

Cartagena de Indias D. T. y C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020).

Acción	TUTELA
Radicado	13-001-33-33-010-2020-00051-01
Accionante	MILTON IGLESIAS OYOLA
Accionado	NUEVA E.P.S – PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Confirma sentencia de primera instancia - Procedencia de la tutela para el reconocimiento y pago de incapacidades cuando estas prestaciones son el único medio de ingresos con las que cuenta el tutelante - Corresponde a la E.P.S correr con las expensas de las incapacidades por enfermedad general cuando estas asciendan a los 540 días de prórroga de conformidad con la Ley 1753 de 2015.

I.- PRONUNCIAMIENTO

Le corresponde a esta Sala¹ decidir sobre la impugnación interpuesta por la parte accionada, contra el fallo de tutela de fecha treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinte (2020), dictado por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro de la acción de tutela adelantada por MILTON IGLESIAS OYOLA contra la NUEVA E.P.S – PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones.

En ejercicio de la acción de tutela, la parte solicitante elevó las siguientes pretensiones;

- 2.1.1 Tutelar sus derechos fundamentales presuntamente menoscabados, al mínimo vital, a la salud y seguridad social y a la vida digna.
- 2.1.2 Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la Nueva E.P.S. a pagar los montos adeudados, producto de unas incapacidades debidamente reconocidas.

¹ Está integrada por el suscrito Magistrado ponente y el Dr. Edgar Alexis Vásquez Contreras, este último como titular del despacho No. 04 y como encargado del despacho No. 03 del Tribunal Administrativo de Bolívar. Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del ARTÍCULO 4. Los cuerpos colegiados de las Altas Cortes y Tribunales del país podrán hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales del ACUERDO PCSJA20-11521 19 de marzo de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura.

2.2. Hechos.

La parte accionante desarrolló los argumentos fácticos, que se han de sintetizar así:

Argumenta que se encuentra afiliado en pensiones y salud a la Nueva E.P.S., como cotizante dependiente, dado que labora en la empresa Vehicosta S.A.S.

Sostiene que actualmente presenta las siguientes patologías; TRANSTORNO DE DISCO LUMBAR, DISCOPATÍA y HERNIA DISCAL EN MANEJO CON NEUROLOGÍA. Dichos diagnósticos fueron calificados por Seguros de Vida Alfa S.A., quien determinó que el accionante presenta una pérdida de la capacidad laboral valorada en un 17.90% de origen común, con fecha de estructuración de 17 de mayo de 2019.

De acuerdo con el escrito de tutela, la Nueva E.P.S no ha reconocido ni pagado las incapacidades generadas desde el 19 de abril de 2019, hasta el 27 de diciembre de la misma anualidad.

Por último, concluye argumentado que no cuenta con recursos suficientes para la manutención económica y sustento básico de su familia, debido a que no tiene un ingreso con el cual pueda suplir dichas necesidades, situación que, de persistir, pondría en riesgo tanto su derecho fundamental al mínimo vital, como los derechos fundamentales de su núcleo familiar.

2.3. Contestación.

2.3.1 Nueva E.P.S.

En su escrito de contestación, la entidad accionada expone las razones jurídicas, por las cuales no es dable acceder a las pretensiones elevadas por el accionante. Al respecto sustenta, que el señor Milton Iglesias Oyola, cuenta con una pérdida de la capacidad laboral calificada entre el 5% y 49.9 %, lo que al tenor del Decreto 917 de 1999, da lugar a la reinserción laboral con reubicación, para garantizar el derecho fundamental al mínimo vital del tutelante. Añade que, dicho proceso de reinserción, debe realizarse a través de su médico tratante, con el objetivo de garantizar su readaptación, y que la misma está a cargo del empleador.

Sostiene, que la tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de incapacidades, como quiera que, para estas

solicitudes, existen medios previstos en el ordenamiento jurídico. En este sentido explica, que el accionante puede acudir ante la jurisdicción laboral, para ventilar el caso de marras; así mismo, puede acudir ante la Superintendencia de Salud la cual es competente para conocer este tipo de asuntos en virtud de lo establecido en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 que dispone lo siguiente: *“ARTÍCULO 126. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”*.

En virtud de lo anterior, afirma que el Juez de tutela no puede invadir la esfera de operación del Juez ordinario, como quiera que la tutela es un mecanismo subsidiario y residual, que solo procede ante el agotamiento de las demás vías jurídicas, o cuando se está frente al acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Argumenta, que no se cumplen con todos los presupuestos normativos para que se configure la tutela como un mecanismo de protección subsidiario y prevalente, como quiera que, a la parte accionante no se le ha vulnerado derecho fundamental alguno; adicionalmente indica que su actuar se encuentra fundamentado en el Decreto 2591 de 1991, configurándose la figura de la conducta legítima, lo cual, a su ver determina la improcedencia de la presente acción constitucional.

Reitera, que es menester declarar la improcedencia de la acción constitucional, puesto que no hay derecho fundamental alguno que requiera especial protección, en ese mismo sentido, el accionante cuenta con mecanismos de defensa idóneos, como es el proceso respectivo ante la Superintendencia Nacional de Salud o ante la jurisdicción laboral.

2.3.2 Porvenir S.A.

Mediante providencia del 26 de marzo de 2020, el Juez de primera instancia, vinculó a Porvenir S.A., con el objeto de que rindiera informe sobre los hechos de la tutela.

En su escrito de intervención, la AFP Porvenir S.A., manifiesta que las incapacidades de origen común posteriores a los 180 días y hasta el día 360 (540), fueron debidamente pagadas al accionante, y que las mismas oscilaban entre las fechas que van desde el 23 de marzo de 2018 hasta el 17 de marzo de 2019.

13-001-33-33-010-2020-00051-01

Como consecuencia de lo antes expresado, sostiene que el pago de las incapacidades que superan los 540 días le corresponde a la NUEVA EPS, como única entidad legitimada para ello, conforme lo establece la Ley 1753 de 2015 y la Sentencia T-144 de 2016; por consiguiente, solicita que se declare la improcedencia de la tutela frente a Porvenir, en tanto que la obligación de sufragar el pago de las prestaciones sociales reclamadas se encuentra encabeza de la E.P.S.

Añade que al señor Milton Iglesias Oyola, no le asiste derecho a devengar pensión de invalidez, como quiera que su pérdida de capacidad laboral fue avaluada en un 17.90%, cantidad que no supera el imperativo legal de 50%, para ser beneficiario de esta modalidad de pensión, de acuerdo con lo establecido en la Ley 100 de 1993, que regula la materia.

Afirma, que Porvenir S.A., no ha transgredido derecho fundamental alguno, así como tampoco está legitimado por pasiva para responder en la presente acción constitucional, por lo que solicita se declare la improcedencia la tutela en su contra.

2.4. Alegatos de conclusión del Procurador Judicial Delegado ante los Juzgados Administrativos.

El Procurador Judicial 176 judicial I para Conciliaciones Administrativas, sostiene que es menester acceder a las pretensiones formuladas por el accionante, en el escrito de tutela, como quiera que, del material probatorio recabado en el plenario, se puede concluir que, al no pagar las incapacidades que están a favor de Milton Iglesias Oyola, se vulneran de manera manifiesta sus derechos fundamentales al mínimo vital y al trabajo, como mecanismos necesarios para la subsistencia tanto del accionante, como de las personas a su cargo.

Añade que el solicitante no cuenta con ingresos accesorios a los devengados por su trabajo, lo cual le genera un perjuicio irremediable, en tanto, su única fuente de ingresos recae en las incapacidades dejadas de percibir, lo cual, habilita a la tutela como mecanismo de defensa principal, ante la falta de idoneidad de los medios ordinarios, por la situación de precariedad y necesidad económica en que se encuentra el tutelante.

En ese orden de ideas, concluye argumentado que es loable ordenar a la Nueva E.P.S., el reconocimiento y consecuencial pago de las incapacidades solicitadas, no obstante, refiere que una vez finalizado el trámite en sede constitucional, el



13-001-33-33-010-2020-00051-01

demandante deberá acceder a la jurisdicción laboral, o ante la Superintendencia de Salud, para que dichas autoridades formulen una decisión definitiva ante el caso planteado ante el Juez de tutela.

III.-FALLO IMPUGNADO

El Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 31 de marzo de 2020, resolvió:

“PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental al mínimo vital, vida digna y la salud en conexidad de la seguridad social, del señor **MILTON IGLESIAS OYOLA**.

SEGUNDO: ORDENAR a la **NUEVA EPS** que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, si aún no lo ha hecho, proceda a realizar los trámites para el reconocimiento y pago de los siguientes subsidios por incapacidad, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia:

NUMERO DE INCAPACIDAD	CONTINGENCIA	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	DIAGNOSTICO	DIAS OTORGADOS
0005033186	ENFERMEDAD GENERAL	21/03/2019	19/04/2019	M519	30
0005101455	ENFERMEDAD GENERAL	20/04/2019	04/05/2019	M511	15
0005155927	ENFERMEDAD GENERAL	13/05/2019	27/05/2019	M511	15
0005198297	ENFERMEDAD GENERAL	28/05/2019	11/06/2019	M511	15
0005248933	ENFERMEDAD GENERAL	17/06/2019	01/07/2019	M511	15
0005283055	ENFERMEDAD GENERAL	02/07/2019	14/07/2019	M511	13
0005318082	ENFERMEDAD GENERAL	15/07/2019	13/08/2019	M519	30
0005394268	ENFERMEDAD GENERAL	14/08/2019	28/08/2019	M519	15
0005432523	ENFERMEDAD GENERAL	29/08/2019	12/09/2019	M519	15
0005477673	ENFERMEDAD GENERAL	13/09/2019	27/09/2019	M519	15
(Ctrl) 483	ENFERMEDAD GENERAL	28/09/2019	12/10/2019	M519	15
0005584140	ENFERMEDAD GENERAL	13/10/2019	26/10/2019	M519	14
0005602347	ENFERMEDAD GENERAL	28/10/2019	11/11/2019	M519	15
0005636264	ENFERMEDAD GENERAL	12/11/2019	26/11/2019	M519	15
0005679022	ENFERMEDAD GENERAL	27/11/2019	27/11/2019	M519	1
0005680891	ENFERMEDAD GENERAL	28/11/2019	27/12/2019	M519	30
0005899454	ENFERMEDAD GENERAL	21/02/2020	6/03/2020	M519	15

13-001-33-33-010-2020-00051-01

TERCERO: SE ADVIERTE a la **NUEVA EPS**, que en caso de que se sigan expidiendo incapacidades de manera ininterrumpida por parte del médico tratante a favor del accionante, estas deberán ser pagadas oportunamente hasta tanto se verifique la recuperación integral y el reintegro efectivo del asegurado a su puesto de trabajo o en su defecto, hasta que el porcentaje de su pérdida de capacidad laboral le permita optar por la pensión de invalidez."

Al respecto, el Juez de primera instancia expuso que, de acuerdo con los medios probatorios recaudados en el expediente, se tenía por acreditado que el accionante es una persona de 37 años de edad, a la cual se le han prescrito incapacidades en distintos periodos como consecuencia de su diagnóstico de "TRASTORNO DE DISCO LUMBAR, DISCOPATÍA, MAS HERNIA DISCAL EN MANEJO CON NEUROLOGÍA", situación que le ha impedido reintegrarse de manera satisfactoria a su vida laboral.

Sostuvo que, a pesar de que el accionante cuenta con otros medios de defensa idóneos para reclamar el pago de las incapacidades causadas, aquellos resultaban ineficaces para proteger los derechos del actor, debido al grado de afectación de su derecho fundamental al mínimo vital, teniendo en cuenta que se trata de una persona con una discapacidad laboral que le ha impedido proveerse los recursos mínimos suficientes para garantizar su vida en condiciones dignas.

Expuso, que en el caso de marras el empleador había asumido el pago de los dos primeros días de incapacidad, en los términos del artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, y la Nueva EPS, en cumplimiento del artículo 142 del Decreto 019 de 2012, pagó el auxilio económico correspondiente a las incapacidades del día 3 al 180. Adicionalmente, conforme a lo manifestado por el accionante, PORVENIR S.A. sufragó el subsidio por incapacidad a partir del día siguiente, hasta la incapacidad que corresponde a los días del 5 de marzo al 17 de marzo de 2019. Sin embargo, desde entonces, el tutelante no ha recibido pago alguno por parte de los actores del Sistema General de Seguridad Social.

Así las cosas, concluyó que, conforme con la Ley 1753 de 2015, las incapacidades que superan el día 540, se encuentran a cargo de la EPS a la cual se encuentra afiliada la accionante, es decir, la Nueva EPS.

También expuso que, como quiera que el Despacho observaba que la enfermedad del accionante había persistido, como quiera que con posterioridad a la presentación de la tutela le fue emitida una nueva incapacidad laboral con No. 0005899454 (conforme al certificado de

incapacidad aportado por la Nueva EPS en el escrito de contestación), la EPS debía cubrir también el pago de éstas, a fin de salvaguardar de manera efectiva el derecho a la salud y al mínimo vital del actor.

IV.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Por medio de memorial radicado con fecha treinta y uno (31) de marzo del año en curso, presentó impugnación del fallo la parte accionada, en el cual reiteró los argumentos esgrimidos en el informe de contestación de la acción de tutela.

Expone que cuando se presenta una PCL inferior al 50%, no aplica la autorización del pago de incapacidades teniendo en cuenta que el afiliado adquiere el status de Incapacitado Permanente Parcial de acuerdo a lo establecido en el literal b del artículo 2 del Decreto 917 de 1999. Por lo anterior es necesario que se inicie un proceso de reintegro laboral para garantizar el mínimo vital, tal y como lo establece la legislación vigente para las personas que se les ha definido una IPP (incapacidad permanente parcial), proceso que se deberá realizar a través del médico especialista en salud ocupacional o en seguridad y salud en el trabajo de su empresa o de la IPS que tenga contratada para realizar el examen médico ocupacional periódico o post-incapacidad, en cumplimiento al programa de salud ocupacional o sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo, subprograma medicina preventiva y del trabajo. Lo anterior con el objeto de lograr la readaptación y/o reubicación laboral, que de acuerdo a las Resoluciones 2346 de 2007 y 1918 de 2009, son a cargo del empleador.

Señala que, según la sentencia T-097 de 2015, a partir del día ciento ochenta el pago de las incapacidades que se generen, son responsabilidad del Fondo de Pensiones, así mismo, el pago de las incapacidades posterior al día 540.

En lo que se refiere a la Ley 1753 de 2015, expone que la misma no puede ser aplicada hasta tanto no sea reglamentado por el Gobierno Nacional, el tema específico de las incapacidades, el cual ha sido fuente de abuso del derecho en muchas ocasiones y por ende una fuga constante de recursos del sistema que ya de por sí son limitados. Explica que, el Ministerio de Hacienda, a través del concepto del 15 de diciembre de 2015, concluye que dicha Ley es inaplicable hasta tanto ésta se reglamente por parte del Gobierno Nacional a través de la expedición de un decreto, dada la generalidad del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.



13-001-33-33-010-2020-00051-01

Considera, además, que el Juez de conocimiento, debe declarar improcedente la presente acción constitucional, con fundamento en la existencia de medios de defensa idóneos, dispuestos en la jurisdicción ordinaria, con los que cuenta el accionante para salvaguardar sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados. De igual forma, añade que los mecanismos ordinarios, desplazan a la tutela como medio de defensa judicial, puesto que esta última, tiene un carácter subsidiario y residual.

Por último, afirma que su actuar se ajusta a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico para este tipo de situaciones, por consiguiente, no le asiste responsabilidad alguna, cuando ha actuado conforme a derecho, al negar el pago de las prestaciones económicas solicitadas por el tutelante, en consecuencia, no ha vulnerado derecho fundamental alguno, que habilite al Juez constitucional, para proferir decisión de fondo en el caso de marras.

V.- RECUENTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto de fecha tres (3) de abril de dos mil veinte (2020) se concedió la impugnación interpuesta por la parte accionada, posteriormente fue asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el trece (13) de abril de la presente anualidad, coincidiendo esta última fecha con, el auto admisorio proferido por esta Corporación.

VI.- CONSIDERACIONES

6.1. Control de legalidad.

Revisado el expediente, se observa que, en el desarrollo de las etapas procesales, no existen vicios que acarren nulidad formal o impidan proferir decisión de fondo, por ello, procederá esta Magistratura a resolver la alzada.

6.2. Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

6.3. Problema jurídico.

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe en primera instancia a determinar si:

¿Procede la tutela, como mecanismo de defensa judicial, para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales?

De superarse el anterior planteamiento, procederá la Sala a estudiar el siguiente

¿Vulneró la Nueva E.P.S, los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y a la salud y seguridad social de Milton Iglesias Oyola, al no dispensar y reconocer los beneficios prestacionales por incapacidad, prescritos desde el 19 de abril de 2019, hasta el 27 de diciembre de la misma anualidad?

6.4. Tesis de la Sala

La Sala **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, toda vez que, la tutela resulta ser el medio de defensa idóneo para preservar los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna, salud y seguridad social del actor, como quiera que los mecanismos ordinarios y el proceso sumario ante la Superintendencia de Salud no resultan ser los más eficaces para proteger tales derechos, cuando no existe pago de las incapacidades.

De igual forma, este Cuerpo Colegiado encuentra acertada la decisión de primera instancia, toda vez que las incapacidades laborales superiores a los 540 días, deben ser reconocidas y pagas por la EPS, según lo establece la Ley 1753 de 2015.

6.5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para abordar los problemas planteados la Sala estudiará los siguientes temas: i) Generalidades de la acción de tutela; ii) Procedencia de la acción constitucional para el pago y reconocimiento de incapacidades; iii) Régimen de Seguridad Social en Salud para el pago de incapacidades de origen común - Entidad prestadora con la obligación de correr con la dispensa de esta clase de emolumentos; iv) Caso concreto.

6.5.1 Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; 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, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

6.5.2. Procedencia de la acción constitucional para el pago y reconocimiento de incapacidades.

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha establecido que el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales adeudadas procede por la vía de la acción de tutela, en aquellos casos en los que el juez constitucional advierta que el no pago de incapacidades pueda generar un detrimento mayor a los derechos del tutelante, toda vez que, existen factores como la edad, el estado de salud, las condiciones económicas, sociales y familiares, que son aspectos de obligatoria ponderación, pues exigirle a ciertas personas asumir las

complejidades propias de los procesos ordinarios, en algunos casos podría redundar en que la vulneración de un derecho fundamental, como la dignidad humana o el mínimo vital, se prolongue de manera injustificada.

Así las cosas, la sentencia T-490 de 2015 fijó una serie de reglas en materia de idoneidad de la acción de tutela para el reconocimiento de las incapacidades médicas laborales por parte de las E.P.S, que se pueden sintetizar en;

“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. “

En este sentido, menciona el Máximo Órgano de Cierre Constitucional, mediante esta misma sentencia, 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”

Por esta razón, 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. Es por ello que a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar los beneficios prestacionales, entre ellas las incapacidades, y 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 solicitante y su núcleo familiar.

Por ello, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital, la salud y la seguridad social, cuando el peticionario se ve desprovisto del pago de las incapacidades médicas. Esto, aun cuando el conocimiento de las reclamaciones concernientes a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social Integral

corresponda, en principio, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social. Esto se hace aún más notable, cuando el Órgano de Cierre Constitucional, en Sentencia T-161 del 2019, expuso que el trámite que se cierra mediante la jurisdicción ordinaria, o ante la Superintendencia de Salud, tiende a carecer de idoneidad, en razón del tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza, lo cual, habilita a la tutela, para resolver esta clase de litigios, siempre que se cumplan con los principios generales de la acción constitucional.

Entonces, si las incapacidades debidamente certificadas al trabajador no son desembolsadas, de manera oportuna, ello puede generar vulneraciones iusfundamentales, razón por la cual el juez de tutela se ve legitimado para pronunciarse sobre el fondo del asunto con el propósito de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el trabajador, y en algunos casos su núcleo familiar.

En definitiva, cuando se interponga una acción de tutela que pretenda meramente el pago de incapacidades médicas, si bien los accionantes podrían acudir a un proceso laboral ordinario o un proceso abreviado ante la Superintendencia Nacional de Salud, el Juez de tutela no puede dejar de lado que “la ausencia o dilación injustificada de dichos pagos afecta gravemente la condición económica del trabajador, así como sus derechos al mínimo vital y a la salud, pues éste deriva su sustento y el de su familia de su salario, que es suspendido temporalmente en razón a una afectación de su salud. Así la mora en dichos pagos puede situar al reclamante en circunstancias apremiantes, que ponen en riesgo su subsistencia digna”².

6.5.3 Régimen de Seguridad Social en Salud para el pago de incapacidades de origen común - Entidad prestadora con la obligación de correr con la dispensa de esta clase de emolumentos.

Las incapacidades médicas pueden tener origen en una enfermedad y/o un accidente, o ser de procedencia común. En uno u otro caso el sistema integral de seguridad social prevé el pago de las respectivas incapacidades. Sin embargo, dependiendo de cuál sea el origen varía la entidad encargada de cancelar las respectivas incapacidades.

En lo concerniente a las enfermedades de origen común, las incapacidades menores, esto es, que tengan una duración máxima de dos (2) días, serán

² Sentencia T-140 de 2016, Corte Constitucional.

asumidas directamente por el empleador conforme a lo dispuesto en el Decreto 2943 de 2013. De igual forma, a la EPS le corresponde pagar las incapacidades de origen común a partir del día tres (3), siempre y cuando la misma sea prórroga de otra, y no supere los ciento ochenta (180) días.

Debe anotarse que, el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, establece que son los empleadores quienes deben tramitar el reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad general ante las Empresas Promotoras de Salud, el propósito de la referida norma es no transferirle al trabajador la carga administrativa que supone la obtención de dicho reconocimiento prestacional.

En ese estado de la evolución de la incapacidad del afiliado, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral o de la posibilidad de recuperación. Y toma un papel importante el concepto favorable de rehabilitación, por ello, conviene destacar que conforme el Decreto-Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal y remitirlo a la AFP que corresponda antes del día 150.

En los eventos en que las EPS no cumplan lo anterior, les compete pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, es decir, les asistirá el deber de asumir el pago de dichas sumas desde el día 181 y hasta el día en que emitan el concepto en mención.

En caso de que la EPS emita concepto favorable de rehabilitación, la AFP tendrá que 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. En este evento se generará el derecho al reconocimiento de un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador que estará a cargo de la AFP a la que se encuentre afiliado.

Entonces, el trabajador encontrará cubiertas sus necesidades económicas con el pago de las respectivas incapacidades, correspondiendo cubrir a la EPS los primeros 180 días y a la AFP hasta por 360 días más, según lo dispone el Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001:

“(…) para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la administradora de fondos de pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos

13-001-33-33-010-2020-00051-01

sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador".

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, caso en el cual será la llamada a responder.

Superados los 540 días de incapacidad, si el trabajador continúa recibiendo incapacidades, aunque hubiese sido calificado con una pérdida de capacidad inferior a 50%, surge el interrogante de quién es el llamado al reconocimiento y pago de las mismas. Es así como la Ley 1753 de 2015, con el fin de superar el vacío legal que existía en esta materia, estableció en su artículo 67 ibídem, la obligación de reconocer y pagar las incapacidades por enfermedad de origen común de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud que superen los 540 días continuos a las EPS.

Seguido, el Decreto 1333 de 2018 por medio del cual se sustituye el Título 3 de la parte 2 de del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, **reglamentó las incapacidades superiores a los 540 días, señalando en su artículo 2.2.3.3.1 que la obligación sobre el pago de dichas incapacidades originadas por una enfermedad general de origen común, corresponde a las EPS.**

En conclusión, se debe indicar que a través de la providencia T-161 de 2019 se sintetizó el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común de la siguiente manera;

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1º del Decreto 2943 de 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

VII.- CASO CONCRETO

7.1. Hechos Relevantes Probados.

- Historia clínica del señor Milton Iglesias Oyola, mediante la cual se puede constatar que padece de síndrome de colon irritable, trastorno lumbar, hernia



13-001-33-33-010-2020-00051-01

discal escoliosis y trastornos de los discos intervertebrales. Por recomendación del médico tratante, le otorga 15 días de incapacidad, puesto que, dichas patologías le producen un intenso dolor al accionante.

- Oficio realizado por Seguros de Vida Alfa S.A., mediante el cual se informe al accionante sobre el resultado de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del tutelante, la cual quedó cuantificada en un 17.90%, con fecha de estructuración del 17 de mayo de 2019.
- Formulario de calificación de la pérdida de la capacidad y ocupacional diligenciado por Seguros Alfa Seguros de Vida Alfa S.A., en el que consta que el mismo se llevó a cabo el 26 de julio de 2019, que la pérdida de la capacidad laboral del tutelante es de un 17.90%, de origen común, con fecha de estructuración del 17 de mayo de 2019.
- Respuesta de la Nueva E.P.S., a las solicitudes presentadas por VEHICOSTA, como empleador del actor, en el cual se indica que el señor MILTON IGLESIA OYOLA, no aplica para el reconocimiento y pago de las incapacidades que enuncia, puesto que, dada su porcentaje de pérdida de capacidad laboral, el procedimiento que debe seguir es el de reintegro a su trabajo, trámite que debe realizar directamente con el empleador.
- Certificados de incapacidad expedidos por la Nueva E.P.S., a favor de Milton Iglesias Oyola, por motivos del intenso dolor lumbar que padece, producto de sus diversas patologías.
- Guías de envío del pago de las incapacidades realizado por Porvenir S.A, a favor del accionante.
- Constancias del cumplimiento del fallo de primera instancia, allegado por la Nueva E.P.S.
- Certificado de pago realizado por la NUEVA EPS, a través de Bancolombia, de las prestaciones económicas adeudadas al Milton Iglesias Oyola y ordenadas en la sentencia de primera instancia.
- Notificación al solicitante del pago por ventanillas de sus prestaciones económicas.



7.3. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

Observa esta Sala de Decisión, que la parte accionante solicita que se protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y a la salud y seguridad social, por considerarlos vulnerados por la Nueva E.P.S., al negarle el pago de las incapacidades desde el 21 de marzo de 2019 hasta el 27 de diciembre de 2019.

El A Quo al proferir el fallo de primera instancia, accedió al amparo solicitado por el tutelante; por lo que la Nueva E.P.S., interpuso recurso de apelación solicitando la revocatoria de la decisión. En el mismo, ratificó los argumentos de defensa de primera instancia, además expuso, que no procede la aplicación de la Ley 1753 de 2015, como quiera que la misma debe ser previamente reglamentada.

Una vez analizados los reparos de la entidad tutelada, esta Sala encuentra pertinente estudiar si en el asunto que nos ocupa procede la tutela como medio de protección idóneo, así como también, determinar si al señor Milton Iglesias Oyola, le corresponde percibir las prestaciones económicas producto de las incapacidades prescritas; y, a cargo de qué entidad estarían éstas.

Tal como se expuso en el marco normativo de esta providencia, si bien, la Corte Constitucional ha dicho que en este tipo de asuntos el tutelante cuenta con medios de protección ante la Superintendencia de Salud y la jurisdicción laboral, estos carecen de idoneidad cuando el actor no tiene fuentes de ingreso anexo, lo cual convierte a la tutela en el mecanismo de salvaguarda preferente y primario, siempre que, en el transcurso del plenario, se compruebe que éste detenta su sustento a través del pago de las incapacidades.

El señor Milton Iglesias Oyola, en su escrito de tutela, refiere que no cuenta con los recursos suficientes para atender tanto sus necesidades económicas, como las de su familia, razón por la cual entabla la presente acción constitucional, en procura de salvaguardar sus derechos fundamentales. De acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional, se presume que el trabajador cuenta únicamente con estas prestaciones económicas, para asegurar su subsistencia congrua, así como también, para garantizar su mínimo vital y el de su núcleo familiar.

Con base a lo anterior, observa esta Corporación que la acción constitucional sí es procedente en éste asunto, para proteger los derechos e intereses constitucionales del tutelante, tomando en consideración, que de no otorgársele

13-001-33-33-010-2020-00051-01

el pago de las incapacidades que pretende, se le ocasionaría un perjuicio irremediable, que dadas las condiciones en las cuales se encuentra, no está en la posibilidad de soportar; aún más, si se tiene en cuenta que a la fecha de presentación de la tutela se le han seguido generando incapacidades que no han sido pagadas por las entidades encargadas de ello; lo que demuestra que la vulneración continua produciéndose.³

En virtud de lo anterior, como quiera que el pago de las incapacidades corresponde a su única fuente de ingresos (hecho que no ha sido controvertido por ninguna de las partes), obligársele a acudir a la justicia ordinaria (ante los jueces laborales o ante la Superintendencia de Salud), no resultaría eficaz, ni idóneo para evitar la vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y a la salud y seguridad social.

En estas instancias, encuentra esta célula judicial, fundados los argumentos esbozados por el tutelante, para determinar la procedencia de la acción constitucional.

Superado lo anterior, la Sala entrará a determinar a qué entidad le corresponde el pago de las incapacidades generadas a favor del actor.

De acuerdo con el certificado de incapacidades emitido por la Nueva EPS, el señor Milton Iglesias Oyola se encuentra incapacitado desde el 28 de agosto de 2017, con el Diagnostico M511 y M519. Que los 180 días de incapacidad los cumplió el **22 de marzo de 2018**; y que alcanzó los 540 días de incapacidad el **25 de marzo de 2019**. De igual forma, se tiene por demostrado que el 26 de julio de 2019 se le realizó la calificación de su pérdida de la capacidad y ocupacional, por Seguros Alfa Seguros de Vida Alfa S.A., el cual dio como resultado que el tutelante contaba con una PCL del 17.90%, de origen común, con fecha de estructuración del 17 de mayo de 2019.

Por otra parte, el accionante aportó, con el escrito de tutela, las constancias de incapacidad prescritos por la Nueva E.P.S, de los cuales se avizora que los mismos se generaron con posterioridad a los primeros 540 días de incapacidad por motivos de enfermedad de origen común (ver incapacidad No. 5101455 y demás⁴). Dichas incapacidades van desde el **21 de marzo de 2019, hasta el 27**

³ Ver sentencia T-161 de 2019.

⁴ En ella se expone que hasta la fecha 20 de abril de 2019, corrían en total 656 días de incapacidad.

13-001-33-33-010-2020-00051-01

de diciembre de ese mismo año, las cuales, según el actor, no le han sido pagadas.

Del certificado de incapacidades emitido por la EPS se advierte que se han generado nuevas incapacidades desde el 12 de febrero de 2020 al 6 de marzo de 2020.

Ahora bien, se encuentra plenamente demostrado, con los extractos de los pagos realizados por ventanilla anexados por Porvenir S.A, que dicha entidad cumplió con su obligación correspondiente a los días 181 hasta el 540 en el pago de las incapacidades. En ese sentido, como quiera que las incapacidades que se le deben al señor Milton Iglesias Oyola, son las otorgadas con posterioridad a los 540 días, de conformidad con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018, le corresponde a la Nueva E.P.S, el pago de las mismas, así como de aquellas que se causaren con posterioridad, hasta en tanto no desaparezcan las patologías que imposibilitan al actor retomar su puesto de trabajo.

En vista de lo anterior, la Sala CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia, por medio de la cual se ordenó a la Nueva E.P.S, realizar el pago de las incapacidades adeudadas al accionante, como quiera que las mismas superan los 540 días, y se produjeron en razón al padecimiento de una enfermedad de origen común; lo anterior, en atención a que en la actualidad se le está generando una vulneración a sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y seguridad social y a la vida digna.

Debe destacarse en esta instancia, que la Nueva EPS, ha hecho constar en el expediente, el giro de los valores para el pago de las incapacidades ordenadas en la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 02 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinte (2020), dentro de la presente acción de tutela, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

CUARTO: Por Secretaría del Tribunal, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 028 de la fecha.



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS
Magistrado