



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Laboral



**FERNANDO CASTILLO CADENA**

**Magistrado Ponente**

**STL16504-2016**

**Radicación n.º 69867**

**Acta 42**

Bogotá, D.C., nueve (9) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Decide la Sala la impugnación interpuesta por el apoderado general de **EPS FAMISANAR LTDA.** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 3 de octubre de 2016, dentro de la demanda de tutela que promovió **OSWALDO LÓPEZ GONZÁLEZ** en su contra y la de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES), SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, LA NACIÓN**

**MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y  
MINISTERIO DEL TRABAJO.**

**I. ANTECEDENTES**

A través de apoderada judicial Oswaldo López González pidió el amparo de sus derechos sus derechos fundamentales a la vida, seguridad social, mínimo vital e igualdad.

Sostuvo que es cotizante del sistema de seguridad social integral desde el año 2005, que el 21 de diciembre de 2011 ingresó a laborar como guarda de seguridad en la empresa Fortox S. A. con contrato de trabajo a término fijo de un año; que en marzo de 2012 empezó a presentar dolor en la cintura que irradiaba a las extremidades inferiores, por lo que acudió a urgencias y fue remitido a especialistas; que en abril siguiente el neurocirujano le diagnosticó *«radioculopatía, trastornos lumbares, discopatía L4L5 hernia protuida central con desgarro anular»* y en septiembre del mismo año ordenó cirugía de bloqueo, la cual se realizó sin mejoría.

Afirmó que en el proceso de recuperación sufrió *«tromboflebitis, en el miembro inferior izquierdo afectando 4 arterias»* que lo mantuvo *«1 año y medio anticuabulado»*; que durante dos años solo tuvo controles paliativos con suministro de medicamentos e incapacidades, al punto que entre diciembre de 2013 y noviembre de 2014 estuvo en silla de ruedas; agregó que el 3 de febrero de 2016 le diagnosticaron *«osteoartrosis»*.

Expresó que aunque el vínculo laboral continúa con Fortox S. A., entidad a la cual prestó materialmente sus servicios hasta abril de 2012, la EPS Famisanar pagó las incapacidades hasta el mes de octubre de ese año a través de dicho empleador; que con posterioridad, Colpensiones cubrió las incapacidades hasta el 8 de julio de 2014, fecha en que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez estableció que su padecimiento era de origen común y tenía una pérdida de capacidad laboral equivalente al 24,34%.

Explicó que desde abril de 2012 ha estado incapacitado de manera continua e ininterrumpida; sin embargo, a partir de 8 de julio de 2014 ni la EPS ni Colpensiones reciben y pagan las mismas por exceder de 540 días de incapacidad, situación que afecta su mínimo vital, pues no posee otros ingresos, aunado a que es padre cabeza de hogar, con tres hijos, su esposa depende económicamente de él y viven en arriendo; agregó que actualmente sus compañeros de trabajo hacen constantemente colectas para su sustento y en ocasiones ha salido a mendigar dado que no cuenta con recursos para mantener a su familia.

Por lo anterior, pidió que se ordene a Famisanar que realice el pago de las incapacidades generadas desde el 8 de julio de 2014; disponer a Colpensiones que reabra su caso, pues ha sido incapacitado continuamente y las patologías ya no son las mismas, circunstancia que por demás ha impedido su reubicación laboral; así mismo, que dicha autoridad califique de nuevo su pérdida de capacidad laboral.

## II. TRÁMITE Y DECISIÓN DE INSTANCIA

Por auto de 19 de septiembre de 2016 el Tribunal Superior de Bogotá admitió la acción, vinculó a los atrás descritos y dispuso su notificación para el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción.

En el término de traslado, Famisanar indicó que el actor se encuentra activo en el sistema de afiliación en calidad de cotizante y se le han garantizado los servicios médicos requeridos; sin embargo, expuso que al momento de que el actor cumplió los 180 días de incapacidad de forma continua, esto es, de 25 de abril a 16 de septiembre de 2012, remitió el caso al Fondo de Pensiones para que este prosiguiera con las responsabilidades a su cargo; por tanto, *«no existe obligación para la EPS o para el empleador de reconocer el pago de una incapacidad»*.

Recordó que el accionante cuenta con 1566 días de incapacidad y acorde a la jurisprudencia de la Corte Constitucional el pago de incapacidades mayores a 180 días se encuentra a cargo de la ARL o AFP según sea el caso.

El Ministerio del Trabajo después de reseñar la normatividad aplicable solicitó acceder a la protección invocada, pero pidió su desvinculación del presente asunto.

Colpensiones afirmó que mediante oficio de 23 de septiembre de 2016 resolvió la pretensión de reabrir su caso en la cual le informó que su inconformidad debía ser definida

por el juez ordinario laboral, lo que configura la existencia de un hecho superado en lo que a esa entidad concierne.

A su turno, la Superintendencia Nacional de Salud refirió que pese a la función de inspección, control y vigilancia que ejerce sobre la EPS accionada, no hay cabida a establecer responsabilidad solidaria, de tal forma que carece de legitimación en la causa por pasiva frente a la prestación de servicios de salud y señaló las normas aplicables al caso concreto.

El Ministerio de Salud y Protección Social señaló que no existe disposición normativa que consagre el reconocimiento de prestaciones económicas a cargo del sistema general de seguridad social integral cuando la pérdida de capacidad laboral calificada es inferior al 50%; añadió que una vez se adopte el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 y se expida la reglamentación para ejecutar su contenido *«se contará con las herramientas necesarias para el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días continuos cuando sean de origen común»*.

Mediante sentencia de 3 de octubre de 2016 el Tribunal Superior de Bogotá concedió el amparo a las garantías superiores a la seguridad social, mínimo vital, salud y vida digna del actor; al efecto, luego de hacer alusión a las normas que regulan la materia, citó apartes de un fallo de tutela en el que a propósito de la expedición de la Ley 1753 de 2015, en materia de responsabilidad en el reconocimiento y pago del valor del auxilio monetario por incapacidad laboral

superior a 540 días, la Corte Constitucional ordenó a la EPS debía asumir la obligación y efectuar el recobro ante el organismo creado por dicha norma.

Así, luego de aplicar el precedente al caso concreto, ordenó a Famisanar EPS que pague dentro de los ocho días siguientes el subsidio por incapacidad por los periodos comprendidos entre el 9 de julio de 2014 y el 27 de septiembre de 2016, así como de los que se sigan causando a favor del accionante hasta tanto pueda reintegrarse en forma definitiva al trabajo, facultando a dicha entidad para que emprenda las acciones necesarias con el fin de obtener el reembolso de los dineros pagados.

Por otro lado, dispuso a Colpensiones que dentro del mismo término haga los trámites necesarios para que el promotor sea nuevamente calificado en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

### **III. IMPUGNACIÓN**

Inconforme con el anterior fallo Famisanar EPS impugnó tras aducir que la orden emitida no es admisible, pues ha cumplido cabalmente con las disposiciones legales; precisó que aunque la Ley 1753 de 2015 establece que es deber de las EPS reconocer el auxilio económico por incapacidades superiores a 540 días, tal norma no establece un procedimiento para ello dado que a la fecha no se ha reglamentado y no se ha creado la entidad prevista en el

artículo 66 de la referida norma. Por lo anterior, pidió revocar la orden emanada en su contra.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y los decretos que reglamentaron su ejercicio, la acción de tutela fue establecida para reclamar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten lesionados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos expresamente previstos por la ley.

Importa recordar que hoy día se ha reconocido que el derecho a la salud, dada su importancia, es un derecho fundamental autónomo y no derivado o conexo como se venía entendiendo, dejando de lado la tesis según la cual se le tenía como un derecho de carácter meramente prestacional, solo tutelable en la medida en que incidiera o afectara a uno de linaje fundamental.

De ahí que a través de la Ley 1751 de 2015, *«Por Medio de la cual se Regula el Derecho Fundamental a la Salud y se Dictan Otras Disposiciones»*, dispuso en su artículo 2.º que *«El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud»*.

En ese sentido, la garantía constitucional de toda persona a acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, contemplada dentro del derecho a la salud (art. 49, CP), ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional, haciendo énfasis en las condiciones de calidad, eficacia y oportunidad con que los servicios deben ser prestados.

Es pertinente mencionar que la seguridad social en salud, fue instituida para brindar a las personas una calidad de vida, mediante programas creados por el Estado para proporcionar la cobertura integral de las contingencias que puedan afectar la salud de los habitantes del territorio nacional.

En virtud de ello, los artículos 2 y 3 de la Ley 100 de 1993, establecieron los principios de eficiencia, universalidad, integralidad y solidaridad, donde se determina que el Estado debe garantizar a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

Descendiendo al caso concreto, es preciso reseñar que aun cuando en principio las reclamaciones relativas al reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, no podrían ser ventiladas por vía de tutela, por cuanto para ello existe un trámite procesal ante el juez ordinario laboral, en tratándose de incapacidades laborales la jurisprudencia

constitucional ha enseñado que tales pagos constituyen el medio de subsistencia de la persona que como consecuencia de una afectación en su estado de salud ha visto reducida la capacidad de procurarse por sus propios medios los recursos para su subsistencia y la de su familia; de allí que consecuentemente la acción de tutela se convierta en el medio idóneo para la protección de otros derechos fundamentales que con tal situación también pueden resultar afectados, como el mínimo vital y la salud cuando el peticionario se ve desprovisto del pago de las incapacidades médicas.

Sobre este particular, la Corte Constitucional en sentencia CC T-140/16 manifestó:

*El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia.*

En esa medida, se itera, la ausencia o dilación injustificada de dichos pagos puede afectar gravemente la condición económica del trabajador, pues tal auxilio, en esa particular situación, reemplaza el salario, de allí que cuando se presenta la negativa a su reconocimiento por la entidad obligada, permite al juez constitucional entrar a resolver la controversia a efecto de evitar un perjuicio irremediable,

dado que se pondría en riesgo incluso la subsistencia del afiliado y su grupo familiar.

En este asunto, resulta evidente que la controversia propuesta por la entidad impugnante, tiende a confrontar la obligación impuesta por el fallador constitucional de primer grado en tanto ordenó que el beneficio generado a favor del actor a partir de 7 de julio de 2014, que resultan ser las superiores a los 540 días de incapacidad.

Al respecto, resulta preponderante señalar que pese al vacío legal que en el pasado existía, con la expedición de la Ley 1753 de 9 de junio de 2015 se superó tal indefinición, advirtiéndose que en el precepto 67 de dicha norma se establece que los recursos que administrará la *«Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS)»*, ente creado en dicha disposición legal se destinará, entre otros aspectos, al *«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»*.

Conforme con lo cual es dable predicar que ante la atribución del legislador a las EPS del pago de las incapacidades superiores a 540 días, no es dable liberar de dicha obligación a la entidad impugnante; ahora, aun cuando de conformidad con el referido precepto la EPS tiene

la posibilidad de obtener el pago de los recursos que disponga o haya dispuesto para ello a través del sistema general, el hecho de que aún no haya entrado en funcionamiento la entidad creada por la ley, no puede soslayar la obligación impuesta a su cargo, sin que el afiliado deba soportar las consecuencias de tal omisión.

Bajo las anteriores premisas habrá de confirmarse el fallo impugnado, advirtiéndose que la discusión constitucional se centró en los argumentos expuestos en el escrito de impugnación.

## **V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de tutela impugnado, de fecha y procedencia precitadas, con la precisión anotada.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** esta decisión a los interesados en la forma prevista por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO: REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

**JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN**

Presidente de la Sala

**GERARDO BOTERO ZULUAGA**

**JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ**

**FERNANDO CASTILLO CADENA**

**CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**

**RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO**

**LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS**

