO CONCRETO.

- Marco factico probado

De conformidad con las pruebas allegadas oportuna y regularmente al proceso de tutela de referencia, la Sala consigna por cierto que la parte accionante, Pedro Antonio Blanco Lozano, padece de osteomielitis, lo que trajo consigo que le generaran incapacidades laborales de manera interrumpida desde el 05 de marzo de 2018 al 11 de octubre de 2018, las cuales suman un total de 124 días de incapacidad. Constatándose con los certificados de incapacidades que obran a **folios 11 a 22** del expediente.

Las incapacidades laborales generadas para efectos metodológicos se ilustran así:

Folio.	Incapacidades laborales.	Fecha Inicial.	Fecha Final.	Días.	Pagada o no.
Folio 17.	1ra.	05 de marzo de 2018	11 de marzo de 2018	7 días.	La Nueva EPS no probó que pagó
Folio 12.	2da.	13 de marzo de 2018	27 de marzo de 2018	15 días.	La Nueva EPS no probó que pagó
Folio 13.	3ra.	03 de abril de 2018	09 de abril de 2018	7 días.	La Nueva EPS no probó que pagó
Folio 14.	4ta.	11 de abril	25 de abril	15 días.	La Nueva EPS no

¹² Corte Constitucional. Sentencia T 025 de 2017. Magistrado Ponente: Aquiles Arrieta Gómez.



13001-3333-011-2018-00235-01

		de 2018	de 2018		probó que pagó
Folio 15.	5ta.	26 de abril de 2018	10 de mayo de 2018	15 días.	La Nueva EPS no probó que pagó
Folio 16.	6ta.	11 de mayo de 2018	25 de mayo de 2018	15 días.	La Nueva EPS no probó que pagó
Folio 11.	7ma.	26 de mayo de 2018	09 de junio de 2018	15 días.	La Nueva EPS no probó que pagó
Folio 18.	8va.	30 de agosto de 2018	05 de septiembre de 2018	7 días.	La Nueva EPS no probó que pagó
Folio 19	9na.	13 de septiembre de 2018.	19 de septiembre de 2018.	7 días.	La Nueva EPS no probó que pagó
Folio 20	10ma.	20 de septiembre de 2018	26 de septiembre de 2018	7 días.	La Nueva EPS no probó que pagó
Folio 21	11ma.	27 de septiembre de 2018	03 de octubre de 2018	7 días.	La Nueva EPS no probó que pagó
Folio 22	12va.	05 de octubre de 2018	11 de octubre de 2018	7 días.	La Nueva EPS no probó que pagó
Folios 11 a 22.	Total	05 de marzo de 2018	11 de octubre de 2018	124 días.	La Nueva EPS no probó que pagó



13001-3333-011-2018-00235-01

Por lo anterior, la Nueva EPS no le ha reconocido ni pagado a la parte accionante el subsidio respectivo por las incapacidades producidas a partir del 05 de marzo de 2018 al 11 de octubre de 2018, toda vez que no demostró en su libelo de contestación mediante prueba alguna que había efectuado el pago de las mencionadas incapacidades, por lo que se entiende que no lograron desvirtuar la *negación indefinida*¹³ que planteó el actor Pedro Blanco Lozano, al sostener que no recibió el pago del subsidio por incapacidad por parte de las accionada enunciada.

En el mismo sentido, la Nueva EPS aduce el no pago de incapacidades por hallarse el actor inactivo de los servicios de salud por la mora de la empresa Unión Temporal Cartagena 2013 en los aportes a Salud desde los meses de julio y octubre, los cuales fueron en efecto cancelados tardíamente por la empresa mencionada, comprobándose esto con los comprobantes de pago que militan a **folio 24 y 25 del plenario**.

Ahora bien, la parte accionada demostró que efectuó las incapacidades generadas en favor del accionante desde el 21 de enero de 2017 a 11 de marzo de 2018 equivalentes a 112 días (**folio 51 a 57**). Pero no efectuó las que solicita el accionante en la tutela.

Aunado a lo expuesto, se probó que el señor Pedro Blanco Lozano tiene dos hijas menores de edad que dependen económicamente del mismo para satisfacer sus necesidades, Diana Carolina Blanco Estremor y Susana Isabel Blanco Pertúz, lo anterior se coteja con los Registros Civiles de Nacimiento de las niñas que obran a **folio 26 y 27 del expediente**.

- **De la procedencia.**

Teniendo en cuenta lo previo, la Sala analizará la procedencia excepcional de la acción de tutela por tratarse de un asunto de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral.

En ese orden, como se señala en la *obiter dictum*¹⁴ de esta providencia, la Corte Constitucional manifestó que el recurso de amparo es procedente excepcionalmente cuando el accionante pretende el reconocimiento y pago de incapacidades laborales, toda vez que se presume que el pago de las mismas constituye la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su subsistencia y la de su familia, tal como ocurre en el *sub lite*, puesto que la parte accionada no objetó tal presunción *iuris tantum*¹⁵, probando que el actor cuente con ingresos suficientes que le permitan satisfacer sus necesidades básicas de manera independiente al pago de las incapacidades laborales.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T 622 de 2012. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁴ La *obiter dicta*, "o lo que se dice de paso" en la providencia; esto es, aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión, como las "consideraciones generales", las descripciones del contexto jurídico dentro del cual se inscribe el problema jurídico a resolver o los resúmenes de la jurisprudencia sobre la materia general que es relevante para ubicar la cuestión precisa a resolver. Corte Constitucional. Sentencia C 241 de 2010.

¹⁵ Devis Echandía, H. Compendio de Derecho Procesal, Bogotá: Editorial ABC, 1972, Tomo II, Segunda edición, pp. 479 a 493.



13001-3333-011-2018-00235-01

Por consiguiente, a pesar de la existencia de la vía judicial ordinaria mediante la cual el accionante puede reclamar sus incapacidades, el no pago oportuno de estas afectan sus derechos de orden constitucional, de tal modo que en el caso que nos ocupa, se hace necesaria la intervención del Juez de tutela, en aras de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado Pedro Blanco Lozano y sus dos hijas que integran el núcleo familiar.

Por estas razones, el examen de fondo de la acción de tutela de referencia está llamado a prosperar, considerando que el pago de las incapacidades tiene un estrecho vínculo con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna del actor, dado que el mismo no se encuentra en condiciones apropiadas para efectuar labores que le permitan obtener un salario suministrado por la prestación de servicios que realizaba ante la empresa, como se coteja con las incapacidades médicas que obran en el expediente, en el que aparece que la enfermedad de Ostitomelitis que sufre el actor, impide que labore en condiciones óptimas en la empresa Unión Temporal Cartagena 2013 (**folio 12 a 22**).

- **Fondo.**

Habiendo determinado la procedencia de la tutela, esta Corporación examinará el fondo del asunto, de manera que se resolverán los problemas jurídicos de si se han vulnerado los derechos alegados por el accionante por el no pago oportuno de sus incapacidades laborales producidas desde el día 113 hasta el día 236, y de ser así, determinar a quién o a quienes le corresponde la obligación de asumir el susodicho pago del subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común.

Dentro de este contexto, la Corte Constitucional sostuvo que el no pago oportuno de las incapacidades laborales genera *per se* vulneración a los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y vida digna del trabajador incapacitado, debido a que constituye la única fuente de ingresos económicos que le permiten al asalariado satisfacer sus necesidades básicas personales y familiares, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario de su proyecto vital.

La anterior situación se configura en el caso *sub examine*, toda vez que se encuentra acreditado en el proceso que la parte accionante, detenta inconvenientes de salud que le han imposibilitado laborar en condiciones adecuadas, lo que ha conllevado que la Nueva EPS le expida incapacidades laborales de hasta 15 días inclusive con prorrogas, de tal manera que su derecho al mínimo vital y móvil se halla en un estado de vulnerabilidad, *ergo* se presume que únicamente depende de dichos ingresos, igualmente, su derecho a la salud está comprometido, puesto que el actor al no disponer de una suma de dinero periódica, la consecuencia es la afectación a una recuperación óptima de su vitalidad¹⁶.

Así las cosas, la parte accionada por su comportamiento omisivo, violó los derechos fundamentales a la salud, vida digna y mínimo vital y móvil del señor Pedro Blanco Lozano, por lo que deberá efectuar el pago de las incapacidades emitidas a favor

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T 490 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.



13001-3333-011-2018-00235-01

de la parte accionante, desde el día ciento trece (113) hasta que cese la emisión de incapacidades a su favor, por haberse comprobado su rehabilitación satisfactoria y reincorporación laboral como también hasta que se resuelva en forma definitiva el porcentaje de pérdida de su capacidad laboral.

Ahora bien, es indispensable señalar quién o quiénes son los responsables de sufragar el subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común del actor, debido a que de conformidad con la prueba documental de las incapacidades laborales aportadas por la parte accionante, se demuestra que las mismas superan los tres días (3) y son inferiores a trescientos días (300), y la Nueva EPS no ha cancelado las incapacidades generadas desde el día ciento trece (113) hasta el día doscientos treinta y seis (236).

En efecto, la Sala distingue que le corresponde la responsabilidad de pagar las incapacidades que no sobrepasen los 180 días a la entidad prestadora de salud, Nueva EPS, puesto que el legislador en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013 consagró que son las EPS las responsables de sufragar las incapacidades posteriores al tercer día de incapacidad hasta el día 180, siempre y cuando sean de origen común¹⁷.

Por su parte, las incapacidades producidas a partir del día 181 en adelante deberá asumirlas el Fondo de Pensiones correspondiente, en razón a que el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 dispone que los fondos de pensiones tienen la obligación de cancelar el subsidio de incapacidad laboral por enfermedad de origen común desde el día 181 hasta el 540¹⁸.

A pesar de lo anterior, el Fondo de Pensiones al que se halla afiliado el accionante no le corresponde asumir el pago a partir del día 181 en adelante hasta el 236, por cuanto la Entidad Prestadora de Salud del actor, no probó que expidió concepto favorable de rehabilitación antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150) a la Administradora de Pensiones donde se encuentra afiliado el accionante, en consecuencia, la Nueva EPS debe asumir la sanción establecida en el numeral 6 del artículo 41 de la Ley 100 de 1993¹⁹, en la que deberá pagar un subsidio equivalente

¹⁷ Artículo 1. Modificar el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual quedará así:

Parágrafo 1º. 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.

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.

¹⁸ Ley 100 de 1993. Artículo 52. Determinación de la pérdida de capacidad laboral y grado de invalidez. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, quedará así: Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

¹⁹ Ley 100 de 1993. Artículo 41. Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le



13001-3333-011-2018-00235-01

a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta días (180) iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

En este sentido, si la Nueva EPS S.A considera que no es la responsable de dicho subsidio de incapacidad a partir del día 181, deberá suscitar su controversia contra el Fondo Pensional del accionante, ante un Juez Laboral, para que así ésta última le remolse los pagos que se ordenarán en la presente providencia, de conformidad con el numeral 4 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social²⁰.

Así las cosas, como el accionante señaló que no le han reconocido ni pagado el subsidio respectivo por las incapacidades producidas a partir del día ciento trece (113) hasta el doscientos treinta y seis (236), es decir desde el 05 de marzo de 2018 hasta el 11 de octubre de 2018, en virtud de la *negación indefinida* que sostuvo, le correspondía a la accionada Nueva EPS desvirtuar mediante algún medio probatorio que efectuaron los pagos. Sin embargo, por no demostrar la accionada el pago de las incapacidades, se consignará por cierto, como se señaló en el acápite del marco fáctico probatorio, que no las cancelaron.

Con fundamento en lo antecedente se resuelve el tercer problema jurídico formulado, la entidad Nueva EPS deberá pagar las incapacidades generadas a partir del día ciento trece (113) hasta el día doscientos treinta y seis (236) en favor del accionante, esto es, desde el 05 de marzo de 2018 hasta el 11 de octubre de 2018.

Al respecto, para efectos de constatar los días de incapacidad, el responsable del sufragio del subsidio por incapacidad y las fechas de incapacidades que acreditó el actor, se empleará el siguiente cuadro representativo:

Días de incapacidad	Responsable del pago de incapacidad	Fechas de incapacidades que acreditó la actora
Día 113 a 236.	Nueva EPS S.A	05 de marzo de 2018 hasta el 11 de octubre de 2018. (folio 11 a 22).

Ahora bien, la accionada Nueva EPS S.A no puede excusarse de pagar las incapacidades laborales so pretexto de que la empresa donde labora el accionante le efectuó los aportes en salud extemporáneamente, pues en virtud de la teoría del allanamiento a la mora, la EPS no puede negarse a reconocer y pagar una incapacidad laboral por enfermedad general, en razón a que se parte de la base que las entidades responsables de autorizarlas y cancelarlas, en este caso, la Nueva EPS, ha aceptado los aportes en salud realizados al sistema tardíamente, sin

expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

²⁰Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Artículo 2. 4. <Numeral modificado por del artículo 622 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.



13001-3333-011-2018-00235-01

que hayan rechazado su pago o emprendido acciones jurídicas orientadas a su cobro judicial, por consiguiente, no es posible que la Nueva EPS aduzca extemporaneidad del pago de los aportes tan solo cuando le solicitan las prestaciones y no cuando reciben el dinero²¹.

En consecuencia, esta Corporación Judicial decidirá confirmar la sentencia del Juez de Primera Instancia, correspondiéndole solventar a la Nueva EPS S.A las incapacidades que se generaron desde el 05 de marzo de 2018 hasta el 11 de octubre de 2018, consistentes en 124 días de incapacidad,

Resueltos los problemas jurídicos planteados, la decisión que adoptará la Sala, no es otra que la de confirmar íntegramente la providencia del Juez de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

IV- FALLA

PRIMERO. CONFÍRMASE en su integridad la sentencia de 24 de octubre de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. Notifíquese esta providencia a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Constancia: el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de Sala de la fecha.

LOS MAGISTRADOS,

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

²¹ Corte Constitucional. Sentencia T 025 de 2017. Magistrado Ponente: Aquiles Arrieta Gómez.

