



Cartagena de Indias, quince (15) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Acción	ACCIÓN DE TUTELA (IMPUGNACIÓN)
Radicado	13-001-33-33-007-2018-00043-01
Demandante	OSCAR RAMON TABORDA CERDA
Demandado	NUEVA E.P.S
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	PAGO DE INCAPACIDAD POSTERIOR A 540 DIAS

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte accionada contra la sentencia de fecha seis (06) de abril de 2018 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena a través de la cual se tuteló los derechos fundamentales del señor OSCAR TABORDA CERDA, en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

III. ANTECEDENTES

1. TUTELA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la Acción de Tutela las siguientes:

- *"Respetuosamente solicito al señor Juez, ampararme como suscrito accionante, mis DERECHOS FUNDAMENTALES A SALARIO MINIMO VITAL, LA SEGURIDAD SOCIAL EN CONEXIDAD A LA VIDA, A LA DIGNIDAD HUMANA Y LOS DERECHOS INALIENABLES DE LA PERSONA.*
- *Consecuencialmente solicito, señor juez se ordene a NUEVA EPS que en un plazo perentorio de 48 horas, se me cancelen las incapacidades que se encuentran expedidas y legalmente radicadas comprendidas entre el 24 de Octubre de 2017 hasta Enero 25 de 2018 las cuales constan en el certificado de incapacidades y las que se sigan generando."*



1.2. HECHOS (Fs. 1-2)

Se señalan como hechos de la demanda los siguientes:

- El accionante se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud del Régimen Contributivo, a través de la Nueva EPS y EN FONDO DE PENSIONES COLPENSIONES en calidad de cotizante, independiente.
- En el año 2014 el actor fue diagnosticado con tumor maligno en el recto, se le practicó cirugía dando como resultado una colostomía de por vida, calificada por la Junta de calificación como enfermedad común y determinando pérdida de la capacidad laboral en un 31,19%.
- Desde el 12 de marzo de 2014, el actor recibió diferentes incapacidades médicas que fueron extendidas de forma continua e ininterrumpida, radicadas y canceladas en la Nueva EPS hasta el día 19 de octubre de 2016, fecha en que no siguieron cancelando las incapacidades por haber superado el límite máximo de 180 días, remitiendo ello a Colpensiones, quien canceló aquellas, hasta los días.
- A pesar de que el suscrito radicó legalmente las incapacidades dadas por el médico tratante, Colpensiones señaló que dicha entidad no asumiría pago alguno ya que superados 540 días le corresponde a mi EPS, en este caso Nueva EPS según la Ley 1573 de 2015.
- Mediante acción de tutela radicada con No. 2017-00470-00 fallada por el Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena con código 13-001-31-10-007 se ordenó a la Nueva EPS pagar las incapacidades desde el día 18 de febrero de 2016 hasta el día 23 de octubre de 2017, las cuales fueron canceladas, pero como en el fallo no hubo pronunciamiento sobre las incapacidades que se siguieran generando después de esa fecha, la Nueva EPS se ha negado a cancelar al Actor las generadas con fecha 24 de octubre de 2017



hasta enero 25 de 2018, a pesar de estar radicadas como consta en el certificado de incapacidades.

- Manifiesta el Actor que la omisión por parte de las entidades accionadas en el pago de las incapacidades, coloca en riesgo su subsistencia y la de su familia, ya que por su enfermedad no puede seguir trabajando y no tiene otra entrada salarial puesto que ni la edad ni la enfermedad se lo permiten. Manifiesta además, que ha optado a raíz de su situación, pedir ayuda a sus amigos y familiares para cubrir sus gastos ya que no cuenta con otros ingresos y vive arrendado.

2. CONTESTACIÓN DE TUTELA (Fs. 46-54)

En la contestación de Tutela, la NUEVA EPS, informó que no es posible dar reconocimiento económico, teniendo en cuenta que durante el seguimiento que se realizó al usuario OSCAR TABORDA, pudo establecer que este usuario presentó al 26 de febrero de 2015, 180 días continuos de incapacidad como consecuencia de su diagnóstico, como es de su conocimiento, las empresas promotoras de salud EPS están obligadas a reconocer hasta 180 días de incapacidad consecutivos por un mismo concepto, acorde con la Parte 4 de la circular 011 de 1995 emitida por la Superintendencia de Salud. A partir del día 181 el reconocimiento pasa a ser responsabilidad del fondo de pensiones en el cual se encuentra afiliado el usuario.

En estos términos, el usuario cumplió 180 días de incapacidad desde el día 26 de febrero de 2015, por lo que Nueva EPS cumplió con su obligación de NOTIFICAR AL FONDO DE PENSIONES COLPENSIONES.

Con relación al pago de incapacidades superiores a los 540 días, la nueva EPS informó que las reglas previstas para cubrir el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por parte de las Entidades llamadas a cubrir esta obligación, tienen fundamento legal en el parágrafo primero del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, redujo el termino de tres (3) días a dos (2) días, para que el empleador pague la incapacidad laboral. Entonces a partir del día tercero (3), hasta el día ciento ochenta (180) el pago de la incapacidad respectiva corre a cargo de la EPS y desde el día ciento ochenta y uno (181) hasta el día



quinientos cuarenta (540), el pago de la incapacidad estará a cargo del respectivo Fondo de Pensiones al cual se encuentre afiliado el trabajador.

No obstante, para que dicha obligación sea asumida por el Fondo de Pensiones, debe cumplirse con las tres condiciones que plantea la norma a saber: (i) que medie concepto favorable de rehabilitación, (ii) que el concepto sea emitido antes del día 120, y (iii) que sea enviado antes de cumplirse el día 150, ya que, de no cumplirse con alguna de estas reglas, será la EPS la responsable del pago del subsidio equivalente a la incapacidad desde el día 181.

La Corte Constitucional en una primera etapa reconoció la existencia de un vacío legal o normativo debido a la inexistencia de una Entidad obligada a reconocer y pagar las incapacidades que se generen con posterioridad al día quinientos cuarenta (540), por lo cual no es posible declarar que la EPS o el Fondo de Pensiones en cada caso en particular vulnere los derechos fundamentales de los usuarios.

Finalmente, solicitó que se declare la improcedencia de la tutela con relación a NUEVA EPS por las razones expuestas.

3. COLPENSIONES¹, en informe recibido el 22 de marzo de 2018, informó al Juez que de acuerdo con el Certificado de Relación de incapacidades – CRI - emitido por la Nueva EPS, se evidencio que el día 1 de la obligación inició el 28 de agosto de 2014, el día 180 de la obligación, el 26 de febrero de 2015, en ese orden de ideas Colpensiones continuó cancelando las incapacidades a partir del 27/02/2015 y hasta el 19 de Enero de 2016, esto teniendo en cuenta que Colpensiones calificó su pérdida de capacidad laboral de 31.19% y una fecha de estructuración del 25 de junio del 2015.

Informó además que los periodos posteriores a 20 de febrero de 2016 son competencia exclusiva de la Nueva EPS conforme a CERTIFICADO DE INCAPACIDAD EMITIDO POR la NUEVA EPS, todas las incapacidades posteriores a esa fecha son posteriores al día 540 de incapacidad continua.

¹ Fs. 63 - 70



Así las cosas, en su petición expuso que, no es posible considerar que Colpensiones tiene responsabilidad en la trasgresión de los derechos fundamentales alegados y considerando que la acción de tutela se refiere a la prestación que no es función de COLPENSIONES, solicitó al Juez que: "disponga expresamente en el fallo de tutela la DESVINCULACIÓN POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA de la entidad que represento, en los términos señalados en el numeral 2 del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento de lo señalado en el Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012".

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Fs. 78 – 81)

A través de sentencia de fecha seis (06) de abril de 2018, el A quo decidió **TUTELAR** los derechos fundamentales al MINIMO VITAL, a la SEGURIDAD SOCIAL y DIGNIDAD HUMANA, del señor OSCAR TABORDA CERDA fallando lo siguiente:

"PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al MINIMO VITAL y a la SEGURIDAD SOCIAL, DIGNIDAD HUMANA, del señor OSCAR TABORDA CERDA, identificado con C.C. 9.286.542, para lo cual se ORDENA a la GERENTE ZONAL BOLIVAR DE LA NUEVA EPS Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO y/o quien haga sus veces, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo proceda a cancelar las incapacidades comprendidas entre el 24 de octubre de 2017 hasta enero 25 de 2018.

SEGUNDO: ORDENAR a la Gerente Zonal Bolívar de la NUEVA EPS Dra. ÁNGELA MARÍA ESPITIA ROMERO y/o quien haga sus veces, que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia haga los procedimientos correspondientes para el pago de las incapacidades antes descritas.

Puesto que el Despacho considera de acuerdo a la procedencia de la acción de tutela respecto a acreencias laborales, que los medios judiciales ordinarios en el presente caso, carecen de la eficacia para conjurar la situación de la vulneración de los derechos fundamentales que padece el accionante. Ello se sustenta en el deterioro progresivo y marcado del mínimo vital del accionante, que se evidencia en los aspectos de que no puede laborar por su situación de salud, y ha sido calificado con una pérdida de capacidad laboral del 31.19%, además de que no cuenta con otra entrada



salarial y su situación de desventaja es derivada de que su enfermedad ha sido incapacitante. Por lo tanto es procedente la tutela, en cuanto se observa que existe una amenaza grave e inminente sobre el mínimo vital del peticionario.

El A- quo a su vez estableció en cuanto al perjuicio irremediable, en el caso concreto, que el único ingreso con que cuenta el accionante es su salario y que su última ocupación fue de empacador de tuberías PVC, salario que está dejando de recibir a razón del diagnóstico médico que le fue dado, recordando que la jurisprudencia presume la existencia del perjuicio irremediable en estos casos, máxime si se tiene en cuenta que el trabajador es independiente y le corresponde efectuar actividades físicas para obtener el sustento, situación que se imposibilita por su condición.

Finalmente, el Despacho concluye que luego de realizar un estudio de fondo acerca del asunto, estableció que las incapacidades reclamadas por el accionante son aquellas que superan el día 540, de acuerdo a ello, el artículo 67 de la Ley 1573 de 2015, de las generadas a partir de este momento, y las que en adelante se emitan por parte de su médico tratante, corresponde asumir su pago a la EPS.

4. IMPUGNACIÓN (Fs. 88 - 95)

La accionada, en su escrito de impugnación, básicamente manifestó que no existe obligación de la EPS para asumir el pago de las incapacidades que superen los 540 días; porque si bien el legislador con la expedición de la ley 1573 de 2015 pretendió llenar el vacío normativo sobre dicho tema, la entidad que debe asumir el manejo de los recursos para el pago de dichas incapacidades, aún no ha sido creada, por lo que el vacío subsiste. Así mismo manifestó, que debe implicarse el artículo 67 de la ley 1573 de 2015, por ausencia del decreto que lo reglamente y como consecuencia el Juez debe adoptar cualquiera de las posiciones jurisprudenciales que ha fijado la Corte, en materia de pago de incapacidades por un término superior a los 540 días, sin que en ningún caso sea procedente imponerle a la EPS la obligación del pago de dichas incapacidades.



5. TRÁMITE

La acción de la referencia fue admitida el día quince (15) de marzo de 2018 (F. 36), notificada el 16 de marzo de 2018 (F. 40).

El día 21 de marzo La Nueva E.P.S, envía Respuesta de la Acción de Tutela de la referencia (Fs. 46-54).

El día 22 de marzo de 2018, COLPENSIONES envió informe en atención a la tutela de la referencia (Fs. 63-70).

El seis (06) de abril de 2018, se dictó el fallo de primera instancia (F. 78 - 81) y el día 11 de abril de 2018 (Fs. 88 - 95) se presentó el escrito de impugnación contra la sentencia de primera instancia.

Finalmente, el expediente ingreso al Despacho para estudio de la impugnación, y el día 12 de febrero de 2018 concedió la impugnación para que surta el recurso ante el superior funcional. (F. 98)

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer de la impugnación propuesta por la parte accionada, por tratarse de un fallo proferido en primera instancia por el Juzgado sexto Administrativo del Circuito de Cartagena.

El artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, enseña que la impugnación de los fallos de tutela será conocida por el superior jerárquico del Juez de primera instancia, siendo esta Corporación el superior de los Jueces Administrativos del Circuito de Cartagena.



2. PROBLEMA JURÍDICO

En el caso bajo análisis, teniendo en cuenta el objeto de la impugnación la Sala considera necesario resolver el siguiente problema jurídico:

¿En el sub judice, existe obligación de la accionada el pagar las incapacidades del actor causadas con posterioridad a los 540 días ?

Si la respuesta es positiva, se confirmará el fallo impugnado, en caso contrario se revocará y en su lugar se negará el amparo deprecado.

3. TESIS

Esta Sala de Decisión, adicionará el fallo impugnado en el sentido de autorizar a la accionada para que solicite el reembolso ante la entidad correspondiente de lo que pague al actor por concepto de incapacidades posteriores a los 540 días y lo confirmará en todo lo demás, debido a que es la EPS la encargada de asumir el pago de las incapacidades generadas con posterioridad al día 540; de tal manera que la negativa a dicho pago vulnera los derechos fundamentales del actor.

La anterior tesis se soporta en los siguientes argumentos:

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. LA ACCIÓN DE TUTELA -SU NATURALEZA JURÍDICA.

Con la expedición de la Constitución de 1991 se instituyó en nuestro ordenamiento la Acción de Tutela como herramienta idónea para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales.

4.1.1. -Requisitos de procedencia.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, esta requiere para su procedencia el cumplimiento de ciertos presupuestos, los que son analizados ulteriormente.



La Subsidiariedad o Residualidad:

Se refiere a que la Acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que los asociados debemos agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el Juez Constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, no se aplicará la subsidiariedad cuando el Actor pretenda, con la Acción de Tutela, evitar un perjuicio irremediable con ocasión a la vulneración del derecho esbozado, o cuando los mecanismos ordinarios se tornen ineficaces, teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta en que se pueda encontrar la persona a causa de factores físicos, económicos o sociales, ajustándose así al criterio esgrimido por la Corte Constitucional, como se cita a continuación:

"De acuerdo con el artículo 86 superior, la acción de tutela procede, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial pues se trata de un mecanismo subsidiario de protección y no de uno susceptible de remplazar los medios judiciales ordinarios. Con todo, el mismo precepto superior consagra un supuesto en el que la acción de tutela procede a pesar de la existencia de tales medios judiciales: Hay lugar al amparo constitucional de los derechos cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, perjuicio que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solo concurre cuando es inminente, grave y de urgente atención"².

Al respecto el inciso 3º del artículo 86 superior dice:

"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable."

La inmediatez:

La Acción de Tutela debe ser interpuesta en un tiempo razonable, teniendo en cuenta la ocurrencia del hecho o la omisión generadora de la amenaza o violación del derecho invocado.

² Corte Constitucional. Sentencia SU- 901 de 2005. Expediente N° T-905903. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.



La razón de ser de la inmediatez es la prevalencia misma del derecho fundamental conculcado, en el entendido de que no tendría objeto amparar un derecho en el que la violación se haya consumado sin que se pueda restablecer éste a su estado natural.

La especialidad:

La razón de ser o el objeto de la Acción de Tutela es la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales especiales, es decir, procede únicamente para proteger esta clase de derechos y no para otros, ahí la especialidad de la Acción.

Sin embargo, es posible que la Acción de Tutela proceda para proteger derechos de otra categoría (v.gr. los Derechos Colectivos) cuando estos tengan conexidad directa con los Derechos Constitucionales Fundamentales.

Reconocimiento y pago de incapacidades laborales – Entidades a cargo.

El artículo 1 del Decreto Nacional 2943 de 2013 que Modificó el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, establece que:

"En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente".

El artículo 142 del decreto 019 de 2012, modificadorio del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, establece lo siguiente:

"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 (sic) 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. 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 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''.

Reconocimiento y pago de incapacidades laborales generadas con posterioridad a 540 días.

Sobre el reconocimiento y pago de incapacidades laborales superiores a 540 días, existía un vacío normativo, el cual generó todo tipo de interpretaciones, que en algunos casos afectaban los derechos fundamentales del trabajador incapacitado. En este panorama, el Congreso de la República a través de la Ley 1573, concretamente en el inciso segundo literal (a) del artículo 67, vino a llenar dicho vacío, disponiendo que el pago de las pluricitada incapacidades corresponden a las Entidades Promotoras de Salud, y que dichos recursos serán administrados por la Entidad Administradora de los Recursos de la Seguridad Social en Salud.

La norma en cita, textualmente informa:

''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''. (Subrayas fuera de texto)

Sobre la regulación normativa en relación con el pago de incapacidades posteriores a los 540 días, la Corte Constitucional³ manifestó:

"respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181, se han suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001.

Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente (es decir, inferior al 50%), se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos, como se indicó anteriormente, 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 1997.

De lo precedente se puede colegir que una persona que, pese a no considerarse técnicamente en estado de invalidez, sigue incapacitada para trabajar con posterioridad a los 540 días, por motivos atribuibles a la razón primigenia de la incapacidad, debe contar con un mecanismo para reevaluar su porcentaje de habilidad para laborar especialmente en aquellos casos en que el concepto de rehabilitación que le aplica es desfavorable, pues el porcentaje de pérdida de capacidad laboral está íntimamente relacionado con su labor u oficio. Sobre este punto se hará referencia más adelante''.

Así las cosas, Respecto del pago de incapacidades laborales "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

³ Corte Constitucional Sentencia T- 401 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1573 de 2015.

En consonancia con el cambio normativo que se produjo con la introducción de la Ley 1573 de 2015 en el ordenamiento jurídico, las Salas de Revisión de esta Corporación han obedecido este mandato legal y han aplicado la disposición que, con claridad, asigna a las EPS la responsabilidad en el reconocimiento y pago de las incapacidades que se prolongan más allá de los 540 días''. (Subrayas y cursiva fuera de texto)

5. CASO CONCRETO

5.1. Hechos probados

Revisada la demanda y sus anexos, observa la Sala que se encuentran probados los siguientes hechos:

- Que el accionante se encuentra adscrito a la Nueva EPS, en situación de vulnerabilidad por el diagnóstico de tumor maligno en recto.
- Que el accionante ha presentado incapacidades desde el 12 de marzo de 2014, extendidas de forma continua e ininterrumpida hasta el 22 de noviembre de 2017. (F. 11-13)
- El Grupo Médico Laboral del Colpensiones determinó en primera oportunidad una pérdida de capacidad laboral del actor de 31.19% de origen ENFERMEDAD y riesgo COMUN y fecha de estructuración jueves 25 de junio de 2015. (F. 15)
- Se aportó al expediente "pronunciamiento al recurso de reposición – trámite recurso de apelación, por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar – Córdoba y Sucre" (F. 20)
- Que, a través de sentencia de primera instancia del 28 de noviembre de 2017, el Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena, decidió tutelar los derechos fundamentales a la salud y seguridad social del accionante frente a la Nueva EPS, y al pago de las incapacidades que fueron generadas en sus respectivos periodos de estructuración hasta el 23 de octubre de 2017 (Fs. 19-33)



- Que Colpensiones a través de informe, manifestó que canceló al actor incapacidades por el periodo comprendido entre el 27 de febrero de 2015 y 19 de enero de 2016, para un total de 327 días cancelados. (Fs. 63 – 70).
- Que a través de acción de tutela el accionante pretende el pago de las incapacidades generadas a partir del día veinticuatro (24) de octubre de 2017, hasta el 25 de enero de 2018 (F. 1-6)

5.2. Análisis de los hechos probados frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto

El señor, OSCAR TABORDA, presentó acción de tutela contra la NUEVA EPS, a efectos de que se ampararan sus derechos fundamentales al salario, mínimo vital, seguridad social en conexidad con la vida, a la dignidad humana y los derechos inalienables a las personas.

A través de sentencia de primera instancia con fecha del seis (06) de abril de 2018, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social y dignidad humana del señor OSCAR TABORDA CERDA.

Finalmente la accionada, en su escrito de impugnación, manifestó que no existe obligación de la EPS para asumir el pago de las incapacidades que superen los 540 días; porque si bien el legislador con la expedición de la ley 1573 de 2015 pretendió llenar el vacío normativo sobre dicho tema, la entidad que debe asumir el manejo de los recursos para el pago de dichas incapacidades, aún no ha sido creada, por lo que el vacío subsiste. Así mismo manifestó, que se debe inaplicar el artículo 67 de la ley 1573 de 2015, por ausencia del decreto que lo reglamente y como consecuencia el Juez debe adoptar cualquiera de las posiciones jurisprudenciales que ha fijado la Corte, en materia de pago de incapacidades por un término superior a los 540 días, sin que en ningún caso sea procedente imponerle a la EPS la obligación del pago de dichas incapacidades.



Aplicando el marco jurídico expuesto a los hechos que se encontraron probados, encuentra la Sala que en el caso concreto se encuentran vulnerados los derechos fundamentales deprecados por el demandante, por parte de la Nueva EPS, al no reconocer el pago de unas incapacidades generadas con posterioridad al día 540 (veinticuatro (24) de octubre de 2017 hasta el veinticinco (25) de enero de 2018); así como lo establece la norma y lo reitera la jurisprudencia Constitucional, al precisar que el reconocimiento y pago de dichas incapacidades está a cargo de las Entidades Promotoras de Salud.

Precisa la Sala, que si bien el actor interpuso anteriormente acción de tutela por los mismos hechos, la cual fue fallada por la Juez Séptima de Familia de Cartagena, en dicho fallo se ordenó a la Nueva EPS el pago de las incapacidades posteriores al día 540, pero se limitó a la originada en el periodo del 24 de septiembre de 2017 al 23 de octubre de la misma anualidad. En la presente solicitud, el accionante deprecó el pago correspondiente a las incapacidades generadas a partir del veinticuatro (24) de octubre de 2017 hasta el veinticinco (25) de enero de 2018 (F. 2), las cuales están sustentadas en los certificados de incapacidad obrantes a folios 9 a 13 del expediente.

En este orden, la jurisprudencia Constitucional arriba en cita, ha señalado que existen tres reglas para la aplicación del citado artículo 67 ibíd., estas son: (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%. Para el caso que nos ocupa, el accionante se encuentra dentro de esta categoría al estar calificado con 31.19 de pérdida de la capacidad laboral; (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 este contexto, para la Sala, la accionada tiene la obligación de asumir el reconocimiento y pago de las incapacidades del actor posteriores al día 540, específicamente las generadas en el periodo comprendido entre el



veinticuatro (24) de octubre de 2017 al veinticinco (25) de enero de 2018, sin perjuicio que pueda perseguir el reembolso de lo pagado, ante la entidad que corresponda. Precisa la Sala que la falta de reglamentación del citado artículo 67 de la Ley 1573 de 2015, no puede constituirse en un obstáculo para la efectiva protección de los derechos fundamentales del trabajador incapacitado; por manera que a pesar de la falta de reglamentación, resulta aplicable lo preceptuado por la norma en cita, se reitera, sin perjuicio de que la EPS persiga ante la autoridad respectiva el reembolso de lo pagado.

Así las cosas, la Sala adicionará al fallo impugnado, en el sentido de autorizar a la Nueva EPS para que solicite ante la entidad respectiva el reembolso de las sumas pagadas al actor por concepto de incapacidades posteriores a los 540 días; y confirmará dicha sentencia en todo lo demás.

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

VI.- FALLA

PRIMERO: ADICIONAR al fallo impugnado el siguiente numeral:

“**AUTORIZAR** a la Nueva EPS para que solicite ante la entidad respectiva el reembolso de las sumas pagadas al actor por concepto de incapacidades posteriores a los 540 días”

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás el fallo impugnado.

TERCERO: COMUNICAR el contenido de esta providencia a las partes y al Juez sexto Administrativo del Circuito de Cartagena.

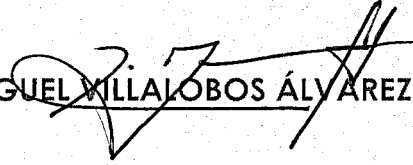


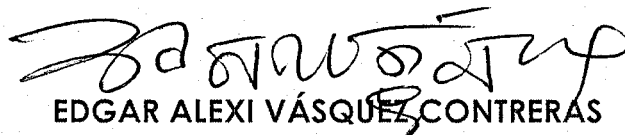
CUARTO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión dentro de los diez (10) días siguientes de ejecutoriada ésta providencia.

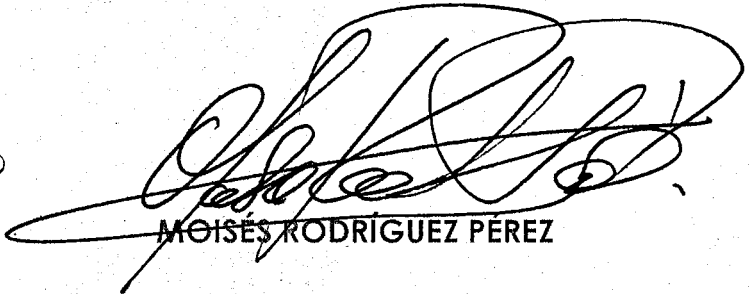
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de la fecha, según consta en Acta N° ____.

LOS MAGISTRADOS


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

