

Cartagena de Indias D. T. y C., once (11) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

### I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

MEDIO DE CONTROL	ACCIÓN DE TUTELA. – IMPUGNACIÓN -
RADICADO	13-001-33-33-015-2018-00291-01
ACCIONANTE	PEDRO HERNANDEZ DONADO
ACCIONADO	NUEVA EPS Y PROTECCIÓN S.A.
MAGISTRADO PONENTE	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
TEMA	SEGURIDAD SOCIAL / SUBSIDIO DE INCAPACIDAD LABORAL / REVOCA

### II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la accionada, contra la sentencia de tutela del diecinueve (19) de diciembre de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Quinto (15) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió conceder el amparo solicitado.

### III.- ANTECEDENTES

#### - Pretensiones. (Fl. 1)

Que se protejan los derechos fundamentales presuntamente vulnerados: derecho al mínimo vital y móvil, salud y seguridad social y como consecuencia de esto, se ordene el pago de incapacidades expedidas desde el día 21 de junio de 2017 hasta el día en que se profiera fallo, si se generasen.

#### - Hechos (Fl. 1)

La parte accionante señala que labora para la empresa COOTRANSURB LTDA, la cual le efectuaba los aportes en Salud ante la Nueva EPS S.A., Indica que al sufrir fuertes dolores lumbares se le empezó a dificultar su trabajo como conductor, provocando esto que su médico tratante le expidiera incapacidades desde septiembre del 2016 y hasta la fecha de presentación de la demanda se continuaban librando. Lo anterior, provocó una valoración de pérdida de la capacidad laboral de un 35.40% por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar.

Del mismo modo, la parte demandante manifiesta que desde el 21 de junio de 2017 no se le ha cancelado lo correspondiente a incapacidades. Sobre lo anterior, NUEVA EPS aduce que no serían pagadas por esta puesto que estos conceptos se encuentran a cargo de PROTECCIÓN S.A. quien a su vez argumentó que la responsable de cancelar mencionados conceptos es NUEVA EPS.



RADICADO: 13-001-33-33-015-2018-00291-01  
DEMANDANTE: PEDRO HERNANDEZ DONADO

Como consecuencia de lo previo, la accionante adujo que se le ha afectado de manera gravísima su mínimo vital, en razón a que no recibe ingresos que le permitan sobrevivir, teniendo que vivir de la caridad de sus familiares y amigos. Por esto, instauró la acción de tutela de referencia para que se le ordene a las entidades correspondientes el pago de sus incapacidades laborales.

### CONTESTACIÓN (Fl. 50-68)

#### PROTECCIÓN S.A.

La entidad accionada en la contestación a la acción de tutela señaló que realizó el pago de subsidios de incapacidad temporal posteriores a los 180 días y hasta el día 360, adjuntando cuadro donde aparecen referenciados. Argumentan que suspendieron el pago de incapacidades porque el accionante dejó de tener concepto favorable de rehabilitación pero que se reconocieron los 360 que por ley están a su cargo. De la misma forma, establecen en folio 54, que la responsabilidad sobre el pago de incapacidades expedidas después de los 540 días corresponde a la EPS.

#### NUEVA EPS

Esta entidad accionada no rindió informe dentro del plazo correspondiente, por consiguiente, la Sala procederá a aplicar para su caso, la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, de manera que se tendrán por ciertos los hechos relatados por la accionante en su libelo de tutela solamente lo que afecta a esta entidad.

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

- **Sentencia de Primera Instancia** (Fl. 70-81)

El Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 19 de diciembre de 2018, resolvió conceder el amparo solicitado, argumentando que PROTECCIÓN S.A. vulneró los derechos al mínimo vital y seguridad social al no cancelar lo correspondiente a los subsidios por incapacidad expedidas al accionante desde el día nueve (9) de junio de 2018 hasta el trece (13) de noviembre de la misma anualidad. En ese mismo sentido, ordenó a NUEVA EPS que pague las incapacidades que superen los 540 días.

- **La impugnación.**

NUEVA EPS. (Fls. 141-159)





RADICADO: 13-001-33-33-015-2018-00291-01  
DEMANDANTE: PEDRO HERNANDEZ DONADO

Presentó impugnación, aduciendo que existe un vacío normativo respecto al responsable de sufragar aquellas incapacidades que se generen después de los 540 días y que a las EPS les correspondería, en un principio, hacerse cargo únicamente de las que se causen hasta el día 180. En ese mismo sentido, argumentan que a pesar de que con la expedición de la ley 1753 de 2015, a pesar que se según su artículo 67 la obligación recae en las EPS, persiste un vacío al no haberse creado a la fecha una Entidad Encargada de Manejo de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

#### **PROTECCIÓN S.A. (Fis. 112-127)**

Presentaron impugnación argumentando que se realizó el pago de las incapacidades desde el día 180 hasta el 540, de acuerdo con el artículo 142 del decreto 019 de 2012. De la misma forma, expresan que la entidad obligada al pago de las mismas que superen los 540 días es la EPS.

#### **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Conforme lo prevé el artículo 207 del CPACA, se efectúa el control de legalidad sobre el cumplimiento de las reglas del debido proceso en esta etapa del diligenciamiento, advirtiéndose por la Sala que no se evidencian vicios que puedan acarrear nulidad.

#### **V.- CONSIDERACIONES**

##### **- COMPETENCIA**

El Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación de la presente acción, con base en la Constitución Política y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991.

##### **- PROBLEMA JURÍDICO.**

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, la Sala 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar deberá determinar si la acción de tutela es procedente de manera excepcional para solicitar el pago de las incapacidades laborales reclamadas en el presente asunto.

En el evento de ser procedente, le corresponde a esta Corporación Judicial resolver:

1. ¿El no pago de incapacidades laborales comporta afectación a los derechos fundamentales al mínimo vital, salud, seguridad social e igualdad de la parte accionante?
2. ¿Para el caso que nos ocupa, es la AFP o la EPS la encargada de realizar el pago de incapacidades desde el día 541 en adelante; producidas por una enfermedad de origen común?

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





- **TESIS**

La Sala considera pertinente revocar el numeral segundo, modificar el numeral tercero y confirmar el resto de numerales de la sentencia del a quo, dado que de conformidad con la Jurisprudencia Constitucional y el artículo 67 de la ley 1753 de 2015, el no pago oportuno de las incapacidades laborales generadas al actor a partir del día 540 en adelante, constituye una afectación a sus derechos fundamentales al mínimo vital, salud y seguridad social por parte de NUEVA EPS quien es la responsable de dicho subsidio para el caso *sub examine*, por lo que se hace necesaria la intervención del Juez de Tutela, a fin de neutralizar el perjuicio irremediable que esto le causará<sup>1</sup>.

- **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.**

- **ACCIÓN DE TUTELA.**

Esta se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado por el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, el cual establece:

*"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela."*

De acuerdo a lo anterior, se tiene a la acción de tutela como un mecanismo para proteger los derechos fundamentales de todas las personas y que por esta razón, dicho trámite debe ser preferente y sumario.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiaria, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable.

- **PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS INCAPACIDADES LABORALES.**

La Corte Constitucional sostuvo que en principio, la acción de tutela no sería el recurso adecuado para solicitar el pago de prestaciones laborales como el auxilio económico y el subsidio de incapacidad, toda vez que la jurisdicción laboral tiene competencia para dirimir las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia T 490 de 2015, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.



RADICADO: 13-001-33-33-015-2018-00291-01  
DEMANDANTE: PEDRO HERNANDEZ DONADO

empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos<sup>2</sup>.

No obstante, el Tribunal Constitucional señaló que a pesar de contar con un recurso ordinario en materia de pago de subsidio de incapacidad, la acción de tutela se torna procedente, siempre y cuando en el examen de procedencia se concluya que se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Lo que significa que la procedencia del recurso de amparo puede variar, independiente de que la causa pueda ser atendida a través de vías ordinarias.

Con base en lo precedente, la Jurisdicción Constitucional ha fijado el carácter excepcional de la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de derechos de carácter económico, derivados de relaciones laborales. No obstante, esta premisa conduce a la tarea indispensable de evaluar los casos concretos bajo la perspectiva de las condiciones objetivas de quien interpone la acción, así como la naturaleza y relevancia que cobra la incapacidad en la garantía de los derechos fundamentales, al ser un sustituto del salario devengado por quien ha sufrido menoscabo temporal o permanente de su capacidad laboral.

Por esto, el Tribunal Constitucional precisó unas reglas que permiten comprender de mejor manera la naturaleza y fin del pago de las incapacidades:

*"i) El pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar; ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta<sup>3</sup>." (Negritas de la Sala).*

Por consiguiente, el pago de las incapacidades tiene un estrecho vínculo con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en el lapso en el que la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan recibir un salario. Por tales motivos, la Corte Constitucional reconoce implícitamente que sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados.

Adicionalmente, el máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional sentó tres reglas para el análisis de este tipo de casos, a saber:

*"i) La necesidad de garantizar la protección reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral, por tener incapacidades prolongadas, pero no son considerados inválidos; ii) La obligación impuesta por el Plan Nacional de Desarrollo, respecto al pago de tales incapacidades, es de obligatorio cumplimiento por todas las autoridades. iii) Podrá concederse una aplicación retroactiva en virtud del principio de igualdad". (Negritas de la Sala).*

<sup>2</sup> Artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, "Código General del Proceso".

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia T 490 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.



RADICADO: 13-001-33-33-015-2018-00291-01  
DEMANDANTE: PEDRO HERNANDEZ DONADO

En estos términos, la Corte Constitucional indica que en lo que respecta a la primera regla, las personas incapacitadas de forma parcial y permanente, se encuentran en una situación adversa, ya que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son considerados técnicamente inválidas. En consecuencia, la Corte sostiene que:

*"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, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997"*.

En cuanto a la segunda regla, la Corporación Judicial Constitucional señala que el déficit de protección para trabajadores que superan 540 días de incapacidad se entiende superado por la ley 1753 de 2015 y a partir de su entrada en vigencia, tanto "(...) el Juez Constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberán acatarla (...)"

Finalmente, en lo referente a la tercera regla, la Corte Constitucional explica que existe la posibilidad de dar aplicación retroactiva al artículo 67 de la ley 1753 de 2015, toda vez que no establece un régimen de transición para los casos ocurridos antes de la promulgación de la ley, generando un trato desigual.

En efecto, si bien es cierto que el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 entró en vigencia el 9 de junio de 2015, como se expuso previamente, la jurisprudencia constitucional ha admitido su aplicación retroactiva con fundamento en: (i) el principio de igualdad; (ii) la especial protección de la cual son titulares las personas con incapacidades prolongadas y que, en consecuencia, no han podido integrarse nuevamente a la actividad laboral; y (iii) en la facultad que tienen las EPS de repetir lo pagado ante el Estado.

Por las anteriores razones, este Tribunal Constitucional ha sostenido que cuando no se reconoce el pago de las incapacidades laborales, se pueden estar afectando otros derechos fundamentales como la salud, la vida en condiciones dignas, el mínimo vital del trabajador y de su núcleo familiar, ya que en la mayoría de los casos el subsidio por incapacidad representa su único sustento.

De lo anterior puede colegirse que, el reconocimiento de la incapacidad por enfermedad general constituye un mecanismo idóneo para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores dependientes e independientes, entre los que pueden destacarse los siguientes, no sin antes aclarar que no son los únicos:

*"(i) La salud, en la medida que permite al afiliado disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que en estricto sentido no exista prestación de servicio, circunstancia que contribuirá a la recuperación satisfactoria de su estado de salud, puesto que le permite seguir con el tratamiento prescrito por el médico tratante y guardar el reposo requerido para su óptima recuperación (...).*

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 200 de 2017. Magistrado Ponente: José Antonio Cepeda Amaris.





RADICADO: 13-001-33-33-015-2018-00291-01  
DEMANDANTE: PEDRO HERNANDEZ DONADO

(ii) **El mínimo vital**, por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar.

Dentro de este contexto, el derecho al **mínimo vital** no se agota de manera exclusiva en la posibilidad de gozar de un ambiente en el cual las necesidades de subsistencia biológica se encuentren satisfechas, pues tal derecho 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<sup>5</sup>.

Así pues, en la medida en que el pago de este tipo de incapacidades procura la consecución de fines constitucionales, se concluye que su creación en el Sistema de Seguridad Social procura la satisfacción de múltiples derechos fundamentales, entre los que pueden destacarse el derecho a la salud, el mínimo vital, y la seguridad social del cual hace parte<sup>6</sup>.

Por tanto, la Corporación Judicial Constitucional ha reiterado que se presume que el pago de las incapacidades laborales constituye la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su subsistencia y la de su familia, tal como ocurre con su salario. Es por ello que a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, cuando éstas no se pagan oportunamente se afectan derechos del orden constitucional, por lo que se hace necesaria la intervención del juez de tutela a fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar<sup>7</sup>.

En conclusión, la acción de tutela se torna procedente para solicitar el pago de subsidio de incapacidad, pues con el recurso se pretende la protección a los derechos al mínimo vital, salud y vida digna.

**- PAGO DE SUBSIDIO DE INCAPACIDAD POR ENFERMEDAD DE ORIGEN COMÚN DESDE EL DÍA 181 HASTA EL 540 Y DEL DÍA 541 EN ADELANTE.**

Habiéndose advertido la procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de pago de incapacidades laborales, corresponde examinar a qué entidad le atañe asumir la responsabilidad de pagarlas. Lo anterior, en cuanto a incapacidades generadas desde los 181 días hasta los 540 días, y así mismo, de los 541 días en adelante.

Sobre la base de lo previsto en la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
-----------	-----------	-------------------------------------

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 818 de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 490 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 490 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

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





RADICADO: 13-001-33-33-015-2018-00291-01  
DEMANDANTE: PEDRO HERNANDEZ DONADO

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 de 2005
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

En síntesis, la Corte Constitucional en relación con este tema ha establecido 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<sup>8</sup>.

En ese mismo sentido, las reglas jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta después del día 540 son las siguientes:

- (I) Los primeros dos días de incapacidad, el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.
- (II) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de la **EPS**.
- (III) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las **AFP**, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable<sup>9</sup>.
- (IV) Después del día 540 en adelante, le corresponde nuevamente a la **EPS**.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior, en el que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades prestadoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del 150, si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

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.

Sobre la obligación de la EPS de asumir el pago de incapacidades posteriores a los 540 días, que fue recogida en el artículo 67 de la ley 1735 de 2015, la Corte Constitucional en sentencia T-200 de 2017, se ha pronunciado en el siguiente sentido:

*"la entrada en vigencia de esta norma, cambia el panorama del pago de incapacidades después de 540 días que se venía planteando en la jurisprudencia de*

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 200 de 2017. Magistrado Ponente: José Antonio Cepeda Amarís.

<sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 401 de 2017. Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.



RADICADO: 13-001-33-33-015-2018-00291-01  
 DEMANDANTE: PEDRO HERNANDEZ DONADO

años atrás, pues se le atribuyó la obligación del pago a las EPS como parte del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Con estos antecedentes legales y jurisprudenciales, **no cabe duda alguna de que la regla actual de incapacidades que superan 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, es que deben asumirlas las EPS.**

*Pero además, la sentencia en cuestión establece tres reglas para el análisis de este tipo de casos, la primera, es que reitera la necesidad de garantizar protección reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral, tienen incapacidades prolongadas, pero no son considerados inválidos; la segunda, es que la obligación impuesta por el Plan Nacional de Desarrollo, respecto al pago de tales incapacidades es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades; y la tercera, es que podrá concederse una aplicación retroactiva en virtud del principio de igualdad."*

De acuerdo a lo anterior, se colige que la Corte Constitucional ha reconocido que el pago de las incapacidades generadas después de los 540 días, a personas a las que se les haya calificado con una pérdida de capacidad laboral menor del 50%, le concierne a la EPS. Lo anterior, en virtud de que no se pueden dejar en desprotección a estas personas que a pesar de no poder ser acreedores de una pensión de invalidez, no cuentan con su capacidad laboral en óptimas condiciones para conseguir su propio sustento.

**CASO CONCRETO.**

**- Marco fáctico probado**

De conformidad con las pruebas allegadas oportuna y regularmente al proceso de tutela de referencia, la Sala consigna por cierto que a la parte accionante, PEDRO HERNANDEZ DONADO, se le han venido expidiendo incapacidades laborales de manera interrumpida desde el 29 de septiembre de 2016 y se seguían generando aun hasta la fecha de presentación de la acción, tal como consta en los certificados que obran en folios 5 a 18 del expediente.

En su informe, Protección S.A. aporta en folio 50 y 52 una relación de las incapacidades que fueron pagadas por estos al accionante, las cuales resultan en un total de 360 días.

Las incapacidades laborales generadas sobre las cuales no obra prueba de que hayan sido pagadas, para efectos metodológicos se ilustran así:

Fecha Inicial.	Fecha Final.	Días.
13/06/2018	19/06/2018	7 días

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





27/06/2018	03/07/2018	7 días.
11/07/2018	17/07/2018	7 días.
25/07/2018	31/07/2018	7 días.
08/08/2018	14/08/2018	7 días.
28/08/2018	03/09/2018	7 días.
11/09/2018	17/09/2018	7 días.
25/09/2018	01/10/2018	7 días.
09/10/2018	15/10/2018	7 días.
23/10/2018	29/10/2018	7 días.
07/11/2018	13/11/2018	7 días.

Por lo anterior, se tiene que la Nueva EPS, a pesar de que por mandato de ley es responsable de este subsidio pasados los 540 días, no le ha reconocido ni pagado a la parte accionante el subsidio respectivo por las incapacidades relacionadas anteriormente, toda vez que no demostró mediante prueba alguna que había efectuado el pago de las mencionadas incapacidades, por lo que se entiende que no lograron desvirtuar la *negación indefinida*<sup>10</sup> que planteó el actor.

Teniendo en cuenta lo previo, la Sala analizará la procedencia excepcional de la acción de tutela por tratarse de un asunto de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral.

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 622 de 2012. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.



RADICADO: 13-001-33-33-015-2018-00291-01  
DEMANDANTE: PEDRO HERNANDEZ DONADO

En ese orden, como se señala en la *obiter dictum*<sup>11</sup> de esta providencia, la Corte Constitucional manifestó que el recurso de amparo es procedente excepcionalmente cuando el accionante pretende el reconocimiento y pago de incapacidades laborales, toda vez que se presume que el pago de las mismas constituye la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su subsistencia y la de su familia, tal como ocurre en el *sub lite*, puesto que la parte accionada no objetó tal presunción, probando que el actor cuente con ingresos suficientes que le permitan satisfacer sus necesidades básicas de manera independiente al pago de las incapacidades laborales.

Por consiguiente, a pesar de la existencia de la vía judicial ordinaria mediante la cual el accionante puede reclamar sus incapacidades, el no pago oportuno de estas afectan sus derechos de orden constitucional, de tal modo que en el caso que nos ocupa, se hace necesaria la intervención del Juez de tutela, en aras de neutralizar un perjuicio irremediable.

Por estas razones, el examen de fondo de la acción de tutela de referencia está llamado a prosperar, considerando que el pago de las incapacidades tiene un estrecho vínculo con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna del actor, dado que el mismo no se encuentra en condiciones apropiadas para efectuar labores que le permitan obtener un salario suministrado por la prestación de servicios que realizaba ante la empresa.

Habiendo determinado la procedencia de la tutela, esta Corporación examinará el fondo del asunto, de manera que se resolverán los problemas jurídicos planteados anteriormente. Estos son, que si se han vulnerado o no los derechos alegados por el accionante debido a la falta de pago oportuno del subsidio de incapacidad laboral por enfermedad de origen común, y de ser así, determinar a quién le corresponde la obligación de asumir dicho pago.

Dentro de este contexto, la Corte Constitucional en sentencia T 490 de 2015 sostuvo lo siguiente:

*"i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;*

*ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y*

*iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta."*

<sup>11</sup> La *obiter dicta*, "o lo que se dice de paso" en la providencia; esto es, aquello que no está inescindiblemente ligado con la decisión, como las "consideraciones generales", las descripciones del contexto jurídico dentro del cual se inscribe el problema jurídico a resolver o los resúmenes de la jurisprudencia sobre la materia general que es relevante para ubicar la cuestión precisa a resolver. Corte Constitucional. Sentencia C 241 de 2010.



Por lo anterior se colige que el no pago oportuno de las incapacidades laborales genera una vulneración a los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y vida digna del trabajador incapacitado, en los casos donde este subsidio constituye la única fuente de ingresos económicos que le permitan al asalariado satisfacer sus necesidades básicas, personales y familiares, al no poder laborar para recibir un salario para su sustento como lo realizaba con anterioridad a la enfermedad.

La anterior situación se configura en el caso *sub examine*, toda vez que se encuentra acreditado en el proceso que la parte accionante, detenta inconvenientes de salud que le han imposibilitado laborar en condiciones adecuadas, lo que ha conllevado que la Nueva EPS le expida incapacidades desde el año 2016, de tal manera que su derecho al mínimo vital y móvil se halla en un estado de vulnerabilidad. Igualmente, su derecho a la salud está comprometido, puesto que el actor al no disponer de una suma de dinero periódica, la consecuencia es la afectación a una recuperación óptima de su vitalidad<sup>12</sup>.

Ahora bien, es indispensable señalar sobre quién recae la responsabilidad de sufragar el subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común del actor, debido a que de conformidad con la prueba documental de las incapacidades laborales aportadas por la parte accionante, se demuestra que las mismas superan los 540 días, pues el periodo anterior, es decir, el que comprende de los 181 hasta los 540 días, fue pagados por Protección S.A.

Respecto a esta obligación la Corte Constitucional, en sentencia T 401 de 2018, ha señalado lo siguiente:

*(...) la Corte concluyó que la obligación de reconocer y pagar las incapacidades posteriores al día 540 estaba a cargo de las EPS, en virtud de la Ley 1753 de 2015. En tal sentido, estableció tres reglas para la aplicación de este mandato que, en términos generales, son las siguientes: (i) existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%; (ii) el deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y (iii) la referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad."*

En efecto, la Sala distingue que le corresponde pagar las incapacidades que sobrepasen los 540 días a la entidad prestadora de salud, Nueva EPS, puesto que el legislador en el literal A del artículo 67 de la ley 1735 de 2015<sup>13</sup> consagró que son las

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia T 490 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>13</sup> "(...) 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."





RADICADO: 13-001-33-33-015-2018-00291-01  
DEMANDANTE: PEDRO HERNANDEZ DONADO

EPS las responsables de sufragar dichas incapacidades, siempre y cuando sean de origen común.

Así las cosas, la parte accionada NUEVA EPS, violó los derechos fundamentales a la salud y mínimo vital y móvil del señor Pedro Hernández Donado, al omitir hacerse cargo del subsidio correspondiente, por lo que deberá efectuar el pago de las incapacidades emitidas a favor de la parte accionante, desde el día 541 hasta que cese la emisión de incapacidades a su favor.

En la parte motiva, el accionante señaló que no le han reconocido ni pagado el subsidio respectivo por las incapacidades producidas a partir 20 de junio de 2017 hasta la fecha de presentación de la demanda. No se tiene por cierta la afirmación sobre la fecha en la que inició la falta de pago, puesto que la accionada Protección S.A. aportó en su informe los pagos que fueron realizados por estos, los cuales suman 360 días, que son los que le atañen según la normativa vigente. Por lo cual se observa que la obligación en disputa en el presente proceso, recae sobre la AFP hasta el día ocho (8) de junio de 2018, fecha en la cual se llega al límite de los 540 días.

Para los mismos efectos, en virtud de la *negación indefinida* que sostuvo el accionante, le correspondía a la accionada Nueva EPS desvirtuar mediante algún medio probatorio que efectuaron los pagos de los días que por ley les corresponde, es decir, desde el día 541 o para los efectos del presente caso, desde el día nueve (9) de junio de 2018. Sin embargo, por no demostrar la accionada el pago de las incapacidades, se consignará por cierto que no las cancelaron, como se señaló en el acápite del marco fáctico probatorio.

Con fundamento en lo antecedente se resuelve el segundo problema jurídico formulado, pues se llega la conclusión de que es la entidad Nueva EPS la que deberá pagar las incapacidades generadas a partir del día quinientos cuarenta (540) a favor del accionante, esto es, desde el 09 de junio de 2018.

Ahora bien, la accionada Nueva EPS S.A no puede excusarse de pagar las incapacidades laborales so pretexto de que existe un vacío en la ley que regula la materia, pues como se ha estudiado en la presente providencia, la Corte Constitucional ha establecido que se debe dar aplicación a la misma, e inclusive, emplear retroactivamente.

Por los motivos anteriormente esgrimidos, procederá el Tribunal a revocar el numeral segundo, por considerar que no es Protección S.A la entidad encargada de sufragar las incapacidades del accionante y en ese mismo sentido, modificar el numeral tercero, debido a que a pesar de que la obligación efectivamente recae sobre NUEVA EPS, se debe estipular el término en el que esta debe realizar dicha acción, así como hacer la salvedad de que a partir del día 540 en adelante, es decir, el día nueve (9) de junio de 2018, le atañe a dicha entidad el pago. Por último, se confirmarán el resto de numerales de la providencia de *ad quo*, por considerarlos conforme a derecho.

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





RADICADO: 13-001-33-33-015-2018-00291-01  
DEMANDANTE: PEDRO HERNANDEZ DONADO

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

**IV- FALLA**

**PRIMERO. REVOQUESE** el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO. MODIFÍQUESE** el numeral tercero de dicha providencia, que quedará así:

*"ORDENAR a NUEVA EPS que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes contadas a partir de la notificación de la presente providencia, sufrague las incapacidades expedidas a favor del accionante que superen los 540 días, es decir, las causadas desde el nueve (9) de junio de 2018, de conformidad con el artículo 67 de la ley 1753 de 2015 y, así mismo, las que se generen después de proferida la presente sentencia."*

**TERCERO. CONFÍRMENSE** el resto de numerales de la sentencia impugnada.

**CUARTO.** Notifíquese esta providencia a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**QUINTO.** Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

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

LOS MAGISTRADOS,

**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.**  
(Ponente)

**JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL**

**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

