



Radicado: 13001-33-33-001-2019-00085-01

Cartagena de Indias D. T. y C., tres (3) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	TUTELA
Radicado	13001-33-33-001-2019-00085-01
Accionante	VÍCTOR MANUEL FERRER ROMERÍN
Accionada	EPS SALUD TOTAL Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES
Tema	PAGO DE INCAPACIDADES SUPERIORES A 540 DÍAS EXPEDIDAS POR MÉDICO PARTICULAR
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la parte accionante, contra la sentencia de fecha nueve (09) de mayo de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la acción de tutela presentada por el señor Víctor Manuel Ferrer Romerín.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1 Hechos

- 1.1.1 El actor manifiesta que se encuentra vinculado a la EPS SALUD TOTAL y que a la fecha se le han otorgado más de 540 días de incapacidad, las cuales no han sido cubiertas por el fondo de pensiones.
- 1.1.2 La EPS ha omitido la obligación de hacer el diagnóstico de la nueva patología que el accionante padece, vulnerándole su derecho fundamental a la salud y causándole un perjuicio inmediato, toda vez que, el pago de este subsidio representa la única fuente de ingresos para el actor y su familia.
- 1.1.3 Las incapacidades fueron canceladas hasta el mes de febrero del año en curso, por ello, el día 22 del mismo mes solicitó ante SALUD TOTAL el pago correspondiente a los meses de marzo y abril.
- 1.1.4 El 9 de abril de 2019, la EPS dio respuesta negativa a la anterior solicitud, argumentando que no es posible realizar la transcripción debido a que las mismas fueron expedidas por un médico no vinculado a la entidad, sin embargo, agrega el peticionario que, se vio en la necesidad de buscar un médico particular, porque la EPS no le ha hecho un diagnóstico claro de la patología que padece y sus médicos tratantes se niegan a seguir expidiendo incapacidades.
- 1.1.5 Teniendo en cuenta que ya se superaron los 540 días continuos de incapacidad, el fondo de pensiones le exige a la EPS que realice el diagnóstico de la patología.

Radicado: 13001-33-33-001-2019-00085-01

1.2. PRETENSIONES:

1.2.1. Tutelar los derechos constitucionales al mínimo vital y a la dignidad humana y obligar a la EPS SALUD TOTAL hacer efectiva la transcripción y pago de las incapacidades expedidas por el médico particular.

1.2.2. Ordenar a la EPS SALUD TOTAL, que realice los trámites pertinentes para determinar la patología y origen de la enfermedad, toda vez que, ha superado los 540 días continuos de incapacidad.

2 Actuación procesal relevante

2.1 Admisión y notificación

La solicitud de amparo fue admitida mediante auto de fecha veintiséis (26) de abril de dos mil diecinueve (2019)¹, en el que se dispuso notificar en calidad de accionados a EPS SALUD TOTAL Y COLPENSIONES. Se les corrió traslado del escrito de tutela para que dentro del término de un (1) día, dieran respuesta sobre los hechos y pretensiones de la solicitud.

Las notificaciones ordenadas, se surtieron a través del envío de mensaje de datos enviados a los buzones de correo electrónico de las entidades accionadas² debidamente recibidos.

3 Respuesta de las entidades accionadas.

3.1 COLPENSIONES³

Solicita que, se desvincule a esa entidad de la acción de tutela por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Al respecto, manifiesta que, de acuerdo con el Decreto Ley 1753 de 2015 quien está llamada a reconocer y pagar las incapacidades causadas con posterioridad al día 540 es la Entidad Promotora de Salud, la cual recibirá de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud la retribución correspondiente.

En conclusión, alega que la acción constitucional carece de objeto jurídico, al existir un hecho superado y una falta de legitimación por pasiva, toda vez que Colpensiones ya realizó el pago de las incapacidades hasta el día 540, por ello, esta entidad considera que no es la responsable de la vulneración de los derechos fundamentales del actor.

¹ Folio 15

² Folio 16-17

³ Folios 18-25



Radicado: 13001-33-33-001-2019-00085-01

3.2 SALUD TOTAL EPS⁴

Se opone a la prosperidad de la acción de tutela, por considerar que, no ha vulnerado derecho fundamental alguno y solicita denegar o declarar improcedente la acción de amparo, puesto que, ya se realizó el pago de las incapacidades los 540 días.

Adicionalmente, la entidad accionada manifiesta que respecto de la incapacidad N° P8184185 se encuentra procesada sin valor, toda vez que, esta se deriva de la atención de un médico particular y de acuerdo con la Ley 100 de 1993 en conexidad con los conceptos emitidos por el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud, las empresas promotoras de salud únicamente reconocen prestaciones económicas ordenadas por las IPS y médicos pertenecientes a la red de la entidad, que en este caso es Salud Total EPS.

Finalmente, sostiene que si la inconformidad del accionante es por la no emisión de incapacidades, no basta con que el usuario exprese un dolor en cierta parte del cuerpo para que el médico tratante le expida una incapacidad, pues este comportamiento debe ir acompañado de un acto médico, profesional, libre y responsable, que estudie el tipo de patología padecida y la necesidad de la incapacidad para laborar, el cual es independiente al trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica por el subsidio de incapacidad.

4 Sentencia de primera instancia⁵

Mediante providencia de fecha nueve (9) de mayo de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena accedió parcialmente a las pretensiones de la acción de tutela, tutelando los derechos fundamentales al mínimo vital y vida digna del señor Víctor Manuel Ferrer Romerín. Como medida de protección, ordenó a COLPENSIONES realizar la calificación de la pérdida de capacidad laboral del actor y negó las demás pretensiones de la demanda.

Como fundamentos de su decisión, la A quo adujo que, el actor se encuentra incapacitado de manera ininterrumpida desde el 20 de mayo de 2017, cumpliendo sus primeros 180 días el 12 de diciembre del mismo año, los cuales, fueron cubiertos por la EPS, con excepción de los dos primeros días que estuvieron a cargo del empleador. Así mismo, sostuvo que Salud Total cumplió con su obligación legal al remitir el concepto de rehabilitación el 27 de diciembre de 2017, extendiendo el tiempo para realizar la calificación de la pérdida de capacidad laboral hasta el 10 de enero de 2019 (día 540 de incapacidad), motivo por el cual las incapacidades generadas con posterioridad estuvieron a cargo de la EPS, quien las canceló hasta el mes de febrero de dos mil diecinueve (2019).

⁴ Folio 30-32

⁵ Folios 57-67



Radicado: 13001-33-33-001-2019-00085-01

Según lo anterior, se concluyó que aunque la AFP Colpensiones recibió el concepto favorable de rehabilitación a tiempo, no logró probar que efectuó la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, por lo que se evidencia el incumplimiento de su deber, omisión que vulnera el derecho a la seguridad social del actor, como quiera que, se le ha impedido definir su situación laboral en cuanto a que no se le ha manifestado si se le hará un reintegro acorde con la disminución de la capacidad laboral o si se le otorgará una pensión de invalidez. Además, la A-quo anotó que si bien en el expediente a folios 43-51 reposa el dictamen de determinación de origen y pérdida de capacidad laboral y ocupacional N° 73136599-13281, el origen de las patologías allí relacionadas no guarda relación con la enfermedad que originó las incapacidades, es decir, NEUMONÍA BACTERIANA NO ESPECÍFICA.

Finalmente, en cuanto a la pretensión del pago de la incapacidad generada desde el 22 de febrero hasta el 23 de marzo, toda vez que, sostuvo la A quo que la misma no era procedente, toda vez que, no se acreditó una razón válida para justificar el hecho de que el actor haya acudido a un médico particular para que ordenara la incapacidad cuyo pago se pretende, pues Salud Total ha emitido todas las incapacidades requeridas y ha prestado el servicio de salud.

5. Impugnación⁶

El accionante manifiesta su inconformidad, puntualmente con la decisión de la A-quo de no ordenar el pago de las incapacidades prescritas por un médico externo y no autorizado por la EPS SALUD TOTAL, aduciendo que, el fallo se encuentra viciado por un error de hecho y de derecho que vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital y al pago oportuno de las prestaciones.

Sostiene además que, con base a la Sentencia T - 545 de 2014, un servicio médico requerido por un usuario, esté o no incluido en el POS, debe en principio ser ordenado por un médico adscrito a la EPS, por ser este la persona capacitada, que conoce al paciente, sin embargo, este concepto no es exclusivo, pues el dictamen de un médico particular puede vincular a la entidad de salud, en cuanto ésta no tome los correctivos adecuados para revisar y dar un concepto sobre el médico particular.

Finalmente alega que, el pago de esta incapacidad suple el pago de salarios o prestaciones, por lo tanto, este rubro es de vital importancia para él y su familia, toda vez que, este es el único sustento del núcleo familiar y el no reconocimiento del mismo atenta contra el derecho de salud y mínimo vital.

5.1 Trámite de la impugnación

A través de auto de fecha veinte (20) de mayo de dos mil diecinueve (2019)⁷, la A quo concedió la impugnación interpuesta por la parte accionante, siendo repartida al Despacho de la Ponente el 31 de mayo de dos mil diecinueve (2019), e ingresando para decisión en la misma fecha⁸.

⁶ Folios 81-95

⁷ Folios 97

⁸ Folios 101 y 102.



Radicado: 13001-33-33-001-2019-00085-01

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La competencia.

Conforme lo establecen el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. Legitimación en la causa por activa.

El señor VICTOR MANUEL FERRER ROMERIN se encuentra legitimado por activa para reclamar la protección de sus derechos fundamentales al MÍNIMO VITAL, y VIDA DIGNA, por ser el titular de los mismos.

3. Legitimación en la causa por pasiva.

Las accionadas – COLPENSIONES y SALUD TOTAL EPS, en principio tienen competencia para garantizar dentro del Sistema General de Seguridad Social, el reconocimiento y pago por concepto de incapacidades médicas que se expidan a favor del accionante como lo depreca a través de esta acción de tutela.

4. Problemas jurídicos.

La Sala deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿Se debe revocar, confirmar y/o modificar la sentencia impugnada?

Para resolver el anterior interrogante, se deben dilucidar los siguientes problemas jurídicos asociados:

¿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?

¿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 está calificada en primera instancia como de origen común?

¿Resulta procedente ordenar a la EPS Salud Total el pago de la incapacidad con No. P8184185 reclamada por el demandante, a pesar de que fue expedida por un médico externo a la institución?

5. Tesis de la Sala

La Sala sustentará que, en efecto, como lo concluyó la juez de primera instancia, la acción de tutela resulta procedente en el caso concreto porque se



Radicado: 13001-33-33-001-2019-00085-01

materializan los supuestos excepcionales para ello, al tratarse de una persona sujeto de especial protección que está enferma y se le han venido expidiendo de manera prolongada incapacidades médicas. Concluirá además, que las incapacidades superiores al día 541 que se expidan a favor del accionante deberán ser reconocidas por la EPS Salud Total. Así mismo, la confirmará en cuanto tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna del accionante vulnerados por Colpensiones, al no realizar la calificación de la pérdida de la capacidad laboral al accionante, lo cual imposibilita que se le defina su situación laboral y en cuanto negó el pago de la incapacidad N° P8184185 que fue expedida por un médico particular, debido a que, no se logró acreditar ninguna razón suficiente para que el paciente haya decidido no acudir a la red de servicios de la entidad a la que se encuentre afiliado y en su lugar, acudiera a los servicios de un médico particular.

6. Marco normativo y jurisprudencial.

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 perjuicio irremediable, supuesto que debe probarse.
- 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.

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

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y la doctrina constitucional vigente, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para reclamar el pago de acreencias laborales, específicamente de incapacidades, salvo que i) se vean afectados o amenazados los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y subsistencia del interesado, ii) en tanto el medio ordinario, atendiendo las circunstancias del caso particular, resulta



Radicado: 13001-33-33-001-2019-00085-01

ineficaz y iii) siempre que quien acciona carezca de fuente de ingresos adicional que le permita sufragar sus gastos y los de su núcleo familiar⁹.

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha identificado tres situaciones en las que resulta procedente la acción de tutela para efectos de obtener el pago que por concepto de incapacidades laborales correspondiente, a saber:

1. Cuando las sumas recibidas por incapacidades constituyen el único medio de subsistencia del accionante, cuestión que debe determinarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular, debiéndose ponderar los ingresos respecto de las necesidades.
2. Cuando se produce un menoscabo en la salud del interesado, en tanto la falta de recursos impide su recuperación satisfactoria, por cuanto puede verse obligado a reincorporarse a sus labores de manera prematura.
3. Cuando las EPS no cancelan el valor de las incapacidades alegando el pago tardío o extemporáneo, por parte del empleador o del trabajador independiente, de los respectivos aportes¹⁰, caso en el cual se configura lo que se ha denominado allanamiento a la mora, sin que le sea dable transferir la carga a quien efectúa la cotización.

6.3. 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 [!] (...) 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,

⁹ La Corte Constitucional, Sentencia T-485 de 2010, Referencia: expediente T-2550566 - Acción de tutela instaurada por Sandra Silva Bustamante contra Techno Digital S.A. y Fondo de Pensiones Porvenir S.A. - Magistrado Ponente: - Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ. Pág. 6. Ver también Corte Constitucional sentencia T-200 de 2017

¹⁰ Ver Sentencia T-1242 de 2008.



Radicado: 13001-33-33-001-2019-00085-01

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 párrafo 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 adelantarlos 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.

Radicado: 13001-33-33-001-2019-00085-01

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 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 evaluada por la junta de calificación de invalidez y a habersele dictaminada 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. En conclusión los responsables en el pago de las incapacidades son los siguientes:

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 (T-401 de 2017)	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993



Radicado: 13001-33-33-001-2019-00085-01

Día 541 en
adelante

EPS

Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

6.4. Validez del concepto emitido por médico no adscrito a la EPS

La Corte Constitucional en sentencia T-545 de 2014 con relación a la validez de los conceptos médicos ha reiterado que, un servicio médico requerido por un usuario, esté o no incluido en el POS, debe en principio ser ordenado por un médico adscrito a la EPS, como quiera que, es la *"persona capacitada, con criterio científico y que conoce al paciente"*. También, se ha sostenido que si bien el criterio principal para definir cuáles servicios requiere un paciente es el del médico tratante adscrito a la EPS, éste no es exclusivo, en tanto el concepto de un médico particular puede llegar a vincular a la intermediaria de salud respectiva.

Debe señalarse en consecuencia, que para que proceda esa excepción se requiere, como regla general, que exista un principio de razón suficiente para que el paciente haya decidido no acudir a la red de servicios de la entidad a la que se encuentra afiliado. Como se ha dicho, esta es una elemental obligación de los usuarios del sistema, que tiende a asegurar su operatividad, que se vería gravemente alterada, si las personas pudiesen optar libremente por dirigirse a médicos que no se encuentren adscritos a la entidad responsable de atender sus requerimientos de salud.

Concretamente, en la sentencia T-760 de 2008, se puntualizaron los eventos en los cuales el criterio de un médico externo es vinculante a la EPS. En síntesis, la providencia dejó en claro que el concepto de un médico particular obliga si:

- a. La entidad conoce la historia clínica particular de la persona y, al tener noticia de la opinión emitida por un médico ajeno a su red de servicios, no la descarta con base en información científica.
- b. Los médicos adscritos valoraron inadecuadamente a la persona que requiere el servicio.
- c. El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión.
- d. La entidad ha valorado y aceptado los conceptos de médicos no inscritos como *"tratante"*, incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.

En tales casos, el concepto médico externo vincula a la entidad prestadora del servicio, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tal resultado puede ser derivado del concepto de uno o varios médicos adscritos a la EPS.

Así, la Corte ha determinado que se viola el derecho a la salud cuando se niega un servicio médico solo bajo el argumento de que lo prescribió un médico externo, a pesar de que:



Radicado: 13001-33-33-001-2019-00085-01

- a. Existe un concepto de un médico particular.
- b. Es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud.
- c. La entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas. Por ello debe estudiarse cada caso específico, momento en el cual el juez de tutela debe someter a evaluación profesional dicho concepto a fin de establecer su pertinencia desvirtuándolo, modificándolo o corroborándolo.

5.1.5 Reconocimiento y pago de incapacidades laborales expedidas por médicos no adscritos a la EPS

Con relación al tema de la transcripción de incapacidades expedidas a los trabajadores, el Ministerio de Salud y Protección en concepto jurídico con radicado 201611600424021 del 16 de marzo de 2016 determinó lo siguiente:

“En primer lugar, es importante indicar que el artículo 2061 de la Ley 100 de 1993, establece que para los afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS-, es decir los cotizantes, el sistema a través de las EPS les reconocerá la incapacidad por enfermedad general.

Así mismo, el numeral 3.2 del artículo 3 del Decreto 2353 de 2015, consagra en favor de los afiliados al régimen contributivo, el derecho a acceder tanto a los servicios de salud del plan de beneficios del mencionado sistema, como a obtener las prestaciones económicas.

Ahora bien, de conformidad con la normativa anterior, debe señalarse que la regla general en el – SGSSS-, es que la incapacidad sea reconocida por la EPS una vez ésta es expedida por el profesional adscrito o perteneciente a la misma. En este caso, si la incapacidad es concedida por una institución o profesional de la salud ajeno a la Entidad Promotora de Salud, ésta deberá ser transcrita.

Hecha la aclaración anterior, debe indicarse que no existe una norma que regule de forma expresa lo que constituye la transcripción de incapacidades, no obstante, siempre se ha entendido por ésta, como aquel trámite en virtud del cual la EPS traslada al formato oficial de la entidad el certificado expedido por el odontólogo o médico en ejercicio legal de su profesión, pero no autorizado por la Entidad Promotora de Salud para harlo.

De otra parte, dentro de la normativa reglamentaria del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no existe ninguna disposición que regule el tema de transcripción de incapacidades, lo que trae como consecuencia que ésta se realice bajo los parámetros establecidos por las EPS, según las oportunidades y mecanismos que determinen su aceptación.

Así mismo, debe señalarse que tampoco se ha expedido en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, una norma que de forma expresa obligue a las EPS a transcribir todas las incapacidades, por ello es que se afirma que dichas entidades transcribirán las incapacidades en los términos y condiciones que ellas mismas señalen. No está por demás indicar, que algunas EPS no sujetan a trámite de



Radicado: 13001-33-33-001-2019-00085-01

transcripción las incapacidades que emiten cuando las mismas manejan simultáneamente Medicina Prepagada, Planes Complementarios, etc.”¹¹

7. Caso Concreto

7.1 Hechos relevantes probados.

6.1.1 El accionante actualmente tiene 52 años de edad, toda vez que, nació el 3 de julio de 1967, según se desprende de su cédula de ciudadanía visible a folio 12 del expediente.

6.1.2 El día 22 de marzo de 2019, el señor Víctor Manuel Ferrer Romerín elevó petición a SALUD TOTAL, para que esta entidad se sirviera a reconocer y posteriormente realizar el pago de la incapacidad con radicado P8184185 con fecha de inicio de 22 de febrero de 2019 hasta el 23 de marzo de la misma anualidad (fl 3-4).

6.1.3 Mediante oficio de fecha de 9 de abril del 2019, Salud Total EPS S. A. niega la petición realizada, en consideración a que la incapacidad reclamada fue expedida por un profesional no adscrito a la red de prestadores de la EPS (fl 8-11).

6.1.4 A folio 7 del expediente, obra transcripción de la incapacidad P8184185 de 22 de febrero de 2019, en la que se indica como valor autorizado \$0.

6.1.5 A favor del señor VICTOR MANUEL FERRER ROMERIN se han expedido las siguientes incapacidades por concepto de enfermedad general, desde el 20 de mayo de 2017 hasta el 23 de marzo dos 2019, hasta el día 612. (fl 5-6) y (fl 30-31).

Autorización	F. Inicio	F. Fin.	Días	Acu	Liquidación	Diagnóstico
P7416981	05/20/2017	05/27/2017	8	8	\$332.95	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7150117	05/28/2017	06/08/2017	12	20	\$665.90	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7366084	06/14/2017	06/15/2017	2	22	\$110.98	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7417014	06/16/2017	06/20/2017	5	27	\$277.46	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7366058	06/21/2017	06/22/2017	2	2	\$0	OSTEOCONDROPATIA, NO ESPECIFICADA
P7417018	06/24/2017	06/30/2017	7	34	\$388.44	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7366028	07/01/2017	07/02/2017	2	36	\$110.98	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7417035	07/04/2017	07/08/2017	5	41	\$277.46	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7417043	07/09/2017	07/13/2017	5	46	\$277.46	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7358317	07/14/2017	07/15/2017	2	48	\$110.98	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7358418	07/16/2017	07/16/2017		49	\$55.49	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7358430	07/17/2017	07/18/2017	2	51	\$110.98	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7417164	07/24/2017	08/07/2017	15	66	\$832.38	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7417170	08/08/2017	08/22/2017	15	81	\$832.38	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7417178	08/23/2017	08/29/2017	7	88	\$388.44	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7358395	09/02/2017	09/03/2017	2	90	\$110.98	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7354138	09/08/2017	09/11/2017	4	94	\$166.47	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7307847	09/16/2017	09/25/2017	10	104	\$416.17	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7315973	09/26/2017	10/03/2017	8	112	\$332.93	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA

¹¹ Minsalud, Concepto 201611600424021, Mar. 16/16



Radicado: 13001-33-33-001-2019-00085-01

P7374719	10/04/2017	10/05/2017	2	114	\$83.23	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7340030	10/06/2017	11/04/2017	30	144	\$1.248.500	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7447006	11/07/2017	11/16/2017	10	154	\$416.17	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7518433	11/17/2017	12/01/2017	15	169	\$624.25	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7453356	12/02/2017	12/11/2017	10	179	\$416.17	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7450412	12/12/2017	12/12/2017	1	180	\$41.62	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P8143673	12/13/2017	12/18/2017	6	186	\$249.70	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7814537	12/19/2017	12/21/2017	3	189	\$124.85	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7814552	12/22/2017	12/26/2017	5	194	\$208.08	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7521606	12/27/2017	01/02/2018	7	201	\$0	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7521613	01/03/2018	01/03/2018	1	202	\$0	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7521626	01/05/2018	01/06/2018	2	204	\$0	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7486977	01/09/2018	01/11/2018	3	207	\$0	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7516151	01/12/2018	01/19/2018	8	215	\$0	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA

P7516166	01/20/2018	01/24/2018	5	220	\$0	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7516172	01/26/2018	02/09/2018	15	235	\$0	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7545140	02/10/2018	02/14/2018	5	240	\$0	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7545115	02/15/2018	02/16/2018	2	242	\$0	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7553988	02/17/2018	02/21/2018	5	247	\$0	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7570029	02/22/2018	02/23/2018	2	249	\$0	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7570035	02/24/2018	02/26/2018	3	252	\$0	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7570055	02/27/2018	03/28/2018	30	282	\$0	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P7637061	03/29/2018	04/27/2018	30	312	\$0	NEUMONIA BACTERIANA, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE
P7676254	04/28/2018	05/27/2018	30	342	\$0	NEUMONIA BACTERIANA, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE
P7793323	06/27/2018	07/26/2018	30	402	\$0	NEUMONIA BACTERIANA, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE
P7815605	07/27/2018	08/25/2018	30	432	\$0	NEUMONIA BACTERIANA, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE
P7866973	08/26/2018	09/24/2018	30	462	\$0	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA

P7911304	09/25/2018	10/24/2018	30	492	\$0	NEUMONIA BACTERIANA, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE
P7967422	10/25/2018	11/23/2018	30	522	\$0	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P8065522	11/24/2018	12/23/2018	30	552	\$499.400	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P8094087	12/24/2018	01/22/2019	30	582	\$1.248.500	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P8133008	01/23/2019	02/21/2019	30	612	\$1.248.500	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA
P8184185	02/22/2019	03/23/2019	30	642	\$0	NEUMONIA BACTERIANA, NO ESPECIFICADA

6.1.6 Dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de fecha 6 de septiembre de 2018, que confirma la decisión de la Junta Regional Bolívar, que diagnostica las patologías sufridas por el señor HIPOCAUSIA NEUROSENSORIAL IZQUIERDA – TRAUMA ACÚSTICO e HIPOCAUSIA NEUROSENSORIAL PROFUNDA DERECHA, como efectos del ruido sobre el oído interno e hipoacusia neurosensorial, sin otra especificación, las cuales fueron calificadas como de origen común (fl 43-81).



Radicado: 13001-33-33-001-2019-00085-01

6.1.7 El 26 de diciembre de 2017, SALUD TOTAL EPS remitió a COLPENSIONES concepto de rehabilitación favorable del señor VÍCTOR MANUEL FERRER ROMERIN con incapacidad superior a 120 días, por el diagnóstico de BRONCONEUMONIA NO ESPECIFICADA (fl 52-55).

6.1.8 Mediante Oficio BZ.2019_6198550-2019_6178946 de fecha de 15 de mayo de 2019, COLPENSIONES informa al accionante que, dará cumplimiento a la orden judicial emitida por el Juzgado Primero Administrativo de Cartagena, por lo que dará inicio al trámite de pérdida de capacidad laboral. Para ello, se le asignó cita de calificación con un proveedor externo para el 11 de junio de 2019 a las 2:00 p.m. Dicho oficio fue enviado por correspondencia a la dirección del señor FERRER ROMERIN en la misma fecha (fl. 75 – 80).

6.1.9 El Despacho de la Magistrada Ponente estableció comunicación telefónica con el señor VICTOR MANUEL FERRER ROMERIN, quien y manifestó que en efecto el día 11 de junio de 2019 se le realizó la valoración de pérdida de capacidad laboral.

7. Valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico y jurisprudencial

De una confrontación de los hechos probados de cara al marco jurídico y jurisprudencial señalado en esta providencia, evidencia la Sala que el problema jurídico relacionado con la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto debe ser resuelto de manera positiva, como quiera que, están dados los supuestos excepcionales para que la acción de tutela proceda para el pago de acreencias laborales, como lo señaló la juez de primera instancia.

Lo anterior porque, aunque existe la posibilidad de reclamar el pago de las incapacidades laborales en otro proceso ante la jurisdicción laboral, o a través del procedimiento judicial que efectúa la Superintendencia Nacional de Salud contemplado en la Ley 1122 de 2007, exigir que los mismos sean cumplidos por parte del actor sería desconocer que se afectarían de manera grave sus derechos ius fundamentales al mínimo vital y dignidad humana; máxime si se tiene en cuenta que el accionante se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta con ocasión de la enfermedad que padece, la cual en virtud de las sucesivas incapacidades expedidas por su médico tratante le impiden trabajar y devengar su salario, por lo tanto, con la omisión del pago de las incapacidades, no solo está viendo afectado ese derecho a tener una congrua subsistencia, sino la tranquilidad para afrontar la recuperación de su salud y atender las necesidades básicas de su familia. En el caso puntual del procedimiento ante la Superintendencia de Salud, ha determinado la Corte Constitucional¹² que si bien el mismo puede resolver las controversias que surjan con ocasión de la omisión en el pago de incapacidades laborales, también ha precisado que, puede carecer de toda idoneidad para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, en la medida que adolece de un término en el que deba resolverse la impugnación, haciéndolo virtualmente infinito y además, dado el evento en el que se obtenga una resolución favorable, no existe un mecanismo efectivo a

¹² Sentencia T – 529 de 2017.

Radicado: 13001-33-33-001-2019-00085-01

través del cual sea posible hacer exigible la obligación. En ese sentido, la Corte Constitucional ha concluido¹³ que en los eventos en que se desconozcan derechos de raigambre fundamental de una persona y en los que se requiere de una respuesta inmediata por parte del solicitante, la acción de tutela se convierte en **el único medio de defensa** con el que cuentan los ciudadanos para obtener la salvaguarda de sus garantías fundamentales.

Por otro lado, se acredita el requisito de inmediatez en el caso concreto, porque la última incapacidad que reclama el actor es la N° P 8184184 con fecha de inicio 22 de febrero de 2019 y terminación el 3 de marzo del mismo año y la presente acción de tutela la instauró el día 24 de abril de la misma anualidad como se evidencia a folio 1 del expediente. En ese sentido, se concluye que, el accionante acudió a la acción de tutela para reclamar el pago de su incapacidad, dentro de un término razonable.

Determinada la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto, procede la Sala a resolver el segundo problema jurídico planteado, para lo cual deberá determinar cuál es la entidad competente para asumir el pago de las incapacidades expedidas a partir del día 541. Al respecto, se precisa que como se dejó expuesto en el marco jurídico de esta providencia, al haberse calificado el origen de la enfermedad como común, la EPS salud Total es la entidad encargada en asumir el pago de dichas incapacidades y las que se le sigan expediendo con posterioridad al accionante, respecto de lo cual no existe discusión, por cuanto, la entidad acreditó el pago de las incapacidades superiores al día 541 que fueron expedidas por médicos adscritos a su red de servicios.

Ahora bien, en lo concerniente a la calificación por pérdida de la capacidad, esta Corporación considera que tal y como se describió en el marco normativo de esta providencia y en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando el concepto de rehabilitación es favorable, es obligación de la AFP realizar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS. Sin embargo, debe anotarse que 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.

En ese orden, la Sala coincide con la A quo en que, al actor se le están vulnerando sus derechos fundamentales al mínimo vital y dignidad humana, toda vez que, la Administradora de Fondos de Pensiones – Colpensiones no acreditó que realizó esta calificación, luego de que le remitiera concepto de rehabilitación con fecha de 26 de diciembre de 2017.

Ahora bien, en cumplimiento de la orden contenida en la sentencia de primera instancia, Colpensiones asignó al accionante cita para valoración de su situación de pérdida de capacidad laboral, la cual tuvo lugar el 11 de junio del año en curso como lo aceptó el mismo actor en llamada telefónica que le realizara el

¹³ Ibídem.



Radicado: 13001-33-33-001-2019-00085-01

despacho de la Ponente. Al respecto, debe precisar la Sala que si bien la actuación de la Administradora de Fondo de Pensiones muestra una actitud positiva de su parte, ello no resulta suficiente para entender por superada la vulneración de los derechos fundamentales que fueron amparados, pues, el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral aun no ha concluido, por lo que, debe continuarse con el mismo hasta tanto se defina la situación laboral y se restablezcan los derechos del accionante. En consecuencia, esta Corporación mantendrá la orden contenida en el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el problema jurídico relacionado con el pago de la incapacidad N° P8184185, que constituye el motivo principal de la impugnación de la parte actora, debe precisarse que, si bien el criterio principal para definir cuáles servicios requiere un paciente es el del médico tratante adscrito a la EPS, este no es exclusivo, en tanto el concepto de un médico particular puede llegar a vincular a la intermediaria de salud respectiva cuando exista un principio de razón suficiente para que el paciente haya decidido no acudir a la red de servicios de la entidad a la que se encuentre afiliado, pues esta es una elemental obligación de los usuarios del sistema, que tiende a asegurar su operatividad, que se vería gravemente alterada, si las personas pudiesen optar libremente por dirigirse a médicos que no se encuentren adscritos a la entidad responsable de atender sus requerimientos de salud.

Aunado a lo anterior, el Ministerio de Salud en Concepto 201611600424021 señaló que tampoco existe en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, una norma que de forma expresa obligue a las EPS a transcribir todas las incapacidades expedidas por un médico particular, en consecuencia, se afirma que dichas entidades transcribirán las incapacidades en los términos y condiciones que ellas mismas señalen¹⁴.

En el caso concreto, está acreditado que el accionante acudió a un médico no adscrito a su EPS Salud Total, quien le expidió una incapacidad por 30 días, la cual fue prescrita bajo el mismo concepto expedido por los especialistas de su entidad prestadora de salud, y fue transcrita por la EPS SALUD TOTAL en la que se indicó como valor autorizado \$0 (fl. 7). Al respecto, no evidencia la Sala una razón válida que lo haya motivado a optar por acudir a un médico externo a la EPS, dado que, no se demostró que los médicos adscritos a la EPS hayan valorado inadecuadamente al usuario respecto de su patología.

En ese sentido, no le asiste obligación a la EPS accionada de pagar el valor de una incapacidad expedida por un médico que no se encuentra adscrito a su red de servicios, toda vez que, es la regla general que las incapacidades deben ser reconocidas por las EPS una vez expedida por el profesional adscrito a la misma; según concepto del Ministerio de Salud antes citado, no existe una norma que regule de forma expresa lo que constituye la transcripción de incapacidades, de modo que, aunque en este caso la EPS realizó la transcripción de la incapacidad por 30 días expedida por un médico particular, en dicho documento se dejó expresa constancia de que no se autorizaba el pago de la misma, y como el

¹⁴ Minsalud, Concepto 201611600424021, Mar. 16/16



Radicado: 13001-33-33-001-2019-00085-01

proceso de transcripción de incapacidades está sujeto a las condiciones que para el efecto hayan definido las mismas Entidades Promotoras de Salud, no hay lugar a concluir que con la falta de pago de la incapacidad expedida por un médico particular se vulneren los derechos fundamentales invocados por el accionante, pues este debió acudir a la red de prestadores de servicios de Salud Total para que evaluaran su condición y determinaran si era procedente prorrogar las incapacidades que con anterioridad le venían siendo reconocidas.

Por lo precedente y encontrando ajustada la decisión de primera instancia, la Sala procederá a confirmarla en su totalidad.

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: CONFIRMAR la sentencia de fecha nueve (9) de mayo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: 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.

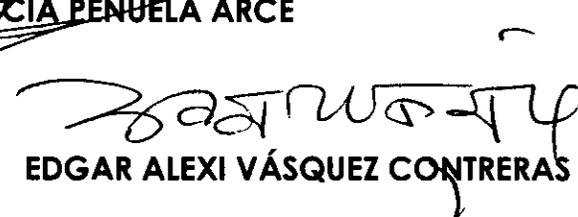
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Los Magistrados,


CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

Medio de control	TUTELA
Radicado	13001-33-33-001-2019-00085-01
Accionante	VÍCTOR MANUEL FERRER ROMERÍN
Accionada	EPS SALUD TOTAL Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES
Tema	PAGO DE INCAPACIDADES SUPERIORES A 540 DÍAS EXPEDIDAS POR MÉDICO PARTICULAR
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE