

JUZGADO VEINTIDOS (22) LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Medellín, Veintiuno (21) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Sentencia	Tutela Nro. 056
Accionante	Teresa de Jesús Orozco Zuluaga C.C. Nro. 43.510.339
Accionados	➤ Nueva EPS ➤ Porvenir S.A. ➤ Cruz Blanca EPS en liquidación
Rad. Nro.	05001 31 05 022 2021 00135 00
Instancia	Primera
Sentencia	Unificada Nro. 084
Derechos Invocados	Mínimo Vital, Dignidad Humana, Seguridad Social.
Decisión	CONCEDE AMPARO CONSTITUCIONAL

En la oportunidad señalada en el artículo 86 de la Constitución Política, se resuelve la Acción de Tutela promovida por **Teresa de Jesús Orozco Zuluaga**, identificada con la C.C. Nro. 43.510.339, en contra de la **Nueva EPS, Porvenir S.A. y Cruz Blanca EPS en liquidación**, representadas, en su orden, por Fernando Adolfo Echavarría Díez, Juan Miguel Largacha Martínez y Felipe Negret Mosquera como agente liquidador, o por quienes hagan sus veces.

1. ANTECEDENTES

Teresa de Jesús Orozco Zuluaga pretende que mediante el presente trámite de amparo constitucional se le protejan sus derechos fundamentales al Mínimo Vital, la Dignidad Humana y la Seguridad Social. Y que, como consecuencia, se ordene:

A la **Nueva Entidad Promotora de Salud – Nueva EPS** a que proceda con el pago de las incapacidades médicas que superan los 540 días y que han sido emitidas hasta el 17 de marzo de 2021.

Como fundamento de sus pretensiones adujo que es una paciente que cotiza como afiliada a la EPS accionada, siendo tratada en la actualidad ahí por artrosis no especificada, dolor en articulación, gonartrosis no especificada con códigos de diagnósticos M199, M255 y M179 respectivamente, por ende ha asistido a citas de control, además expuso que los médicos tratantes le han otorgado incapacidades por dichas patologías, superando los 540 días de incapacidad discontinuos, aduciendo también que al día 120 de incapacidad temporal le expedido un concepto de rehabilitación favorable, sin embargo, su empleador le comentó que la EPS accionada se niega a pagar sus incapacidades arguyendo que fue calificada con pérdida de capacidad laboral a pesar de haber sido inferior al 50%, adicionando que por su condición le siguen emitiendo incapacidades junto a nuevas patologías, estando pendientes por reconocer las superiores a 540 días, manifestando que la última data del 3 al 17 de marzo de 2021.

Finalmente, afirmó que la EPS accionada desconocía lo dispuesto en el artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018.



2. TRÁMITE PROCESAL

Por cumplir con los requisitos del artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, se admitió y se ordenó darle trámite preferencial a la presente acción de amparo constitucional, poniendo en conocimiento de las entidades accionadas dicho proveído; y solicitándoles un pronunciamiento sobre los hechos de la tutela en el término de dos días hábiles.

Posteriormente se vinculó por pasiva a la AFP Porvenir S.A. y se requirió a la EPS Cruz Blanca por ser la anterior a la que se encontraba la afiliada para que diera respuesta a un oficio que se libró por la Secretaría del Despacho.

En consecuencia, Cruz Blanca EPS en liquidación, dando respuesta al oficio, señaló impropriamente que había sido vinculada al trámite de tutela por pasiva, solicitando lo propio de una respuesta a una tutela, esto es, la desvinculación dentro del trámite y ejerciendo defensa, sin embargo, respecto al oficio recibido, señaló que

Frente a la solicitud relacionada con “...informe el período durante el cual la tutelante estuvo afiliada a esa entidad promotora de salud...”, me permito señalar que una vez el área encargada revisó los aplicativos entregados por CRUZ BLANCA EPS EN OPERACIÓN a la Liquidación se advirtió que la señora TERESA DE JESUS OROZCO ZULUAGA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 43.510.339, estuvo afiliada a la EPS CRUZ BLANCA, en el período comprendido entre el **01 de marzo 2005 al 31 de octubre de 2019**, fecha en la cual y en virtud de la Resolución 008939 del 07 de octubre del 2019, fue trasladada a la NUEVA EPS.

Respecto al requerimiento relacionado con “...allegue certificado de incapacidades concedidas a la mencionada durante el tiempo que estuvo afiliada a esa entidad promotora de salud, el cual debe discriminar, una a una, número de incapacidad, con fecha inicial y final; diagnóstico; días otorgados y autorizados por incapacidad; y tipo, número de identificación y nombre del aportante...”, se adjunta con el presente escrito, el certificado de incapacidades causadas en el aseguramiento en salud de la señora TERESA DE JESUS OROZCO ZULUAGA a la EPS CRUZ BLANCA, contentivo de los parámetros fijados por su Despacho.

Sin perjuicio de la impropiedad aducida, al haberse cumplido el debido proceso, específicamente, el derecho de defensa de Cruz Blanca EPS en Liquidación por presentar la misma un escrito contentivo de respuesta a tutela, se le vinculará en el trámite por pasiva como bien lo entendió la misma, cumpliéndose así con el garantismo procesal al ser imprescindible su comparecencia para resolver de fondo y con pertinencia, se le tendrá como sujeto procesal por pasiva dentro de ésta acción constitucional.

3. RESPUESTAS A LA TUTELA

Notificada en debida forma y vencido el término legal, la EPS accionada respondió a través de mandatario judicial, indicando que **Teresa de Jesús Orozco Zuluaga**



al venir de cesión o traslado de la EPS CRUZ BLANCA, iniciando en NUEVA EPS a partir del 1° de noviembre 2019, es necesario que radique certificado de incapacidades de esa EPS anterior para conocer el acumulado de días de prórroga y definir si se trata de incapacidades superiores al día 180 al 540 y aplicar el porcentaje respectivo para liquidar, manifestando que la tutelante presentó 318 días de incapacidad continua transcrita al 15 de octubre de 2020 con interrupción entre el 16 de octubre de 2020 al 3 de enero de 2021, además adujo que

Una vez la EPS remite el concepto de rehabilitación a la Administradora de Fondo de Pensiones, antes del día 150 de incapacidad, la AFP debe iniciar el pago de la incapacidad a partir del día 181 y hasta por 360 días calendario adicionales, y antes finalizar este último periodo, calificara la pérdida de capacidad laboral. La responsabilidad de la AFP en cuanto al reconocimiento económico, es con independencia de si el concepto de rehabilitación emitido por la EPS, es favorable o desfavorable dentro de los términos señalados en la norma antes citada, razón por la cual, si la AFP no lo expidió oportunamente, se encontraría incurso en la violación de las normas legales y de los derechos fundamentales del afiliado

Lo anterior para solicitar que se le desvinculara del trámite de tutela, se le ordenara a la AFP a asumir las incapacidades y le otorgara pensión de invalidez a la actora y se vinculara a la ADRES.

El mandatario judicial que representa los intereses de la **Nueva Entidad Promotora de Salud – Nueva EPS** afirmó que **Teresa de Jesús Orozco Zuluaga** presenta 604 días de incapacidad continúa, habiendo completado los 540 días el 13 de Febrero de 2020. Que la **Nueva EPS** emitió Concepto de Rehabilitación Favorable del Afiliado el 10 de Enero de 2019, notificado a **Porvenir S.A.** el 17 de Enero de 2019, en cumplimiento a lo previsto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012. Que conforme a esta disposición, una vez la Entidad Promotora de Salud remite el concepto de rehabilitación a la Administradora de Fondo de Pensiones, antes del día 150 de incapacidad, la Administradora del Fondo de Pensiones debe iniciar el pago de la incapacidad a partir del día 181 y hasta por 360 días calendario adicionales; y antes de finalizar este último período, debe calificar la pérdida de capacidad laboral del afiliado. Que no es posible que la **Nueva EPS** realice el reconocimiento económico de las incapacidades deprecadas, teniendo en cuenta que es el fondo de pensiones quien debe asumir el valor de las prestaciones económicas hasta tanto emita la calificación de pérdida de capacidad laboral. Y que la responsabilidad de la Administradora de Fondo de Pensiones en cuanto al reconocimiento económico por incapacidades es independiente de si el concepto de rehabilitación emitido por la Entidad Promotora de Salud es favorable o desfavorable.

Además, allegó Comunicación GMNRO-53-045 del 16 de marzo de 2021 dirigida por la **Nueva EPS** a **Porvenir S.A.** – Asunto: Comunicación y Remisión Concepto de Rehabilitación DESFAVORABLE, recibido por dicha AFP al día siguiente.



De otro lado, en su libelo de controversia, quien dijo ser la Directora de Acciones Constitucionales de **Porvenir S.A.** afirmó que las incapacidades de la accionante han sido continuas, no ha tenido una interrupción igual o superior a 30 días, tal como ella misma lo corrobora en su escrito de tutela y que los períodos de incapacidad deprecados en el libelo tutelante, corresponde asumirlos a la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentra afiliada la afectada, solicitando la desvinculación de dicha AFP del trámite de tutela.

Posteriormente, esa AFP allegó otra respuesta a la acción impetrada, reiterando los mismos argumentos.

Finalmente, Cruz Blanca EPS en liquidación, expuso en su escrito de contradicción que

...La Superintendencia Nacional de Salud, emitió diferentes actos administrativos, encaminados a ejercer control y vigilancia sobre CRUZ BLANCA EPS y ante la imposibilidad de continuar prestando el servicio de salud, mediante Resolución No. 008939 del 07 de octubre del 2019, se ordenó la intervención forzosa administrativa para liquidar la sociedad CRUZ BLANCA E.P.S y se designó un liquidador para desarrollar todas las actividades relacionadas con la liquidación de CRUZ BLANCA E.P.S, en atención a las funciones inherentes al cargo, normas y procedimientos que rigen esta clase de procesos, el sistema general de seguridad en salud, y el estatuto orgánico del sistema financiero, entre otras.

...Que el literal h) del numeral primero del artículo tercero de la Resolución No. 008939 del 07 de octubre del 2019, denominado “Medidas preventivas obligatorias”, establece que los derechos causados hasta la fecha de la intervención serán reconocidos y pagados de conformidad con las reglas que rigen el proceso de liquidación forzosa administrativa.

...De conformidad a lo establecido en el literal b) del numeral 2 del artículo tercero de la Resolución No. 008939 del 07 de octubre del 2019, denominado “Medidas preventivas obligatorias”, los pagos de las obligaciones causadas hasta el momento de la toma de posesión quedaron suspendidos.

Además señaló que

existe una falta de competencia por parte de esta Entidad en Liquidación de cancelar o pronunciarse de fondo, respecto a las incapacidades causadas a la señora **TERESA DE JESUS OROZCO ZULUAGA**, causadas con posterioridad al **01 de noviembre de 2019, fecha desde la cual fue trasladada a la NUEVA EPS**, en virtud del proceso liquidatorio de CRUZ BLANCA EPS.

Y que no tenía legitimación en la causa por pasiva, que la actora no cumplía con el requisito de inmediatez por cuanto había transcurrido más de un año de la última incapacidad causada en esa entidad, por lo que no estimaban que fuera un término razonable, así como adujo que existen otros mecanismos de defensa e improcedencia de la acción de tutela para lo deprecado, inexistencia de un perjuicio irremediable, exponiendo que todos los acreedores de esa entidad son sujetos de las medidas que rigen el proceso liquidatorio, por lo que la tutelante goza solo de un tratamiento equivalente al de los otros acreedores sin que la misma haya hecho la reclamación respectiva de las incapacidades generadas en



dicha EPS desde el 24 de agosto de 2018 al 31 de octubre de 2019, comunicándole vía *e-mail* a la actora de esa posibilidad que tenía, solicitando finalmente se denegara la acción y se declarara su improcedencia, allegando un histórico de incapacidades causadas allí.

4. **CONSIDERACIONES**

4.1. **Competencia**

Es competente este Despacho para conocer la presente acción constitucional, conforme lo consagra los artículos 86 de la Constitución Política y 1° del Decreto 2591 de 1991. Esta acción de tutela es un mecanismo para la protección inmediata de los Derechos Fundamentales Constitucionales cuando quiera que estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública, o de un particular en los casos contemplados por la ley; dicho mecanismo opera siempre y cuando el ciudadano afectado no disponga de otros medios para la protección de los derechos conculcados o, existiendo esos medios, la acción se utilice como instrumento transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

4.2. **Asunto a Resolver**

Teresa de Jesús Orozco Zuluaga promovió Acción de Tutela en contra de la **Nueva EPS**, en el cual se vinculó por pasiva a **Porvenir S.A.** y a **Cruz Blanca EPS en liquidación**, por considerar que la actitud omisiva de éstas le vulnera sus derechos fundamentales al Mínimo Vital, la Dignidad Humana y la Seguridad Social.

En consecuencia, **Teresa de Jesús Orozco Zuluaga** pide que se ordene:

A la **Nueva Entidad Promotora de Salud – Nueva EPS** a que proceda con el pago de las incapacidades médicas que superan los 540 días y que han sido emitidas hasta el 17 de marzo de 2021.

4.3. **Acción de Tutela presentada**

4.3.1. **Principio de Subsidiariedad como Requisito de Procedibilidad de la Acción de Tutela**

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que en virtud del principio de subsidiariedad de la acción de tutela, los conflictos jurídicos relacionados con derechos fundamentales deben ser resueltos, en principio, por las vías jurisdiccionales y/o administrativas; y solo resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional, ante la ausencia de las vías ordinarias o cuando éstas no resultan idóneas para evitar un perjuicio irremediable¹. Y cuando existen los medios judiciales de protección ordinarios, la acción de tutela resulta procedente

¹ Sentencia de Unificación 458 de 2010.



si: **i)** los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son lo suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados; **ii)** se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues de lo contrario, se estaría frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a los derechos fundamentales; y, **iii)** el titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados es sujeto de especial protección constitucional. (Corte Constitucional, Sentencia de Tutela 367 de 2015)

Para la Corte Constitucional el perjuicio debe ser **inminente**, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; que las medidas que se requieran para conjurar el perjuicio irremediable han de ser **urgentes**; que el perjuicio sea **grave**, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; y que la urgencia y la gravedad determinen que la acción de tutela sea **impostergable**, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad².

Adicionalmente, pese a la informalidad del amparo constitucional, quien pone en movimiento la acción de tutela está en la obligación de exteriorizar y sustentar los factores a partir de los cuales pretende derivar el perjuicio irremediable, pues la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia del amparo constitucional³.

Conforme a lo dispuesto en la Carta Política, en las normas que regulan la materia y en la jurisprudencia constitucional, en virtud del principio de subsidiariedad, este mecanismo excepcional se torna improcedente para solucionar conflictos que por su competencia les corresponden a otras autoridades. La acción de tutela no está diseñada para declarar derechos litigiosos, o para controvertir disposiciones normativas aplicables a un caso concreto.

4.3.2. Procedencia de la Acción de Tutela para reclamar el Pago de Incapacidades Laborales

El asunto ha sido ampliamente analizado por la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia de Tutela 333 de 2013, reiterada en la Sentencia de Tutela 419 de 2015, en las que se ha precisado que la posibilidad de discutir estos asuntos en sede constitucional ha sido admitida en situaciones excepcionales, en las que exigir al accionante el trámite de los medios ordinarios de defensa puede resultar excesivo, bien sea porque se trata de un sujeto de especial protección constitucional; ora porque, por distintas razones, tal procedimiento lo expone a un perjuicio irremediable; por lo que la necesidad de asegurar la materialización efectiva de las garantías fundamentales de quienes se ven enfrentados a situaciones que los hacen especialmente vulnerables y la imposibilidad de lograr ese objetivo en las instancias judiciales ordinarias es lo que hace procedente la acción de tutela.

² Sentencias de Tutela 225 de 1993 y 367 de 2015, entre otras.

³ Sentencia de Unificación 995 de 1999; y de Tutela 1155 de 2000, 290 de 2005 y 367 de 2015, entre otras.



La Corte Constitucional ha insistido ampliamente en que el examen de subsidiariedad de la acción constitucional debe establecerse a partir de un análisis exhaustivo del panorama fáctico que sustenta la pretensión de amparo; frente al caso específico de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas, y en ocasiones además las de su grupo familiar.

La Alta Corporación Constitucional se pronunció al respecto en la Sentencia de Tutela 333 de 2013, al disponer que:

“(…) Cuando eso ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, puede conducir a que se trasgredan derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario. En ese contexto, es viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente.

“3.5. Así, en lugar de descartar la viabilidad de las tutelas instauradas para obtener el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad laboral, la disponibilidad de instrumentos alternativos de defensa exige que el juez de tutela indague en las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, para verificar si la mora en el pago de las incapacidades compromete sus derechos fundamentales o los de las personas a su cargo; si la ausencia de dichos emolumentos los exponen a un perjuicio irremediable o si, en todo caso, su situación de vulnerabilidad descarta la idoneidad y eficacia de los medios judiciales contemplados para el efecto.

“En cualquiera de esas hipótesis, la acción de tutela procederá, para remover los obstáculos que enfrentan quienes soportan circunstancias de debilidad manifiesta, reivindicar su derecho a la igualdad real y efectiva frente a quienes no padecen esas contingencias y materializar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad intrínsecos a la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, dentro del cual se inscribe el derecho a recibir oportunamente el pago de las incapacidades laborales...”.

4.3.3. Las Incapacidades Laborales por Enfermedad Común que superan los 180 días. Responsabilidad de los Empleadores, la EPS y las Administradoras de Fondo de Pensiones en su reconocimiento y pago.

El artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo establece que en “...caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante...”.

A su vez, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, dispuso que el régimen contributivo asumiría el reconocimiento de “...las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes...”; y autorizó a las Entidades Promotoras de Salud para subcontratar el cubrimiento de esos riesgos con compañías aseguradoras.



Adicionalmente, el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, consagró respecto a la responsabilidad en el pago de las incapacidades causadas después del día 180, lo siguiente:

“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

“Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto...”.

Es claro entonces que las Administradoras de Fondos de Pensiones no están obligadas a pagar las incapacidades subsiguientes a los primeros 180 días, cuando las Entidades Promotoras de Salud no expidan el concepto favorable de rehabilitación en los términos dispuestos en la norma en cita; y éstas serán responsables del pago de la incapacidad en esos casos, después de los 180 días, y hasta que emitan el respectivo concepto, lo que implica un mayor compromiso de los empleadores y las Entidades Promotoras de Salud en la tarea de garantizar que el trabajador acceda oportunamente a esas prestaciones económicas.

Igualmente, la Corte Constitucional en Sentencia de Tutela 333 de 2013, estableció las pautas normativas vigentes en materia de pago de incapacidades, así:

“ - El pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días corre por cuenta del empleador (Decreto 1049 de 1999, artículo 40, parágrafo 1°).

“- Las incapacidades por enfermedad general que se causen desde entonces y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Ley 100 de 1993, artículo 206). En todos los casos, corresponde al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 121).

“ - La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación. El mencionado concepto deberá ser enviado a la AFP antes del día 150 de incapacidad (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 142).

“ - Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Decreto 2463 de 2001, artículo 23).



“ - Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.

“ - Si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad...”.

En forma adicional, ante el vacío normativo referente a las incapacidades generadas a partir del día 540, en aplicación a la Ley 1753 de 2015, en particular a su artículo 67, se impuso a cargo de la Entidad Promotora de Salud el pago de las mismas, y existen múltiples providencias de la Corte Constitucional que desarrollan este tema, y enfatizan tal situación, para un mejor proveer, se trae a colación apartes de sentencia T-144 del 28 de marzo de 2016:

“(…) Ahora bien, retomando lo referente al déficit de protección legal para asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días que no tienen derecho a una pensión de invalidez, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015 –Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, reguló lo referido al pago de las incapacidades superiores a los 540 días y estableció, en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de regular el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, dando soluciones a los dos puntos de vista analizados en los fundamentos 31 y 32 de esta sentencia.

“En efecto, el artículo 67 de la referida Ley 1753 de 2015, indicó:

“ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. La Entidad administrará los siguientes recursos:

“(…)”

“Estos recursos se destinarán a:

“a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.”

“Teniendo presente esta nueva normativa, es claro que en todos los casos futuros; esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la Ley –9 de junio de 2015⁴–, el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberán acatar lo normado. Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015...” (Subrayas fuera de texto)

⁴ L. 1753/2015. ARTÍCULO 267. VIGENCIAS Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

La ley fue publicada en el Diario Oficial No. 49.538 de 9 de junio de 2015.



En la providencia atrás referida, el máximo órgano de cierre constitucional estableció tres reglas para la aplicación del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, determinando al respecto: “(...) (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...”.

Y sobre el mismo tema, en Sentencia de Tutela 200 de 2017, la Corte explicó que las autoridades no podían sustraerse de su obligación de pagar las incapacidades médicas cuando superan los 540 días, alegando para ello, la falta de legislación que regulara la materia, pues con la expedición de la Ley 1753 había superado tal vacío normativo, y de protección, señalando de forma expresa que “... las incapacidades que superen los 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, deben ser asumidas por las entidades promotoras de salud en donde se encuentren afiliados los reclamantes...”.

Con ánimo ilustrativo y para un mayor entendimiento, el Magistrado Ponente de la Sentencia de Tutela 200 de 2017, extrajo la siguiente relación para el pago de incapacidades por enfermedades de origen común:

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

Aunado a lo anterior, el artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018 dispone

Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:

- 1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.*
- 2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.*
- 3. 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 quinientos cuarenta y uno (541). (subrayado enfático y fuera del texto original)

Además, recientemente la Corte Constitucional en sentencia T-268/20 en un caso fáctico de contornos similares como regla en la *ratio decidendi* allí, explicó que

*la jurisprudencia constitucional ha señalado: “Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009 que **las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones** hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%”.*

45. En el mismo sentido, también se ha sostenido que “el trabajador que es calificado y supera el 50% de pérdida de capacidad laboral, ante la disminución física que padece, las entidades del Sistema les corresponde actuar con solidaridad y diligentemente reconocer y pagar una suma de dinero con la cual pueda satisfacer sus necesidades básicas; razón por la cual mientras se decide definitivamente sobre el reconocimiento y el pago de la pensión de invalidez, el Fondo de Pensiones deberá costear las incapacidades laborales”

Siendo también necesario para el cómputo pertinente de días de incapacidades inicial y prórrogas tener en cuenta las interrupciones que se hayan o no presentado, pues realmente, al haber interrupciones de más de 30 días conllevan a tener en cuenta otras incapacidades médicas prorrogadas a partir de ese interregno, rompiéndose el nexo del que se pudiera predicar una prórroga de dichas incapacidades médicas, como se desprende del siguiente basamento jurídico

DECRETO 770 DE 1975

Artículo 9: En caso de enfermedad común el Instituto otorgará al asegurado directo las siguientes prestaciones y servicios: c) cuando la enfermedad produzca incapacidad para el trabajo, el asegurado tendrá derecho a un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de su salario de base, subsidio que, lo mismo que las prestaciones señaladas en el ordinal a), se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días.

RESOLUCIÓN 2266 DE 1998 expedida por Minsalud

En materia de incapacidades, dentro de las normas que componen el Sistema General de Seguridad Social en Salud, no existe ninguna norma que la regule manera integral, por lo cual cada EPS genera sus políticas internas sobre la materia. De acuerdo a lo anterior, por analogía se aplica las regulaciones del ya liquidado Instituto de Seguros Sociales a través de la Resolución 2266 de 1998, que reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento y trámite de incapacidades y licencias en dicho Instituto. Oficina jurídica nacional concepto No. 2 DE 2010 Memorando 014. Ministerio de la Protección Social Concepto 105492 21 de abril de 2008

(...)

Artículo 13. De la prórroga de la incapacidad. Se entiende por prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a treinta días (30) días calendario.”



En el mismo sentido se pronunció el Ministerio de Salud mediante Concepto 201511600088971 de enero 26 de 2015.

4.3.4. Derecho al Mínimo Vital

Como quiera que el accionante alude la vulneración a su mínimo vital, se tiene que la Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que el mismo es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, pues “...constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional...”⁵.

De acuerdo a lo anotado, también se ha señalado que el concepto de mínimo vital no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que, por el contrario, es cualitativo, ya que su contenido depende de las condiciones particulares de cada persona. Así, este derecho no es necesariamente equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente y depende del entorno personal y familiar de cada quien. De esta forma, cada persona tiene un mínimo vital diferente que depende en últimas del estatus socioeconómico que ha alcanzado a lo largo de su vida. A este respecto, en la Sentencia de Unificación 995 de 1999, la Corte Constitucional indicó que la “...valoración del mínimo vital del pensionado no es una calificación objetiva, sino que depende de las situaciones concretas del accionante. Por consiguiente, el concepto de mínimo vital no se identifica con el monto de las sumas adeudadas o a “una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo” (...).”.

Ahora bien, aunque existen diferencias cualitativas en torno al mínimo vital, esto no significa que cualquier variación en los ingresos que una persona recibe acarrea una vulneración de este derecho. En efecto, existen cargas soportables, que son mayores cuando una persona tiene mejores ingresos que otras. En este sentido ha mencionado en varias ocasiones la Alta Corporación que, por estar ligado el mínimo vital a la dignidad humana, y por estar ésta última ligada a su vez a la posibilidad de satisfacer necesidades básicas, entre mayor posibilidad financiera exista para la asunción de estas últimas, menor posibilidad de que se declare la vulneración del mínimo vital en sede de tutela. Se requeriría para que ello ocurriera de una prueba suficiente, rigurosa y contundente, que mostrara que, a pesar de existir una suma financiera razonable para asumir las necesidades básicas, las mismas no pueden ser satisfechas por las excepcionales circunstancias del caso concreto.

4.3.5. Del Caso Concreto

En el sub júdice, encuentra esta dependencia judicial acreditada la procedibilidad formal de la Acción de Tutela para reclamar el pago de Incapacidades Laborales,

⁵ Sentencia SU-995 de 1999.



pues según se indicó en precedencia, **Teresa de Jesús Orozco Zuluaga** es destinataria de la protección constitucional reforzada que el Estado debe procurar a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, acreditada con la relación de incapacidades acreditadas en el plenario, que dan cuenta que la tutelante padece serias afecciones de salud; el hecho de que esta se hubiera visto privado de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades básicas, debido a su imposibilidad física de desempeñar su oficio y a no poseer ingresos adicionales para su subsistencia, afirmación esta última que se presume como cierta en razón a que las entidades accionadas no realizaron ningún esfuerzo que desvirtuara la misma, además de vulnerar el contenido prestacional del derecho fundamental a la seguridad social, amenaza otras garantías mínimas de la trabajadora como su dignidad humana, su salud y su mínimo vital.

Al libelo de tutela también se aportaron los Certificados de Incapacidad de la EPS Cruz Blanca en la cual estuvo cotizando la actora hasta el 1° de noviembre de 2019 y certificación de la Nueva EPS con fecha de emisión del 8 de febrero de 2020, los cuales dan cuenta que Cruz Blanca EPS hoy en liquidación incapacitó a la tutelante por enfermedad general (código de diagnóstico M171) entre el 24 de agosto de 2018 al 1° de noviembre de 2019, a pesar de indicar que era hasta el 31 de octubre de 2019 como esa misma entidad reconoció en la contestación a la tutela y que la **Nueva EPS** incapacitó a **Teresa de Jesús Orozco Zuluaga** por Enfermedad General (con códigos de diagnósticos M171, M179, M255 y M199) entre el 2 de noviembre de 2019 y el 31 de enero de 2021 acreditándose además en el libelo tutelante a pesar de no estar transcritas, las incapacidades médicas allí causadas desde el 1° de febrero al 2 de marzo y del 3 de marzo al 17 de marzo de la presente anualidad.

Ahora bien, de acuerdo con la normatividad referida anteriormente y efectuando el cálculo pertinente determinando la autonomía de cada incapacidad médica, halla esta judicatura que de acuerdo con lo solicitado en el libelo petitorio, realmente se avizora que se causaron las siguientes incapacidades autónomas: a) del 13 de agosto al 9 de noviembre de 2013, b) del 4 de abril de 2014 al 9 de diciembre de 2014, c) del 17 de marzo de 2015 al 26 de marzo de 2015, d) 1° de junio de 2015 al 3 de junio de 2015, e) del 9 de diciembre de 2015 al 11 de diciembre de 2015, f) del 7 al 10 de mayo de 2016, g) del 13 de agosto al 28 de septiembre de 2016, h) del 4 al 20 de noviembre de 2016, i) del 18 de febrero de 2017 al 1° de noviembre de 2019, en Cruz Blanca EPS hoy en liquidación, interpretando del certificado allegado por dicha entidad que desde esa incapacidad autónoma del 18 de febrero de 2017 al 1° de noviembre de 2019 se acumulaban ininterrumpidamente 974 días de incapacidades médicas, reconociendo lo debido desde el 24 de agosto de 2018 al 1° de noviembre de 2019 de ese interregno (429 días), incapacidades médicas que continuarían por la entidad que asumió la seguridad social en salud de la actora.

En consecuencia, por lo que atañe a las causadas cuando asumió la Nueva EPS se identifican las siguientes: a) del 2 de noviembre de 2019 al 15 de octubre de



2020 (que sumaban estos 345 días a los 974 referidos anteriormente, para un total de **1.319 días** continuos de incapacidad) y b) del 4 de enero de 2021 al 17 de marzo de 2021 (**74 días**).

En síntesis, a pesar de que la redacción del acápite petitorio del libelo gestor de tutela es abstracto y genérico al pretender las incapacidades médicas sin haber tenido en cuenta la autonomía descrita de las mismas, se tiene certeza sobre la falta de pago por no haber sido acreditados en el libelo de tutela el mismo sobre ellas, de las causadas desde el 24 de agosto de 2018 al 1° de noviembre de 2019 explícitamente reconocidas en la respuesta que brindó la plurimencionada EPS (a pesar de mencionar como fecha final el 31 de octubre de 2019), por lo que es inexorable reconocer 2 momentos, así:

- I. Al venir prorrogados los días de incapacidades médicas desde el 18 de febrero de 2017 al 15 de octubre de 2020, se deben tener en cuenta 1319 días continuos, de los cuales corresponderá a Cruz Blanca EPS en liquidación *sin aún no lo ha hecho*, el pago desde el tercer día inclusive al día 180, por lo que si, en gracia de discusión, se debían otros con antelación al 18 de febrero de 2017, la actora deberá acudir a otro escenario o a la justicia ordinaria laboral a debatir ello al no haber especificado si se debían o no, ni en los hechos ni en el acápite petitorio y al haberse acreditado el pago de PORVENIR S.A. con su contestación, desde el día 181 de incapacidad médica al 360 (19 de agosto de 2017 al 13 de agosto de 2018), debiendo entonces pagar *si aún no lo ha hecho* **180 días** restantes para llegar a los 540, sobrevenidos desde el 14 de agosto de 2018 al 13 de febrero de 2019 y por cuanto para esa época no se había emitido concepto desfavorable de rehabilitación, el cual tan solo se dio el 17 de marzo de 2021, le corresponde también a Cruz Blanca EPS en liquidación *si aún no lo ha hecho* el pago desde el día 541 de incapacidad médica desde el 14 de febrero hasta el 1° de noviembre de 2019 cuando cesó su obligación con la actora, por lo que deberá pagar **258 días** de incapacidades médicas y siendo continuados por la EPS que asumió, esto es, la Nueva EPS la cual asumió lo pertinente desde el 2 de noviembre de 2019, deberá pagar *si aún no lo ha hecho* las incapacidades médicas del 2 de noviembre de 2019 al 15 de octubre de 2020 correspondientes a **344 días**.

Recapitulando, y para una mejor ilustración, se discrimina así:

Periodo	Entidad obligada	Deberá pagar <i>si aún no lo ha hecho</i>
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Porvenir S.A.	180 días de incapacidades médicas restantes (causadas desde el 14 de agosto de 2018 al 14 de febrero de 2019).
Día 541 en adelante	Cruz Blanca EPS en liquidación y Nueva EPS	Cruz Blanca EPS en liquidación: 258 días de incapacidades médicas (causadas desde el 14 de febrero hasta el 1° de noviembre de 2019). Nueva EPS: 344 días de incapacidades médicas (causadas desde el 2 de noviembre de 2019 al 15 de octubre de 2020).



- II. Cambiando el panorama en la otra incapacidad médica autónoma, al haberse emitido y notificado a la AFP respectiva, por parte de Nueva EPS el 17 de marzo de 2021 el concepto **desfavorable** de rehabilitación, siguiendo las reglas trazadas por la Corte Constitucional, deberán la Nueva EPS reconocer y pagar las incapacidades médicas desde el tercer día al 180 a partir del 7 de enero de 2021, hasta el 3 de julio de 2021 y Porvenir S.A. las incapacidades médicas posteriores al día 180 (posteriores al 3 de julio de 2021) y las que se generen con posterioridad al día 540, hasta el momento en que reciba la pensión de invalidez.

Conforme a lo expuesto, se concluye que las entidades accionadas vulneraron a **Teresa de Jesús Orozco Zuluaga** sus derechos fundamentales al Mínimo Vital, Dignidad Humana y Seguridad Social. Razón por la cual se concederá el amparo tutelar.

En consecuencia, se le ordenará a las entidades referidas, que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo hubieren hecho, **reconozcan y paguen a Teresa de Jesús Orozco Zuluaga** los días de incapacidad indicados.

Si la presente providencia no fuere impugnada dentro del término señalado en el art. 31 del Decreto 2591 citado, por la secretaría se enviarán las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Medellín**, administrando justicia en nombre de la **REPÚBLICA DE COLOMBIA** y por autoridad de la Constitución y la Ley,

FALLA

Primero: Se **TUTELAN** los derechos fundamentales al “Mínimo Vital”, a la “Dignidad Humana” y a la “Seguridad social” invocados por **Teresa de Jesús Orozco Zuluaga**, identificada con la C.C. Nro. 43.510.339, en contra de **Nueva EPS Porvenir S.A. y Cruz Blanca EPS en liquidación**, representadas, en su orden, por Fernando Adolfo Echavarría Díez, Juan Miguel Largacha Martínez y Felipe Negret Mosquera como agente liquidador, o por quienes hagan sus veces.

Segundo: Se **ORDENA** a las siguientes entidades que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo hubieren hecho, le **RECONOZCAN y PAGUEN a Teresa de Jesús Orozco Zuluaga** los días de incapacidad discriminados así:

Periodo	Entidad obligada	Deberá pagar si aún no lo ha hecho
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Porvenir S.A.	180 días de incapacidades médicas restantes (causadas desde el 14 de agosto de 2018)



		al 14 de febrero de 2019).
Día 541 en adelante	Cruz Blanca EPS en liquidación y Nueva EPS	Cruz Blanca EPS en liquidación: 258 días de incapacidades médicas (causadas desde el 14 de febrero hasta el 1° de noviembre de 2019). Nueva EPS: 344 días de incapacidades médicas (causadas desde el 2 de noviembre de 2019 al 15 de octubre de 2020).

De acuerdo con los razonamientos planteados.

Tercero: Se **ORDENA** a las siguientes entidades que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo hubieren hecho, le **RECONOZCAN** y **PAGUEN** a **Teresa de Jesús Orozco Zuluaga** los días de incapacidad discriminados así:

A la Nueva EPS: reconocer y pagar las incapacidades médicas desde el tercer día al 180 a partir del 7 de enero de 2021, hasta el 3 de julio de 2021.

A Porvenir S.A.: reconocer y pagar las incapacidades médicas posteriores al día 180 (posteriores al 3 de julio de 2021) y las que se generen con posterioridad al día 540, hasta el momento en que reciba la pensión de invalidez.

Cuarto: Si la presente sentencia no fuere impugnada en el término de tres (3) días hábiles, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Una vez regrese de esa Corporación procédase a su archivo definitivo.

Quinto: Notifíquese en legal forma a las partes la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ALEJANDRO RESTREPO OCHOA
Juez