

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN



Magistrada Ponente:
LAURA JULIANA TAFURT RICO

PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
SENTENCIA	GENERAL N° 40 – SEGUNDA INSTANCIA N° 35
ACCIONANTE	RUBIER RAMÍREZ CASTRO
APODERADO JUDICIAL	VINICIO JOSÉ GARCÍA BOHÓRQUEZ
ACCIONADA	NUEVA EPS Y OTROS
RADICADO	81736-31-84-001-2022-00092-00
TEMAS Y SUBTEMAS	REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL - INCAPACIDADES LABORALES

Aprobado por Acta de Sala **No. 150**

Arauca (Arauca), Veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la *impugnación* interpuesta por **NUEVA E.P.S.**, frente al fallo proferido el quince (15) de marzo de 2022, por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena (Arauca), que *concedió* el amparo del derecho fundamental al mínimo vital pregonado por el señor **RUBIER RAMÍREZ CASTRO**, a través de apoderado judicial, dentro de la acción de tutela que instauró contra **ISMOCOL S.A., NUEVA E.P.S. y la AFP PORVENIR S.A.**

II. ANTECEDENTES

2.1. La tutela en lo relevante

El señor **RUBIER RAMÍREZ CASTRO** desde el 01 de octubre de 2017 a la fecha, se encuentra vinculado laboralmente con la empresa ISMOCOL en el cargo de conductor.

Manifestó que en el 2018 sufrió un accidente laboral, que le generó una discopatía lumbar, fractura del istmo L5 de manera bilateral con *anterolitis* de L5 sobre S1, con dolor persistente en columna lumbosacra.

Desde la ocurrencia del siniestro, ha sido incapacitado de manera continua cumpliendo, para el 26 de febrero de 2020, 182 días de incapacidad, las cuales fueron pagadas por parte del Fondo de Pensiones **PORVENIR S.A.**, y debidamente autorizadas y transcritas por la **NUEVA EPS**, de la siguiente manera:

1. Incapacidad No. 0005895802 del 12/02/2020 hasta el 12/03/2020.
2. Incapacidad No. 0005978104 del 13/03/2020 hasta el 16/03/2020.
3. Incapacidad No. 0005989123 del 19/03/2020 hasta el 17/04/2020.
4. Incapacidad No. 0006010510 del 18/04/2020 hasta el 17/05/2020.
5. Incapacidad No. 0006038190 del 20/05/2020 hasta el 18/06/2020.
6. Incapacidad No. 0007061607 del 28/07/2021 hasta el 26/08/2021.
7. Incapacidad No. 0007144994 del 27/08/2021 hasta el 25/09/2021.
8. Incapacidad No. 0007235570 del 27/09/2021 hasta el 06/10/2021.
9. Incapacidad No. 0007264418 del 07/10/2021 hasta el 05/11/2021.
10. Incapacidad No. 0007345508 del 08/11/2021 hasta el 17/11/2021.
11. Incapacidad No. 0007373048 del 18/11/2021 hasta el 23/11/2021.
12. Incapacidad No. 0007395093 del 24/11/2021 hasta el 23/12/2021.
13. Incapacidad No. 0007482608 del 27/12/2021 hasta el 05/01/2022.
14. Incapacidad No. 0007519689 del 06/02/2022 hasta el 10/02/2022.
15. Incapacidad No. 0007534558 del 11/01/2022 hasta el 09/02/2022.

Con el propósito de que todas las incapacidades fueran pagadas oportunamente, el accionante optó por alternativas tales como reclamaciones, derechos de petición y PQR, los cuales fueron radicados en la **NUEVA E.P.S.** y **PORVENIR S.A.**, sin obtener resultados favorables, como quiera que hasta la fecha no le han sido cancelados los períodos adeudados.

El 03 de enero del 2019, la **NUEVA E.P.S.** emitió concepto de rehabilitación favorable del señor **RUBIER RAMÍREZ CASTRO**, el cual fue notificado el 11 de enero de 2019 a **PORVENIR S.A.**, reiterado el 17 de enero de 2022, lo que originó la negativa de la EPS en seguir pagando las incapacidades, mientras que la AFP aduce que no le corresponde el pago de aquellas que superen los 540 días.

Finalmente indicó el actor que no ha sido calificada su pérdida de capacidad laboral y que no cuenta con ingresos económicos para su subsistencia y la de su familia, ya que el pago de las incapacidades constituye la única fuente de ingresos y su no cancelación ha afectado su mínimo vital pues a la fecha le deben 271 días de incapacidad.

Por lo anterior, solicitó, « se amparen los derechos fundamentales al Mínimo vital, la Salud, Seguridad Social y a la Vida Digna y, en consecuencia, se ordene a la NUEVA EPS o a quien corresponda [...] realizar los pagos correspondientes a las Incapacidades Médicas Temporales comprendidas con posterioridad a los (540 días) y sin que a la fecha se haya emitido Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral por el respectivo Fondo de Pensiones Porvenir S.A.»

2.2. Sinopsis procesal

Presentada la acción constitucional¹, esta fue asignada por reparto al Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena (Arauca), autoridad judicial que mediante auto de 02 de marzo de 2022², la admitió contra **ISMOCOL S.A., NUEVA E.P.S. y PORVENIR S.A.**, corrió traslado de la demanda para el ejercicio de los derechos de contradicción y defensa y vinculó a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA**, a la **ARL COLMENA**, al **MINISTERIO DEL TRABAJO**, a la **JUNTA REGIONAL DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA** y a la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**.

Notificada la admisión, las entidades llamadas al proceso se pronunciaron en los siguientes términos:

2.2.1. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.³

Contestó que, conforme a la certificación expedida por la **NUEVA EPS**, entre el 04 de marzo de 2019 y el 26 de febrero de 2022, el señor **RUBIER RAMÍREZ CASTRO**, completó 540 días de incapacidad.

¹ 1 de marzo de 2022. Cuaderno del Juzgado. 03Acción de Tutela Fl 1.

² Cuaderno del Juzgado. 04 Auto Admisorio.

³ Cuaderno del Juzgado. 06Respuesta Porvenir.

Del mismo modo, que a partir del día “181 y hasta el día 360”, realizó el pago correspondiente a favor del accionante, el cual se relaciona de la siguiente manera:

Datos básicos de la solicitud							
Día 181	2019-03-04	Día 360	2020-02-26	Días Acumulados	297	Fecha CRIE	2019-01-03
Número Radicado	Fecha Inicio	Fecha Fin	Días	Días Acumulados	Valor	Bandeja	Estado
0106523010851400	2019-03-04	2019-03-21	18	18	566460	APROBACIÓN Y PAGO	PAGADO
0106523010897300	2019-03-22	2019-04-20	30	48	944100	APROBACIÓN Y PAGO	PAGADO
0106523010928300	2019-04-22	2019-05-21	30	78	39648	APROBACIÓN Y PAGO	PAGADO
0106523010928300	2019-04-22	2019-05-21	30	78	39648	APROBACIÓN Y PAGO	PAGADO
0106523010961100	2019-05-22	2019-06-20	30	108	56640	APROBACIÓN Y PAGO	PAGADO
0106523010961100	2019-05-22	2019-06-20	30	108	56640	APROBACIÓN Y PAGO	PAGADO
0106523010992900	2019-06-21	2019-07-20	30	138	1000740	APROBACIÓN Y PAGO	PAGADO
0106523011026500	2019-07-22	2019-08-20	30	168	1000740	APROBACIÓN Y PAGO	PAGADO
0106523011077100	2019-08-21	2019-09-04	15	183	500370	APROBACIÓN Y PAGO	PAGADO
0106523011077000	2019-09-06	2019-09-14	9	192	300222	APROBACIÓN Y PAGO	PAGADO
0106523011090600	2019-09-15	2019-10-14	30	222	1000740	APROBACIÓN Y PAGO	PAGADO
0106523011120700	2019-10-15	2019-11-13	30	252	1000740	APROBACIÓN Y PAGO	PAGADO
0106523011142900	2019-11-14	2019-12-13	30	282	1000740	APROBACIÓN Y PAGO	PAGADO
0106523011185500	2019-12-14	2020-01-12	30	312	1000740	APROBACIÓN Y PAGO	PAGADO
0106523011210300	2020-01-13	2020-02-11	30	342	1000740	APROBACIÓN Y PAGO	PAGADO
0106523011259800	2020-02-12	2020-02-26	15	357	500370	APROBACIÓN Y PAGO	PAGADO

Aseguró no tener suma pendiente por cancelar, toda vez que “reconoció las incapacidades radicadas dentro de los 360 días adicionales a los primeros 180 según el límite que expresamente establece la normatividad vigente”⁴.

Citó el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 para señalar que el pago de incapacidades superiores al día 540, no recae en los Fondos de Pensiones, sino a cargo de las entidades promotoras de salud EPS quienes administran los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2.2.2. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SALUD DE ARAUCA (UAESA).⁵

Advirtió que carecía de legitimación en la causa por pasiva por no ser la responsable de la conducta omisiva denunciada por esta vía.

⁴ Cuaderno del Juzgado. 06RespuestaPorvenir. F. 5.

⁵ Cuaderno del Juzgado. 07RespuestaUaesa.

2.2.3. NUEVA EPS.⁶

Informó que el tutelante se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo en calidad de cotizante, y que por oficio del 19 de enero de 2022 dio respuesta a la petición radicada por él, en la que se le indicó que como la “Nueva EPS había emitido concepto de rehabilitación del afiliado el día 03/01/2019 como FAVORABLE y, a su vez, que el día 11/01/2019 le notificó al Fondo de pensiones PORVENIR [...], se informa que no es posible realizar reconocimiento económico de las incapacidades, teniendo en cuenta que es el Fondo de Pensiones mencionado, quien debe asumir el valor de las prestaciones económicas hasta tanto emita la calificación de pérdida de capacidad laboral”⁷.

Explicó que de acuerdo con el Decreto 1352 de 2013 las AFP, previo concepto favorable de rehabilitación, tienen la potestad de postergar la calificación de la pérdida de capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los 180, siempre y cuando pague un subsidio equivalente a la incapacidad que venía percibiendo el afiliado, por lo que para el caso del actor corresponde a **PORVENIR S.A.** pagar las incapacidades posteriores al día 180 y hasta el día 540 y las siguientes a este día estarán en cabeza de la EPS siempre y cuando se cumplan los presupuestos de que trata el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

2.2.4. ISMOCOL S.A.⁸

Expuso que el accionante ha sido incapacitado por los siguientes periodos:

DEL 3 DE SEPTIEMBRE DE 2018	AL 18 DE JUNIO DE 2020
DEL 27 DE ENERO DE 2021	AL 17 DE MARZO DE 2022

Indicó que ha cumplido con el pago de los aportes a la seguridad social del accionante, a quien se le han cancelado las siguientes incapacidades:

⁶ Cuaderno del Juzgado. 08RespuestaNuevaEps.

⁷ Cuaderno del Juzgado. 08RespuestaNuevaEps. F. 3.

⁸ Cuaderno del Juzgado. 09RespuestaIsmicol.

- Para el primer acumulado de incapacidades, se pagaron desde el “22 de agosto de 2018” hasta el 17 de febrero de 2019, es decir del día 1 al 180. Posteriormente, notificó al trabajador del trámite que debía proseguir para que la AFP se hiciera cargo, cumpliéndose el día 540 el 27 de febrero de 2020, primer lapso que se extendió hasta el 18 de junio de 2020.

- Para el segundo acumulado, se cancelaron desde el 27 de enero de 2021 hasta el 24 de septiembre de 2021, cuando se cumplió el día 180. Se notificó al trabajador en los mismos términos que con el primer acumulado.

Por lo anterior, pidió que se declarara improcedente la tutela respecto de esa sociedad, por no ser la responsable del pago de las incapacidades reclamadas por el señor **RAMÍREZ CASTRO**.

2.3. La decisión recurrida

Mediante providencia del quince (15) de febrero de 2022, el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena (Arauca), luego de hacer un recuento fáctico y citar la jurisprudencia aplicable al tema, amparó el derecho fundamental al *mínimo vital* de **RUBIER RAMÍREZ CASTRO** y, en consecuencia, dispuso:

«(...) PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental al mínimo vital del señor RUBIEL RAMIREZ CASTRO, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.115.734.557 expedida en Saravena, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

(...) SEGUNDO: ORDENAR A NUEVA EPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de la presente sentencia si aún no lo ha hecho, RECONOZCA Y PAGUE al señor RUBIEL RAMIREZ CASTRO las incapacidades que se le expidieron desde el día 540 en adelante»

Como eje central de su decisión señaló que el no pago de las incapacidades generadas a partir del día 540 (26 de febrero de 2020), lesiona el mínimo vital del accionante y el de su familia, por lo que de conformidad con la Ley 1753 de 2015 le corresponde a la **NUEVA EPS** asumir el pago de las incapacidades causadas a partir de ese día (540), independientemente que el

fondo de pensiones haya omitido el deber legal de realizarle al actor el examen de pérdida de capacidad laboral.

2.4. La impugnación.⁹

Inconforme con la decisión la **NUEVA E.P.S.** la *impugnó*, por considerar que en el *sub examine* no se tuvo en cuenta la negligencia de la **AFP PORVENIR S.A** quien ha incumplido con sus deberes legales, dado que por virtud del artículo 142 del Decreto 019 de 2012, le remitió el concepto favorable de rehabilitación antes del día 150, correspondiendo al fondo de pensiones el pago de las incapacidades a partir del día 180, y por 360 días más, hasta completar 540, siendo su obligación al finalizar ese periodo calificar la pérdida de capacidad laboral del actor, lo que ha omitido.

Que el afiliado presenta dos periodos continuos de incapacidades, en el primero “*tiene un acumulado de 568 días de incapacidad continua al 18 de junio de 2020, completó 180 días el 20 de mayo de 2019*”, y el segundo, “*tiene un acumulado de 407 días de incapacidad continua al 17 de marzo de 2022, completó 180 días el 27 de julio de 2021*”¹⁰.

Así las cosas, pidió revocar el fallo impugnado y, en su lugar, ordenar a la **AFP PORVENIR** pagar las incapacidades adeudadas al señor **RAMÍREZ CASTRO** hasta tanto emita la calificación de pérdida de la capacidad laboral.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

Es competente este Tribunal para desatar la *impugnación* formulada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del artículo 86 de la Carta Política, en atención al factor *funcional*,

⁹ Cuaderno del Juzgado. 12ImpugnaciónNuevaEps.

¹⁰ Cuaderno del Juzgado. 12ImpugnacionNuevaEPS. F. 3

por cuanto el despacho cognoscente ostenta la calidad de Circuito de este Distrito Judicial, del cual esta Corporación es su superior.

3.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si es procedente ratificar la orden del *a quo* que amparó el derecho fundamental al *mínimo vital* del señor **RUBIER RAMÍREZ CASTRO**, o si, por el contrario, como lo sostiene la **NUEVA E.P.S.**, la llamada a responder por el pago de las incapacidades adeudadas es el fondo de pensiones y cesantías **PORVENIR S.A.**

3.3. Supuestos jurídicos

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con el fin de obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales, si estima que una autoridad pública o un particular los ha vulnerado.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el instrumento de resguardo es procedente en ciertos eventos, siempre que se atienda su carácter eminentemente residual y subsidiario.

Lo anterior conlleva a que las irregularidades en las que presuntamente incurren las autoridades encausadas y por las cuales se aduce la transgresión de derechos fundamentales, deben previamente alegarse o proponerse ante el juez natural, de modo que el interesado agote todos los mecanismos puestos a su disposición en cada escenario procesal, tal como lo dispone el artículo 6.º del Decreto 2591 de 1991.

Es así que, si bien el literal g del artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, que modificó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, establece dentro de las funciones jurisdiccionales que tiene la Superintendencia Nacional de Salud, “*conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador*”, en el presente caso, no se trata de una simple consideración económica, pues la negativa del reconocimiento y pago de las

incapacidades laborales por enfermedad, conlleva una vulneración a los derechos fundamentales del trabajador, cuando se demuestra que éste no tiene ninguna fuente de ingresos distinta al empleo que, precisamente por encontrarse enfermo, no puede ejecutar.

Al respecto, se recuerda que cuando se suscitan controversias entre los afiliados y las entidades de seguridad social, relativas al reconocimiento y pago de incapacidades laborales, la acción de tutela es el instrumento idóneo para proteger las garantías fundamentales del afiliado, dado que en tales eventos la afectación de su estado de salud tiene incidencia directa en otras prerrogativas superiores, como el mínimo vital del afiliado, su subsistencia y la de su familia.

En estos asuntos, la Corte Constitucional en sentencia CC T-008-2018 y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la decisión CSJ STL2564-2020 han determinado que es procedente la tutela. Precisamente, en la última providencia referida, ese Alto Tribunal indicó:

*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 que por regla general constituye su mínimo vital. 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 (énfasis original).*

En virtud de lo anterior, la Sala considera que los medios judiciales ordinarios, como la acción ordinaria ante el juez laboral o el trámite administrativo ante la Superintendencia de Salud, en el presente caso, resultan ineficaces para conjurar la situación de vulneración de derechos fundamentales que padece el tutelante. Ello se sustenta en: (i) el deterioro progresivo y marcado del mínimo vital del accionante, que se evidencia en los aspectos anteriormente mencionados y (ii) su situación de desventaja derivada de sus circunstancias de vulnerabilidad frente a las entidades accionadas que, a su vez, se originan en su situación de salud debido a que, en su caso concreto, la enfermedad ha sido incapacitante por más de 800 días.

3.3.1 La incapacidad como sustituto del salario - pago de incapacidades superiores a 180 días.

El auxilio de incapacidad tiene como finalidad garantizar el mínimo vital al trabajador que se encuentra disminuido en sus capacidades y, a su vez, el de su familia, por el tiempo que sus condiciones de salud le impidan prestar sus servicios.

La Corte Constitucional en su reiterada jurisprudencia ha distinguido tres tipos de incapacidades: i) temporal, la cual se configura cuando el trabajador presenta una imposibilidad transitoria para desempeñar sus labores y aun no se han definido las consecuencias de determinada patología; ii) permanente parcial cuando se presenta una disminución en la capacidad laboral en un porcentaje igual o superior al 5% pero inferior al 50%; y iii) permanente (o invalidez), cuando el afiliado presenta una disminución en su capacidad laboral superior al 50%¹¹.

Cuando la incapacidad es temporal y de origen laboral, la llamada a reconocer la prestación económica desde la ocurrencia del accidente de trabajo o desde el diagnóstico de la enfermedad profesional es la ARL¹² “(...) hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez”¹³.

En lo que respecta a la incapacidad cuyo origen de la contingencia es común, los 2 primeros días estarán a cargo del empleador, del día 3 al día 180 a cargo de la EPS¹⁴, y finalmente el fondo de pensiones la cubre a partir del día 181 hasta el día 540¹⁵, con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, asumiendo en todo caso el pago

¹¹ Sentencias T-020-2021, T-920-2009 y T-161-2019

¹² Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

¹³ Corte Constitucional, sentencias T-490 de 2015, T-693 de 2017, T- 200 de 2017 entre otras.

¹⁴ Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

¹⁵ Artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que el pago de este lapso (del día 181 al día 540) corre por cuenta de la administradora de fondos de pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación¹⁶.

Sobre el particular se advierte que este concepto debe emitirse y enviarse antes del vencimiento de los primeros 150 días de incapacidad. Si la EPS no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto¹⁷.

Ahora bien, como se dijo líneas arriba, la incapacidad temporal se caracteriza esencialmente por la existencia de una patología de la cual no se ha definido su naturaleza; no obstante, ello no afecta el pago de la prestación económica. El parágrafo 3° del artículo 5° de la Ley 1592 de 2012 preceptúa que:

« El pago de la incapacidad temporal será asumido por las Entidades Promotoras de Salud, en caso de que la calificación de origen en la primera oportunidad sea común; o por la Administradora de Riesgos Laborales en caso de que la calificación del origen en primera oportunidad sea laboral y si existiese controversia continuarán cubriendo dicha incapacidad temporal de esta manera hasta que exista un dictamen en firme por parte de la Junta Regional o Nacional si se apela a esta, cuando el pago corresponda a la Administradora de Riesgos Laborales y esté en controversia, esta pagará el mismo porcentaje estipulado por la normatividad vigente para el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, una vez el dictamen esté en firme podrán entre ellas realizarse los respectivos reembolsos y la ARP reconocerá al trabajador la diferencia en caso de que el dictamen en firme indique que correspondía a origen laboral.»

Bajo el anterior derrotero normativo, se puede concluir que la primera calificación asigna una responsabilidad temporal a la ARL en caso de ser laboral, o a la EPS y al fondo de pensiones si es común. De existir controversia sobre el origen, este puede ser modificado por la autoridad competente y en caso de que

¹⁶ Ver entre otras, las sentencias T-097 de 2015, T-698 de 2014, T-333 de 2013, T-485 de 2010 y T-401 de 2017.

¹⁷ Artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

ello suceda, la entidad que pagó las prestaciones económicas podrá repetir contra el verdadero obligado.

Ahora bien, cuando las incapacidades de origen común superan los 540 días, ya sea porque el trabajador no ha sido calificado para establecer su porcentaje de pérdida de capacidad laboral o porque su disminución ocupacional es inferior al 50%, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 atribuyó el pago de dicho subsidio a las Entidades Promotoras de Salud EPS, ello con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado.

En ese sentido, el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018, dispuso que las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedades 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).

En sentencia T-144 de 2016 la Corte Constitucional estableció tres reglas para la aplicación del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, al respecto determinó que:

“(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”

Adicionalmente, el pago de las incapacidades superiores a 540 días no esta sujeto a condición alguna, valga decir, la existencia previa de la calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, porque la omisión en el agotamiento de ese trámite por parte de las respectivas entidades, en manera alguna puede ser asumida por el afiliado que afronta una incapacidad prolongada, dado que haría más gravosa su situación¹⁸.

3.4. Caso concreto

En el caso bajo estudio, el señor **RUBIER RAMÍREZ CASTRO** interpuso acción constitucional por intermedio de apoderado judicial, con la finalidad que se le garantizara la protección a sus derechos fundamentales al *mínimo vital*, a la salud y vida digna, para lo cual solicitó que se ordenara a la **NUEVA EPS** o a quien corresponda, efectuar el reconocimiento y pago de las incapacidades causadas “**con posterioridad a los (540 días)**”, con ocasión al diagnóstico de «*Discopatía Lumbar, fractura de istmo L5 de manera bilateral con anterolitosis de L5 sobre S1, con dolor persistente en columna lumbosacra.*».

El accionante allegó con el escrito de tutela las incapacidades que se enlistan a continuación.

	No. de incapacidad	Fecha de inicio y terminación
1.	0005895802	12/02/2020 a 12/03/2020
2.	0005989123	19/03/2020 a 14/04/2020
3.	0005978104	13/03/2020 a 16/03/2020
4.	0006010510	18/04/2020 a 17/05/2020
5.	0006038190	20/05/2020 a 18/06/2020
6.	0007061607	28/07/2021 a 25/08/2021
7.	0007144994	27/08/2021 a 25/09/2021
8.	0007235570	27/09/2021 a 06/10/2021
9.	0007264418	07/10/2021 a 05/11/2021
10.	0007345508	08/11/2021 a 05/11/2021
11.	0007373048	18/11/2021 a 23/11/2021
12.	0007395093	24/11/2021 a 23/12/2021
13.	0007482608	27/12/2021 a 05/01/2022

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-194 de 2021.

14.	0007519689	06/01/2022 a 10/01/2022
15.	0007534558	11/01/2022 a 09/02/2022

De las pruebas que obran en el expediente se tiene que i) el accionante padece «*espondilolistesis, con tac lumbar con detección de fractura ístmica a nivel de l5 de forma bilateral, ocasionando anterolisis de l5 sbore s1. RMN de columna lumbar con discopatía lumbrosacra difusa sin herniaciones*»¹⁹; ii) que en atención a esas patologías, el médico tratante ha concedido incapacidades continuas a partir del 3 de septiembre de 2018 y hasta el 18 de junio de 2020 y, posteriormente, desde el 27 de enero de 2021 hasta el 17 de marzo de 2022, según certificación expedida el 4 de marzo de 2022 por la NUEVA E.P.S.²⁰; iii) que la sociedad ISMOCOL ha realizado los aportes a la seguridad social a favor del actor durante todo el tiempo que ha estado incapacitado²¹; y iv) que el accionante no cuenta con dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Sobre la interrupción de las incapacidades, resulta oportuno recordar el artículo 13 de la Resolución 2266 de 1998 que define la prórroga de la incapacidad como «... *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*». Asimismo, la Corte Constitucional ha señalado que las interrupciones inferiores a 30 días no rompen la continuidad de un periodo de incapacidad, y en caso de que suceda se debe reiniciar la contabilización de los días de incapacidades continuas²².

Por lo que en este caso, como la interrupción fue mayor a 30 días calendarios, esto es del 18 de junio de 2020 al 27 de enero de 2021, no hay duda sobre la existencia de dos grandes periodos de incapacidades, discriminados así: (i) De 3 de septiembre de 2018 a 18 de junio de 2020 y (ii) De 27 de enero de 2021 a 17 de marzo de 2022.

¹⁹ Cuaderno Juzgado -03Accióndetutela.Pág.98.

²⁰ Cuaderno del Juzgado. 09RespuestaIsmocol. Certificado de Nueva EPS F. 85 y 86

²¹ Cuaderno del Juzgado. 09RespuestaIsmocol F. 163 a 182 y 12ImpugnaciónNuevaEPS. F. 10 a 15

²² Sentencia T-401 de 2017

En el presente asunto el *a quo* en providencia del quince (15) de marzo de 2022 concedió el amparo, en tanto consideró que las incapacidades causadas a favor del accionante tenían continuidad, y que al ser estas superiores a los 540 días su pago debía ser asumido por parte de la **NUEVA E.P.S.**

No obstante, avizora la Sala que el Juzgado no tuvo en cuenta, según quedó visto, la interrupción de las incapacidades ocurrida entre el 18 de junio de 2020 al 27 de enero de 2021, que arroja dos macro periodos, para efectos de establecer con certeza los días de incapacidad adeudados y las entidades de la seguridad social responsables de su pago.

En efecto, del acervo probatorio se extrae respecto del primer periodo que ciertamente fueron sufragadas las incapacidades entre el 3 de septiembre de 2018 y el 3 de marzo de 2019 (180 días)²³; y que **PORVENIR S.A.** pagó las incapacidades causadas entre el 4 de marzo de 2019 (día 181) hasta el 26 de febrero de 2020 (día 539), según certificación expedida por esa misma entidad el 21 de enero de 2022²⁴.

Sin embargo, no obra prueba del pago de las incapacidades que se originaron a partir del 27 de febrero de 2020 (día 540) y hasta el 18 de junio de 2020, fecha en que finalizó el primer macro periodo de incapacidad, por lo que la obligación de su pago recae en la **NUEVA E.P.S.**, por existir concepto favorable de rehabilitación.

En cuanto al segundo periodo, se acreditó el pago de las incapacidades generadas a partir del 27 de enero de 2021 y hasta el 27 de julio de 2021 (Día 180)²⁵, sin que obre prueba del pago de las incapacidades autorizadas entre el 28 de julio de 2021 (día 181) y el 17 de marzo de 2022 (día 407)²⁶, para un total de 227 días posteriores a los 180 días por los que debe responder la **AFP PORVENIR S.A.**, dado que no se han superado los 540 días, según lo explicado en precedencia.

²³ Cuaderno del Juzgado. 09RespuestaIsmocol. F. 29 y 88 a 100.

²⁴ Cuaderno del Juzgado. 03Accióndetutela. F. 134 a 135

²⁵ Cuaderno del Juzgado. 09RespuestaIsmocol. F. 30 y 136 a 148.

²⁶ Cuaderno del Juzgado. 09RespuestaIsmocol. Certificado de Nueva EPS F. 85 y 86

Así, dado el carácter informal de la acción de tutela y como quiera que su objetivo es la materialización efectiva de los prerrogativas fundamentales que estime comprometidas el juez al valorar la situación que se le puso en conocimiento, y a través de ella asegurar la integridad y la supremacía de la Constitución, el juez de tutela está facultado para emitir fallos *extra* y *ultra petita*, es decir, ir más allá con el fin de adoptar las medidas que estime convenientes y efectivas para resguardar todos los derechos que advierta comprometidos, en otras palabras, tiene el deber y la facultad de resolver los asuntos sin que tenga que ceñirse a los elementos fácticos suministrados por el solicitante, a sus pretensiones o a los derechos invocados por éste; la labor de la autoridad judicial no puede limitarse exclusivamente a las pretensiones invocadas por la parte accionante, sino que debe estar encaminada a garantizar el amparo efectivo de los derechos fundamentales²⁷.

En este caso, el actor reclamó expresamente el pago de las incapacidades posteriores a los 540 días sin precisar los intervalos; no obstante, cumplido el traslado de rigor la **AFP PORVENIR S.A.** no demostró que hubiese cancelado las incapacidades derivadas a partir del 28 de julio de 2021 (día 181 del segundo periodo de incapacidades) y hasta el 17 de marzo de 2022 (día 407).

Bajo ese panorama, se modificará la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a la **NUEVA E.P.S**, que en un término máximo de 48 horas hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, si aún no lo ha hecho, pague al señor **RUBIER RAMÍREZ CASTRO** las incapacidades posteriores al día 540, estas son las emitidas desde el 27 de febrero de 2020 y hasta el 18 de junio de 2020 (primer macro periodo).

Por su parte, se ordenará a la **AFP PORVENIR S.A.** que en un término máximo de 48 horas hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, si aún no lo ha hecho, pague al señor **RUBIER RAMÍREZ CASTRO** las incapacidades correspondientes a los periodos comprendidos entre el 28 de julio

²⁷ Corte Constitucional, sentencias T-015 de 2019, T-368 de 2017, SU-195 de 2012, entre otras.

de 2021 y el 17 de marzo de 2022 (incapacidades causadas entre el día 181 y 540 del segundo macro periodo).

Finalmente, se exhortará a la **AFP PORVENIR S.A.** para que proceda a realizar en primera oportunidad el examen de pérdida de capacidad laboral del señor **RUBIER RAMÍREZ CASTRO**, en los términos del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 142 del Decreto 019 de 2012.

IV. DECISIÓN

Por lo expuesto, la **Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca**, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutive de la decisión de primera instancia, proferida el quince (15) de marzo de 2022 por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena (Arauca), en lo relacionado al pago de las incapacidades adeudadas al señor **RUBIER RAMÍREZ CASTRO**, para que el mismo se realice conforme a los siguientes literales:

- a) **ORDENAR** a la **NUEVA E.P.S**, que en un término máximo de 48 horas hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, si aún no lo ha hecho, pague al señor **RUBIER RAMÍREZ CASTRO** las incapacidades posteriores al día 540, estas son las emitidas desde el 27 de febrero de 2020 y hasta el 18 de junio de 2020 (primer macro periodo).
- b) **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** que en un término máximo de 48 horas hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, si aún no lo ha hecho, pague al señor **RUBIER RAMÍREZ CASTRO** el subsidio por incapacidad correspondiente a los periodos comprendidos entre el 28 de julio de 2021 y el 17 de marzo de 2022 (incapacidades causadas entre el día 181 y 540 del segundo macro periodo).

SEGUNDO: EXHORTAR a la a la **AFP PORVENIR S.A.** para que proceda a determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral del señor **RUBIER RAMÍREZ CASTRO**, en los términos del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 142 del Decreto 019 de 2012.

TERCERO: Por secretaría **NOTIFÍQUESE** esta decisión a las partes, **COMUNÍQUESE** al juzgado de conocimiento de la manera más expedita y **REMÍTASE** el expediente en formato digital a la Corte Constitucional para su eventual revisión, según las directrices impartidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada

Salvamento de Voto
ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN



SALVAMENTO DE VOTO

PROCESO:	TUTELA DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
RADICADO	81736-31-84-001-2022-00092-00
ACCIONANTE:	RUBIER RAMIREZ CASTRO
ACCIONADA	NUEVA EPS Y OTROS
M.P.	LAURA JULIANA TAFURT RICO

Tal como lo manifesté en la Sala de decisión realizada; respetuosa de las decisiones de la Sala debo apartarme en esta oportunidad de la aprobada por mayoría, por cuanto considero que debe revocarse el amparo concedido por la primera instancia al señor RAMIREZ CASTRO por improcedente en la medida que no supera el filtro de subsidiariedad, teniendo en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha insistido en el carácter excepcional de la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de derechos de carácter económico derivados de relaciones laborales. Aun cuando se admite una procedencia excepcional, no existe siquiera prueba sumaria que demuestre las condiciones objetivas de quien solicita el amparo a su derecho fundamental al MINIMO VITAL quien afirmó textualmente:

*“OCTAVO:El no pago de los últimos 271 días de incapacidad, las cuales hacen parte del presente escrito, han generado una AFECTACIÓN GRAVISIMA ALMÍNIMO VITAL para mi prohijado, **el de su esposa la señora: YUDY CARRILLO GELVEZ, y su menor hija de edad EVALUNA RAMIREZ CARRILLO a quienes les ha tocado soportar una situación económica indescriptible teniendo que recurrir a préstamos de***

familiares y amigos, quienes durante este tiempo los han ayudado con los gastos y la manutención de su hogar.”

Ni adjunto los documentos que demuestren la existencia de los supuestos miembros de su núcleo familiar, ni prueba de las sumas adeudadas por concepto de préstamos.

Ha dicho la Corte Constitucional, que el principio de la carga de la prueba en materia de la acción de tutela implica, que aquel que instaura este mecanismo de defensa judicial por estimar vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales, tiene la carga procesal de probar sus afirmaciones, sin perjuicio que la misma se invierta cuando existe un estado de indefensión o la imposibilidad fáctica o jurídica que probar los hechos que se alegan.

Sobre el particular podemos apreciar el siguiente pronunciamiento:

El principio “onus probandi incumbit actori” en materia de tutela.

En diversas ocasiones la Corte ha examinado el tema de la carga de la prueba en sede de tutela. Así, en sentencia T-298 de 1993 esta Corporación, con ocasión de una petición de amparo instaurada por un padre, quien pretendía que su hijo fuese desvinculado de las filas del Ejército Nacional, negó la protección judicial demandada con base en las siguientes consideraciones:

“El artículo 22 del mencionado decreto, “el juez, tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo, sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas”. **Pero esta disposición no puede entenderse como una autorización legal para que el juez resuelva sin que los hechos alegados o relevantes para conceder o negar la protección hayan sido probados, cuando menos en forma sumaria dadas las características de este procedimiento. Su determinación no puede ser adoptada con base en el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela.** A esa

conclusión únicamente puede arribar el fallador mediante la evaluación de los hechos por él establecidos con arreglo a la ley y sin desconocer el derecho de defensa de las partes".

Siguiendo con esa misma línea jurisprudencial, la Corte en sentencia T835 de 2000, en el caso de un trabajador, quien alegaba ser víctima de una discriminación en materia salarial en relación con sus compañeros, negó el amparo solicitado por cuanto "Quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación".

Así mismo, en diferentes providencias el Tribunal Constitucional ha estimado que, si bien se pueden amparar transitoriamente los derechos de la mujer embarazada cuando el despido amenace su derecho al mínimo vital o el de su hijo que está por nacer, "**la prueba de la vulneración del mínimo vital se convierte en un elemento indispensable para que el juez constitucional adquiera competencia para decidir un asunto como el que ahora se estudia, pues sin esta condición la jurisdicción competente seguirá siendo la ordinaria**".

En igual sentido, en sentencia T-237 de 2001, la Corte señaló lo siguiente:

"el directo afectado debe demostrar la afectación de su mínimo vital, señalando qué necesidades básicas están quedando insatisfechas, para lograr la protección y garantía por vía de tutela, pues de no ser así, 4 Sentencias T-653 de 1999, T-879 de 1999, T-904 de 1999, entre otras. derechos de mayor entidad, como la vida y la dignidad humana se pueden ver afectados de manera irreparable."

"En este punto, es necesario enfatizar el hecho de que, **no basta hacer una afirmación llana** respecto de la afectación del mínimo vital, sino que dicha aseveración debe venir acompañada de pruebas fehacientes y contundentes de tal afectación, que le permitan al juez de tutela tener la certeza de tal situación.

” Ahora bien, en situaciones muy particulares de especial indefensión, la Corte ha considerado que se invierte la carga de la prueba a favor del peticionario, es decir, que basta con que éste realice una afirmación, teniendo la autoridad pública accionada, o el particular en su caso, el deber de desvirtuarla.

Sabido es que conforme al artículo 86 de la Carta Política, del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional, **la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario**. Dichas características **hacen que esta sólo sea procedente de forma excepcional** como mecanismo: (i) **definitivo**, que opera cuando el presunto afectado no cuenta con otro medio de defensa judicial para la protección de sus derechos fundamentales y, en caso de existir un medio, aquél carece de idoneidad y eficacia para lograr una protección adecuada, oportuna e integral de los derechos invocados en el caso concreto; y (ii) **transitorio**, el cual tiene como objetivo evitar la consumación de un perjuicio irremediable de los derechos fundamentales del accionante en el interregno comprendido entre la presentación de la tutela y el fallo proferido por un juez ordinario. En el evento en que la tutela sea instaurada como mecanismo transitorio, se tendrían que dar las siguientes hipótesis para ser procedente: “(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables.”.

Pero si aceptáramos en gracia de discusión superado el filtro de procedibilidad, debemos admitir que el caso sometido a consideración del Juez constitucional por su complejidad debe ser resuelto ante la jurisdicción ordinaria ya que resulta evidente una confrontación de orden legal entre la EPS y la AFP quienes niegan el pago de los subsidios de incapacidad al actor; cada uno justificando su omisión con sus propias razones como quedó demostrado con las respuestas y los anexos incorporados al trámite tutelar.

Con fundamento en el marco normativo que regula el tema, citado en la ponencia y los criterios jurisprudenciales , tampoco resulta acertada la orden de :

a. **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** que en un término máximo de 48 horas hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, si aún no lo ha hecho, pague al señor **RUBIER RAMÍREZ CASTRO** el subsidio por incapacidad correspondiente a los periodos comprendidos entre el 28 de julio de 2021 y el 17 de marzo de 2022 (incapacidades causadas entre el día 181 y 540 del segundo macro periodo).

La AFP no es la responsable del pago. Recordemos que respecto del periodo comprendido entre el 27 de enero de 2021 al 17 de marzo de 2022, como la EPS ni expidió ni remitió a la AFP Concepto de rehabilitación debe asumir el pago de los subsidios (art. 142 del decreto-Ley 019 de 2012).

Firmado Por:

Elva Nelly Camacho Ramirez

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 02 Única

Tribunal Superior De Arauca - Arauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**2d6e6c022e0d3b54b042059a2986c9c110bbe91475db12672169f
ec988b649ec**

Documento generado en 03/05/2022 04:32:45 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>