

TEMA: RETROACTIVIDAD - aplicación de nuevas normas a actos jurídicos, hechos pasados o previos a la ley / **INCAPACIDAD TEMPORAL** – Tendrán derecho a esta los afiliados al régimen contributivo en calidad de cotizantes, las cuales serán cubiertas por las EPS, en caso de originarse en enfermedades generales, o por las ARL en que caso de ser originadas en enfermedad profesional o accidente de trabajo /**INTERESES MORATORIOS** /

HECHOS: Pretende el demandante que se condene a la EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A., en forma principal, o subsidiariamente a PROTECCIÓN S.A., a reconocerle y pagarle los subsidios por incapacidad generados desde el 31 de octubre de 2012 hasta el 2 de agosto de 2015, los intereses moratorios y las costas del proceso.

TESIS: En aquellos casos cuando pese a haberse emitido un concepto desfavorable de recuperación y haberse efectuado la calificación, al afiliado se le determina una pérdida de capacidad laboral interior al 50%, pero pese a esto continúa incapacitado porque no puede reincorporarse a la actividad laboral, la Corte concluyó que la obligación de reconocer y pagar las incapacidades posteriores al día 540 estaba a cargo de las EPS, en virtud de la Ley 1753 de 2015. (...) En primer lugar, el pago de subsidio por incapacidad temporal, está regulado en los artículos 157 y 260 de la Ley de 1993.(...) Ahora, si bien es cierto que para la época en que se expidieron las aludidas incapacidades a favor del actor, no había sido aún expedida la Ley 1753 de 2015 que asignó la responsabilidad del pago de los subsidios por incapacidad superiores al día 540, no significa que este varío normativo o indeterminación legal deba ser asumido por el afiliado, quien por demás es una persona quien se encuentra en un estado de vulnerabilidad por sus condiciones de salud (...) La Ley 1753 de 2015 estableció tres reglas para la aplicación de reconocer y pagar las incapacidades posteriores al día 540 estaba a cargo de las EPS, en términos generales, son las siguientes; (i) existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%; (ii) el deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y (iii) la referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad. (...) En consecuencia estima la Sala que le asistió razón al a quo en condenar a la EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA a pagar al señor JULIAN ANDRES URREGO los subsidios por incapacidades posteriores al día 540, pues si bien los mismos fueron expedidos con anteriores a la Ley 1753 de 2015, se cumplen con los presupuestos establecidos en las sentencias de la Corte Constitucional para darle aplicación retroactiva, ante el vacío normativo que existía para la época. Así las cosas, estima la Sala que le asiste razón al demandante en que en este caso es procedente condenar a las demandadas al pago de los intereses moratorios (...)

M.P: ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA

FECHA:27/09/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Medellín, veintisiete de septiembre de dos mil veintitrés

21-073

Proceso: **APELACIÓN SENTENCIA**
Demandante: **JULIÁN ANDRÉS URREGO CASTRO**
Demandados: **EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A.- PROTECCIÓN S.A.**
Llamada en garantía: **SEGUROS BOLIVAR S.A.**
Radicado No.: **05001-31-05-014-2018-00295-01**
Tema: **Pago de incapacidades**
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**

La Sala Tercera de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados **MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA, MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO** y como ponente **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados del demandante y de la **EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A.** contra la sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

El Magistrado del conocimiento, doctor **ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA**, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, sometió a consideración de los restantes integrantes el proyecto aprobado en Sala virtual mediante **ACTA 32** de discusión, que se adopta como sentencia, en los siguientes términos:

1. SÍNTESIS FÁCTICA Y ANTECEDENTES

1.1. LO PRETENDIDO

Pretende el demandante que se condene a la **EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A.**, en forma principal, o subsidiariamente a **PROTECCIÓN S.A.**, a reconocerle y pagarle los subsidios por incapacidad generados desde el 31 de octubre de 2012 hasta el 2 de agosto de 2015, los intereses moratorios y las costas del proceso.

1.2. PARA FUNDAMENTAR SUS PRETENSIONES EXPUSO, EN SÍNTESIS, LOS SIGUIENTES HECHOS:

- Que laboró a favor de la empresa GIRO S.A. en el oficio de trazador durante más de 10 años, donde fue diagnosticado con osteonecrosis no especificada, coxartrosis no especificada, artrosis no especificado, entre otras, con inicio de sintomatología desde el 2011.
- Que la EPS SURA, con base en la anterior patología, le expidió incapacidades que fueron prorrogándose hasta el 2 de agosto de 2015, superando así los 180 días que se cumplieron el 30 de octubre de 2012, data hasta la cual la EPS le reconoció y pagó los valores correspondientes.
- Que mediante petición solicitó a la EPS le fueran pagadas las incapacidades expedidas desde el 31 de octubre de 2012 hasta el 2 de agosto de 2015, a título de sanción, por la omisión de la entidad al no expedir el certificado con destino a PROTECCION conforme lo ordena el Decreto Ley 019 de 2012.
- Que la EPS SURA le dio respuesta en escrito del 20 de octubre de 2017 indicándole que el 28 de agosto de 2012 fue remitido el concepto de rehabilitación al fondo de pensiones, es decir, el día 117 de incapacidades.
- Que presentó escrito ante PROTECCIÓN solicitando el pago de las incapacidades desde el 31 de octubre de 2012 hasta el 2 de agosto de 2015, al cual se le dio respuesta por parte de PROTECCIÓN, el 17 de enero de 2018 argumentando que la EPS no remitió el concepto de rehabilitación en forma oportuna.
- Que el 3 de agosto de 2016 PROTECCIÓN le reconoció pensión de invalidez por tener una pérdida de capacidad laboral del 55.12% con fecha de estructuración del 4 de febrero de 2016.
- Que durante el tiempo que estuvo incapacitado entre 31 de octubre de 2012 y el 2 de agosto de 2015, le fueron vulnerados su derecho a la seguridad social en conexidad con el mínimo vital, dado que no tuvo ningún ingreso lo que afectó su núcleo familiar compuesto por su esposa (ama de casa) y su hijo menor de edad.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Las entidades demandadas dieron respuesta oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

En primer lugar PROTECCIÓN adujo que no era responsable del pago de las incapacidades reclamadas por el actor toda vez que la EPS SURA no radicó ante PROTECCIÓN el concepto de

rehabilitación del demandante al cumplir los 120 ni los 150 días de incapacidad, el único concepto enviado por la EPS, respecto del actor fue recibido por el fondo de pensiones el 3 de junio de 2016 y fue con base en el cual se tramitó la pensión de invalidez. Respecto a los hechos adujo que acepta que el demandante laboró para JIRO S.A., así como el diagnóstico médico del actor, también aceptó la petición presentada ante dicho fondo por el actor solicitando el pago de las incapacidades así como la respuesta que se le dio y los términos en que se reconoció la pensión de invalidez al demandante. En cuanto a los restantes hechos indicó que no le constan por lo que deberán ser objeto de debate probatorio.

Por su parte la EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A. adujo que reconoció y pagó al actor los 180 días de incapacidad y que emitió concepto desfavorable de recuperación y lo remitió a ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A. dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, por lo cual no es factible imponer la sanción a la EPS, aunado a lo anterior, indicó que la EPS pagó las incapacidades hasta el 7 de noviembre de 2012. Frente a los hechos señaló que acepta el derecho de petición presentado por el actor solicitando el pago de las incapacidades pero que no es cierto que la EPS haya incurrido en omisión alguna, además la EPS dio respuesta al derecho de petición entregando las constancias de remisión al fondo de pensiones y el concepto médico de remisión que fue entregado a PROTECCIÓN en forma oportuna, por lo que no es cierto lo que le indicó Protección en su respuesta de que la remisión solo se dio en 2016. Aclaró que no es cierto que la EPS expida las incapacidades, por cuanto estas las expiden los médicos tratantes adscritos a las IPS, en los formatos de las EPS a la cual se encuentre afiliado el paciente. Respecto a los demás hechos indicó que no le constan o se tratan de consideraciones subjetivas por que deberán ser probadas

A través de auto del 27 de marzo de 2019 (fl 357) se ordenó vincular a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR como Litis consorte por pasiva y a su vez como llamado en garantía a favor de PROTECCIÓN S.A.

La COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR dio respuesta a la demanda sin presentar oposición frente a las pretensiones principales por cuanto no están dirigidas en contra suya, pero si en cuanto a las pretensiones dirigidas en contra de Protección, dado que la EPS SURA nunca radicó ante dicho fondo el concepto de rehabilitación necesario para que la entidad continuara con el pago de las incapacidades o iniciara un proceso de calificación de invalidez, por lo que conforme al artículo 142 del Decreto 019 de 2012 la EPS en la llamada a responder por dichos conceptos. Respecto a los hechos manifestó que se toma como cierto que el actor laboró para la compañía JIRO S.A , el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que le fue asignado al demandante y que PROTECCIÓN

le reconoció la pensión de invalidez en 2016. En cuanto a los restantes hechos señaló que no le constan por lo que deberán ser probados.

De otro lado se opuso al llamamiento en garantía por parte de PROTECCIÓN por carecer de fundamento legal, fáctico y probatorio, dado que con la demanda se pretende el pago de unos subsidios por incapacidad, los que si bien fueron contemplados en el anexo de la póliza de seguro suscrita con ING PENSIONES Y CESANTÍA hoy PROTECCIÓN los mismos fueron generados con posterioridad a la mismas, por lo que no existió cobertura. Además agregó que el fondo de pensiones no está llamado a responder por suma alguna, ya que la EPS SURA no radicó el concepto de rehabilitación para que la entidad continuara el pago de las incapacidades, por lo que EPS debe asumir el pago de las mismas.

1.4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, en **sentencia** proferida el 29 de enero de 2021 **CONDENÓ** a **PROTECCIÓN S.A.** a reconocer y pagar al señor **JULIÁN ANDRÉS ORREGO CASTRO** los subsidios por incapacidad causados desde el 14 de junio de 2013 y hasta el 04 de octubre de 2013, teniendo en cuenta para tal efecto los salarios reportados por el empleador para la época.

De otro lado **CONDENÓ** a la **EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A.** a reconocer y pagar al demandante los subsidios por incapacidad causados desde el 05 de octubre de 2013 hasta el 02 de agosto de 2015 (esto es, a partir del día 541) debidamente indexados, teniendo en cuenta para tal efecto los salarios reportados por el empleador para la época.

ABSOLVIÓ a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.** de las pretensiones incoadas en su contra.

Finalmente condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** y a la **EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A.**, fijando las agencias en derecho en la suma de 3 SMLMV a cargo de cada una a título de agencias en derecho y a favor del demandante.

2. ARGUMENTOS

2.1. ARGUMENTOS DE LA JUEZ

Indicó que respecto al pago de incapacidades el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, particularmente los incisos 5° y 6° donde se establece que en los casos de accidente o enfermedad común cuando exista concepto favorable de rehabilitación la EPS postergara el trámite de calificación de *Invalidez* hasta por un término máximo de 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal reconocida por la EPS, 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 120 de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día 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 EPS 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 180 días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto. Por tanto es claro que la administradora de fondos de pensiones debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 hasta el día 540 a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones.

Agregó que el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS quienes tienen en su haber el recobro de las sumas canceladas por dicho concepto ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Señaló que en el caso de autos está probado que la EPS SURA canceló al demandante las incapacidades generadas entre el 12 de julio de 2006 y el 7 de noviembre de 2012, para un total de 209 días, mientras que las incapacidades que le fueron expedidas a partir del día 8 de noviembre de 2012 ¿hasta el 2 de agosto de 2015 no aparecen canceladas.

Estimó que según se prueba a folio 301 el 3 de septiembre de 2012, la EPS SURA remitió a PROTECCIÓN el concepto de rehabilitación del demandante expedido el 28 de agosto de 2012, es decir, que el mismo se envió el día 117 de incapacidad, por lo concluyó que como la EPS SURA envió en forma oportuna el concepto de rehabilitación, el demandante tiene derecho a que

PROTECCIÓN le cancele las incapacidades posteriores al día 181 y hasta el día 540, al cual se llegó el 4 de octubre de 2013 y que después del día 540, las incapacidades deben ser asumidas nuevamente por la EPS SURA, según lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencias T-161 de 2019, T-200 de 2017 y T-144 de 2016, donde se establecieron las reglas para la aplicación del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, que incluso permite su aplicación retroactiva por haber existido un vacío normativo antes de la expedición de la aludida norma.

De otro lado frente al llamamiento en garantía estimó que de acuerdo a la póliza contratada por Protección con SEGUROS BOLIVAR en el numeral octavo se señalan las condiciones para el reconocimiento y pago de las incapacidades con cargo a la póliza, incorporando el pago del subsidio por incapacidades temporales establecido en el Decreto Ley 019 de 2012, el amparo del subsidio por incapacidades temporales cubierto por el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, operaba cuando el día 181 se cause entre el 1º de enero de 2012 y no supere los 360 días adicionales expedidos por la EPS, por lo que tomando en cuenta las condiciones contratadas, se tiene que seguros Bolívar SA estaría obligada a reconocer y pagar con cargo a las póliza las incapacidades generadas entre el 8 de noviembre de 2012 y el 31 de marzo de 2013, fecha en la cual estuvo vigente la misma, interregno que además no supera los 360 días. Empero, consideró el a quo, que como dichas incapacidades se hicieron exigibles cuando se remitió el concepto de rehabilitación (28 de agosto de 2012) y el demandante reclamó a Protección el 14 de junio de 2016 cuando ya habían transcurrido más de 3 años, radicando la posterior demanda el 8 de mayo de 2018, se vieron afectadas de prescripción las incapacidades causadas entre el 8 de noviembre de 2012 y el 13 de junio de 2013, por tanto SEGUROS BOLIVAR no debía responder por el pago de ninguna incapacidad, por cuanto el vencimiento de la póliza se dio el 31 de marzo de 2013 y las incapacidades causadas en este lapso se encuentran prescritas.

En consecuencia, condenó a PROTECCIÓN S.A. a pagar las incapacidades desde el 14 de junio de 2013 y el 4 de octubre de 2013, es decir, entre el día 209 y el día 540, teniendo en cuenta los salarios reportados para esa época y a la EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A. a pagar las incapacidades causadas desde el día 541, es decir, desde el 05 de octubre de 2013 hasta el 02 de agosto de 2015 (esto es, a partir del día 541) debidamente indexados.

2.2. APELACIÓN SENTENCIA

2.2.1. APELACIÓN DEMANDANTE

Manifestó que se debe condenar a la AFP y a la EPS al pago de los intereses moratorios del Decreto 1281 de 2002, por medio del cual se regulan los flujos de caja y utilización oportuna y eficiente de los recursos del Sistema de Seguridad Social, donde en el numeral 4 se establece intereses moratorios ante el incumplimiento de los plazos previstos para el pago de los recursos previsto en este decreto, los cuales se liquidaran a la tasa de interés moratoria establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

2.2.2. APELACIÓN EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A.

Señaló que debe revocarse la sentencia de primera instancia en contra de la EPS SURA, toda vez que la misma se sustenta en algunas decisiones de tutela y normas que fueron expedidas con posterioridad a los hechos objeto de estudio, las cuales se sustentan el reconocimiento de las incapacidades después del día 540 a raíz de la Ley 1753 de 2015, la cual fue expedida el 9 de junio de esa anualidad, en dicha norma además se señaló que para llevar a cabo la ejecución o cumplimiento de la misma se requería la reglamentación por parte del Gobierno Nacional, situación que solo ocurrió con el Decreto 1333 del 2018 que en su artículo 2.2331 indicó que el reconocimiento de incapacidades superiores a los 540 días a cargo de la EPS se reconocería solamente en los siguientes casos, el primero de ellos es cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar el tratamiento médico, lo cual es fundamental porque las demoras por parte de las entidades que tienen a su cargo la calificación de pérdida de capacidad laboral o el reconocimiento de prestaciones económicas derivadas de invalidez no pueden trasladarse a las EPS y en el caso de autos, la EPS SURA había emitido concepto desfavorable de recuperación desde el 28 de agosto de 2012, por lo que no hay ninguna razón ni justificación para que, transcurridos más de 3 años no se hubiera resuelto la situación de este paciente y por tal razón no le corresponde asumir incapacidades superiores a los 540 días, sobre todo que no existe norma legal para la época en que se surtieron esas incapacidades que la lleven a asumir este tipo de prestaciones, de tal forma que la demora en el fondo de pensiones en el trámite de calificación y reconocimiento de la pensión no puede trasladarse a la EPS.

2.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Presentaron alegatos la EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA, el demandante y la llamada en garantía SEGUROS BOLIVAR.

En primer lugar la EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA reiteró los argumentos del recurso de apelación tendientes a que se revoque la decisión de primera instancia, insistiendo que la orden de pagar las incapacidades entre el 5 de octubre de 2013 y hasta el 2 de agosto de 2015, es decir, a partir del día 541 de incapacidad está sustentada en sentencia de tutela que se basan en la Ley 1753 de 2015 que entró en vigencia el 9 de junio del mismo año, y la cual además de ser posterior, exige para que la EPS proceda al pago de las incapacidades que exista concepto favorable de rehabilitación y en el caso de autos la EPS SURA emitió concepto desfavorable de recuperación desde el 28 de agosto de 2012, por lo que no es posible obligarlo al pago de las incapacidades correspondientes al día 540, pues no se cumplen los presupuestos de la citada norma de exigir el concepto favorable de recuperación.

De otro lado, la parte actora también insistió en los argumentos presentados en el recurso de alzada, de que se condene al pago de los intereses moratorios contenidos en el artículo 2.2.3.1. del Decreto 780 de 2016.

Finalmente la llamada en garantía COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. solicitó se confirmara la sentencia de primera instancia que absolvió a dicha entidad de las pretensiones en su contra, toda vez que está demostrado que la EPS si emitió el concepto de favorable de rehabilitación a tiempo, por lo que en principio estaba en cabeza del fondo de pensiones asumir las incapacidades hasta por 360 días, momento en el cual no operaría la póliza de seguro contratada, en tanto la póliza suscrita con la anterior compañía ING que hoy es Protección, si bien cobija el pago de subsidios de incapacidad, solo tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 2012, razón por la cual, SEGUROS BOLIVAR no está llamada a responder por suma alguna dentro del presente proceso, adicionalmente, el fondo de pensiones nunca notificó reclamación alguna, habiendo operado el fenómeno de la prescripción ante las mismas, de igual forma como se relató en el hecho noveno de la demanda, a través de Suramericana y a orden del fondo de pensiones se calificó al demandante con un 55.12% estructurada el 04 de febrero de 2016, momento desde el cual el fondo de pensiones y su aseguradora Suramericana viene reconociendo y pagando una pensión de invalidez, prestación que resulta igualmente incompatible con el subsidio de incapacidades hoy solicitados. Agregó que dentro de los amparos contratados, nada se dijo del reconocimiento de intereses moratorios, indexación, constas y agencias en derecho, conceptos que en caso de que el despacho decida confirmar la sentencia de primera instancia deberán estar a cargo única y exclusivamente del fondo

de pensiones PROTECCIÓN S.A., como consecuencia de su actividad como administradores de planes de fondo de pensiones, resultando improcedente una condena en este sentido SEGUROS BOLIVAR, que no es administradora del sistema de pensiones y cuya obligación se limita única y exclusivamente a la póliza contratada.

3. DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO EN ESTA INSTANCIA

Consiste en determinar si la EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA se encuentra en la obligación de asumir los subsidios por incapacidad temporal a favor del demandante después del día 540. De otro lado se analizará si el actor tiene derecho a los intereses moratorios sobre los subsidios por incapacidad reconocidos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer lugar, el pago de subsidio por incapacidad temporal, está regulado en los artículos 157 y 260 de la Ley de 1993 que disponen que tendrán derecho a esta los afiliados al régimen contributivo en calidad de cotizantes, las cuales serán cubiertas por las EPS, en caso de originarse en enfermedades generales, o por las ARL en que caso de ser originadas en enfermedad profesional o accidente de trabajo, como se lee:

“ARTÍCULO 157. Tipos de participantes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.

Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en salud:

1. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del Título III de la presente Ley(...)”

ARTÍCULO 206. INCAPACIDADES. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes.(...)” (subrayas fuera de texto)

Respecto a quien corresponde el pago de las incapacidades, el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, dispone:

“En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.”

En cuanto al monto del subsidio de incapacidad, el artículo 227 del CST preceptúa:

“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.”

La Corte Constitucional en Sentencia C-543 de 2007, condicionó la exequibilidad del artículo 227 del código sustantivo del trabajo en el sentido que el auxilio monetario por enfermedad general no podrá ser inferior al SMMLV. Esto quiere decir, que como la base para calcular el valor del auxilio por incapacidad en enfermedad general es el 66.67% del salario sobre el cual se cotizó en el último mes, para los primeros noventa (90) días de duración de la cesación de labores y del 50% para los siguientes noventa (90) días, excepto, cuando al aplicar las citadas proporciones, el resultado sea inferior al mínimo vigente, caso en el cual la compensación tiene que ser igual al 100% del salario mínimo.

Por su parte, los incisos 5° y 6° del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, al respecto disponen:

“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.

Y después de que se agoté este término y al afiliado se le sigan generando incapacidades sin que aún no se haya recuperado su estado de salud ni se le haya otorgado pensión de invalidez, a través

de la Ley 1573 de 2015 se asignó expresamente esa carga a las EPS indicando que estaría a su cargo el pago de incapacidades laborales que superen los 540 días continuos y autorizándolas para efectuar el respectivo recobro a la entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social, creada también por la misma norma.

De lo anterior puede colegirse que cuando el trabajador se le generen subsidios por incapacidad temporal por accidente o enfermedad común, dichos subsidios se pagarán los 2 primeros días por parte del empleador y a partir del tercer día a cargo de la EPS, a partir del allí y hasta el día 180 las incapacidades serán pagadas por la EPS. Antes de cumplirse el día 120 la EPS debe emitir concepto de rehabilitación y remitirlo al fondo de pensiones antes del día 150. Si el concepto de rehabilitación es FAVORABLE, el fondo de pensiones continuará pagando las incapacidades hasta por un término de 360 días adicionales a los 180 primeros a cargo de la EPS, si el concepto no es FAVORABLE se iniciará el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral dispuesto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, la Ley dispone que, si antes del día 150 de incapacidad la EPS no ha remitido el concepto DE REHABILITACIÓN al fondo de pensiones, la EPS deberá continuar pagando el subsidio por incapacidad, después del día 180 hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

En el caso de autos, la parte actora pretendía el pago de incapacidades entre el 31 de octubre de 2012 hasta el 2 de agosto de 2015. El a quo estimó que la EPS SURA había cumplido su obligación de remitir el concepto de rehabilitación dentro del término oportuno, ya que lo había enviado a ING el 3 de septiembre de 2012 (fl 302), por lo que condenó a PROTECCIÓN S.A. a pagar las incapacidades después del día 181 y hasta el día 540, que se cumplió el 4 de octubre de 2013; sin embargo declaró la prescripción de las causadas con anterioridad al 14 de junio de 2013. Y de otro lado condenó a la EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A. a pagar las incapacidades causadas desde el día 541, es decir, desde el 05 de octubre de 2013 hasta el 02 de agosto de 2015 debidamente indexados.

La EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA manifestó su inconformidad respecto a la orden de asumir las incapacidades posteriores al día 540, indicando que toda vez que estas se causaron con anterioridad a Ley 1753 de 2015 no podía darse aplicación retroactiva, además de que dicha norma fue reglamentada por el Decreto 1333 del 2018 que en su artículo 2.2331 indicó que el reconocimiento de incapacidades superiores a los 540 días a cargo de la EPS se reconocería solamente cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante y que en el caso de autos el concepto fue desfavorable.

Ahora, si bien es cierto que para la época en que se expidieron las aludidas incapacidades a favor del actor, esto es entre el 05 de octubre de 2013 y el 02 de agosto de 2015, no había sido aun expedida la Ley 1753 de 2015 que asignó la responsabilidad del pago de los subsidios por incapacidad superiores al día 540, no significa que este vario normativo o indeterminación legal deba ser asumido por el afiliado, quien por demás es una persona quien se encuentra en un estado de vulnerabilidad por sus condiciones de salud.

Así lo analizó la Corte Constitucional en sentencia T-401 de 2017, al estudiar que sucedía en aquellos casos cuando pese a haberse emitido un concepto desfavorable de recuperación y haberse efectuado la calificación, al afiliado se le determina una pérdida de capacidad laboral interior al 50%, pero pese a esto continua incapacitado porque no puede reincorporarse a la actividad laboral, indicando que:

“Ahora bien, cabe preguntarse ¿qué sucede con el empleado que, a pesar de tener una incapacidad permanente parcial, sigue con problemas de salud de tal índole que le impiden médicamente ejercer su trabajo? Es decir, ¿qué pasa cuando, agotado todo el procedimiento antes relatado, el trabajador no obtiene un porcentaje superior al 50% de pérdida de capacidad laboral, pero aun así continúa recibiendo certificados médicos de incapacidad laboral, pasados los referidos 540 días? Estas preguntas se pueden aclarar desde dos puntos de vista:

El **primero**, apunta a reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado, en especial respecto del **concepto de invalidez**, pues según la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, *“la invalidez es un estado que tiene relación directa con el individuo y con la sociedad en la cual se desenvuelve, el criterio de evaluación debe tener patrones científicos que midan hasta qué punto el trabajador queda afectado para desempeñar la labor de acuerdo con las características del mercado laboral”*.

De lo precedente se puede colegir que una persona que, pese a no considerarse técnicamente en estado de invalidez, sigue incapacitada para trabajar con posterioridad a los 540 días, por motivos atribuibles a la razón primigenia de la incapacidad, debe contar con un mecanismo para reevaluar su porcentaje de habilidad para laborar especialmente en aquellos casos en que el concepto de rehabilitación que le aplica es desfavorable, pues el porcentaje de pérdida de capacidad laboral está íntimamente relacionado con su labor u oficio. Sobre este punto se hará referencia más adelante.

El **segundo** punto de vista está relacionado con la desprotección que enfrenta una persona que recibe **incapacidades prolongadas más allá de 540 días** pues, en principio, no existía una obligación legal de pago de dichos certificados a cargo de ninguna de las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social, con lo cual el trabajador quedaba desprotegido.

Esta situación fue inicialmente descrita por esta Corte mediante sentencia **T-468 de 2010**, en la cual se advirtió que el trabajador se encontraba desprotegido por la ausencia de regulación legal sobre dicha materia, pues no existía claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad. Así mismo, la providencia señaló que la situación empeoraba en aquellos casos en los cuales no resultaba posible el reintegro al cargo, debido a la misma incapacidad del trabajador para reincorporarse a sus funciones.

(...)

30. Con posterioridad a dicho fallo, la Corte profirió la sentencia **T-684 de 2010** en la cual, si bien se hicieron algunas consideraciones en torno al déficit de protección de los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, se decidió negar por improcedente la acción de

tutela debido a que el caso concreto había sido resuelto por una sentencia anterior.

31. Aproximadamente tres años más tarde, la sentencia **T-876 de 2013**, reiteró que existía una desprotección legal en un caso en el cual se perseguía el pago de incapacidades superiores a los 540 días. En esa providencia, esta Corporación estimó que no se vulneraban los derechos fundamentales del tutelante, por cuanto la EPS y la AFP habían pagado las incapacidades respectivas. En consecuencia, negó parcialmente el amparo y ordenó una nueva calificación al entonces accionante.

32. Ahora bien, debido al déficit de protección legal que afrontaron los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, ya sea porque no ha sido calificado su porcentaje de pérdida de capacidad laboral o porque su disminución ocupacional es inferior al 50%, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la **Ley 1753 de 2015** –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, atribuyó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las entidades promotoras de salud (EPS) y radicó en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, para solucionar los dos puntos de vista analizados en los fundamentos jurídicos 28 y 29 de esta sentencia.

(...)

Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 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.

Igualmente, conviene aclarar que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que, se reitera, está en cabeza de las EPS) no se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada.

Con fundamento en esta 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 2015–, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social deberán acatar lo dispuesto en dicho precepto legal.

No obstante, esta Corporación ha ordenado la aplicación retroactiva del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, con base principalmente en el principio de igualdad material ante un déficit de protección previamente advertido por la Corte Constitucional. En esta medida, se ha admitido la aplicación de la citada ley respecto de períodos anteriores a su vigencia, en virtud de poderosas razones constitucionales como lo son: (i) la necesidad de evitar que se genere un trato desigual entre las personas cuyas incapacidades fueron expedidas con anterioridad a la vigencia de la norma en cuestión y aquellas que gozan de certificados de incapacidad emitidos con posterioridad; (ii) que las personas que reclaman el pago de incapacidades superiores a los 540 días continuos no han conseguido reintegrarse a la vida laboral pero tampoco han sido calificados con una pérdida de capacidad laboral definitiva, con lo cual se evidencia su situación de vulnerabilidad que origina especial protección del Estado; y (iii) que aunque la aplicación de la ley impone una carga administrativa a las EPS, dichas entidades tienen permitido repetir ante el Estado por los valores pagados, con lo que se asegura la sostenibilidad económica del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

En el mismo sentido en la sentencia T-144 de 2016 la Corte concluyó que la obligación de reconocer y pagar las incapacidades posteriores al día 540 estaba a cargo de las EPS, en virtud de la Ley 1753 de 2015 y estableció tres reglas para la aplicación de este mandato que, en términos generales, son las siguientes:

(i) existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%; (ii) el deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y (iii) la referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad.

En consecuencia estima la Sala que le asistió razón al a quo en condenar a la EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA a pagar al señor JULIAN ANDRES URREGO los subsidios por incapacidades posteriores al día 540, pues si bien los mismos fueron expedidos con anteriores a la Ley 1753 de 2015, se cumplen con los presupuestos establecidos en las sentencias de la Corte Constitucional para darle aplicación retroactiva, ante el vacío normativo que existía para la época, por lo que se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia en este punto.

De otro lado en cuanto a los intereses moratorios que reclama el demandante se reconozcan los intereses moratorios establecidos en el Decreto 1281 de 2002 sobre los subsidios de incapacidad reconocidos, norma que reza:

ARTÍCULO 4o. INTERESES MORATORIOS. El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Así mismo el Decreto 4023 de 2011 en su artículo 24, norma vigente para la época, disponía:

Artículo 24. *Pago de prestaciones económicas.* A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuara dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.

En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

Parágrafo 1°. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el tramite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002.

Esta norma fue posteriormente reproducida en el Decreto 780 de 2016 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, reiterando los plazos para que las EPS paguen los subsidios por incapacidad y la sanción con intereses moratorios en caso de su incumplimiento.

Así las cosas, estima la Sala que le asiste razón al demandante en que en este caso es procedente condenar a las demandadas al pago de los intereses moratorios, por lo que se REVOCARÁ la sentencia en este punto y en su lugar se CONDENARÁ a PROTECCIÓN y a la EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A. a reconocer y pagar los intereses moratorios del artículo 4 del Decreto 1281 de 2002 sobre los subsidios por incapacidad reconocidos en la presente sentencia, los cuales deberán liquidarse a 15 días después de la solicitud de pago presentada por el demandante y hasta la fecha de pago a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Lo que significa que en el caso de PROTECCIÓN los 15 días hábiles se contarán a partir del 20 de septiembre de 2016, cuando se presentó la solicitud de pago según consta a folio 455 del plenario, por lo que los intereses se deben calcular a partir del **11 de octubre de 2016**. Y para el caso de la EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A. se contabilizaran a partir del **28 de agosto de 2017** cuando solicitó el pago de las incapacidades según consta a folio 90, es decir, que los intereses se calcularán a partir del **18 de septiembre de 2017**.

En consecuencia la sentencia revisada en consulta será CONFIRMA PARCIALMENTE con la MODIFICACIÓN a que se hizo referencia.

Costas en esta instancia a cargo de la EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A. por no haber tenido éxito en el recurso. En esta instancia se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1.160.000.

4. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en el nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

DECIDE

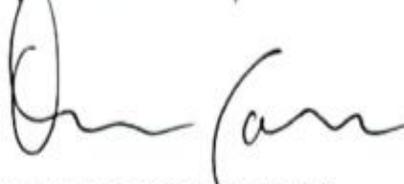
PRIMERO: CONFIRMA PARCIALMENTE la sentencia proferida el 29 de enero de 2021 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por el señor **JULIÁN ANDRÉS URREGO CASTRO**, identificado con c.c. 1.036.602.482, contra **EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A. y PROTECCIÓN S.A.** donde fue llamada en garantía la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo y en su lugar **CONDENAR a PROTECCIÓN y a EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A.** a reconocer y pagar los intereses moratorios del artículo 4 del Decreto 1281 de 2002 sobre los subsidios por incapacidad reconocidos en la presente sentencia, los cuales deberán liquidarse a partir del **11 de octubre de 2016 y del 18 de septiembre de 2017**, respectivamente y hasta la fecha de pago a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de la EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A. por no haber tenido éxito en el recurso. En esta instancia se fijan las agencias en derecho en la suma de \$1.160.000.

Lo anterior se notificará por **EDICTO** que se fijará por la Secretaría por el término de un día.

Los Magistrados
(Firmas escaneadas)



ORLANDO ANTONIO GALLO ISAZA



MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA



MARTHA TERESA FLOREZ SAMUDIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Demandante: **JULIÁN ANDRÉS URREGO CASTRO**
Demandados: **EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A.- PROTECCIÓN S.A.**
Llamada en garantía: **SEGUROS BOLIVAR S.A.**
Radicado No.: **05001-31-05-014-2018-00295-01**
Decisión: **MODIFICA SENTENCIA**
Fecha de la sentencia: **27/09//2023**

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/148> por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibidem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy **28/09/2023** desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario