



Radicado: 13001-33-33-006-2019-00111-01

Cartagena de Indias D. T. y C., nueve (09) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	13001-33-33-006-2019-00111-01
Accionante	SUSAN GALINDO PUELLO
Accionado	PORVENIR S.A. - NUEVA EPS
Tema	PAGO DE INCAPACIDADES POSTERIORES AL DIA 540
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija No. 02 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la **NUEVA EPS**, contra la sentencia de fecha veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que tuteló los derechos fundamentales al **MÍNIMO VITAL, IGUALDAD, SEGURIDAD SOCIAL Y VIDA DIGNA.**

I. ANTECEDENTES.

1. La solicitud de amparo

1.1. Hechos relevantes planteados por la parte accionante

1.1.1. Fue diagnosticada con las patologías de: i) **EMBOLIA Y TROMBOSIS DE VENA NO ESPECIFICADA**, ii) **HISTORIA PERSONAL DE USO (PRESENTE) DE ANTICOAGULANTE POR LARGO TIEMPO**, que le produce dolores agónicos, y le impiden desarrollar su vida normalmente.

1.1.2. Debido a su estado de salud se le han generado más de 540 días de incapacidad continuos, siendo este pago el único ingreso que tiene para satisfacer sus necesidades básicas. Dicho pago fue asumido por la **NUEVA EPS** hasta el día 180 y después por el **FONDO DE PENSIONES PORVENIR** desde el día 181 hasta el día 540.

1.1.3. Al llegar al día 541, la actora manifiesta sentir incertidumbre sobre quien va a realizar el pago de las siguientes incapacidades:

Número de Incapacidades	Fecha Inicial	Fecha Final	Número de Días
4705338	03/11/2018	16/11/2018	14
4742488	20/11/2018	04/12/2018	15
4797685	12/12/2018	26/12/2018	15
5087831	27/12/2018	12/01/2019	17
4876032	18/01/2019	01/02/2019	15
5142303	02/02/2019	18/02/2019	17
4982707	01/03/2019	10/03/2019	12
5043778	13/03/2019	11/04/2019	30
5093897	15/04/2019	29/04/2019	15
5142310	30/04/2019	29/05/2019	30





Radicado: 13001-33-33-006-2019-00111-01

1.1.4. La accionante elevó solicitud tanto al FONDO DE PENSIONES PORVENIR como a la NUEVA EPS, quienes respondieron haber cumplido con su obligación legal por lo que no les correspondía el pago de las incapacidades requeridas.

1.1.5. Advierte que, a la fecha de presentación de la solicitud de tutela, tiene un total de 180 días de incapacidad que no han sido pagadas, por lo que le ha tocado sobrevivir de la caridad de su familia, lo que ha generado un deterioro en su salud debido a la angustia que padece por el abandono del Sistema de la Seguridad Social.

1.1.6. Frente a la calificación del origen de las enfermedades que padece, manifestó estar en trámites para establecer su origen, sin embargo advierte que, en primera instancia el FONDO DE PENSIONES PROVENIR las calificó como de origen común, por lo que presentó el recurso establecido en decreto 019 de 2012 que confirmó la Junta Regional de Invalidez de Bolívar.

1.1.7. Finalmente señaló que, se encuentra realizando el tratamiento establecido por los médicos tratantes de la NUEVA EPS.

1.2. Pretensiones:

Tutelar los derechos fundamentales a la salud, seguridad social, dignidad humana, mínimo vital vida; y ordenar a las entidades demandadas el pago de las incapacidades dejadas de pagar generadas por las enfermedades que padece.

2. Actuación procesal relevante

2.1. Admisión y notificación

Mediante auto de fecha 15 de mayo de 2019, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena admitió la solicitud de amparo¹, notificado por correo electrónico que se remitió al buzón institucional de notificaciones judiciales del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir AFP y de la NUEVA EPS². Se le corrió traslado del escrito de tutela para que dentro del término de dos (2) días, dieran respuesta sobre los hechos y pretensiones de la solicitud.

3. Informes rendidos

3.1. PORVENIR S.A³

Solicita se vincule a la NUEVA EPS como única responsable del pago de incapacidades superiores al día 540 de acuerdo a lo previsto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y la sentencia T-144 de 2016 y que se deniegue o se declare

¹ Folio 32

² Folios 34-36

³ Folio 39-43





Radicado: 13001-33-33-006-2019-00111-01

la improcedencia de la presente acción de tutela, al estimar que no tiene responsabilidad en la trasgresión de los derechos fundamentales alegados. En ese orden solicita la vinculación de la ADRES.

Sostiene que, ha cumplido con los pagos de las incapacidades desde el día 181 y de acuerdo a lo estipulado por la ley, razón por la cual las incapacidades anteriores a la emisión del concepto de rehabilitación y las que se causen con posterioridad al día 540, son responsabilidad de la EPS. Por ello, manifiesta que remitió el caso de la señora SUSAN GALINDO PUELLO a la compañía de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A, con el objeto de que dicha entidad con base en la documentación aportada, procediera a determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral para calificar el grado de invalidez y el origen de la contingencia; tal entidad determinó que la accionante presentaba un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 12.60%, con fecha de estructuración del 27 de diciembre de 2017.

Señala además que, de conformidad con el artículo 38 y 39 de la ley 100 de 1993 su porcentaje de calificación no le da el derecho a una pensión de invalidez por lo que la accionante estaría vulnerando el derecho al debido proceso al interponer una acción constitucional, que le permita seguir percibiendo pagos no debidos evadiendo el conducto regular de todas la reclamaciones de pensión, por ello, estima que lo que se pretende en este caso es obtener el mismo efecto de una pensión de invalidez que no se ha causado mediante el pago injustificado de incapacidades superiores a 540 días, cuyo reconocimiento y pago, reitera, se encuentran en cabeza de la EPS, toda vez que, en ningún momento se sustrajo de la obligaciones legales y judiciales a su cargo.

Por último afirma que, la ausencia de obligaciones jurídicas exigibles respecto de quien se encuentra expresamente llamado por la ley o el contrato genera una falta de legitimación en la causa por pasiva, por lo que no se puede desprender ninguna "*Causa petendi*" al no existir componente factico ni jurídico que fundamente la imputación de alguna vulneración de derechos fundamentales, lo que resulta determinante para declarar la improcedencia de la acción de tutela.

3.2. NUEVA EPS⁴

Solicita declarar improcedentes las pretensiones de la acción, pues considera que cumplió con su obligación de pagar los primeros 180 días de incapacidad, adicionalmente remitió el concepto de rehabilitación al Fondo de Pensiones y es este último quien debe definir la situación laboral del usuario, además, la accionante cuenta con otro medio de defensa como la justicia ordinaria y la Superintendencia de Salud, de manera que, si surge entre el cotizante y su EPS una controversia por el reconocimiento de incapacidades, reembolso de dinero, licencias que no afecten el mínimo vital, la acción de tutela no es el medio eficaz. Por lo cual se debe comunicar al Fondo de Pensiones para que éste sea el que asuma el pago de las incapacidades a partir del día 181 hasta que el

⁴ 52-64





Radicado: 13001-33-33-006-2019-00111-01

afiliado pueda integrarse a sus labores o hasta que pueda acceder a pensión de invalidez.

Enfatiza que no es posible realizar el reconocimiento económico de las incapacidades, teniendo en cuenta que es el fondo de pensiones quien debe asumir el valor de las prestaciones económicas hasta tanto emita la calificación de pérdida de capacidad definitiva.

Manifiesta que la Administradora de Fondo de Pensiones tiene la obligación legal de expedir el dictamen sobre la calificación de la pérdida de capacidad laboral, dentro del término dispuesto en el Decreto Ley 019 de 2012, y al no ser expedido oportunamente, la AFP podría incurrir en una violación de las normas legales y de los derechos fundamentales. Igualmente en aplicación del Decreto 2463 de 2001 artículo 23, si las incapacidades se extienden más allá de los 360 días adicionales a los 180 y la pérdida de capacidad laboral se establece como inferior al 50%, le corresponde al fondo de pensiones el pago de la prestación hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez.

Sostiene que, se debe determinar qué entidad está obligada a reconocer y pagar las incapacidades que se generen con posterioridad al día 540 cuando se vea comprometido. No obstante, los antecedentes jurisprudenciales (Sentencia T -873/2013, T-004/2014, T-137/2012, T-468/2010) indican que, ante el vacío reglamentario, el responsable será el respectivo Fondo de Pensiones al cual se encuentre afiliado el trabajador.

Finalmente, alega que, la acción de tutela no es el medio idóneo para solicitar el reembolso de gastos médicos o transportes, licencias de materias e incapacidades puesto que para ellos existen otros medios jurídicos previstos para reclamar sus derechos, en este sentido, no se evidencia violación alguna a los derechos fundamentales al negar el pago de las prestaciones económicas, al tratarse de una conducta legítima ajustada a la normatividad legal vigente, lo que torna improcedente la acción de tutela .

4. Sentencia de Primera Instancia⁵

Mediante providencia de fecha veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena tuteló los derechos fundamentales al MÍNIMO VITAL, IGUALDAD, SEGURIDAD SOCIAL y VIDA DIGNA de la accionante, bajos los siguientes argumentos:

Para establecer quién debe asumir el pago de las incapacidades adeudadas, aplicó la ley 1753 de 2015 en su artículo 67. En ese orden, concluyó que, como las incapacidades fueron continuas y arrojaron un total de 698 días, el primero y segundo día debió ser pagado por el empleador, el día 3 al 180 por la NUEVA EPS, del día 181 al 540 por PORVENIR SA, y de los días 541 en adelante nuevamente por la NUEVA EPS. En consecuencia, las incapacidades adeudadas a la parte actora deben ser pagadas en su gran mayoría por la NUEVA EPS,

⁵ Folio 104-107 reverso





Radicado: 13001-33-33-006-2019-00111-01

debiendo asumir PROVENIR S.A., solo los primeros 22 días en el entendido que aún estaban transcurriendo los 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días, y que el computo de esos 540 días previos por ley culminaron el día 27 de noviembre de 2018.

Por último consideró que dichas entidades se negaron a asumir los pagos de las incapacidades, vulnerando con ello los derechos fundamentales de la actora, toda vez que el auxilio por incapacidad constituye el sustituto del salario para la accionante durante el tiempo de incapacidad, por lo que tales ingresos se convierten en la garantía a su mínimo vital y el de su familia, así como la garantía para la recuperación de su salud.

5. Impugnación⁶.

La NUEVA EPS, sustentó los motivos de inconformidad con la sentencia de la A-quo con los siguientes argumentos:

Al consultar la base de datos de la entidad, se observa que la accionante cuenta con 650 días de incapacidad, por ello, la NUEVA EPS emitió concepto de rehabilitación de la afiliada y notificó a la Administradora del Fondo de Pensiones Porvenir S.A., tal como se encuentra probado en autos, y con la finalidad de dar cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 019 de 2012 artículo 162.

Conforme lo precedente, y revisada la reseña de afiliación se informa que, no es posible reconocer las incapacidades, teniendo en cuenta que el fondo de pensiones mencionado es quien debe asumir el valor de las prestaciones económicas hasta tanto emita la calificación de pérdida de capacidad laboral definitiva, dentro de los precisos términos señalados en el decreto ley 019 de 2012, razón, por la cual de no serle expedido oportunamente, la AFP podría incurrir en una violación de las normas legales citadas y de los derechos fundamentales.

Señala que, la presente acción debe ser declarada improcedente, por haber cumplido la recurrente con la obligación de pagar los primeros 180 días de incapacidad y haber expedido concepto de rehabilitación a la paciente, aunado a que ésta cuenta con otros medios de defensa como la justicia ordinaria y la Superintendencia de Salud, para acceder a los derechos conculcados dentro del proceso en referencia.

5.1 Trámite de la impugnación

A través de auto de fecha 05 de junio de 2019, la Juez de primera instancia concedió la impugnación, siendo repartida al Despacho de la Ponente el 07 de junio de 2019 e ingresado para dictar sentencia el 07 de junio de la misma anualidad⁷.

⁶ Folios 112- 122

⁷ Folio 128-129





Radicado: 13001-33-33-006-2019-00111-01

I. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La competencia

Conforme lo establece el artículo 153 del C.P.A.C.A en concordancia con el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. Legitimación en la causa

2.1 Por activa

La señora SUSAN GALINDO PUELLO, se encuentra legitimada por activa para reclamar la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, igualdad, seguridad social y vida digna por ser la titular de los mismos.

2.2 Por pasiva

Las accionadas NUEVA EPS y PORVENIR S.A., en principio tienen competencia para garantizar dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones, el reconocimiento y pago por concepto de incapacidades médicas que se expidan a favor de la 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 y/o amenaza de los derechos fundamentales que la actora narra en su escrito de tutela.

3. Problema jurídico

El problema principal a dilucidar en el asunto bajo estudio es:

¿Debe confirmarse, revocarse y/o adicionarse, la sentencia de primera instancia?

De ser afirmativo el anterior interrogante, se procederá a estudiar:

¿Resulta procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo en el caso concreto para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales; se cumplen los requisitos de inmediatez y subsidiariedad?

En caso de ser positivo este interrogante, se establecerá:

¿A cuál de las entidades accionadas le asiste la obligación de pagar a la accionante las incapacidades expedidas a su favor, a partir del día 541, cuando



Radicado: 13001-33-33-006-2019-00111-01

está calificada su enfermedad como de origen común y la calificación de pérdida de capacidad laboral no supera el 50%?

4. Tesis de la Sala

La Sala sustentará que, en efecto, como lo concluyó la juez de primera instancia, la acción de tutela cumple con los requisitos de procedencia e inmediatez, porque la accionante es una mujer que padece graves quebrantos de salud que la mantienen con incapacidades prolongadas y sucesivas que constituyen su único ingreso, el cual se ha visto interrumpido por la falta de pago por las entidades competentes dentro del Sistema de Seguridad Social. Así mismo, se modificará parcialmente la decisión de la A quo, en cuanto a que, la actora afirmó que las incapacidades que le adeudan son las posteriores al día 541 y en ese orden, el problema jurídico que corresponde resolver al juez constitucional es a qué entidad le corresponde pagarlas y al comprobarse que se pagaron algunas por parte del competente, el Juez constitucional debe evitar el doble pago, y las expedidas a partir del día 541, a persona con pérdida de capacidad laboral inferior al 50% y certificado de rehabilitación favorable, se le deben seguir pagando por la NUEVA EPS, hasta tanto se defina su situación laboral.

5. Marco jurídico y jurisprudencial

5.1 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 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.

5.2 Procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de incapacidades.

En atención al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, por regla general, no es el mecanismo procedente para el reclamo de prestaciones o



Radicado: 13001-33-33-006-2019-00111-01

acreencias laborales, las cuales deben canalizarse, en principio, ante la jurisdicción que tiene atribuida la respectiva competencia. No obstante, en el caso específico de personas que reclaman el reconocimiento de incapacidades laborales, cuando estas no cuentan con otra fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades básicas y las de sus núcleos familiares, o de personas en situaciones extremas de vulnerabilidad, la H. Corte Constitucional⁸ ha sostenido que la acción de tutela es un mecanismo procedente para garantizarles la protección de sus derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital, ello atendiendo a la especial situación en que se encuentra el trabajador a quien le ha sido determinada incapacidad laboral, y además porque el medio judicial que está a su alcance no resulta ser idóneo ni eficaz para obtener el pago de las mismas.

5.3 Marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días.

La Corte Constitucional ha reiterado las siguientes reglas jurisprudenciales:

1. El **certificado de incapacidad temporal**, resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, el cual genera durante los primeros 180 días un **auxilio económico** a cargo de la EPS, que desde el día 181 se sustituye por un **subsidio de incapacidad** equivalente al auxilio, pero asumido por el Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador.
2. El Decreto 770 de 1975 sustrajo de la órbita de responsabilidad del empleador el pago del auxilio de incapacidad, para radicarlo en cabeza de un agente externo a la relación laboral. De este modo, el artículo 9º de dicha normativa asignó al Instituto de Seguros Sociales la responsabilidad del pago de "*un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de[1] (...) salario de base, subsidio que (...) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días*".
3. Posteriormente, la Ley 100 de 1993 contempló la figura de la incapacidad en su artículo 206, conforme al cual los afiliados al Régimen Contributivo en salud tienen derecho al reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común. Así mismo, el Decreto 2463 de 2001, dispuso que las AFP, **previo concepto favorable de recuperación**, tienen la potestad de postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los **180 que se encuentran a cargo de las EPS** siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Esta disposición se mantuvo sustancialmente en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, norma que actualmente regula la materia.
4. El lapso que hay entre el **primer y el segundo día de la incapacidad**, competen económicamente al **empleador**, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al

⁸ Corte Constitucional, entre otras pueden revisarse las sentencias T-138 de 2014, T-140 de 2016.





Radicado: 13001-33-33-006-2019-00111-01

parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999. En virtud de dicha disposición "[e]n 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".

Las **incapacidades expedidas del día 3 al 180** están a cargo de las EPS, y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. Tal obligación está sujeta a la afiliación del trabajador por parte del empleador o del propio independiente.

5. **El reconocimiento de incapacidades laborales superiores a 180 días**, es decir a partir del día 181, ha 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.

Sobre la responsabilidad del pago, la Corte Constitucional ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren **a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones** a la que está afiliado el trabajador (T-401 de 2017), **ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.**

Así, el concepto favorable y según el Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda. No obstante, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Solo cuando la EPS incumple el plazo de remitir el concepto favorable o desfavorable de rehabilitación al Fondo de Pensiones, la EPS asume el pago del subsidio por incapacidad, pues de lo contrario le corresponde a las AFP.

En este orden, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

6. Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación es desfavorable se debe empezar sin dilación el trámite de la pérdida de la capacidad laboral.
7. Cuando el concepto de rehabilitación es FAVORABLE, el fondo de pensiones podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral "hasta por 360 días calendario adicionales a los





Radicado: 13001-33-33-006-2019-00111-01

primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS". Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador.

Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, *"el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello"*.

No obstante lo anterior, es factible que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez y a habersele dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%. Por tanto, es indispensable determinar cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe encargarse del pago de dichas incapacidades.

Al respecto, cabe indicar que la norma legal referida no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional (T- 920 de 2009) indicó que deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones.

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente.

8. **El reconocimiento de incapacidades laborales posteriores al día 540**, corresponde a aquellas situaciones en las que el trabajador ya ha sido calificado y se encuentra que: a) no existe pérdida de capacidad laboral relevante para el Sistema General de Seguridad Social, esto es, cuando el porcentaje de pérdida de capacidad laboral oscila entre 0% y 5%; (ii) que se presente una incapacidad permanente parcial, esto es cuando el porcentaje es superior al 5% e inferior al 50%; y (iii) que se genere una condición de invalidez cuando el porcentaje es superior al 50%.

Las personas con discapacidad o discapacitadas de forma parcial y permanente (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, el empleador tiene la obligación de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud en virtud al derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por la Corte Constitucional a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.



Radicado: 13001-33-33-006-2019-00111-01

El empleado puede tener una incapacidad permanente parcial y continuar con problemas de salud que le impiden médicamente ejercer su trabajo, en esos eventos, en los cuales la pérdida de su capacidad laboral es inferior al 50% y se le siguen expidiendo incapacidades puede suceder:

- a) El **primero**, apunta a reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado, al seguir incapacitado con posterioridad al día 540, 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.
- b) La obligación de pagar esas incapacidades está radicada en las EPS. Así lo contempló la **Ley 1753 de 2015** –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, que 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 de vista analizados en los fundamentos jurídicos 28 y 29 de esta sentencia.

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)*

Debe resaltarse que, las EPS 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.

- c) Se debe precisar que, el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días 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. Así lo ha venido reiterando la Corte Constitucional en sentencia **T-144 de 2016** y **T-200 de 2017**.

Radicado: 13001-33-33-006-2019-00111-01

9. En conclusión los responsables en el pago de las incapacidades son los siguientes:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1° 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 (T-401 de 2017)	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

6. Caso Concreto

6.1 Hechos relevantes probados

6.1.1. De la historia clínica de la accionante, obrante a folios 24 a 26 del expediente, se extrae que padece de trombosis de aurícula, apéndice auricular y ventrículo como complicación presente, posterior al infarto agudo de miocardio, se consigna como causa externa: enfermedad general.

6.1.2. De conformidad con las certificaciones expedidas por NUEVA EPS y aportadas al plenario a folios 99-101, se encuentra probado que, en virtud de su patología, la actora ha estado incapacitada desde el 8 de mayo del 2017 ininterrumpidamente, y la NUEVA EPS asumió el pago de las siguientes incapacidades:

Desde	Hasta	Días	No. de incapacidad
08/05/2017	30/05/2017	21	0003602422
31/05/2017	29/06/2017	28	0003572977
12/07/2017	10/08/2017	0	0003654210
11/08/2017	25/08/2017	15	0003715183
26/08/2017	08/09/2017	14	0003772887
09/09/2017	13/09/2017	5	0003756595
14/09/2017	13/10/2017	30	0003842110
14/10/2017	23/10/2017	10	0003868221
24/10/2017	22/11/2017	23	0003881609
Total días incapacidad		146	

6.1.3. A folio 64 se observa documento emitido por NUEVA EPS dirigido a PORVENIR S.A., donde remite concepto de rehabilitación favorable, con fecha de notificación de 11 de septiembre de 2017.

6.1.4. Posteriormente, durante los siguientes períodos ininterrumpidos, de conformidad con lo probado por PORVENIR S.A., (Fl. 66 Núm. 1) en informe



Radicado: 13001-33-33-006-2019-00111-01

rendido dentro de la acción constitucional, se concluye que a la accionante se le pagaron las siguientes incapacidades:

Desde	Hasta	Días
16/11/2017	22/11/2017	7
23/11/2017	11/12/2017	19
12/12/2017	13/01/2018	33
14/01/2018	11/02/2018	29
14/02/2018	28/02/2018	15
01/03/2018	03/04/2018	34
04/04/2018	03/05/2018	30
04/05/2018	02/06/2018	30
06/06/2018	05/07/2018	30
06/07/2018	20/07/2018	15
24/07/2018	29/07/2018	6
30/07/2018	28/08/2018	30
29/08/2018	27/09/2018	30
01/10/2018	30/10/2018	30
03/11/2018	10/11/2018	8
Total incapacidades		346

6.1.6. A folios 44-46, PORVENIR S.A. allega al expediente Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y Origen de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., de fecha 7 de diciembre de 2018, mediante el cual se determinó que la señora SUSAN GALINDO PUELLO cuenta con una pérdida de capacidad laboral en un porcentaje del 12.60% con fecha de estructuración del 27 de diciembre de 2017.

6.1.7. A folios 27-28 del plenario se observa Dictamen de Determinación de Origen y/o Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional, con fecha 10 de abril de 2019, emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez Bolívar determinó que, las patologías son *EMBOLIA Y TROMBOSIS DE VENA NO ESPECIFICADA, HISTORIA PERSONAL DE USOS (PRESENTE) DE ANTICOAGULANTE POR LARGO TIEMPO, SON DE ORIGEN COMÚN*; y que dichas patologías tienen fecha de estructuración de 20 de noviembre de 2018.

6.2. Valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico

Lo primero que debe precisar esta Sala de decisión, es que la parte actora acude al Juez Constitucional en procura de que se defina el competente para el pago de las incapacidades laborales expedidas con posterioridad al día 541 y que, en efecto se le cancelen, porque se siguen expidiendo incapacidades por la enfermedad que la mantienen sin posibilidad alguna de reincorporarse a su trabajo. Así, en el hecho tercero de la solicitud de amparo, reconoció que le fueron pagadas de la siguiente manera: LA NUEVA EPS hasta el día 180 y la otra parte fue asumida por FONDO DE PENSIONES PORVENIR hasta el día (540).



Radicado: 13001-33-33-006-2019-00111-01

Reclama el pago de las siguientes incapacidades que, según su dicho corresponden a las posteriores al día 541:

Desde	Hasta	Folios
03/11/2018	16/11/2018	6
20/11/2018	04/12/2018	7
12/12/2018	26/12/2018	8
27/12/2018	12/01/2019	9
18/01/2019	01/02/2019	10
02/02/2019	18/02/2019	11
01/03/2019	12/03/2019	12
13/03/2019	11/04/2019	13
15/04/2019	29/04/2019	14
30/04/2019	29/05/2019	15

Para resolver los problemas jurídicos planteados en esta providencia, la Sala previa valoración de los hechos probados de acuerdo con las reglas de la sana crítica y aplicando el marco jurídico y jurisprudencial, concluye que, el primer problema jurídico planteado debe ser resuelto de manera positiva, como quiera que están dados los supuestos excepcionales para que la acción de tutela sea procedente para el pago de acreencias laborales, tal como lo señaló la Juez de primera instancia.

Lo anterior porque, aunque existe la posibilidad de reclamar el pago de las incapacidades laborales en actuaciones ante la jurisdicción laboral o a través del procedimiento judicial que efectúa la Superintendencia Nacional de Salud contemplado en la Ley 1122 de 2007, exigirlos en el presente asunto desnaturalizaría el amparo, creando un detrimento mayor a la actora, quien se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta por las enfermedades que padece y que, en virtud de las incapacidades que le han sido expedidas, le impiden trabajar y devengar su salario, por lo que, con la omisión de su cancelación no solo se está viendo afectado el derecho a tener una congrua subsistencia sino la tranquilidad para afrontar la recuperación de su salud y atender sus necesidades básicas.

Es importante recalcar que, en el caso concreto debe tenerse en cuenta la presunción de veracidad, consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 del 1991, dado que, las entidades accionadas en sus escritos de contestación, no advirtieron ni controvirtieron el hecho de que la accionante no recibía otros ingresos diferentes al que era su salario y que ahora es remplazado por el subsidio por incapacidad para solventar sus necesidades básicas.

Por otro lado, y aplicando las reglas señaladas por la jurisprudencia constitucional para encontrar acreditado el requisito de inmediatez en el presente asunto, se probó dentro del expediente que la actora viene padeciendo delicados problemas de salud y en razón de ellos, sus médicos tratantes le han expedido incapacidades laborales desde el día 8 de mayo de 2017 hasta el 30 de abril de 2019. Se probó en autos que la enfermedad padecida por la accionante es de origen común, y en ese sentido, se concluye que se acudió a la acción de tutela



Radicado: 13001-33-33-006-2019-00111-01

para reclamar el pago de sus incapacidades dentro de un término razonable, toda vez, que la solicitud de amparo la presentó el día 14 de mayo de 2019, esto es, encontrándose incapacitada y sin recibir el subsidio de las incapacidades que se relacionaron con antelación y que, según lo manifestado por la actora en el hecho cuarto de su solicitud de amparo, no se le han cancelado.

En cuanto al pago de las incapacidades causadas y no pagadas, la Sala debe advertir que la actora no manifiesta inconformidad respecto de las expedidas entre los días 1 al 540, pues su reparo lo hace consistir en relación con las otorgadas a partir del día 541. En ese orden, procede la Sala a resolver cuál es la entidad competente para asumir el pago de las mismas.

Para resolver lo anterior, vale la pena resaltar que, como se dejó expuesto en el marco jurídico de esta providencia, en caso que la **calificación de origen** en la primera oportunidad sea común, la Entidad Promotora de Salud deberá asumir el pago de las incapacidades temporales del día 3 al 180, y deberá emitir concepto de rehabilitación favorable o desfavorable hasta el día 120, remitirlo a la Administradora del Fondo de Pensiones hasta el día 150, para así cumplir con lo dispuesto en la norma, y en ese orden, la AFP asuma la competencia del pago de las incapacidades a partir del día 181; porque de no cumplir con la carga anteriormente impuesta, la EPS continuará cubriendo dicha incapacidad desde el día 181 y siguientes, hasta la emisión y remisión del concepto a la AFP. Al respecto, observa el despacho que este procedimiento fue cumplido por la NUEVA EPS.

Para corroborar si las entidades han cumplido sus deberes en el caso concreto, se debe precisar a partir desde cuándo se han expedido incapacidades a la actora y por cuál entidad se deben pagar según la Ley:

Días de incapacidad	Término	Responsable de pagarlas
1 y 2	8/05/2017 a 9/05/2017	Empleador
3 al 180	10/05/2017 al 15/11/2017	Nueva EPS
181 al 540	16/11/2017 al 27/11/2018	PORVENIR SA
541 hacia futuro y hasta tanto se defina situación de la trabajadora	22/11/2018 AL 29/05/2019	NUEVA EPS

En el escrito de respuesta de la presente acción de tutela, PORVENIR S.A reconoció que pagó como última incapacidad la expedida del 3 de noviembre de 2018 y hasta el 10 de noviembre de 2018, es decir que dejó de pagar desde el día 11 de noviembre de 2018 hasta el 27 de noviembre del mismo año, según se comprueba con la obligación consignada en el cuadro anterior. De ello se deduce que, resultó acertada la conclusión a la que arribó la A-quo sobre la vulneración de los derechos fundamentales alegados en la solicitud de amparo por parte de PORVENIR S.A, porque teniendo a cargo la obligación de pagar incapacidades a la actora, omitió su deber.

Por otro lado y como la Juez de primera instancia en su sentencia le ordenó a PORVENIR S.A pagar la incapacidad por los días 3 a 16 de noviembre de 2018 y





Radicado: 13001-33-33-006-2019-00111-01

la misma entidad probó que por los días 3 al 10 de noviembre le canceló a la actora tales conceptos (folios 39 y 40), habrá de modificarse parcialmente la sentencia para no generar un doble pago, y PORVENIR S.A tendrá como obligación la de pagar la incapacidad No 0004705338 desde día once (11) hasta el dieciséis (16) de noviembre de 2018 y la incapacidad 0004742488 desde el día veinte (20) de noviembre al veintisiete (27) de noviembre de 2018 cuando se cumplen los 540 días de incapacidad. A partir de esta fecha, esto es, del día 541 y a futuro y, mientras se define la situación laboral de la accionante, será la NUEVA EPS la encargada de sufragar las incapacidades que se expidan a la actora como consecuencia de la patología que la aqueja, conforme lo dispone el artículo 67, inciso segundo, literal A de la Ley 1753 de 2015⁹.

Por los anteriores argumentos, no le asiste razón a la NUEVA EPS en las razones en que sustenta la impugnación y será confirmada la sentencia de primera instancia en los términos anotados.

Finalmente, la Sala considera que al ser reiterada la actitud asumida por NUEVA EPS y PORVENIR S.A. en cuanto a negarse a pagar a sus afiliados las incapacidades por enfermedad de origen común, muy a pesar de que, la normatividad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional de manera reiterada han establecido qué entidades y desde qué momento deben asumir dicha obligación; se hace necesario compulsar copias a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y a la PROCURADURÍA PROVINCIAL DE CARTAGENA para que por su intermedio, se investigue la conducta de los funcionarios de la NUEVA EPS y PORVENIR.

Con fundamento en los razonamientos fácticos y Constitucionales, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia de fecha veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena.

En ese orden la decisión será la siguiente:

"SEGUNDO: como medidas de protección se ORDENA que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia i) la administradora del fondo de pensiones Porvenir S.A, PAGUE a la actora Susan Galindo Puello con C.C. No. 1.074.380.362, si aún no lo hubiere hecho, la incapacidad No 0004705338 desde día once (11) hasta el dieciséis (16) de noviembre de 2018 y la incapacidad 0004742488 desde el día veinte (20) de noviembre al veintisiete (27) de noviembre de 2018, cuando se cumplen los 540

⁹ "(...) Estos recursos se destinarán a:

a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se otorgan 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 implementará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el otorgamiento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades (...)"



Radicado: 13001-33-33-006-2019-00111-01

días de incapacidad. A partir de esta fecha, esto es, del día 541 y a futuro y, mientras se define la situación laboral de la accionante, será la NUEVA EPS la encargada de sufragar las incapacidades que se expidan a la actora como consecuencia de la patología que la aqueja, conforme lo dispone el artículo 67, inciso segundo, literal A de la Ley 1753 de 2015".

SEGUNDO: CONFIRMAR EN SUS DEMAS PARTES la sentencia de fecha veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, que tuteló los derechos fundamentales invocados en la acción constitucional.

TERCERO: Compulsar copias a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y a la PROCURADURÍA PROVINCIAL DE CARTAGENA, para que por su conducto, se imprima el trámite correspondiente para investigar la conducta asumida por los funcionarios de NUEVA EPS y PORVENIR respecto del incumplimiento de sus obligaciones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

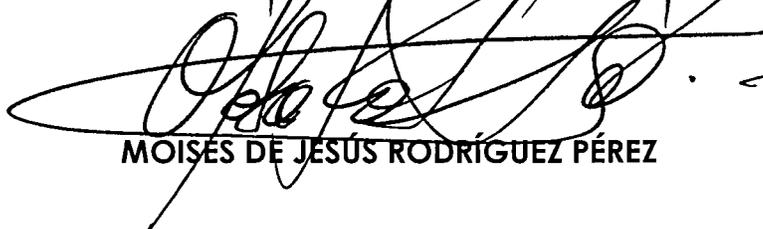
CUARTO: Comuníquese la presente providencia al Juzgado de origen y, remítase el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

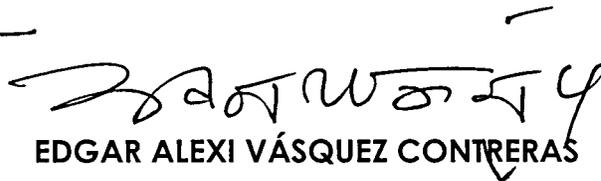
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Los Magistrados,


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE


MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	13001-33-33-006-2019-00111-01
Accionante	SUSAN GALINDO PUELLO
Accionado	PORVENIR S.A. - NUEVA EPS
Tema	PAGO DE INCAPACIDADES POSTERIORES AL DIA 540
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE