



Cartagena de Indias D. T. y C., veinticuatro (26) de enero de dos mil dieciocho (2018)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Acción de Tutela
Radicado	13-001-33-33-011-2017-00265-01
Demandante	David Alberto Gómez Porto
Demandado	NUEVA EPS S.A.
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir sobre la impugnación presentada por la parte demandada contra la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2017, mediante la cual el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, tuteló el derecho fundamental al mínimo vital invocado por el señor David Alberto Gómez Porto.

II.- ANTECEDENTES

2.1. DEMANDA (FLS. 1-5)

- PRETENSIONES

Las pretensiones fueron planteadas de la siguiente forma:

"Pido al señor Juez se tutele el derecho violentado al accionante, disponiendo a la entidad accionada, que en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, le reciban y paguen al accionante, las incapacidades concedidas desde el mes de junio de 2017 hasta la fecha de presentación de esta demanda, de llegar a considerar que las otorgadas de diciembre de 2016 a mayo de 2017, constituyen cosa juzgada, pues en caso contrario, pido que se le ordene pagar todas las incapacidades que se anexan".

- HECHOS.

El demandante afirmó, en resumen, lo siguiente:

Se encuentra afiliado a la NUEVA EPS S.A. y a la Administradora de Fondo de Pensión PROTECCION S.A. como trabajador independiente.

El 6 de octubre de 2013 fue impactado por un bala en su pierna izquierda, razón por la cual ha sido sometido a varios procedimientos médicos, hospitalarios, quirúrgicos y terapéuticos, por lo que se le ha otorgadas



incapacidades medicas por parte de los galenos tratantes, y concedidas y pagadas por parte de la accionada los primeros 180 días, siendo el último pago el 12 de mayo de 2014.

Por tratarse de una lesión de origen común, la NUEVA EPS remitió al accionante al fondo de pensiones respectivo para lo de su competencia.

PROTECCION S.A., continuó con el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días según disposiciones legales; una vez cumplidos los 540 días de pagos de subsidios por incapacidad, el citado fondo le manifestó al accionante que, de acuerdo con la Ley 1753 de 2015, las incapacidades superiores a los 540 días correspondía pagarlas a la EPS donde se encontraba afiliado, y en consecuencia cesó el pago de los subsidios.

Por lo anterior, presentó en varias ocasiones las incapacidades recibidas, para el respectivo pago, recibiendo como respuesta que las mismas se pagarían cuando se reglamentara la Ley 1753 de 2015.

Por lo anterior, presentó acción de tutela con el fin de que se amparara su derecho fundamental al mínimo vital, dado que su única fuente de ingreso desde mayo de 2014 es el pago de las incapacidades concedidas; amparo que le fue negado por el Tribunal Superior de Cartagena – Sala Laboral, quien adujo que sí corresponde el pago de las capacidades otorgadas después de los 540 días a la respectiva EPS pero no se aportó al proceso las respectivas incapacidades emitidas por parte de los médicos.

El accionante se encuentra imposibilitado para trabajar y con el único recurso que cuenta para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia, es lo percibido por concepto del pago de las incapacidades.

-CONTESTACIÓN (fls.56, 75-77)

La Nueva E.P.S., manifestó que de acuerdo al concepto No. 20151140874021 del 21 de mayo de 2015, emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social, asumirá el reconocimiento y pago de las incapacidades superiores a 540 días, una vez reglamentada la ley 1753 de 2015; así mismo, que luego de revisar su sistema, evidenció que no existía solicitud de pago de incapacidad por parte del accionante, y que el procedimiento para efectuar dicho cobro había cambiado e indicó los pasos para realizarlo a través de su página web.



Además, consideró que no había vulnerado derecho fundamental alguno, y que ha cumplido con las obligaciones que impone la ley, por lo que solicitó que se declarara improcedente la tutela.

III.- FALLO IMPUGNADO (Fls. 88-93).

El A-quo, mediante sentencia de 22 de noviembre de 2017, concedió el amparo del derecho fundamental invocado por el accionante.

Para sustentar su decisión sostuvo que es inadmisile la posición de la entidad accionada, quien pretende sustraerse de su obligación del pago de incapacidades.

Lo anterior, porque es claro que por disposición de la Ley 1753 de 2015, el pago de las incapacidades que se generen a partir del día 541 estará a cargo de las entidades promotoras de salud, por lo cual ordenó a la NUEVA EPS S.A., el pago de *"la totalidad de las incapacidades prescritas por el médico tratante, desde el mes de diciembre hasta la fecha"*.

Consideró que una postura en contrario, desconocería las garantías al mínimo vital y vida digna del accionante, a quien se sometería a padecimientos que no podría conjurar, sin los medios económicos adecuados.

IV.- IMPUGNACIÓN (FLS. 98-114)

El apoderado de la accionada impugnó la sentencia de primera instancia, afirmando que la Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia el vacío normativo existente en materia de incapacidades que superen los 540 días.

Manifestó que a partir del día 540 no se puede desconocer los derechos del afiliado, y la obligación del empleador de reintegrarlo a sus labores habituales o, un puesto similar, según sus posibilidades, y la garantía de que su relación laboral no sea terminada sin *"el concepto previo del Ministerio de la Protección Social"*.

Aseguró que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la entidad llamada a asumir las incapacidades superiores a 540 días son las Administradoras de Fondos de Pensión, hasta cuando el trabajador supere su enfermedad, o sea evaluado por la Junta de Calificación de Invalidez.



Considera que la Corte asumió que el mencionado vacío normativo fue suplido con la expedición de la ley 1753 de 2015 en su artículo 67, que para poder ser aplicado debía ser reglamentado por el Gobierno Nacional, y además, se debe crear una *"Entidad encargada del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud"*.

Expresa que el vacío legal persiste, dado que los anteriores presupuestos no se han materializado.

Concluye diciendo que en las acciones de tutela, si la defensa se hace en el marco del incidente de desacato, debe solicitarse la aplicación de la orden, *"solicitando que se autorice el recobro al FOSYGA"*, mientras se crea la mencionada entidad. Si la defensa se lleva a cabo en la etapa de contestación o impugnación de la tutela, debe argumentarse la inaplicabilidad del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, por falta de reglamentación y que se debe aplicar alguna de las líneas jurisprudenciales ya expuestas.

V. - CONTROL DE LEGALIDAD

La presente acción de tutela no adolece de vicios o nulidades procesales, por lo cual procede la Sala a decirla de fondo.

VI.- CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

El Tribunal Administrativo de Bolívar, de conformidad con lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991, es competente para conocer en segunda instancia la impugnación de la sentencia de tutela de la referencia.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala determinar si la NUEVA E.P.S. S.A, ha vulnerado el derecho fundamental al mínimo vital, invocado por el señor David Alberto Gómez Porto, al negarse a realizar el pago de las incapacidades emitidas por sus médicos tratantes, a partir del día 540.

TESIS DE LA SALA

La Sala confirmará la decisión de conceder el amparo del derecho fundamental invocado por el accionante, toda vez que las pruebas



obrantes en el proceso demuestran que el derecho fundamental al mínimo vital del demandante, está siendo vulnerado por parte de la demandada, al desatender su obligación legal de cancelar las incapacidades otorgadas a aquél.

VII.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

-Procedencia de la acción de tutela

La acción de tutela es un medio para reclamar ante los jueces la protección de los derechos fundamentales cuando quiera que estos se vean amenazados o vulnerados por las autoridades o los particulares en los casos que la ley señala. Esta acción tiene un carácter residual, es decir, solo procede cuando no se disponga de otro medio de defensa para exigir la protección de los derechos fundamentales vulnerados o cuando a pesar de la existencia de un mecanismo de defensa judicial este no es idóneo o no resulta ágil para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia T-731 de 2014 de la siguiente manera:

Por su propia naturaleza, esta acción tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual *procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección*". Precisamente, en atención a su naturaleza eminentemente subsidiaria, esta Corporación ha establecido que el amparo constitucional no está llamado a prosperar cuando a través de él se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial.

Con sujeción a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela es procedente en tres ocasiones específicas, a saber: (i) cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial para exigir la protección de los derechos fundamentales que han sido amenazados o vulnerados; (ii) cuando a pesar de la existencia formal de un mecanismo alternativo, el mismo no es lo suficientemente idóneo para otorgar un amparo integral; o (iii) cuando, a partir de las circunstancias particulares del caso, pese a su aptitud material, el mismo no resulta lo suficientemente expedito para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual, procede el otorgamiento de un amparo transitorio, mientras el juez natural de la causa dirime la controversia.

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

En cuanto a este punto, la jurisprudencia constitucional ha indicado que, por regla general, dicha pretensión es improcedente, por cuanto en el



ordenamiento jurídico se prevén otros mecanismos de defensa judicial, ya sea ante el juez ordinario laboral o ante el juez contencioso administrativo, dependiendo de cómo fue la vinculación; sin embargo, de manera excepcional, se ha contemplado la viabilidad del amparo para obtener el pago de dicho tipo de acreencias, cuando por virtud de su desconocimiento se afectan los derechos fundamentales de los accionantes, concretamente el derecho al mínimo vital.

En la Sentencia T-457 de 2011, se indicó que: *"Por regla general, la resolución de las controversias relativas al incumplimiento en el pago de acreencias laborales...es un asunto que compete a la jurisdicción laboral. (...) Sin embargo, la sólida línea jurisprudencial que por varios años ha trazado esta Corporación¹, plantea de forma pacífica una única excepción sobre la improcedencia general anotada. Ella se presenta en aquellos eventos en los que el no pago de la prestación tiene como consecuencia directa la afectación de derechos fundamentales, concreta y especialmente, el del mínimo vital"*.

El mencionado derecho ha sido entendido como: *"aquella porción del ingreso que tiene por objeto cubrir las necesidades básicas como alimentación, salud, educación, recreación, servicio públicos domiciliarios, etc."* De ahí que su conceptualización no sólo comprenda un componente cuantitativo vinculado con la simple subsistencia, sino también un elemento cualitativo relacionado con el respecto a la dignidad humana como valor fundante del ordenamiento constitucional. En todo caso, siempre que se alega su vulneración, es necesario que el interesado enuncie los motivos que le sirven de fundamento para solicitar su protección, de manera que el juez pueda evaluar la situación concreta del accionante.

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

¹ SU-995 de 1999, T-898 de 2004, T-916 de 2006, T-232 de 2008, T-582 de 2008, T-552 de 2009, T-007 de 2010, T-205 de 2010 y T-535 de 2010.



juez de tutela puede proceder al análisis de fondo del asunto planteado, a pesar de que el accionante no acredite directamente la afectación de su mínimo vital por el no pago de acreencias laborales.

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

- Derecho fundamental al mínimo vital

Este concepto fue introducido por la Corte Constitucional a través de la sentencia T 426 de 1992, en la que señaló que *"Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital - derecho a la subsistencia (...)-, es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución"*

La Honorable Corte en su sentencia T 011 de 1998 expresó que,

(...)El mínimo vital garantizado como derecho inalienable, (...) está constituido por los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano. En otros términos, el mínimo vital, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1, 2, 5, 25 y 53 de la Constitución, incorpora un componente social que obliga al Estado a considerar a la persona en su plena dimensión, no sólo material sino espiritual, cuya subsistencia digna no se agota en la simple manutención, mediante el suministro de alimentos, sino que involucra todas las necesidades inherentes a su condición de ser humano, inserto en la familia y en la sociedad".

La misma Corporación, en la sentencia T148 de 2002, manifestó:



"...El mínimo vital es concebido en la jurisprudencia constitucional como un concepto indeterminado cuya concreción depende de las circunstancias particulares de cada caso. De cualquier forma, la vulneración del derecho al mínimo vital puede establecerse atendiendo las consecuencias que para la persona tiene la privación de sus ingresos laborales en la situación concreta en que se encuentra. Los elementos mínimos incluidos en el concepto de mínimo vital también han sido determinados por la Corte:

(...) como aquellos recursos absolutamente imprescindibles para solucionar y satisfacer no solamente las necesidades primarias de alimentación y vestuario, sino aquellas relacionadas con la salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, factores insustituibles para la preservación de calidad de vida".

- Reconocimiento y pago de incapacidades laborales superiores a 540 días

Esta situación fue inicialmente abordada por la Corte Constitucional en la providencia T -468 de 2010, en la cual se advirtió que el trabajador se encontraba desprotegido por la ausencia de regulación legal en la materia, pues no existía claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad. Esa misma providencia señaló que la situación se agravaba en los casos donde resultaba imposible el reintegro al cargo, debido a la misma incapacidad del trabajador para reincorporarse a sus funciones. La sentencia comentada agregó:

(...) en el anterior caso, el trabajador quedaría desprovisto del pago de las incapacidades laborales después del día 541 (...) por tanto, sin sustento económico para su congrua subsistencia. De igual modo, explicó que esta situación dejaría desprotegido al trabajador y en situación de desigualdad respecto de los afiliados cuya incapacidad permanente parcial se origina en una enfermedad profesional, pues si la enfermedad es de origen común "no tendrá derecho a indemnización, contrario a lo que sucede cuando (...) tiene su origen en una enfermedad de origen profesional.

En sentencia T-144 de 2016, la Corte Constitucional expresó:

"...La Sala Quinta de Revisión estudió el caso de una ciudadana que sufrió un grave accidente de tránsito, el cual ocasionó que fuera incapacitada por más de 540 días. Sin embargo, se dictaminó que la tutelante tenía un porcentaje de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, por lo cual no cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, pese a que continuaba en incapacidad médica.

En este caso, la Corte concluyó que la obligación de reconocer y pagar las incapacidades posteriores al día 540 estaba a cargo de las EPS, en virtud de la Ley 1753 de 2015. En tal sentido, estableció tres reglas para la aplicación de este mandato que, en términos generales, son las siguientes: (i) existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%; (ii) el deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio



para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y (iii) la referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad.

En la sentencia T401 de 2017, la citada Corte, ratificando los anteriores postulados, manifestó:

"(...) 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 recientemente 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.

En efecto, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, indicó:

"ARTÍCULO 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:

(...)

Estos recursos se destinarán a:

*a) El reconocimiento y pago a las **Entidades Promotoras de Salud** por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos**. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades."* (Resaltado de la Sala)

Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 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.

Igualmente, conviene aclarar que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que, se reitera, está en cabeza de las EPS) no se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada.

Con fundamento en esta 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 y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social deberán acatar lo dispuesto en dicho precepto legal.



-Cosa juzgada

La Sala Quinta de revisión manifestó en la sentencia T119 de 2015 que:

*para que una decisión alcance el valor de cosa juzgada se requiere: i) **identidad de partes**, esto es, que al proceso concurren las mismas partes de la decisión que constituye cosa juzgada, ósea debe existir identidad jurídica de los mismos, ii) **identidad de objeto**, la demanda debe girar sobre la misma pretensión sobre la cual se decidió y que dio origen a la cosa juzgada y iii) **identidad de causa**, que supone que el nuevo proceso se adelanta por la misma causa que originó el proceso anterior, los motivos que llevaron a la parte a iniciar el proceso, surgen de los hechos de la demanda. En otras palabras, la razón de la demanda no varía.*

No obstante, en la sentencia T-199 de 2015 el alto Tribunal determinó que:

"La deferencia máxima o absoluta a la institución de la cosa juzgada no puede ocurrir en un Estado Social de Derecho que se fundamenta en el respeto de la dignidad humana y en el principio de solidaridad, porque esa figura debe ser ponderada con otros mandatos de optimización, normas que en muchos casos prevalecen. Por ejemplo, la cosa juzgada es inoponible a la vulneración de derechos fundamentales, ésta es la razón principal de la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial. "La sentencia que se produzca con violación o desconocimiento de los derechos fundamentales, tanto de orden sustantivo como procesal, por no incorporar el mínimo de justicia material exigido por el ordenamiento constitucional, no puede pretender hacer tránsito a cosa juzgada. Sólo la cosa juzgada que incorpore por lo menos ese mínimo de justicia puede aspirar a conservar su carácter.

VIII. – PRUEBAS RELEVANTES PARA DECIDIR

- Copias de los certificados de las incapacidades otorgadas al accionante por parte de la accionada, las cuales fueron firmadas por diferentes galenos, a partir del día 28 de diciembre de 2016 hasta el día 30 de octubre de 2017 (Fls. 8-49).
- Copias de los oficios suscritos por el accionante en los que solicita a la accionada, el pago de las incapacidades otorgadas por ésta, fechadas los días 06 de febrero, 21 de abril, 12 de mayo, 06 y 21 de junio del año 2017, (Fls.50-57).
- Copia del oficio suscrito por el Director de Prestaciones Económicas de la demandada el 7 de febrero de 2017, en el que responde al demandante, que procederá a realizar el pago solicitado por éste, una vez sea reglamentada la Ley 1753 de 2015(Fl.56)
- Copias de las planillas suscritas por el Director de Prestaciones Económicas de la accionada, en las que se evidencia las continuas incapacidades



otorgadas al accionante, a partir del día 06 de octubre de 2013, hasta el 13 de noviembre de 2017 (Fls. 81-86).

IX.- CASO CONCRETO

En el caso sub-examine, el accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales que considera vulnerados por parte de la Nueva EPS, por lo que solicita que se ordene a la accionada pagar las incapacidades a aquel otorgadas, a partir del día 541, según lo ordena la ley.

La entidad demandada se ha negado, según consta en la respuesta dada al accionante (Fls. 56), a hacer efectivos dichos pagos, argumentando que existe un vacío normativo en la materia y que procederá a cancelar las sumas solicitadas, una vez sea reglamentada la ley que regula el tema.

Los argumentos mencionados no son de recibo por parte de ésta Sala, toda vez que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, descrita previamente, ha establecido con claridad que de acuerdo con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, son las Entidades Promotoras de Salud, las responsables de realizar el pago de aquellas incapacidades de origen común, que superen los 540 días, que dicho pago debe realizarse desde el día 541 hasta que el trabajador recupere su capacidad laboral, o hasta cuando le sea reconocida la pensión por invalidez. Así mismo, estableció, que conforme al citado artículo, lo que se debe regular por parte del Gobierno Nacional es "*el procedimiento de revisión periódica de las incapacidades por parte de las EPS*", más no al pago de las mencionadas incapacidades, y que la demandada tiene la posibilidad de cobrar lo pagado, "*ante la entidad administradora del sistema*".

Se demostró que la accionada ha venido otorgando incapacidades continuas al accionante, desde el día 06 de octubre de 2013 hasta el 13 de noviembre de 2017 (Fls. 81-86), para un total de 960 días.

Los primeros 180 días fueron cancelados por la demandada, y a partir del día 181 hasta el día 540 fueron pagadas por PROTECCION S.A.

De acuerdo con la normativa y jurisprudencia mencionada, la accionada debe asumir el pago de las incapacidades que le ha otorgado al accionante, a partir del día 541; es decir, desde el 16 de marzo de 2016, así como las que a continuación se relacionan, hasta cuando el demandante



recupere su capacidad laboral o, hasta que se le reconozca la pensión por invalidez, para con esto garantizar su derecho fundamental al mínimo vital.

Nº	INCAPACIDAD	CONTINGENCIA	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	DÍAS DE INCAPACIDAD
2707860	ENFERMEDAD GENERAL		09/03/2016	23/03/2016	15
2766596	ENFERMEDAD GENERAL		13/04/2016	27/04/2016	15
2817845	ENFERMEDAD GENERAL		06/05/2016	20/05/2016	15
2880374	ENFERMEDAD GENERAL		09/06/2016	23/06/2016	15
2934095	ENFERMEDAD GENERAL		06/07/2016	20/07/2016	15
2967424	ENFERMEDAD GENERAL		05/07/2016	08/08/2016	15
2997945	ENFERMEDAD GENERAL		09/08/2016	23/08/2016	15
3023884	ENFERMEDAD GENERAL		24/08/2016	07/09/2016	15
3058995	ENFERMEDAD GENERAL		08/09/2016	08/09/2016	1
3100915	ENFERMEDAD GENERAL		09/09/2016	22/09/2016	14
3086282	ENFERMEDAD GENERAL		23/09/2016	07/10/2016	15
3117487	ENFERMEDAD GENERAL		08/10/2016	22/10/2016	15
3146579	ENFERMEDAD GENERAL		23/10/2016	06/11/2016	15
3174380	ENFERMEDAD GENERAL		08/11/2016	22/11/2016	15
3207041	ENFERMEDAD GENERAL		22/11/2016	29/11/2016	7
3218850	ENFERMEDAD GENERAL		30/11/2016	06/12/2016	7
3233477	ENFERMEDAD GENERAL		07/12/2016	11/12/2016	5
3245459	ENFERMEDAD GENERAL		13/12/2016	17/12/2016	5
3267303	ENFERMEDAD GENERAL		23/12/2016	27/12/2016	5
3273217	ENFERMEDAD GENERAL		28/12/2016	01/01/2017	5
3287881	ENFERMEDAD GENERAL		04/01/2017	08/01/2017	5
3293544	ENFERMEDAD GENERAL		09/01/2017	14/01/2017	6
3311369	ENFERMEDAD GENERAL		15/01/2017	19/01/2017	5
3316529	ENFERMEDAD GENERAL		20/01/2017	24/01/2017	5
3324423	ENFERMEDAD GENERAL		25/01/2017	29/01/2017	5
3335135	ENFERMEDAD GENERAL		30/01/2017	05/02/2017	7
3349243	ENFERMEDAD GENERAL		06/02/2017	10/02/2017	5
3360656	ENFERMEDAD GENERAL		11/02/2017	15/02/2017	5
3372747	ENFERMEDAD GENERAL		17/02/2017	23/02/2017	7
3393826	ENFERMEDAD GENERAL		28/02/2017	06/03/2017	7
3411345	ENFERMEDAD GENERAL		07/03/2017	11/03/2017	5
3494705	ENFERMEDAD GENERAL		12/03/2017	10/04/2017	30
3481473	ENFERMEDAD GENERAL		15/04/2017	21/04/2017	7
3485555	ENFERMEDAD GENERAL		22/04/2017	28/04/2017	7
3509957	ENFERMEDAD GENERAL		29/04/2017	05/05/2017	7
3524309	ENFERMEDAD GENERAL		08/05/2017	14/05/2017	7
3538667	ENFERMEDAD GENERAL		15/05/2017	21/05/2017	7
3568875	ENFERMEDAD GENERAL		27/05/2017	02/06/2017	7
3584886	ENFERMEDAD GENERAL		03/06/2017	09/06/2017	7
3600185	ENFERMEDAD GENERAL		10/06/2017	16/06/2017	7
3611285	ENFERMEDAD GENERAL		17/06/2017	17/06/2017	1
3616636	ENFERMEDAD GENERAL		18/06/2017	23/06/2017	6
3651134	ENFERMEDAD GENERAL		11/07/2017	17/07/2017	7
3665941	ENFERMEDAD GENERAL		18/07/2017	24/07/2017	7
3680595	ENFERMEDAD GENERAL		25/07/2017	31/07/2017	7
3717112	ENFERMEDAD GENERAL		12/08/2017	18/08/2017	7
3875764	ENFERMEDAD GENERAL		30/10/2017	05/11/2017	7
3891986	ENFERMEDAD GENERAL		07/11/2017	03/11/2017	7

- La entidad accionada alega en su impugnación que no puede pagar las incapacidades otorgadas al accionante porque éste no siguió el procedimiento previsto para el efecto en la página web de la entidad.



La Sala desestima ese argumento ante la evidencia de que el actor ha solicitado directamente el pago en múltiples oportunidades y también por vía de tutela, sin que haya sido orientado sobre el procedimiento de cobro, como es deber de la accionada, si consideraba que el procedimiento seguido no era el apropiado. No obstante, no lo hizo y mal puede en esta ocasión utilizar argumentos de tipo formal para continuar desconociendo los derechos del accionante.

Con relación al principio de cosa juzgada, se podría considerar en principio que en el presente caso existe identidad de partes, de causa y parcialmente de objeto, respecto de la acción de tutela radicada con el No. 13-001-31-05-005-2017-00303-01, decidida en segunda instancia por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cartagena el 08 de septiembre de 2017.

No obstante, si bien el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena formalmente negó las pensiones de la demanda, fundó su decisión en el argumento de que, si bien la accionada era la llamada a responder por las incapacidades, el demandante no las había aportado al expediente.

A juicio de esta Sala, el pronunciamiento del Tribunal, **desde un punto de vista material, se inhibió de decidir de fondo sobre las pretensiones** del actor de que se ordenara a la EPS el pago de las incapacidades otorgadas a partir del día 541.

Este criterio se inspira en el principio pro- actione, pues considerarse la acción incoada previamente como decidida de fondo, perdería el accionante la posibilidad de obtener pronunciamiento fondo por parte de la jurisdicción constitucional y por, tanto se violaría el derecho fundamental de tutela judicial efectiva. Por lo anterior, no hay lugar a declarar la cosa juzgada y tampoco la configuración de una conducta temeraria por parte del actor.

Por otro lado, si bien el Juez de primera instancia en el presente proceso ordenó a la NUEVA EPS "*asumir el pago de las incapacidades prescritas desde el mes de diciembre de 2016*", dicha decisión debe ser adicionada, dado que, como ya se expuso, se comprobó que la accionada emitió incapacidades que superan los 540 días, a partir del día 16 de marzo de 2016 y que éstas también deben ser asumidas por la demandada, tal y como lo dispone la pluricitada norma.



DECISIÓN

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

X.- FALLA

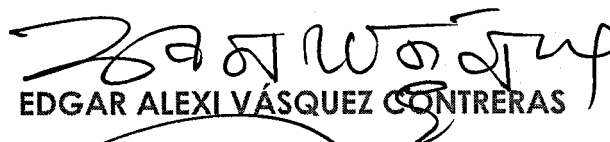
PRIMERO. MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia impugnada, el cual quedará así: ordenar a la NUEVA EPS a través de la Gerente Zonal de Bolívar, o a quien haga sus veces, a pagar las incapacidades prescritas desde el día 16 de marzo de 2016, por el médico tratante del accionante DAVID ALBERTO GOMEZ PORTO, hasta la presente, así como todas las que sean expedidas hasta cuando recupere su capacidad laboral, o hasta cuando le sea reconocida la pensión por invalidez.

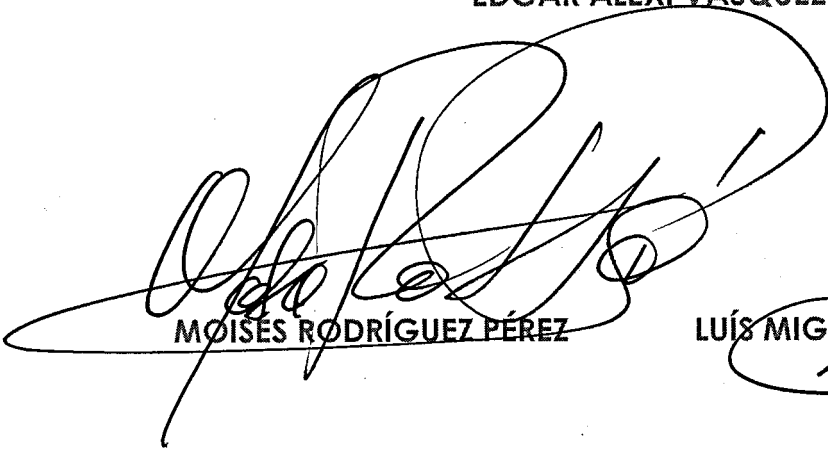
SEGUNDO: CONFIRMAR las demás decisiones contenidas en la sentencia impugnada.

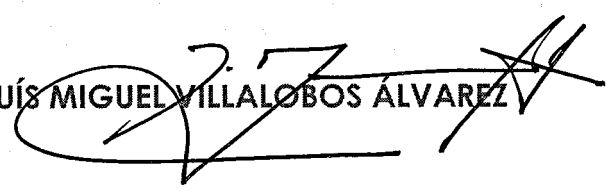
TERCERO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ