



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No 122
SALA DE DECISIÓN No. 01

SIGCMA

13001-33-33-012-2018-00181-01

Cartagena de Indias D. T y C, veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

MEDIO DE CONTROL	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
RADICADO	13001-33-33-012-2018-00181-01
DEMANDANTE	CARLOS VICENTE RODRIGUEZ MONDOZA
DEMANDADO	NUEVA EPS Y OTROS
TEMA	PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL
MAGISTRADO PONENTE	JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala fija de decisión No.01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la Impugnación presentada por la NUEVA EPS contra la sentencia de tutela de fecha 27 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se tutelaron los derechos fundamentales a la dignidad humana y mínimo vital y móvil del señor CARLOS VICENTE RODRIGUEZ MENDOZA.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones

2.1.1 Solicita al señor juez que se conceda amparo constitucional a los derechos fundamentales deprecados y como consecuencia de ello se ordene a quien corresponda, Nueva EPS, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y/o Banco Mundo Mujer, que en el término de 48 horas autorice el pago de las incapacidades que fueron reconocidas y que hasta la fecha no le han sido canceladas.

2.1.2 Que la entidad al momento de pagar las incapacidades medicas respete su derecho al mínimo vital y móvil, ordenándose a la entidad responsable del pago que le gire por mes el valor correspondiente a su salario mínimo, de acuerdo al año pagado sin descuento alguno, tal como lo establece la Corte Constitucional en la Sentencia C- 543 de 2017.

2.2 Hechos

Los hechos plasmados en el escrito de tutela pueden resumirse de la siguiente manera:

2.2.1- El actor es trabajador del Banco Mundo Mujer en la ciudad de Cartagena y se encuentra afiliado en el Subsistema de Salud a la Nueva EPS y asegurado en el Subsistema de Pensiones como cotizante a la sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.



13001-33-33-012-2018-00181-01

2.2.2 El día 21 de junio de 2013 sufrió un accidente de tránsito de origen común, donde resultó con múltiples lesiones en la pierna izquierda y en la cabeza y la que revistió mayor gravedad fue la fractura de la diáfisis de la tibia.

2.2. 3- En razón de las lesiones descritas estuvo bajo incapacidad médica hasta el día 24 de agosto de 2016, vencida la última incapacidad fue reintegrado a su lugar de trabajo y su empleador, tomando en consideración su estado de salud y las recomendaciones médicas, procedió a reubicarlo en el cargo de Asistente de Información.

2.2. 4- Debido a los fuertes dolores que sufre en su rodilla y pierna izquierda, los cuales fueron diagnosticados como secuelas de las fracturas sufridas, fue incapacitado por su médico tratante durante los periodos comprendidos entre 27/9/2016 al 29/09/2016; 31/10/2016 al 11/11/2016; 27/12/2016 al 31/12/2016; 11/01/2017 al 30/01/2017; 07/02/2017 al 11/02/2017 y 08/03/2017 al 11/03/2017.

2.2.5- El médico tratante le programó cirugía de retiro de tornillos para el día 18 de abril de 2017, por lo cual estuvo incapacitado hasta el día 25 de abril de 2017.

2.2.6- El día 24 de abril de 2017, debido a una infección en la herida de su pierna izquierda y hematoma post quirúrgico, estuvo hospitalizado hasta el día 23 de mayo de 2017.

2.2.7- Debido al dolor tan intenso que le produjo la infección, se le subió la presión quedando hipertenso y anota que ha pasado por las especialidades de psiquiatría, ortopedia, neurología y medicina para el dolor.

2.2.8- Desde la fecha de la cirugía de tornillos a la fecha de presentación de la acción de tutela se ha encontrado incapacitado, siendo la última incapacidad expedida del 19 de julio de 2018 al 17 de agosto de 2018.

2.2.9- El Fondo de Pensiones Porvenir asumió el pago de las incapacidades desde la fecha de la última cirugía, el día 18 de abril de 2017 hasta el 15 de septiembre de 2017.

2.2.10- Desde el 16 de septiembre de 2017 no se le han cancelado las incapacidades a lugar, razón por la cual se le está afectando su derecho fundamental al mínimo vital.

2.2.11- En la actualidad para poder cubrir sus necesidades básicas se ha visto obligado a recurrir a innumerables prestamos de dinero y a la ayuda económica de familiares y amigos.

2.2.12- Señala el actor que su situación ha sido tan difícil este último año, que sus condiciones económicas se ha vuelto insostenibles e imposibles de mejorar sin el pago de sus incapacidades médicas, y esto lo ha afectado no solo en su condición económica sino también en su condición de salud, pues se encuentra en extremo preocupado lo que resulta nocivo para su salud.

2.2.13- En los cargos desempeñados dentro de la empresa Fundación Mundo Mujer ha venido devengando un salario mínimo, sin embargo, desde que está incapacitado ha recibido un porcentaje de éste, afectando así sus ingresos mínimos establecidos en la ley.



2.3. Contestación

2.3.1 NUEVA EPS S.A

La Nueva EPS presentó informe sobre los hechos que motivaron la acción de tutela, en el cual manifestó que esta entidad canceló al usuario los primeros 180 días de incapacidad, por lo que es obligación del fondo de pensiones el pago de las incapacidades a partir del día 181 hasta que el usuario sea calificado definitivamente.

Del mismo modo señala, que de cara a la defensa jurídica frente a las acciones de tutelas que se presentan por este tema, y en las cuales los jueces adopten la decisión señalada en la Sentencia T- 144 de 2016, es necesario controvertir dicha posición a partir de la ausencia del decreto que reglamenta la Ley 1753 de 2015, en concordancia con la necesidad expresa que esta contiene en cuanto a su reglamentación. Por tal razón, el vacío normativo sigue existiendo pues no hay norma específica que regule lo relacionado con las incapacidades superiores a 540 días, ante lo cual se ha optado por suplir el vacío con una de dos opciones: a) Señalar al fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado el trabajador como responsable provisional del pago de las prestaciones, o b) Establecer que no hay norma que proteja al trabajador y por ende, que ninguna entidad vulnera los derechos de este.

Manifiesta además que la posición que debe adoptarse es la asumida por varias de las sentencias de la Corte, en el sentido de que el fondo de pensiones en su calidad de responsable del pago desde el día 181 hasta el día 540, debe continuar con el pago de las incapacidades hasta tanto el trabajador se recupere o sea evaluado por la Junta de Calificación de Invalidez, o, de otro modo se declare que ninguna de las entidades vinculadas a la acción de tutela, han venido vulnerando los derechos del afiliado.

2.3.2 PORVENIR

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, manifestando que el señor Carlos Vicente Rodríguez Mendoza no ha radicado ante esa sociedad administradora la solicitud formal de pago de incapacidades, así como tampoco se ha remitido el concepto de rehabilitación integral expedido por la EPS especificando si su pronóstico de rehabilitación es favorable o desfavorable, o solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral. Lo anterior en cumplimiento de los requisitos establecidos por la compañía de seguros de vida, con la cual tienen contratado el seguro previsional de los afiliados a Porvenir S.A.

Señalan además que el artículo 142 del Decreto 19 de 2012 consagra que cuando exista concepto de rehabilitación favorable, las administradoras de pensiones podrán postergar el trámite de calificación por 360 días posteriores a los 180 días reconocidos por la EPS, evento en el cual se otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad



13001-33-33-012-2018-00181-01

que venía disfrutando el afiliado. Así pues, de esta norma se desprende que a) Los Fondos privados solo reconocen un subsidio equivalente a las incapacidades por un término limitado cuando exista un concepto favorable de rehabilitación y b) En caso de que exista concepto favorable de rehabilitación en favor del afiliado, la EPS debe emitirlo inmediatamente. Si la EPS no emite oportunamente dicho concepto, debe en consecuencia la aludida EPS pagar las incapacidades posteriores y hasta que lo emita.

Dice que si el señor Carlos Rodríguez Mendoza ya sobrepasó los 120 días de incapacidad continua, es evidente que la EPS del afiliado no cumplió con su deber legal de expedir y remitir a la administradora de Fondos de Pensiones el concepto de rehabilitación integral en forma oportuna. Corresponde entonces a la EPS cubrir las incapacidades del actor hasta que sean notificados del concepto de rehabilitación.

La entidad llamada a dar contestación a la solicitud del actor es la EPS a la que se encuentra afiliado, ya que no ha cumplido con sus deberes legales y no ha remitido a la administradora de pensiones el concepto de rehabilitación integral.

2.3.3 BANCO MUNDO MUJER

La accionada Banco Mundo Mujer presentó informe, señalando que el pago de prestaciones económicas es de procedencia excepcional por vía de tutela y únicamente para evitar un perjuicio irremediable, en tanto que en el ordenamiento jurídico existen mecanismos ordinarios de defensa para acceder a dicha pretensión. Plantean que en reiteradas oportunidades la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela no procede para el cobro de acreencias laborales pues en estos eventos el accionante dispone plenamente de las acciones legales correspondientes ante la jurisdicción ordinaria, por lo que la tutela impetrada no es procedente.

Dice también que el Banco Mundo Mujer no ha puesto en peligro los derechos fundamentales del actor pues ha venido realizando de manera oportuna todos los aportes a la seguridad social en favor del accionante sin que a la fecha existan requerimientos por las entidades administradoras de la seguridad social. Además, no está acreditado que el accionante sea sujeto de especial protección pues solo demuestra tener una enfermedad de origen común que por sí misma no es factor determinante para demostrar vulneración de derecho alguno.

2.4. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena considera que la Nueva EPS y la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, están vulnerando los derechos fundamentales del accionante, al no realizar los pagos de subsidio por las incapacidades posteriores a los 540 días laborales, ordenadas y autorizada por la NUEVA EPS.

Del mismo modo, dispuso que el IBL para la liquidación de los valores de las



13001-33-33-012-2018-00181-01

incapacidades autorizadas al actor debe ser equivalentes al 100% del salario, en caso de que efectivamente lo devengado por el actor sea un salario mínimo legal.

2.5. Impugnación de la Sentencia

La sentencia es impugnada por la accionada la NUEVA EPS S.A, quien manifiesta no estar de acuerdo con la decisión, solicitando la revocatoria de la misma y la declaración de la improcedencia de la tutela.

La NUEVA EPS manifestó que esta entidad canceló al usuario los primeros 180 días de incapacidad, por lo que es obligación del fondo de pensiones el pago de las incapacidades a partir del día 181 hasta que el usuario sea calificado definitivamente.

En consecuencia señala, que de cara a la defensa jurídica frente a las acciones de tutelas que se presentan por este tema, y en las cuales los jueces adopten la decisión señalada en la Sentencia T- 144 de 2016, es necesario controvertir dicha posición a partir de la ausencia del decreto que reglamenta la Ley 1753 de 2015, en concordancia con la necesidad expresa que esta contiene en cuanto a su reglamentación. Por tal razón, el vacío normativo sigue existiendo pues no hay norma específica que regule lo relacionado con las incapacidades superiores a 540 días, ante lo cual se ha optado por suplir el vacío con una de dos opciones: a) Señalar al fondo de pensiones al cual se encuentra afiliado el trabajador como responsable provisional del pago de las prestaciones, o b) Establecer que no hay norma que proteja al trabajador y por ende, que ninguna entidad vulnera los derechos de este.

Manifiesta además que la posición que debe adoptarse es la asumida por varias de las sentencias de la Corte, en el sentido de que el fondo de pensiones en su calidad de responsable del pago desde el día 181 hasta el día 540, debe continuar con el pago de las incapacidades hasta tanto el trabajador se recupere o sea evaluado por la Junta de Calificación de Invalidez, o, de otro modo se declare que ninguna de las entidades vinculadas a la acción de tutela, han venido vulnerando los derechos del afiliado.

2.6. Trámite de la Impugnación.

A través del auto de fecha tres (3) de septiembre de 2018, el A quo concedió la impugnación, siendo repartida al Despacho del Ponente el siete (7) de septiembre de 2018, ingresando al despacho el 10 de septiembre de 2018.

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia

Conforme lo establecido el Decreto 2591 de 1991, el Tribunal Administrativo de Bolívar, es competente para conocer en segunda instancia de la presente acción.



3.2 Legitimación activa

Sobre el particular el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de amparo constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona en nombre propio o a través de representante, como en el caso en concreto, a fin de solicitar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

De igual manera, en su artículo 10, el Decreto 2591 de 1991 señala:

"La acción de tutela podrá ser ejercida en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quién actuara por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando la circunstancia ocurra deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales."

De conformidad con lo anterior, en efecto, el señor CARLOS VICENTE RODRIGUEZ MENDOZA, actuando en nombre propio, se encuentra legitimada por activa para reclamar la protección del derecho fundamental alegado en la demanda, toda vez que es quien alega que se le ha vulnerado por la accionada y demuestra ser acreedor de las incapacidades otorgadas.

3.3. Legitimación pasiva.

En relación con la legitimación por pasiva en el trámite de la acción de tutela el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 dispone:

"Artículo 13. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubieren actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior". (Negritas fuera de texto)

Las autoridades accionadas la NUEVA EPS S.A y el FONDO DE PENSIONES PORVENIR, en principio tienen competencia para garantizar dentro del Sistema General de Seguridad Social, el reconocimiento y pago por concepto de incapacidades



13001-33-33-012-2018-00181-01

médicas que se expidan a favor del accionante así como llevar a cabo los trámites administrativos indispensables para culminar con la definición de su situación laboral, ya sea por medio de su reincorporación laboral cuando se logre su total rehabilitación o se otorgue su pensión de invalidez. Por lo tanto, están legitimadas en la causa por pasiva frente a la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales que el actor narra en su escrito de tutela.

3.4 Problemas Jurídicos.

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, le corresponde a la Sala examinar los siguientes problemas:

- ¿Vulnera la NUEVA E.P.S, los derechos fundamentales a la dignidad humana, mínimo vital y móvil del señor CARLOS VICENTE RODRIGUEZ MENDOZA al no realizar el pago de las prestaciones económicas derivadas de las incapacidades médicas que le viene otorgando su médico tratante con posterioridad al día 540?

3.5 Tesis de la Sala.

La Sala sustentará que, en efecto, como lo concluyó el a quo, en el presente caso se vulneran los derechos de la demandante, por no realizarse los pagos de las incapacidades médicas superiores al día 540, por parte de la NUEVA EPS S.A., por ser dicha entidad la obligada a cancelarlas según lo dispone el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

3.6. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

3.6.1 Generalidades de la Acción de Tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

- Está instituida para proteger derechos fundamentales.
- La subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un



13001-33-33-012-2018-00181-01

perjuicio irremediable

-La inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

❖ **3.6.2 Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de incapacidades.**

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional ha indicado lo siguiente:

"(...) que la acción de tutela procede para el reconocimiento de prestaciones laborales cuando: i) no existe otro medio de defensa judicial, o de existir, éste no es apto para salvaguardar los derechos fundamentales en juego; o ii) cuando se pruebe la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, con las características de grave, inminente y cierto, que exija la adopción de medidas urgentes y necesarias para la protección de derechos fundamentales.

Frente a la primera hipótesis, la jurisprudencia ha desarrollado algunos parámetros adicionales que permiten a los jueces establecer con mayor grado de certeza la idoneidad o no de los medios ordinarios. En efecto, la edad, el estado de salud, las condiciones económicas, sociales y familiares son aspectos relevantes que se deben ponderar, cuando se exige a una persona asumir las complejidades propias de los procesos ordinarios, pues en algunos casos ello podría redundar en que la vulneración de un derecho fundamental se prolongue injustificadamente.

Adicionalmente esta Corporación ha resaltado que cuando se busca la obtención del dinero derivado de un auxilio por incapacidad laboral, el juez de tutela debe considerar que la ausencia o dilación injustificada de dichos pagos afecta gravemente la condición económica del trabajador, así como sus derechos al mínimo vital y a la salud, pues éste deriva su sustento y el de su familia de su salario, que es suspendido temporalmente en razón a una afectación de su salud. Así la mora en dichos pagos puede situar al reclamante en circunstancias apremiantes, que ponen en riesgo su subsistencia digna.

Aunado a lo anterior y frente a la hipótesis del perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha recalcado la necesidad de evaluar los siguientes rasgos (i) la inminencia, es decir, que la situación genera una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) la gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral sea de gran intensidad; (iii) la necesidad urgente de protección; y (iv) el carácter inaplazable de la acción de tutela para que realmente pueda garantizar el restablecimiento de los derechos fundamentales de manera integral.



13001-33-33-012-2018-00181-01

*Por lo expuesto, si el juez verifica que el accionante se encuentra en alguna de tales hipótesis, debe considerar que la acción de tutela procederá, "para remover los obstáculos que enfrentan quienes soportan circunstancias de debilidad manifiesta, reivindicar su derecho a la igualdad real y efectiva frente a quienes no padecen esas contingencias y materializar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad intrínsecos a la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, dentro del cual se inscribe el derecho a recibir oportunamente el pago de las incapacidades laborales"*¹

En el sub lite, para la valoración de la procedencia de la tutela presentada por el señor Carlos Vicente Rodríguez Mendoza, es importante evaluar si esta fue interpuesta en un lapso razonable y cercano a la vulneración del derecho fundamental que busca ser protegido². Con base en la información aportada al expediente, se constata que el inicio de la vulneración de derechos del actor sucede el día 16 de septiembre de 2017, momento en el cual la NUEVA EPS suspende el pago de las incapacidades emitidas por el médico tratante, emitiéndose la última incapacidad el día 17 agosto de 2018. La fecha de presentación de la tutela data el 13 agosto de 2018, esto es, aproximadamente once meses después a la suspensión de cancelación de incapacidad, tiempo en el cual, la vulneración de derechos persiste en tanto no se ha realizado el pago del subsidio de incapacidad y el tutelante permanece en el proceso de rehabilitación que le impide continuar normalmente con su actividad laboral. Estos hechos permiten concluir que el accionante cumple con el requisito de inmediatez para la procedencia de la acción de tutela.

Ahora bien, frente al requisito de subsidiariedad, de acuerdo con la información que obra en el expediente, el señor Rodríguez Mendoza es un hombre de 48 años que se desempeña como trabajador de la empresa Fundación Mundo Mujer. Su ingreso base de cotización, de acuerdo con la planilla de aportes en línea del empleador, es de un salario mínimo legal mensual vigente³. Así mismo, en escrito de tutela, el accionante señala que "por su estado de salud no puede ejercer ninguna labor que le permita ganar dinero para su manutención, siendo su único medio de subsistencia el auxilio por incapacidad", afirmaciones que no fueron controvertidas por los accionados, con lo cual se presumen verdaderas en virtud del principio de buena fe.

Con lo anterior, en efecto se constata que las condiciones objetivas del señor Rodríguez Mendoza lo ponen en un estado de debilidad manifiesta, causado por su delicado estado de salud (que le ha provocado incapacidades durante más de 540 días) y por su precaria situación económica. Este último elemento se presume, en tanto el accionante y su familia subsisten comúnmente con un salario mínimo que difícilmente le permitiría generar excedentes para el ahorro y prevención de una

¹ Sentencia T-144 de 2016. Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

² No obstante, esos criterios de razonabilidad y cercanía deben ser valorados caso a caso, teniendo en cuenta situaciones como: i. Existencia de razones válidas como fuerza mayor, caso fortuito y otras que le impidieron al accionante interponer la tutela en un tiempo menor; ii. Que la amenaza o vulneración se extienda en el tiempo; y iii. Que el plazo razonable sea una carga desproporcionada por causa de una situación de debilidad manifiesta.

³ Folios 72-74 cuaderno de primera instancia



13001-33-33-012-2018-00181-01

situación de incapacidad que surgió de manera poco predecible. En suma, para esta Sala es difícil presumir que el señor Rodríguez tiene alguna fuente de ingresos alterna al pago del subsidio de incapacidad, que en este momento funge como sustituto de su salario.

Tales circunstancias hacen que a pesar de la existencia de la jurisdicción laboral ordinaria, en este caso concreto sea procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio para asegurar la materialización efectiva de las garantías fundamentales del accionante, quien se ve enfrentado a una situación que lo hace particularmente vulnerable y, en consecuencia, más propenso a que se profundice su vulnerabilidad y la del núcleo familiar, al dejar de percibir por tiempo continuo un ingreso equivalente a una porción del salario.

En conclusión, la acción de tutela interpuesta por el señor Carlos Vicente Rodríguez Mendoza es procedente al encontrar esta Sala que la jurisdicción laboral ordinaria no podría proteger de manera eficaz y oportuna los derechos del accionante, pues su condición de vulnerabilidad actual hacen que sea necesario tomar prontamente una decisión de fondo sobre este asunto. De lo contrario, la renuencia al pago de incapacidades por parte de la entidad encargada, podría profundizar vertiginosamente las condiciones que han puesto al señor Rodríguez en la situación de vulnerabilidad que acredita actualmente.

❖ **Reconocimiento de incapacidades laborales posteriores al día 540.**

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, para solucionar los dos puntos siguientes: **i) revaluar la real capacidad de trabajo del afectado, en especial respecto del concepto de invalidez, ii) desprotección que enfrenta una persona que recibe incapacidades prolongadas más allá de 540 días.**

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:

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017





13001-33-33-012-2018-00181-01

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."

El Legislador en la norma transcrita, 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.

Queda claro 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 2015⁴ -, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social deberán acatar lo dispuesto en dicho precepto legal.

No obstante, esta la Corte Constitucional ha ordenado la aplicación retroactiva del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, con base principalmente en el principio de igualdad material ante un déficit de protección previamente advertido por esa Corporación.⁵ En esta medida, se ha admitido la aplicación de la citada ley respecto de períodos anteriores a su vigencia, en virtud de poderosas razones constitucionales como lo son: (i) la necesidad de evitar que se genere un trato desigual entre las personas cuyas incapacidades fueron expedidas con anterioridad a la vigencia de la norma en cuestión y aquellas que gozan de certificados de incapacidad emitidos con posterioridad⁶; (ii) que las personas que reclaman el pago de incapacidades superiores a los 540 días continuos no han conseguido reintegrarse a la vida laboral

⁴ **Ley 1753 de 2015. "ARTÍCULO 267. Vigencias y Derogatorias.** La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias." La ley fue publicada en el Diario Oficial No. 49.538 de **9 de junio de 2015**.

⁵ Sentencia T-144 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); sentencia T-200 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amarís).

⁶ Sentencia T-144 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) "Esa situación de desigualdad tiene un fundamento legal que es entendible desde el punto de vista de las reglas de vigencia y aplicación de las leyes. Sin embargo, genera una tensión constitucional que no puede ser omitida por la Corte, pues a la luz del principio de igualdad material, no hay razón para diferenciar y beneficiar sólo a un grupo de personas, en virtud de una consideración temporal, a sabiendas de que la situación se evidenciaba con anterioridad. Es decir, no hay una justificación constitucionalmente válida para fijar tal diferencia en la posibilidad de protección legal."



13001-33-33-012-2018-00181-01

pero tampoco han sido calificados con una pérdida de capacidad laboral definitiva, con lo cual se evidencia su situación de vulnerabilidad que origina especial protección del Estado; y (iii) que aunque la aplicación de la ley impone una carga administrativa a las EPS, dichas entidades tienen permitido repetir ante el Estado por los valores pagados, con lo que se asegura la sostenibilidad económica del Sistema General de Seguridad Social en Salud.⁷

❖ **Incapacidades posteriores a los 540 días. (Jurisprudencia Constitucional)**

En sentencia **T-144 de 2016**⁸, 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.⁹

Subsiguientemente, mediante la sentencia **T-200 de 2017**¹⁰, la Sala Novena de Revisión se pronunció en relación con dos procesos de tutela acumulados y amparó los derechos de cada uno de los accionantes. En los dos casos, se habían prescrito incapacidades ininterrumpidas que sumaban más de 540 días sin que los actores pudieran acceder a una pensión de invalidez, pues en el primer caso el porcentaje de pérdida de capacidad laboral era inferior al 50% y en el segundo el actor ni siquiera había sido calificado¹¹.

⁷ Sentencia T-144 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) "Como fundamento adicional, ha de resaltarse que la aplicación retroactiva de la Ley, si bien impone una carga administrativa en cabeza de las EPS, no son ellas quienes al final van a asumir la obligación, pues es en últimas el Estado, en cabeza de la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, quien les pagará a éstas los dineros cancelados por dicho concepto".

⁸ Sentencia T-144 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹ Sentencia T-144 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Cabe anotar que la identificación de las tres reglas establecidas por la citada providencia fue llevada a cabo por la **sentencia T-200 de 2017** (M.P. José Antonio Cepeda Amarís).

¹⁰ Sentencia T-200 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

¹¹ Sentencia T-200 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís.



13001-33-33-012-2018-00181-01

En el fallo anotado, la Corte Constitucional entendió que *"la regla actual de incapacidades que superan 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, es que deben asumirlas las EPS"*¹². De este modo, consideró que mediante la Ley 1753 de 2015 se superó el déficit de protección que había sido evidenciado por la jurisprudencia constitucional anterior a su vigencia¹³.

Cuadro 1 Atribución legal de responsabilidad en el pago de incapacidades

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 181 hasta 540	Fondo de Pensiones	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

3.7. CASO CONCRETO

3.7.1 PRUEBAS RELEVANTES AL CASO

- Copia de la epicrisis de fecha 24 de abril de 2017, emitida por la Clínica Blas de Lezo. (Fl. 11-15)
- Copia de los registros de evolución y laboratorios médicos del paciente Carlos Vicente Rodríguez Mendoza, desde el 27 de abril de 2017. (Fls 16-40)
- Copia de los certificados de incapacidad expedidos por la Nueva EPS a nombre del señor Carlos Rodríguez. (Fls. 41-56)
- Copia de la remisión de fecha 19 de julio de 2017, donde se verifica que la Nueva EPS remitió al accionante a Salud Ocupacional o Médica de Trabajo para valoración de patologías, conforme a la solicitud que hizo el ortopeda Juan Conrado. (Fl. 57)
- Copia de radicación de solicitud de servicios de fecha 21 de julio de 2017, con el cual la Nueva EPS solicita a la UT Cartagena Norte- Bienestar IPS SAS un dictamen de calificación de origen por dependencia técnica, en relación al paciente Carlos Rodríguez. (Fl. 57)
- Copia de memorial radicado por el accionante, en el cual solicita que a la Nueva EPS que se atienda al requerimiento ordenado por el ortopedia. Del mimos no se encuentra constancia de recibido. (Fls 58)
- Copia de pantallazo donde la Nueva devuelve la solicitud EPS presentada por el señor Carlos Vicente, por "CASO YA CALIFICADO POR MEDICINA LABORAL". (Fls. 59)
- Copia de Oficio GRN- S- ML 11867 del 18 de septiembre de 2017, suscrito por el

¹² Sentencia T-200 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

¹³ Sentencia T-200 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís





13001-33-33-012-2018-00181-01

Medico Laboral – Regional Norte de la Nueva EPS, en el que se le informa al accionante las patologías y secuelas de accidente común. (Fl. 60)

- Historia clínica del señor Carlos Rodríguez Mendoza, expedida por la Nueva EPS. (Fls. 61- 63)
- Copia de concepto de rehabilitación y pronóstico elaborado por la Nueva EPS de fecha 15 de noviembre de 2017. (Fls. 64)
- Copia de cedula de ciudadanía del señor Carlos Rodríguez. (Fl. 70)
- Copia de incapacidad emitida por la Nueva EPS a favor del actor de fecha 9 de agosto de 2018 y 17 de agosto de la misma anualidad. (Fl. 72-84 y del 108-114)

3.8 VALORACIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS DE CARA AL MARCO JURÍDICO.

Una vez verificada la procedencia de la presente acción de tutela en el caso concreto y valorados los hechos que resultaron probados de cara al marco jurídico señalado en esta providencia, la Sala llega a la conclusión de confirmar la sentencia de primera instancia de conformidad con el artículo 67 de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015, vigente para cuando fueron expedidas las incapacidades por parte de la NUEVA EPS, el cual dispone que ésta entidad es la competente para cancelar las incapacidades de origen común que superen los 540 días, a favor del trabajador que se encuentra en situación de vulnerabilidad.

En criterio de la Sala y respetando los precedentes jurisprudenciales reiterados por la Corte Constitucional, el trabajador que se ve sometido a la pérdida de su capacidad laboral y en tal virtud sometido a dejar su trabajo por causa de una enfermedad ya sea común o de origen laboral, goza de estabilidad laboral reforzada y es sujeto de especial protección por parte de todas las personas, sobre todo de aquellas que tienen a su cargo la prestación de los servicios de salud y seguridad social en pensiones. En esa medida no resulta ajustado a los criterios de justicia y atenta contra la dignidad humana del trabajador y su mínimo vital, suspender el pago del monto de las incapacidades médicas que vienen a sustituir el salario que devengaba cuando se encontraba activo laboralmente. Si bien es cierto, el valor de las mismas no corresponde al 100% de su salario, porque es un porcentaje mucho menor (66, 667%), alivia en gran medida la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia, permitiendo que pueda atender la recuperación de su salud con cierto grado de tranquilidad. Por ello, aceptar que así hayan transcurrido los 540 días que dispone la Ley en principio como límite para el pago de incapacidades no significa que éstas deban suspenderse cuando los médicos tratantes las siguen emitiendo; máxime cuando no se ha expedido un concepto favorable de rehabilitación aun teniendo certeza de la patología que padece la accionante, pero que no amerita el reconocimiento de pensión por invalidez.

En este orden de ideas, estima la Sala que se debe confirmar la sentencia de tutela de fecha 27 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, a través del cual le tutelaron a él accionante los derechos





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No 122
SALA DE DECISIÓN No. 01

SIGCMA

13001-33-33-012-2018-00181-01

fundamentales a la dignidad Humana y mínimo vital y móvil, y le reconocieron el pago de los periodos dejados de recibir por concepto de incapacidad.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela de fecha 27 de agosto de 2018, proferida por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena a través del cual se le tutelaron los derechos fundamentales al mínimo vital y se le ordenó a la NUEVA EPS el pago a él accionante de las incapacidades generadas desde el 16 de septiembre de 2017 hasta el 17 de agosto de 2018.

SEGUNDO: En firme esta providencia, remítase el respectivo expediente a la Honorable Corte Constitucional en opción de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

