



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Asunto: Acción de tutela No. 2021 – 0218
Sentencia Primera Instancia

Fecha: 11 de junio de 2021

De conformidad con lo establecido en el artículo 29 del Decreto Nacional 2591 de 1991, se emite sentencia de primer grado en la actuación de la referencia.

1.- Identificación del solicitante: (Art. 29 Num. 1 D. 2591/91):

Heidy García Hurtado identificada con C.C. No. 52.490.787, quien actúa en nombre propio.

2.- Identificación de quien provenga la amenaza o vulneración: (Art. 29 Num. 2 D. 2591/91):

- a) La actuación es dirigida por la tutelante contra la Nueva EPS.
- b) Fueron vinculadas Thiago y Valentina Consultores SAS, Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., Superintendencia de Salud, Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, Junta Nacional de Calificación de Invalidez, Viva 1 A IPS Barrios Unidos, Ministerio de Salud y de la Protección Social- Fosyga, Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud- ADRES.

3.- Determinación del derecho tutelado: (Art. 29 Num. 3 D. 2591/91):

La parte accionante indica que se trata del derecho fundamental al mínimo vital y el de su núcleo familiar, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social.

4.- Síntesis de la demanda:

- a) *Hechos:* Se manifiesta en el escrito de tutela que, la accionante es cotizante en el régimen contributivo a la Nueva EPS. Desde el año 2016, empezó a sufrir complicaciones de salud, diagnosticándole Discopatía Lumbar. Por lo que le han



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

practicado un bloqueo de columna y se le han expedido las correspondientes incapacidades desde el 11 de abril de 2019 al 11 de febrero de 2020. Las cuales ha radicado para su reconocimiento económico ante la Nueva EPS.

Señala que, la accionada le canceló el reconocimiento económico por incapacidad laboral hasta el día 180, por su parte el Fondo de Pensiones Protección realizó el reconocimiento por 360 días adicionales. Aduce que las incapacidades superiores a los 540 días están a cargo de la Nueva EPS, quien no ha ordenado su pago, afectando su derecho al mínimo vital, en razón a sus gastos y cuidado de sus dos hijos.

- b) *Petición:* Ordenar a la accionada inaplicar la eventualidad de las normas que cita para negar el reconocimiento económico prestacional, tutelando los derechos deprecados y disponiendo el reconocimiento económico del pago de las incapacidades medicas correspondientes a las fechas de 11 de abril de 2019 a 11 de febrero de 2020.

5- Informes: (Art. 19 D.2591/91)

- a) Viva 1A IPS S.A

Manifestó que carece de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que son servicios que corresponden netamente al asegurador, en este caso a Nueva EPS. De igual manera, señala que es importante advertir que la accionante no reclama violación alguna de los derechos fundamentales solicitados en contra de Viva 1A IPS S.A. precisamente por cuanto no incurrió en una conducta constitutiva de vulneración de derechos.

De conformidad con lo anotado, es claro que la IPS no ha incumplido las obligaciones que le son exigibles. Por todo lo anteriormente expuesto, es claro que en el caso puesto de presente no hay existencia de vulneración de derechos fundamentales por parte de Viva 1A IPS S.A., dado que su actuar siempre ha estado enmarcado dentro de las funciones propias que la misma Ley 100 de 1.993., le ha asignado y si se concluye que hubo violación de sus derechos, corresponde a la EPS responder como bien lo señala la ley.

Solicita se deniegue e la Acción de Tutela por improcedente y por estar frente al hecho que Viva 1A IPS S.A., no le ha vulnerado derecho fundamental alguno.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

b) Ministerio de Salud y Protección Social

En relación con los hechos descritos en la tutela, debe señalarse que a ese Ministerio no le consta nada de lo dicho por la parte accionante, el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de salud, sólo es el ente rector de las políticas del Sistema General de Protección Social en materia de salud, pensiones y riesgos profesionales, razón por la cual desconocen los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas.

De otra parte, debe considerarse que las otras Entidades accionadas y/o vinculadas, son entidades descentralizadas que gozan de autonomía administrativa y financiera y sobre las cuales el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene injerencia alguna en sus decisiones ni actuaciones. A su vez, señala que, pese a que el Ministerio de Salud y Protección Social no es el responsable del reconocimiento y pago de las incapacidades médicas es importante precisar que, el auxilio por incapacidad se define como el reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que hacen las Entidades Promotoras de Salud - EPS, a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el tiempo que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual.

Indica que, el reconocimiento y pago de incapacidades por contingencias de origen común, para los afiliados cotizantes es hasta por el término de 180 días a cargo de la EPS. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación por parte de dicha entidad, la Administradora de Fondos de Pensiones - AFP 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 EPS, caso en el cual, se otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía percibiendo, de conformidad con lo previsto en los incisos 5 y 6 del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 20123 , que modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, a su vez modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005.

De igual manera precisa que, el pago de las incapacidades superiores a 540 días le corresponde a las EPS, las cuales podrán recobrar ante la Administradora de los recursos



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES. Argumenta a su vez, lo referente a los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, la falta de legitimación en la causa por pasiva, la ausencia de vulneración de derechos fundamentales por el Ministerio de Salud y solicita se declare la improcedencia de la acción contra esta entidad.

c) Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca

Informó que, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá fue requerida por la entidad Protección para resolver controversia por calificación proferida en dicha entidad, en consecuencia, en primera instancia se emitió Dictamen No 52490787 el 18 de junio de 2020, mediante el cual calificaron los diagnósticos trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía, obesidad no especificada y otras poliartrosis, con una Pérdida de Capacidad Laboral de 34.7%, de Origen Enfermedad Común.

Contra el aludido dictamen, ninguna de las partes interpuso recursos, en consecuencia, la calificación quedó en firme. De igual manera, señala frente a las pretensiones que la acción de tutela va encaminada al reconocimiento de prestaciones económicas, como lo es el reconocimiento de pensión de invalidez, lo cual se trata de circunstancias ajenas a las competencias de las Juntas de Calificación de Invalidez que no es otra que a través de un procedimiento técnico especializado realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral, la determinación del origen y la fecha de su estructuración, acorde con lo que sea requerido.

Por las razones expuestas, solicitó desvincular de la presente Acción de Tutela a la Junta Regional de Bogotá y Cundinamarca por cuanto en ningún momento ha vulnerado derecho fundamental al accionante.

d) Nueva EPS S.A.

Informó que, una vez revisada la base de afiliados de Nueva EPS, se estableció que Heidy García Hurtado CC 52490787 se encuentra en estado activo en el régimen contributivo. De igual manera que en concepto rendido por el área técnica se manifestó “*Afiliado que presento 247 días de incapacidad continua al 22 de mayo de 2018, interrupción para el*



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

periodo del 23 de mayo de 2018 al 22 de junio de 2018. Posterior a la interrupción presento 495 días de incapacidad continua al 11 de febrero de 2020. Presenta una PCL inferior al 50%, razón por la cual no aplica la autorización del pago de incapacidades teniendo en cuenta que si la pérdida de capacidad laboral es calificada entre el 5% y el 49.9% se adquiere el status de Afiliado Incapacitado Permanente Parcial de acuerdo a lo establecido en el literal b del artículo 2 del Decreto 917 de 1999.

Por lo anterior es necesario que se inicie un proceso de reintegro laboral para garantizar el mínimo vital, tal y como lo establece la legislación en vigencia para las personas que se les ha definido una IPP (incapacidad permanente parcial), proceso que se deberá realizar a través del médico especialista en salud ocupacional o en seguridad y salud en el trabajo de su empresa o de la IPS que tenga contratada para realizar el examen médico ocupacional periódico o post-incapacidad, en cumplimiento al programa de salud ocupacional o sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo, subprograma medicina preventiva y del trabajo. Lo anterior con el objeto de lograr la readaptación y/o reubicación laboral, que de acuerdo a las resoluciones 2346 de 2007 y 1918 de 2009, son a cargo del empleador.(...)”

A su vez, realizó precisiones sobre el termino de inmediatez de la acción de tutela, la improcedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos de contenido económico, reglas sobre reconocimiento de incapacidades con relación al responsable de su pago, improcedencia de la acción de tutela por ser de carácter residual o transitorio, respecto de las prórrogas a las incapacidades, el procedimiento de transcripción de incapacidades.

Solicita, por último, denegar la acción de tutela o en su defecto desvincular a la EPS. Subsidiariamente de accederse al amparo revisar si se efectuaron los pagos a seguridad social de manera oportuna, so pena de ordenar el pago de la mora. A su vez, ordenar el recobro a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

- e) Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Indicó el marco normativo del ADRES, así mismo, hizo manifestaciones sobre los derechos presuntamente vulnerados y la falta de legitimación en la causa por pasiva. De otra parte, precisa lo atinente al régimen de reconocimiento y pago de incapacidades y el pago de las incapacidades superiores a 540 días.

Frente al caso concreto señala que, de acuerdo con la normativa expuesta, es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, el pago de incapacidades superiores a 540 días, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

Sin perjuicio de lo anterior, en atención al requerimiento de informe del H. Despacho, es preciso dejar en claro que el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y el Decreto 1333 de 2018 establecen de forma precisa qué entidades deben asumir el pago de las incapacidades, teniendo en cuenta la duración de esta. En este punto se reitera, dicha carga legal no está en cabeza de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

Debe ponerse de presente que, con fundamento en lo establecido en el artículo 6 de la Resolución 6411 de 2016, la ADRES reconoció y liquidó a las EPS, por cada afiliado cotizante al régimen contributivo, a partir del proceso de compensación del mes de octubre de la vigencia 2017, 3 puntos adicionales al 0.35% que se venía reconociendo desde enero por concepto de provisión de incapacidades por enfermedad general, incremento que se justifica en el riesgo que el legislador atribuyó a las EPS en el segundo literal a) del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Por último, respecto al pago de incapacidades superiores a 540 días, el Decreto 1333 de 2018 estableció como obligación de las EPS el reconocimiento y pago de las mismas: i) cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico; ii) 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



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

atención y las recomendaciones del médico tratante; iii) cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prologuen el tiempo de recuperación del paciente. De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, las EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541). El valor de dichos pagos está a cargo del porcentaje adicional ya reconocido por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, de acuerdo con el artículo 6 de la Resolución 6411 de 2016.

Solicita, por último, negar el amparo solicitado por la accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales de la actora, y en consecuencia desvincular a esa Entidad del trámite de la presente acción constitucional. Igualmente, abstenerse de otorgar facultades de recobro a la EPS por los valores cancelados por las incapacidades superiores a 540 días, en consideración a que esta Entidad, atendiendo la obligación derivada del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, ha venido girando en oportunidad un porcentaje mayor de recursos a todas las EPS, incluida la accionada, para efectos de que asuman ese tipo de riesgos.

6.- Pruebas:

Las documentales existentes en el proceso.

7.- Problema jurídico:

¿Existe vulneración a los derechos de la accionante por cuenta de las entidades convocadas, con ocasión del no pago de las incapacidades laborales que le fueron expedidas?

8.- Fundamentos de derecho:

a.- Fundamentos de derecho: Preciso la Corte Constitucional en lo referente al pago de las incapacidades en sentencia T – 161 de 2019 que:

“...El pago de incapacidades laborales es un sustituto del salario. Reiteración de jurisprudencia



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

“... El Sistema General de Seguridad Social establece la protección a la que tienen derecho aquellos trabajadores que, en razón a la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad de origen común, se encuentran incapacitados para desarrollar sus actividades laborales y, en consecuencia, están imposibilitados para proveerse sustento a través de un ingreso económico. Dicha protección se materializa mediante diferentes figuras tales como: el pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilio y pensión de invalidez contempladas todas estas, en la Ley 100 de 1993[71], Decreto 1049 de 1999, Decreto 2943 de 2013[72], la Ley 692 de 2005, entre otras disposiciones.

Las referidas medidas de protección buscan reconocer la importancia que tiene el salario de los trabajadores en la salvaguarda de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. Así lo ha sostenido esta Corporación al referirse particularmente a la incapacidades, estableciendo que el procedimiento para el pago de las mismas se han creado “(...) en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada”[73]

Bajo esa línea, la Corte mediante sentencia T-490 de 2015 fijó unas reglas en la materia, señalando que:

“i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;

ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.”

En consecuencia, durante los periodos en los cuales un trabajador no se encuentra en condiciones de salud adecuadas para realizar las labores que le permitan devengar el pago de su salario, el reconocimiento de incapacidades constituye como una garantía de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. **De allí, que la Corte reconozca que sin dicha prestación, se presume la vulneración de los derechos en mención**[74].

6. Marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días. Reiteración de jurisprudencia.

Conforme fue expuesto en precedencia, el Sistema General de Seguridad Social contempla, a través de diferentes disposiciones legales[75], la protección a la que tienen derecho los trabajadores que, con ocasión a una contingencia originada por un accidente o una enfermedad común, se vean limitados en su capacidad laboral para el cumplimiento de las funciones asignadas y la consecuente obtención de un salario que les permita una subsistencia digna.

Respecto de la falta de capacidad laboral. La Corte ha distinguido tres tipos de incapacidades a saber : (i) temporal, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) permanente parcial, cuando se presenta una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) permanente (o invalidez), cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%[76]. Sobre el particular, la propia jurisprudencia ha precisado que las referidas incapacidades pueden ser de origen laboral o común, aspecto que resulta particularmente relevante para efectos de determinar sobre quién recae la responsabilidad del pago de las mismas, como se explicará a continuación.

6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen laboral



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

En cuanto a las incapacidades por enfermedad de origen laboral, el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013[77] dispone que las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL- serán las encargadas de asumir el pago de aquellas incapacidades generadas con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico[78].

El pago lo surtirá la ARL correspondiente “(...) 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”[79]

6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen común

Respecto del pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, es preciso empezar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001[80], el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabajador percibirá durante ese lapso. Así, cuando se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un auxilio económico y cuando se trata del día 181 en adelante se estará frente al pago de un subsidio de incapacidad.

Ahora bien, en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

i. Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005[81] para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS[82].

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto[83].

Así las cosas, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia.

iv. Ahora bien, en cuanto al pago de las incapacidades que superan los 540 días, cabe mencionar que hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional reconocía la existencia de un déficit de protección respecto de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días. Al respecto, esta Corporación mediante sentencia T-468 de 2010[84] advirtió lo siguiente:

“(…) aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son generosas, esta Sala repara en el hecho de que no existe legislación que proteja al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días. Son muchos los casos en que las dolencias o las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común que obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y por tanto, tampoco nace el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir.” Agregó que “En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

legal en la materia, ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad, situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de Protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo.”

6.1.1 En ese orden, el Gobierno Nacional, expidió la Ley 1753 de 2015[85] mediante la cual buscó dar una solución a al aludido déficit de protección. Así, dispuso en el artículo 67 de la mencionada ley, que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas “[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.”[86]. Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS.

6.1.2 Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte ha reiterado que, a partir de la vigencia del precitado artículo 67 de Ley 1753 de 2015[87], en todos los casos en que se solicite el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad superior a 540 días, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social están en la obligación de cumplir con lo dispuesto en dicho precepto legal, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado[88].

6.1.3 Bajo esta línea, este Tribunal mediante sentencia T-144 del 2016[89] conoció el caso de una ciudadana que, como consecuencia de un accidente de tránsito, sufrió varias fracturas que le provocaron incapacidades de más de 540 días, cuyo dictamen de Calificación de Invalidez no superaba el 50% de PCL. En dicha oportunidad, la Sala Quinta de Revisión 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. Lo anterior, tras considerar que:

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

De igual manera, por medio de la Sentencia T-144 de 2016 la Corte estableció tres reglas para la aplicación del artículo 67 de la Ley 1753 en caso análogos como el que fue objeto de revisión, 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”.[90]

6.1.4 Seguidamente, mediante la Sentencia T-200 de 2017, la Sala Novena de Revisión al estudiar un proceso acumulado de dos acciones de tutela en los que se habían prescrito incapacidades ininterrumpidas que sumaban más de 540 días, sin que los actores pudieran acceder a una pensión de invalidez, indicó que las autoridades accionadas no pueden sustraerse de su obligación de cancelar las incapacidades médicas cuando superan los 540 días alegando falta de legislación que regule la materia, pues con la expedición de la Ley 1753 de 2015 se superó el déficit de protección que había sido evidenciado por la jurisprudencia constitucional con anterioridad a su vigencia.

En ese orden, resolvió amparar los derechos fundamentales de cada uno de los accionantes reiterando que “(...) las incapacidades que superen los 540 días para personas que no han tenido una pérdida de



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

capacidad laboral igual o superior al 50%, deben ser asumidas por las entidades promotoras de salud en donde se encuentren afiliados los reclamantes”[\[91\]](#).

Sobre el particular, cabe indicar que través de la aludida providencia T-200 de 2017 se sintetizó el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común de la siguiente manera[\[92\]](#):

<i>Periodo</i>	<i>Entidad obligada</i>	<i>Fuente normativa</i>
<i>Día 1 a 2</i>	<i>Empleador</i>	<i>Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013</i>
<i>Día 3 a 180</i>	<i>EPS</i>	<i>Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013</i>
<i>Día 181 hasta un plazo de 540 días</i>	<i>Fondo de Pensiones</i>	<i>Artículo 52 de la Ley 962 de 2005</i>
<i>Día 541 en adelante</i>	<i>EPS</i>	<i>Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015</i>

6.1.5 En suma, es claro que, atendiendo a lo previsto por la jurisprudencia constitucional en la materia, el origen de la incapacidad constituye un parámetro determinante para establecer cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene a su cargo la obligación de pagar las incapacidades, atendiendo a los diferentes parámetros de temporalidad que operan en los casos de enfermedades de origen común.

6.1.6 Con todo esto, se advierte que aun cuando el desarrollo normativo y jurisprudencial previo al año 2015, reconocía la existencia de un déficit de protección para los trabajadores que eran incapacitados por más de 540 días, el artículo 67 de la Ley 1573 de 2015 supero dicha problemática, al menos mientras se encuentre vigente[\[93\]](#)...”

b.- Verificación de requisitos generales para el caso concreto: En lo referente a **legitimación en la causa**, se evidencia que la accionante esta actuado en causa propia, siendo un sujeto de especial protección constitucional y quien profesa la presunta afectación de sus derechos fundamentales.

En el apartado de **subsidiariedad** se observa que el mismo se encuentra cumplido, en tanto la acción de tutela resulta un mecanismo idóneo para lo pretendido, como es *el pago del auxilio por incapacidad que garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de salud y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permitirá “recuperarse satisfactoriamente (...) 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, ... Por lo anterior, reiteradamente la jurisprudencia constitucional ha señalado que “los mecanismos ordinarios instituidos para [reclamar el pago del auxilio por incapacidad], no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza”,* como ha sido precisado por la Corte Constitucional.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

c.- Caso concreto: Según las pruebas que obran en el legajo adosadas por la accionante, se pretende se ordene el pago de las incapacidades médicas comprendidas entre el 11 de abril de 2019 y el 11 de febrero de 2020.

Ha señalado la jurisprudencia constitucional en sentencia citada en líneas anteriores, que cuando la capacidad laboral de un individuo se ve afectada ya sea por la ocurrencia de una enfermedad o un accidente de trabajo de cualquier origen, el Sistema de Seguridad Social integral conformado por los regímenes de salud, pensiones y riesgos laborales, debe garantizar las prestaciones asistenciales y económicas al afiliado. El origen podrá ser laboral o común, dependiendo de si estas estuvieron relacionadas o no con factores de riesgo propios de la actividad laboral¹.

Cuando la enfermedad o accidente sea de origen laboral, las prestaciones económicas y asistenciales le corresponderán a las Administradoras de Riesgos Laborales. De otra parte, cuando sean de origen común, estarán a cargo del empleador en un primer momento, de las Entidades Promotoras de Salud en un segundo periodo y finalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones. El origen del accidente o enfermedad se determinará en primera medida por las entidades encargadas del Sistema de Seguridad Social Integral, no obstante, si alguna parte no está conforme con el contenido de este, dicha inconformidad será presentada ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez².

Así las cosas, ha de señalarse que, de acuerdo con la citada jurisprudencia, las incapacidades de origen común que superen los 180 días corren a cargo de la Administradora de Fondo de Pensiones en la que este afiliado el trabajador, exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación. El concepto debe ser emitido por las EPS antes del día 120, remitido a su vez a la AFP antes del día 150. De no cumplirse estos plazos la ESP asumirá el pago desde el día 181 y hasta que se emita el concepto en mención. La AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, y después del día 541 a la EPS.

Así las cosas, revisados los antecedentes del caso, entre estos las pruebas anexadas al libelo tutelar, se advierte que, las incapacidades reclamadas en este asunto son las superiores al

¹ T – 140 de 2016.

² Ibídem.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

día 540, por lo que resulta claro que conforme la jurisprudencia constitucional a quien le corresponde el pago de las incapacidades a partir del día 540, es a la EPS.

Ahora bien, atendiendo las manifestaciones presentadas, se indica que no se cumple el requisito de inmediatez. Frente a este particular la Corte Constitucional ha precisado “*No existen reglas estrictas e inflexibles para determinar la inmediatez en la solicitud de tutela. Su apreciación se fundamenta en la valoración de las circunstancias del caso, para derivar razones justificatorias de la “inactividad” de quien pide la protección de sus derechos fundamentales. Entre otras, la jurisprudencia unificada de esta Corporación ha considerado las siguientes, como razones válidas^[15]: (i) la especial situación personal del tutelante; (ii) si la vulneración de los derechos fundamentales, presumiblemente, se extiende en el tiempo; (iii) la entidad de la vulneración alegada; (iv) la actuación de la persona o ente contra la que se dirige la tutela; y (v) los efectos de la eventual protección de los derechos...*”³.

De tal manera, encuentra este Despacho que, pese al tiempo transcurrido, la accionante goza del derecho al reconocimiento de las incapacidades que le fueron expedidas, extendiéndose en el tiempo la vulneración de sus derechos por la negativa de pago. De igual forma, la tutelante es una persona que profesa afectación a su salud, encontrándose en tratamientos médicos, con dificultades económicas y dos hijos menores de edad. Es a su vez, importante acotar para el examen del requisito de inmediatez que, en el último año el país se ha encontrado en emergencia sanitaria, lo que ha dificultado el acceso de los ciudadanos a muchos tramites y peticiones. Corolario de ello, ante las situaciones descritas el Despacho entiende satisfecho el requisito de inmediatez.

Consecuencia de lo señalado, se ordena a la Nueva EPS el pago de las incapacidades deprecadas y adosadas al expediente, cuales son las de los periodos comprendidos entre el 11/04/2019 al 10/05/2019, 17/05/2019 al 15/06/2019, 18/06/2019 al 17/07/2019, 18/07/2019 al 16/08/2019, 20/08/2019 al 18/09/2019, 26/09/2019 al 25/10/2019, 26/11/2019 al 25/12/2019, 30/12/2019 al 12/01/2020, 29/01/2020 al 11/02/2020. Por último, en lo que referente a la pretensión de recobro peticionada por la EPS ante el ADRES, debe señalarse que la dicha orden ha de ser negada, en tanto la EPS cuenta con los mecanismos administrativos para presentar dicha solicitud.

³ T- 380 de 2017.



Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

Carrera 10 No 14 – 15 piso 15 – Telefax: 282 0030 – Bogotá – Colombia
Correo: ccto17bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

En consecuencia, el Juzgado Diecisiete (17) Civil del Circuito de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER la acción de tutela impetrada por **HEIDY GARCÍA HURTADO** identificada con C.C. No. 52.490.787, quien actúa en nombre propio, contra la **NUEVA EPS**, representante legal o quien haga sus veces, por los argumentos esbozados en la parte considerativa.

SEGUNDO: ORDENAR a la **NUEVA EPS**, representante legal o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta decisión, proceda a reconocer y pagar las incapacidades prescritas a la accionante **HEIDY GARCÍA HURTADO** identificada con C.C. No. 52.490.787, comprendidas entre los periodos del 11/04/2019 al 10/05/2019, 17/05/2019 al 15/06/2019, 18/06/2019 al 17/07/2019, 18/07/2019 al 16/08/2019, 20/08/2019 al 18/09/2019, 26/09/2019 al 25/10/2019, 26/11/2019 al 25/12/2019, 30/12/2019 al 12/01/2020, 29/01/2020 al 11/02/2020.

TERCERO: No emitir orden respecto de las demás entidades accionadas y vinculadas.

CUARTO: NOTIFICAR lo aquí resuelto a las partes por el medio más expedito y eficaz de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional para eventual revisión, en el evento que no se impugne la presente decisión.

NOTIFÍQUESE,

CESAR AUGUSTO BRAUSÍN ARÉVALO

JUEZ

PZT