



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

S A L A 1ª DE DECISION L A B O R A L

Hoy 31 de AGOSTO DEL 2023 siendo las **2:00pm**, la Sala Primera de Decisión Laboral, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 15 y 16 del Decreto Legislativo 806 del 04 de Julio del 2020, se constituye en **audiencia pública de juzgamiento No. 194**, integrada por el suscrito quien la preside *CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA en compañía de las magistradas Dra. YULI MABEL SANCHEZ GARCIA y el Dr. FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA*, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el (a) señor (a) **MILCIADES TORRES MARTINEZ** en contra de **AFP PROTECCIÓN S.A. y SALUD TOTAL EPS**. Bajo radicación 760013105-010-2017-00710-01, en donde se resuelve la APELACIÓN presentada por SALUD TOTAL en contra de la *sentencia No 168 del 25 de octubre del 2021*, proferida por el *Jugado 10° Laboral del Circuito de Cali*, mediante la cual se Condenó a SALUD TOTAL reconocer y pagar en favor del señor MILCIADES la suma de \$51.698.067 por concepto de los subsidios de incapacidad causados entre el 01 de octubre de 2015 y el 4 de mayo de 2021. Costas a SALUD TOTAL E.P.S. y Protección.

Razones del juzgado: i) al actor se le pagaron incapacidades hasta septiembre de 2015 por orden de una sentencia de tutela, y tiene concepto de rehabilitación desfavorable de marzo de 2017, y en octubre de 2017 la junta de calificación le dio una PCL superior al 50% con fecha estructuración de junio/2021, ii) conforme las pruebas el juzgado tiene que el demandante no se ha reubicado y las incapacidades expedidas por la Eps hasta el 04/mayo/2021, iii) acumula el actor al 01 de octubre de 2015 conforme las incapacidades, tiene un acumulado de 2.261 días de incapacidad, que son posteriores a los 540 días (pag. 2 al 07 pruebas aportadas por eps), sin que se discuta que pertenecen a ese periodo, iv) conforme la ley 1753/15 está a cargo el pago de las incapacidades de la eps porque la norma no hizo exclusión de si hay o no concepto desfavorable ni si tiene o no PCL superior al 50% y el decreto que reglamento la ley que fue en el año 2018.

Apelación Eps: a) si bien el juzgado hace un estudio juicio del material probatorio, llega a una conclusión no veraz porque si bien hay sendas jurisprudencias, lo preceptuado en la ley 100 asrt 121 dice que las incapacidades por enfermedad general hasta el día 180 están a cargo de las eps y los trabajadores deben hacer el trámite para su pago, b) las eps deben remitir al fondo antes de los 120 o 150 días el concepto de rehabilitación, y recibido, la Afp debe realizar el pago de las incapacidades y si bien la normatividad desde el día 141 deben ser de la eps, si se analiza la consideración del despacho, se trajo sentencias donde se emitieron concepto favorable, que no es el caso del actor que tiene concepto desfavorable, c) con las documentales se ve que la eps profirió las incapacidades y comunicó el 15 marzo/2017 las incapacidades superiores a 120 días y el concepto de no rehabilitación, y si se miran las jurisprudencias, se sabe que hay un vacío legal cuando existe un concepto desfavorable y el despacho no analiza la reciente jurisprudencia de la Corte constitucional que suple los pasos en esas incapacidades superiores a 141 días con concepto desfavorable y una PCL superior al 50%, T-268 del 28 julio de 2020 donde se considera que cuando hay concepto desfavorable las incapacidades deben ser asumidos por los fondos hasta que la persona se reincorpore o tenga una PCL superior al 50%, en esa sentencia trajo lo que dijo en la sentencia T-920/2009. la sentencia trae la T-401/2017 y T-004 de 2014 en la misma línea, d) por eso mientras se decide si hay pensión de invalidez el fondo debe costear las incapacidades, e) en esa sentencia la Corte decide que las incapacidades superiores a los 540 días que son a cargo de

las eps siempre y cuando se cumpla los presupuestos del art.1 del decreto 1333/2018 que es concepto favorable que se continúe con tratamiento médico, el que no se cumple en el proceso, donde se emitió concepto desfavorable, por eso es el fondo de pensiones quien debe pagar las incapacidades del demandante y no la Eps que notificó en debida forma el concepto y el actor cumple con una PCL superior al 50%.

La base fáctica y jurídica del distanciamiento ha sido plenamente discutida y conocida por las partes, así como la sentencia dictada por la A quo, por lo cual procede la Sala de decisión a dictar la siguiente providencia.

SENTENCIA No 151

La sentencia Apelada debe CONFIRMARSE, son razones:

Pretende el actor el reconocimiento y pago de las incapacidades que por enfermedad común le fueron otorgadas por su EPS desde el **01 de octubre de 2015** y las que se sigan causando.

Quedó establecido en el proceso, determinado por la instancia y no fue motivo de discusión entre las partes, ni del recurso de apelación, que dichas incapacidades causadas a partir del **01 de octubre de 2015**, corresponden a las posteriores de los *540 días*, así como el hecho de que en **marzo de 2017**, se expidió por la EPS el concepto desfavorable de rehabilitación al actor (fls. 9, 15 y 16 exp digitalizado). Siendo la apelación de la EPS demandada, la alegada improcedencia de estar a su cargo dichas incapacidades, por existir concepto desfavorable de rehabilitación y PCL superior al 50%, tal y como lo dispone el **numeral 1 del artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018** y lo dispuso la Corte Constitucional en sentencia **T-268 de 2020** que afirma no fue tomada en cuenta por la instancia.

2

De la lectura de la jurisprudencia en cita, resalta la Sala que el alto tribunal sí considera que las incapacidades superiores a los 540 días se encuentran a cargo de las EPS:

“33. Para la Corte no existe duda que es obligatorio el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, por lo que, en los casos en que se reclame el reconocimiento y pago de incapacidades superiores al día 540, las E.P.S. deberán asumir la carga prestacional.

En efecto, en la Sentencia **T-144 de 2016**, la Sala Quinta de Revisión estudió la acción de tutela interpuesta, en la cual, una mujer reclamaba el pago de incapacidades superiores a los 540 días, las cuales le fueron generadas por virtud de un accidente de tránsito severo y adicionalmente le emitieron dictamen de Calificación de Invalidez que no superaba el 50% de PCL. La Corte Consideró que en atención a lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, la E.P.S. a la que se encontraba afiliada la peticionaria debía asumir las incapacidades¹.

*“En el caso concreto es evidente que el estado de salud de la actora ha impedido el éxito total de los pretendidos reintegros, pues a favor de ella se siguen expidiendo certificados de incapacidad laboral. Así mismo, es una persona que no goza de una pensión de invalidez; es decir, está incapacitada medicamente para trabajar, pero no es beneficiaria de ninguna fuente de auxilio dinerario para subsistir dignamente. Ello evidentemente indica que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, y que se vulnera su derecho al mínimo vital y se amenazan otros derechos fundamentales, tales como la vida digna y la salud”.*²

¹ T-144 de 2016.

² Ibídem.

En esta misma sentencia, se estableció lo siguiente para la aplicación del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 en casos similares: *“(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”*.³

34. De igual manera, en la Sentencia **T-161 de 2019**, al estudiar la acción de tutela interpuesta por el señor Ricardo Barahona contra Colpensiones, por la negativa en el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a los 180 días, generadas como consecuencia de un trasplante de codo que le impidió reintegrarse a sus labores, la Corte consideró que el referido fondo de pensiones deberá responder por el pago del subsidio de incapacidad a partir del día 181 hasta el día 540 y que, con relación a las incapacidades que superan los 540 días, la obligación de pago recae sobre la E.P.S. Precisó la Corte en este fallo: *“(...) Por todo lo anterior, y con base en la obligación impuesta por la Ley 1753 de 2015, se le ordenará a la EPS SOS realizar el pago de las incapacidades que excedan los 540 días hasta que cese su emisión en favor del actor(...)”*.

Decreto 1333 de 27 de julio de 2018...

35. El Ministerio de Salud y Protección Social expidió el Decreto 1333 de 27 de julio de 2018⁴. Dicho Decreto reguló el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días de la siguiente manera: **... T-268 de 2020**

Y si bien en dicha providencia, en razón del **Decreto reglamentario 1333** se consideró estar a cargo de la AFP las incapacidades posteriores a los 540 días al existir concepto de rehabilitación desfavorable, esa decisión lo fue por cuanto, en los supuestos fácticos la sentencia de tutela, las incapacidades fueron expedidas con posterioridad a la emisión del concepto de rehabilitación:

“ ...

(ii) Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, sobre el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a los 540 días, del cual, es diáfano el entendimiento que dichas incapacidades serán asumidas por las E.P.S., **siempre y cuando** se cumplan con los presupuestos establecidos en el precitado artículo. En el caso objeto de análisis, no se observa el cumplimiento del presupuesto establecido en el numeral 1 del referido artículo, *cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico*.

Esta inobservancia se fundamenta así: (i) en sede de Revisión se pudo establecer que, según la prueba documental allegada por la accionada⁵, el 14 de septiembre de 2017 Nueva E.P.S. emitió concepto desfavorable de rehabilitación con relación a las siguientes patologías: Radiculopatía, otras degeneraciones específicas de disco intervertebral, osteo artrosis primaria generalizada, enfermedad de reflujo gástrico sin esofagitis, hiperplasia de la próstata, gastritis crónica superficial, hipertensión esencial primaria y asma no especificada, de origen común.⁶ Lo anterior indica que, no se cumple con el presupuesto establecido en el numeral 1 del artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, puesto que, en este se establece con claridad que las Empresas Promotoras de Salud pagarán las incapacidades

³ Sentencia T-144 de 2016. Ver también la Sentencia T-161 de 2019.

⁴ *“Por medio del cual se sustituye el Título 3 de la parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016”*.

⁵ Folios 39 a 41 del cuaderno de Revisión de la Corte Constitucional.

⁶ Debe precisarse que, contrario a lo que señalaron los jueces de instancia, la fecha en la cual se emitió el concepto desfavorable de rehabilitación por parte de su médico tratante es el 14 de septiembre de 2017 y no enero de 2019.

derivadas de enfermedad general de origen común superiores a los 540 días, siempre y cuando exista concepto favorable de rehabilitación, hecho que no ocurre, pues se desvirtuó con suficiencia. Y (ii) **Es claro que, para la fecha en que se emitieron las incapacidades, ya existía concepto desfavorable de rehabilitación. Es así como, se sustrae de la norma la obligación que en principio se radicó en cabeza de la E.P.S.**" Negrilla fuera del texto

Situación jurisprudencial que no es la presentada en el proceso bajo estudio, donde, al no discutirse que las incapacidades pretendidas y causadas desde **octubre 2015** son posteriores a los 540 días, y que la emisión del concepto desfavorable de rehabilitación fue en **marzo de 2017** (fl. 16 exped. Digitalizado), hace evidente que la situación fáctica del señor MILCIADES es diferente a la de la jurisprudencia citada en la alzada, lo que hace improcedente su aplicación como lo manifiesta la demandada. Es más, para la fecha de las incapacidades del actor (a partir de **octubre de 2015**), ni siquiera se encontraba vigente el **decreto 1333 de 2018**, siendo incluso expedido el concepto desfavorable de rehabilitación, con anterioridad a su vigencia.

Con todo, al aceptarse que el concepto se emitió en marzo de 2017 y no discutir que las incapacidades de octubre de 2015 son posteriores a los 540 días, no hay discusión que ante la tardanza de la emisión de dicho concepto, es la Eps quien debe asumir el pago de dichas incapacidades.

Así pues, no resulta aplicable al caso bajo estudio la sentencia citada por la apelante, debiendo confirmarse la sentencia de instancia.

En mérito de lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la ley,

4

RESUELVE:

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada por las razones expuestas en la motiva de esta sentencia.
2. **COSTAS** en ésta instancia a cargo del apelante SURA EPS, a favor del demandante, para lo cual se fijan las agencias en un salario mínimo.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS

Los Magistrados,


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

YULI MABEL SANCHEZ QUINTERO
AUSENCIA JUSTIFICADA

Firma digitalizada para
actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA