



Cartagena de Indias, D. T. y C., veintiocho (28) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA – IMPUGNACIÓN
Radicado	13-001-33-33-000-2019-00070-01
Accionante	HUGO ALBERTO SANJUR REINO
Accionado	NUEVA EPS
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	Derecho a la Vida en condiciones dignas y Derecho al Mínimo Vital

II. – PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la accionada NUEVA EPS contra la sentencia de fecha veinticuatro (24) de abril de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de la cual se amparan los derechos fundamentales al mínimo vital y la vida digna del señor HUGO ALBERTO SANJUR REINA.

III.- ANTECEDENTES

3.1. Hechos relevantes planteados por la parte accionante.

Se señalan como hechos relevantes los siguientes:

PRIMERO: Desde el mes de marzo de 2014, el accionante está vinculado a la empresa FSCR INGENIERIA LTDA, desempeñando el cargo de inspector PQR devengando un (01) salario mínimo mensual legal vigente.

SEGUNDO: El 16 de noviembre de 2016 sufrió un accidente de tránsito donde se vio comprometido su miembro inferior izquierdo, estando incapacitado de forma consecutiva hasta el 4 de octubre de 2018, teniendo en la actualidad suscritas incapacidades que superan los 540 días.

TERCERO: el 15 de agosto de 2017 fue valorado por el especialista en fisioterapia quien le diagnosticó "FRACTURA DE LA EPÍFISIS SUPERIOR DE LA





TIBIA" siendo acreedor de un subsidio de incapacidad temporal cuyo último pago por parte de su fondo administrador de pensiones Porvenir fue el 09 de junio de 2018. A partir de esa fecha no ha recibido pago alguno, por lo que presentó petición el 12 de julio de 2018 ante la NUEVA EPS para que le efectuara dichos pagos, sin que la entidad le diera respuesta, por lo que tuvo que presentar una acción de tutela.

CUARTO: Vía tutela frente al derecho de petición de fecha 04 de marzo de 2019 recibió respuesta de la NUEVA EPS señalándole que no le corresponde el pago de las incapacidades porque su PCL es inferior al 50% y porque se adquiere el status de "afiliados incapacitado permanente parcial" siendo la única opción reintegrarse a la fuerza laboral.

QUINTO: Finalmente señala que se encuentra en un limbo por cuanto no recibe pago de incapacidades ni salario por parte del empleador, afectándose su mínimo vital y móvil.

3.2. Pretensiones

Se señalan como pretensiones las siguientes:

PRIMERO: La parte actora solicita que se tutelen sus derechos fundamentales alegados como violados y se ordene a la accionada NUEVA EPS, el pago del subsidio pro incapacidad desde el 10 de junio de 2018 hasta el 04 de octubre de 2018.

SEGUNDO: Se autorice a la NUEVA EPS repetir contra ADRES las sumas pagas por concepto de subsidio por incapacidad desde el día 540, conforme al art. 67 de la ley 1753 de 2015.

3.3. Admisión y notificación.

La acción de tutela de la referencia, se presentó el día 03 de abril de 2019, correspondiéndole su reparto al Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena y mediante providencia de fecha 04 de abril de 2019, se procedió admitir la solicitud de amparo (Fl.35). Así mismo se ordenó notificar a la entidad accionada NUEVA EPS y vincular como accionada al empleador FSCR INGENIERÍA LTDA. Mediante providencia de fecha 24 de abril de 2019 el



Jugado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena resolvió amparar los derechos constitucionales al mínimo vital y vida digna del señor HUGO ALBERTO SANJUR REINO (fls.93-103).

3.4. De la contestación de la tutela.

-LA NUEVA EPS S.A (fls.44-75)

La accionada, **NUEVA EPS**, en su informe (folios. 44-75) señala que verificando el sistema integral de dicha entidad el accionante se encuentra activo en el régimen contributivo categoría A.

Que el actor completó los 540 días de incapacidad el 27 de octubre de 2017 y al 10 de enero de 2019 presenta 780 días de incapacidad continua.

Informa que presenta un PCL inferior al 50% por lo que considera no aplica la autorización del pago de incapacidades teniendo en cuenta que si la pérdida de capacidad laboral es calificada entre el 5% y el 49.9% se adquiere el status de Afiliado Incapacitados Permanente Parcial de acuerdo con el literal b del artículo 2 de Decreto 917 de 1999.

Que es necesario que el actor inicie un proceso de reintegro laboral para garantizar su mínimo vital como lo establece la legislación vigente para personas a las que se les ha definido una IPP (Incapacitados Permanente Parcial), proceso que debe realizarse a través del médico especialista en salud ocupacional o en seguridad y salud en el trabajo de su empresa o la IPS que tenga contratada para realizar el examen médico ocupacional periódico o post-incapacidad.

Que en caso de tener calificación posterior con un porcentaje superior al 50%, debe iniciar trámite de pensión por invalidez ante el fondo de Pensiones y radicar una copia a la oficina de atención al afiliado de NUEVA EPS más cerca de su ciudad dirigida al área de medicina laboral.

Transcribe y cita apartes jurisprudenciales de tutela para la reclamación de prestaciones económicas como las incapacidades laborales y el desarrollo jurisprudencial para concluir, entre otras cosas, la existencia de un vacío normativo en cuanto al tema de las incapacidades que se prolongan más de 540 días, considerando que dicho vacío persiste pese a la existencia de la ley 1753 de 2015 art 67 ya que no ha sido creada la entidad que se encargará de la administración de recursos por lo que su aplicación se torna imposible.



Que al persistir el vacío normativo siempre que la EPS haya cumplido con la expedición del concepto favorable dentro de los plazos señalados y lo haya comunicado, necesariamente debe ser exonerada de la responsabilidad de reconocer incapacidades laborales a partir del día 180 pues ellas estarían a cargo del fondo de pensiones.

Señala la existencia de otros medios de defensa judiciales para reclamar lo solicitado vía tutela y solicita que se declare la improcedencia de la tutela entre otros.

FSCR INGENIERÍA LTDA.

FSCR INGENIERÍA LTDA, no presentó informe alguno.

3.5. Sentencia impugnada

A través de sentencia de fecha veinticuatro (24) de abril de 2019, el A quo decidió **amparar** los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital del señor HUGO ALBERTO SANJUR REINO.

Advierte el A-quo que, con relación a las incapacidades médicas laborales por enfermedad de origen común, los dos (2) primeros días deben ser pagadas por el empleador, del día tercero (3) hasta el día ciento ochenta (180) corresponde el pago a la EPS, del día ciento ochenta y uno (181) al quinientos cuarenta (540), corresponde pagar al fondo de pensiones al que el accionante se encuentre afiliado. Todas estas incapacidades fueron canceladas por las entidades correspondientes, pero advierte el actor que las incapacidades sobrevinientes luego de estas últimas, la EPS no las canceló al argumentar que no se encontraba dentro de sus obligaciones.

En las consideraciones, el A quo establece que desde el día quinientos cuarenta y uno (541) las incapacidades deben ser cubiertas por la EPS accionada en la presente tutela, NUEVA EPS; pago que le corresponde hasta que se le reconozca la pensión de invalidez o hasta que el actor sea reintegrado a un puesto de trabajo acorde con su estado de salud en los términos del literal A del artículo 67 de la ley 1753 de 2015.

3.6. IMPUGNACIÓN

La accionada NUEVA EPS impugnó la sentencia de tutela de fecha veinticuatro (24) de abril de 2019, mediante escrito visible a folios 112-124.



Manifiesta la accionada en el escrito de impugnación, por un lado que la actuación del señor HUGO ALBERTO SANJUR resulta improcedente al interponer una tutela para resolver asuntos de carácter laboral, asunto que se podría resolver por vía ordinaria.

Por otro lado, afirma que la obligación del pago de las incapacidades sobrevinientes luego de los quinientos cuarenta (540) días no es obligación de la EPS cancelarlas, toda vez que alega que en sentencia T-876 de 2013 de la Corte Constitucional, a partir del día quinientos cuarenta y uno (541), al trabajador le asisten dos derechos, a pesar de que no existe disposición legal que obligue a entidad alguna a reconocer las incapacidades superiores a este término. (i) La obligación que tiene el empleador de reintegrarlo a su puesto habitual o a uno similar en el cual se pueda desempeñar, y (ii) La protección especial a que su relación laboral no sea terminada sin que medie el procedimiento adecuado y previo del ministerio de protección social.

Así las cosas, el accionante considera que al no existir entidad que se encargue de estos pagos existe un vacío legal en torno a este asunto y considera que la NUEVA EPS no debe ser la que supla este pago.

Por consiguiente, el accionante pretende con su impugnación, que se revoque el fallo judicial y en su lugar se declare:

PRIMERO: Que se deniegue por improcedente la tutela por no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas por la Corte Constitucional para Inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio.

SEGUNDO: Declarar improcedente la tutela por cuanto la entidad NUEVA EPS cumplió con su obligación de pagar los primero 180 días de incapacidad, adicionalmente remitió el concepto de rehabilitación al fondo de pensiones y este último debe definir la situación laboral del usuario.

TERCERO: El accionante tiene otro medio de defensa como la Justicia Ordinaria y la Superintendencia de Salud, máxime que la acción de tutela no prevé reembolsos de dinero por conceptos médicos, transportes, licencias de incapacidad y riñe con la subsidiariedad-principio de eficacia por tratarse de recurso económicos y reembolsos, que a todas luces debe dirimir la Jurisdicción Laboral o la Superintendencia Nacional de Salud.



CUARTO: Conminar al Fondo de Pensiones a que asuma el pago de las incapacidades a partir del día 181 hasta que el afiliado pueda integrarse a sus labores o hasta que pueda acceder a pensión de invalidez.

QUINTO: Conminar al Fondo de Pensiones a que determine el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del accionante, al cual tiene derecho y a que notifique efectivamente a NUEVA EPS acerca del dictamen.

IV.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Con fundamento en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 es competente este Tribunal para conocer de la presente acción.

2. Problema Jurídico

La Corporación debe resolver el siguiente problema jurídico:

-¿Vulnera NUEVA EPS los derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital del señor HUGO ALBERTO SANJUR REINO, al no cancelar las incapacidades superiores a los 540 días?

Si la respuesta al anterior problema es positiva, se confirmará el fallo impugnado; en caso contrario se revocará.

3. Tesis

La Sala Magistral confirmará el fallo impugnado, toda vez que, según el artículo 67 de la ley 1753 de 2015 y la jurisprudencia constitucional, las EPS son las responsables del pago de las incapacidades por enfermedad común, que superen los 540 días.

En este orden, la negativa de la accionada al pago reclamado por el actor, vulnera los derechos deprecados.

La Acción de Tutela. Su Naturaleza Jurídica

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

4.1. Requisitos de procedencia



De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y los artículos concordantes del decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, ésta requiere para su procedencia el cumplimiento de los siguientes presupuestos:

La Subsidiariedad o Residualidad:

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

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

"De acuerdo con el artículo 86 superior, la acción de tutela procede, como mecanismo de protección de los derechos fundamentales, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial pues se trata de un mecanismo subsidiario de protección y no de uno susceptible de remplazar los medios judiciales ordinarios. Con todo, el mismo precepto superior consagra un supuesto en el que la acción de tutela procede a pesar de la existencia de tales medios judiciales: Hay lugar al amparo constitucional de los derechos cuando se interpone como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, perjuicio que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, solo concurre cuando es inminente, grave y de urgente atención"¹.

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

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

La inmediatez:

¹ Corte Constitucional. Sentencia SU- 901 de 2005. Expediente N° T-905903. Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.



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

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

La especialidad:

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

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

La legitimación para interponer la Acción de Tutela.

ACTIVA.

El sujeto legitimado en la causa para proponer la Acción de Tutela es el titular del Derecho vulnerado o amenazado, tal como lo dispone el inciso 1º del artículo 86 cuando ordena que *toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces... por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)*.

La interposición de la Acción de Tutela no requiere de la intervención de Abogado, sin embargo cuando el Actor a bien lo tenga podrá hacer uso de los profesionales del derecho. Aquellas personas que no puedan comparecer por sí mismas, por discapacidad o por falta de capacidad procesal, podrán hacerlo por conducto de representante.

En el sub iudice, existe legitimación por activa, pues el actor es el titular de los derechos reclamados.

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)

La entidad accionada, NUEVA EPS, en principio tiene competencia para garantizar el derecho fundamental de petición. Por lo tanto, está legitimada 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.

4. Marco Normativo y Jurisprudencial

4.1 Procedibilidad excepcional de la acción de tutela para el pago de incapacidades laborales.

El numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela no procederá *"Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*. Del concepto desarrollado por esta disposición, se entiende que la acción de tutela *"fue diseñada como un mecanismo constitucional de carácter residual que procede ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales que permitan contrarrestar la inminente vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos"*.²

El alcance que la Corte Constitucional le ha dado al artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 establece condiciones bajo las cuales, aún frente a la existencia en el ordenamiento jurídico de otros mecanismos ordinarios idóneos, ante la inminente vulneración de un derecho fundamental, la acción de tutela resulta procedente.

Es así como, si bien por regla general las reclamaciones de acreencias laborales deben ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria, ha sostenido esa Corporación, que la acción de tutela, de manera excepcional, resultará

² Sentencia T-132 de 2006 M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.





procedente para reconocer el pago de incapacidades médicas.³Esto, en el entendiendo que al no contar el trabajador con otra fuente de ingresos para garantizar su sostenimiento y el de las personas que dependan de él,⁴ la negativa de una EPS de cancelar las mencionadas incapacidades puede redundar en una vulneración a los derechos al mínimo vital, seguridad social y vida digna, caso en el cual es imperativa la intervención del juez constitucional. Al respecto ha sostenido la jurisprudencia constitucional:

"El reconocimiento y pago de una incapacidad asegura al trabajador un ingreso económico durante el periodo de su convalecencia, permitiéndole asumir su proceso de recuperación en los términos y condiciones médicamente diagnosticadas⁵, particularmente por la especial protección a que tiene derecho en vista de su situación de debilidad manifiesta⁶, además de garantizársele su derecho al mínimo vital⁷, permitiendo la satisfacción de las necesidades básicas de él y su grupo familiar económicamente dependiente, mientras se reintegra a la actividad laboral.⁸

Es por ello que, con el reconocimiento de éste tipo de prestaciones se pretende garantizar las condiciones mínimas de vida digna del trabajador y del grupo familiar que de él depende, en especial cuando se deterioran sus condiciones de salud o de orden económico. De esta misma manera, este derecho encuentra un amplio desarrollo en instrumentos internacionales.⁹

Así, ante circunstancias como las anteriores, en las que los derechos fundamentales se encuentran afectados por el no pago de una incapacidad laboral, el amparo constitucional es el mecanismo judicial apropiado para consolidar la protección de tales derechos".¹⁰

En esa misma línea, también ha resaltado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la importancia del pago de las incapacidades, como un mecanismo que garantice la adecuada recuperación del trabajador, quien no debe preocuparse por volver, de

³ Sentencias T-972 de 2003, T-413 de 2004, T-855 de 2004, T-1059 de 2004, T-201 de 2005, T-789 de 2005, T-530 de 2008, T-334 de 2009, T-018 de 2010, T-797 de 2010, T-984 de 2012.

⁴ Sentencias T-549 de 2006, T-125 de 2007, T-243 de 2007 y T-984 de 2012.

⁵ Sentencia T-311 de 1996, tesis que ha sido reiterada en sentencias T-201 de 2005 y T-789 de 2005.

⁶ Sentencia T-789 de 2005 M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

⁷ Sentencia T-818 de 2000 se indicó que el concepto de **mínimo vital** no se circunscribe a una subsistencia biológica sino que el mismo "debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador."

⁸ Sentencia T-789 de 2005 M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

⁹ Artículo 93 de la Constitución Política colombiana y artículo 4 del decreto 2591 de 1991. Este último establece "interpretación de los derechos tutelados. Los derechos protegidos por la acción de tutela se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". De la misma manera sobresalen la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 22, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 9 de la Ley 74 de 1968, la Declaración Americana de los Derechos de la Persona, en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, 1948, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Ley 319 de 1996, artículo 9; la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven y, finalmente, la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o Ley 51 de 1981, artículo 11.

¹⁰ Sentencia T-334 de 2009. Ver en el mismo sentido Sentencias T-416 de 2009 y T-797 de 2010.





manera anticipada y poniendo en riesgo su salud, a trabajar con el objeto de ganar su sustento y el de su familia.¹¹

En ese orden de ideas, el no pago de las incapacidades médicas, si bien constituyen el desconocimiento de un derecho laboral, también pueden generar una afectación directa al mínimo vital, a *"la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos"*.¹²

En conclusión, toda vez que la negativa de pago de una indemnización médica puede generar la afectación de los derechos al mínimo vital, seguridad social, salud y vida en condiciones dignas del trabajador afectado, por la gravedad que las consecuencias de esa negativa puede generar en sus derechos fundamentales, evento en el cual, la acción de tutela será procedente.

4.2. PAGO DE INCAPACIDADES DE ORIGEN COMÚN SUPERIORES A 540 DÍAS (Entidades responsables de efectuar el pago).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional aseguró que aun cuando el desarrollo normativo y jurisprudencial previo al año 2015 daba cuenta de la existencia de un déficit de protección para incapacidades que superaran los 540 días consecutivos, tal circunstancia fue satisfecha por el artículo 67 del Plan Nacional de Desarrollo 2014 – 2018 (Ley 1573 del 2015), al menos mientras se encuentre vigente, pues le atribuyó la obligación del pago a las entidades promotoras de salud (EPS) como parte del Sistema de Seguridad Social en Salud.

En ese escenario, afirmó que la regla actual de incapacidades que superan ese lapso para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50 % es que deben ser asumidas por las EPS.

De esta manera, recordó que en la Sentencia T-144 del 2016 se establecieron tres reglas para el análisis de este tipo de casos:

- (i) Debe garantizarse la protección reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral o tienen incapacidades prolongadas, pero no

¹¹ Sentencia T-311 de 1996: *"El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. || Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia. || Y es que el trabajador tiene derecho a que se le retribuyan sus servicios pero también a que se le otorgue justo trato durante el tiempo en que permanece involuntariamente inactivo por causa de perturbaciones en su salud"*.

¹² Sentencia T-311 de 1996.





son considerados inválidos: Para la Corte, las personas incapacitadas de forma parcial y permanente 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 es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras, el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada.

(ii) La obligación impuesta por el Plan Nacional de Desarrollo 2014 – 2018 respecto al pago de tales incapacidades es obligatoria: Al respecto indicó que, a partir de la entrada en vigencia del Plan Nacional de Desarrollo 2014 - 2018, esto debe ser acatado, incluso, por el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores. No obstante, hizo ver que esta norma es, por naturaleza, cambiante y, en consecuencia, el déficit de protección podría volver a presentarse.

(iii) Podrá concederse una aplicación retroactiva, en virtud del principio de igualdad: A su juicio, existe la posibilidad de dar aplicación retroactiva al artículo 67 de la Ley 1753, pues esta no establece un régimen de transición para los casos ocurridos antes de la promulgación de la ley, generando un trato desigual.

Sobre la base de lo previsto en la referida ley, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1° del Decreto 2943 del 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1° del Decreto 2943 del 2013
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 del 2005
Día 540 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 del 2015 – Artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con este tema ha determinado que el origen de la incapacidad determina la hoja de ruta para establecer con claridad cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene la obligación de pagar las



incapacidades, en concordancia con las diferentes reglas temporales que operan en los casos de enfermedades de origen común (M. P. José Antonio Cepeda).

En concordancia con lo anterior, el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018 (reglamentario del segundo literal a) del artículo 67 de la ley 1753, establece que las incapacidades superiores a 540 días, las deben pagar las EPS en los siguientes casos:

- I. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.
- II. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.
- III. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día 541.

Así mismo, el artículo 2.2.3.2.1, del Decreto en cita, asigna a las EPS, el deber de realizar a los trabajadores incapacitados por enfermedad general de origen común, un plan integral de tratamiento, monitoreo y evaluación del proceso de rehabilitación cada 60 días.

CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados.

- Obra en el expediente, escrito de NUEVA EPS donde establece que remitió el concepto de rehabilitación al fondo de pensiones antes del día 150 de incapacidad, y concuerda en que el fondo de pensiones inicia el pago de incapacidad a partir del día 181 hasta el 540 y este deberá calificar la PCL del accionado. (fl. 16)

-- Obra en el expediente el dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional expedida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar de fecha 19 de noviembre de 2018 (folios 25-28), en el cual refiere que el accionado presenta una fractura de la epífisis superior de la tibia de la pierna izquierda y también determina el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del demandante



especificando que el mismo presenta una Incapacidad permanente parcial con un porcentaje de PCL de 32.69%.

- Obra en el expediente el concepto de rehabilitación y pronóstico expedido por la NUEVA EPS (folios 29-30) de fecha 6 de agosto de 2018, en el cual establece que el accionante presenta secuelas definitivas por lo que emite un concepto médico de recuperación o mejoras "DESFAVORABLE".

6.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados.

Dentro de la acción de la referencia, se pretende la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y la vida digna del señor HUGO ALBERTO SANJUR REINA, debido a que ha sido incapacitado de manera ininterrumpida desde el 16 de noviembre de 2016, habiendo cumplido 540 días el 27 de octubre de 2018 y al 10 de enero de 2019 presenta 780 días de incapacidad.

El A quo, en el fallo objeto de impugnación, tuteló los derechos fundamentales de la accionante y ordenó a NUEVA EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, pague a favor del señor HUGO ALBERTO SANJUR REINA, las incapacidades laborales generadas a partir del día 541, sobre los cuales podrá solicitar el respectivo reembolso ante la ADRES; pago que le corresponde hasta el reconocimiento de la pensión de invalidez o hasta que el actor sea reintegrado a un puesto de trabajo acorde con su estado de salud en los términos del literal A del artículo 67 de la ley 1753 de 2015.

A su turno, la accionada NUEVA EPS, manifestó en el escrito de impugnación, solicita que se revoque el fallo impugnado y en su lugar se declare improcedente; teniendo en cuenta por un lado, que el pago de las incapacidades originadas en enfermedad común a partir del día 540 le corresponden al Fondo de Pensiones al que este afiliado en el trabajador; y además en el presente asunto, el accionante fue calificado con una PCL inferior al 50%; por lo que es necesario que se inicie un proceso de reintegro laboral, para garantizar el mínimo vital; proceso que se debe realizar por el médico especialista en salud ocupacional del empleador o de la IPS que tenga contratada para esos fines; y en caso de tener una calificación posterior con un porcentaje superior al 50%, deberá iniciar el trámite de



pensión por invalidez ante el fondo de pensiones, al cual se encuentre afiliado. Procede la Sala, a resolver el problema jurídico de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial expuesto.

En este contexto, se resuelve el problema jurídico previo las siguientes consideraciones.

Como se indicó in extenso, en el marco normativo y jurisprudencial, las incapacidades generadas por enfermedad general de origen común, que superen los 540 días, deben ser asumidas por la EPS a la cual se encuentre afiliado el trabajador. El vacío normativo existente, vino a ser zanjado por la jurisprudencia constitucional, así como por el segundo literal a) del artículo 67 de la ley 1753 de 2015, reglamentado por el decreto 1333 de 2018.

La última de las normas en cita, señala entre los eventos que deben darse para que sea procedente el pago en mención por parte de la EPS, que exista concepto favorable de rehabilitación, expedido por el médico tratante.

Es necesario precisar, que si bien en el sub judice, existe concepto desfavorable de rehabilitación (Fl.30), y calificación de la PCL inferior al 50% por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar (Fl. 25-28), no existe certeza acerca de la firmeza de dicho dictamen; en todo caso, el concepto negativo de recuperación, no puede constituir una barrera que deje al trabajador indefinidamente en el tiempo privado de percibir los ingresos necesarios para su subsistencia y la de su familia, afectándole gravemente su mínimo vital. Por manera que le corresponde a la EPS continuar pagando las pluricitadas incapacidades, hasta tanto se reincorpore el trabajador a la actividad laboral o adquiera el derecho a acceder a una pensión de invalidez; para lo cual la accionada dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 2.2.3.2.1. Del Decreto 1333 del 2018, citado en párrafos anteriores.

Por lo anterior, se confirmará en todas sus partes la providencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad de la ley,

VI.- FALLA



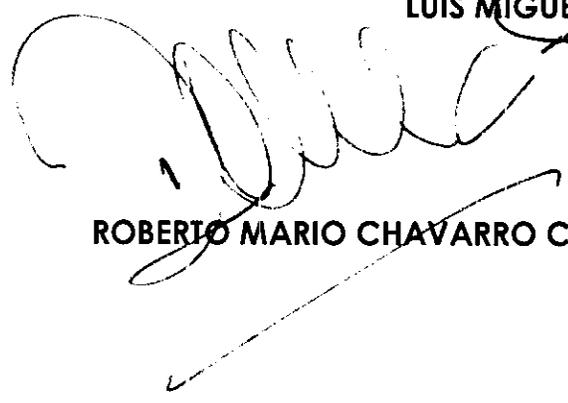
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha veinticuatro (24) de abril de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

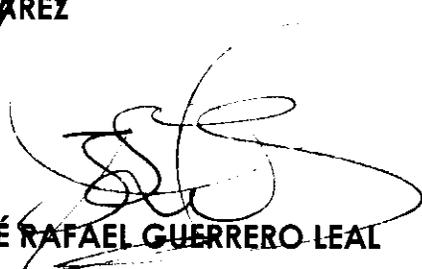
SEGUNDO: REMITIR por Secretaría el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, a la Corte Constitucional para su eventual revisión y envíese copia de la misma al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS


LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL