



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
Rama Judicial del Poder Público  
**JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**

Medellín, ocho (8) de abril de dos mil veintiuno (2021)

<b>PROCESO:</b>	ACCIÓN DE TUTELA
<b>RADICADO:</b>	05001-31-05-007- <b>2021-00134-00</b>
<b>PROVIDENCIA:</b>	SENTENCIA DE TUTELA No. 0141
<b>ACCIONANTE:</b>	JOHN MARIO DURANGO TORO CC N° 71.636.638
<b>ACCIONADAS:</b>	EPS SURA Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
<b>DERECHOS INVOCADOS:</b>	MÍNIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL, LA FAMILIA Y LA SALUD
<b>DECISIÓN:</b>	CONCEDE

JOHN MARIO DURANGO TORO identificado con CC No.71.636.638, con base en la facultad que le otorga el artículo 86 de la Constitución Política y su Decreto Reglamentario 2591 de 1991, promovió acción de tutela con el fin de que se le protegieran sus derechos constitucionales al mínimo vital, a la dignidad humana, la salud y a la seguridad social que consideró vulnerados por la EPS SURA y de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES COLFONDOS, en cabeza de NATHALIA VELÁSQUEZ CORREA y JUAN MIGUEL VILLA LORA respectivamente, o por quienes hagan sus veces, por los hechos contenidos en solicitud allegada el 19 de marzo de 2021.

### HECHOS

Manifestó el accionante que se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud, adscrito a la EPS SURA. Que desde el mes de agosto del año 2020 padece

de FALTA DE CONSOLIDACIÓN DE FRACTURA (SEUDOARTROSIS), lo que le ha generado incapacidades a partir del 12 del citado mes y año hasta la fecha, las cuales suman en su totalidad 210 días.

Arguye que una vez expedidas las sendas incapacidades por enfermedad general las ha presentado ante la EPS SURA para la respectiva transcripción, con el objeto de ser reportadas; sin embargo, ninguna de ellas le ha sido cancelada, adeudando a la fecha las siguientes:

<b>Certificado de incapacidad No.</b>	<b>Periodo de incapacidad</b>	<b>Fecha de duración</b>
0-27398736	12/08/2020 al 10/09/2020	30
0-27779053	11/09/2020 al 10/10/2020	30
0-27935007	11/10/2020 al 9/11/2020	30
0-28083965	10/11/2020 al 9/12/2020	30
0-28298212	10/12/2020 al 8/01/2021	30
0-28565308	9/01/2021 al 7/02/2021	30
0-28829803	8/02/2021 al 9/03/2021	30

Que, como consecuencia de su tratamiento médico, para el día 15 de enero de 2021 sus incapacidades suman un total de 180 días acumulados, lo que se desprende del certificado de récord de incapacidades adosado.

Afirma el afectado que la EPS accionada dentro de la comunicación informativa enviada manifestó que a partir del día 181 no generarían la respectiva prestación económica, aclarando que desde el mes de agosto pasado cuando se comenzaron a generar sus incapacidades SURA no ha cancelado ninguna de ellas.

Dice que dentro del concepto de rehabilitación que la EPS en mención realizó el 24 de julio de 2020, se emitió pronóstico desfavorable de recuperación; ello aunado

a que por falta del reconocimiento y pago de las incapacidades, las entidades accionadas están vulnerando sus derechos fundamentales, generando con esta conducta una afectación trascendental al mínimo vital de manera directa tanto a él como a su grupo familiar, debido a que en razón a su estado de salud y por encontrarse aún en tratamiento médico, le es imposible retomar su actividad laboral, generándose un déficit económico significativo.

Pretende el accionante que sean tutelados sus derechos constitucionales al mínimo vital, a la seguridad social, la familia y a la salud, y en tanto, que se ordene a las entidades accionadas, EPS SURA y COLPENSIONES el pago de las incapacidades generadas a partir del 12 de agosto de 2020 hasta el 9 de marzo de 2021, y de todas aquellas que sean expedidas por los médicos tratantes.

### **ACTUACIÓN DEL DESPACHO**

Por reunir los requisitos descritos en el Decreto 2591 de 1991, la acción constitucional antes descrita se admitió por auto del 19 de marzo de 2021, y por oficios emitidos en la misma fecha, se notificó a las entidades accionadas, a quienes además se le solicitó brindar la información pertinente sobre el asunto que nos convoca.

### **POSICIÓN DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS**

La **EPS SURA** a través de su Representante legal Jurídica, VERÓNICA VELÁSQUEZ ZULUAGA esbozó, en síntesis, que el accionante, señor JOHN MARIO DURANGO TORO se encuentra afiliado al Plan de Beneficios de Salud (PBS) de esa EPS en calidad de cotizante activo, teniendo derecho a cobertura integral. Que éste registra en el sistema de información de la entidad varios acumulados de incapacidades en forma discontinua, las cuales se registran pendientes de pago al empleador en calidad de independiente debido a que se presenta un estado de cuenta pendiente por solucionar con la EPS, presentando mora por en el pago por el período de 08-2020.

Esgrime que el pago de incapacidades o licencias debe dirigirse al empleador según lo señalado en la Circular Externa No. 011 de 1995 de la Superintendencia de Salud y el artículo 311 del Decreto 1818 de 1996, los cuales indican que el pago de las prestaciones económicas las debe realizar el empleador del afiliado cotizante en la periodicidad de la nómina, toda vez que es con éste que se presenta un vínculo laboral y no con la EPS.

Por lo anterior solicitan, al verificarse ausencia de violación de algún derecho

fundamental, negar la acción de tutela por falta de presupuestos para la procedencia de la acción, y consecuencialmente declarar su improcedencia.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** pese a haberse notificado en debida forma no rindió informe dentro del plazo correspondiente, por lo que de contera se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, habida cuenta que no se estima necesaria otra averiguación previa. Lo anterior en atención a lo dispuesto en el artículo 20 del decreto 2591 de 1991.

### **PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO**

El problema jurídico a resolver, consiste en determinar si las entidades accionadas vulneraron o no los derechos invocados por el actor al no cancelar la totalidad de las incapacidades generadas en virtud de su patología, así como establecer cuál de ellas es la responsable de cancelarlas al no emitir el concepto de rehabilitación y además la calificación de pérdida de capacidad laboral.

### **ACERVO PROBATORIO**

**ACCIONANTE:** Aportó en copia.

- Cédula de ciudadanía
- Historia de incapacidades
- Comunicación informativa sobre días de incapacidad
- Extracto de semanas cotizadas a pensiones – Colpensiones
- Concepto médico de rehabilitación
- Historia clínica emitida por el Hospital San Vicente Fundación
- Historia clínica emitida por la Clínica el Rosario
- Incapacidades emitidas por la EPS SURA

**ACCIONADA – EPS SURA:** Aportó en copia.

- Certificado de Existencia y representación Legal
- Información de afiliación
- Estado de cuenta

**ACCIONADA – COLPENSIONES:**

No se pronunció frente a la acción impetrada en su contra y por ende no portó medio probatorio alguno.

- **Procedencia de la Acción de Tutela:**

El Despacho verificó el cumplimiento del presupuesto de legitimidad por activa, referente a la posibilidad de que toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular. Ello conforme lo indica el artículo 86 de la Constitución Política, y en consonancia con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991. Así mismo, se verificó, la legitimación por pasiva, entendida como *"la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, una vez se acredite la misma en el proceso"*, según sentencias de la Corte Constitucional T-373 de 2015; y la Sentencia T-098. Y conforme el menciona articulado constitucional, en especial el 1º y 42 del Decreto 2591 de 1991, en tanto que la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública, razón por la cual también se cumple con este requisito en la presente acción.

- **Legitimación por activa**

Según el artículo 86 de la referida disposición superior, la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario, al que puede acudir cualquier persona cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares en los casos señalados en la ley. Conservando el sentido de este mandato constitucional, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, " Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política", precisa lo siguiente:

*La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales".*

Con base en las referidas disposiciones, se concluye que la presente acción de tutela cumple con el requisito de la legitimación en la causa por activa, en la medida en que el accionante John Mario Durango Toro presentó la acción de amparo en nombre propio como presunta afectado en sus derechos fundamentales.

- **Legitimación por pasiva.**

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva en la acción de tutela, los artículos 5º, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991, prevén que esta se puede promover contra todas las autoridades públicas y, también, contra los particulares que estén encargados de la prestación de un servicio público, o, respecto de quienes el solicitante se halle en situación de subordinación e indefensión.

Bajo esta premisa, considera esta Despacho que la acción de tutela cumple con este requisito, en cuanto va dirigida contra: *i*) la EPS SURA, entidad encargada de la prestación de un servicio público, como lo es, la salud, y *ii*) Colpensiones, quien administra los recursos propios del régimen pensional.

Adicionalmente, la accionada está legitimada en razón a que a ella se le atribuye la afectación de los derechos fundamentales cuya protección se reclama.

- **Subsidiariedad.**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 y la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la materia, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario. Por lo anterior, solo procede como mecanismo de protección definitivo (*i*) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; o (*ii*) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales invocados, a la luz de las circunstancias del caso concreto. Además, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, el accionante deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela y la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

La Corte Constitucional ha sostenido, que el medio de defensa judicial resulta ser idóneo cuando es materialmente *apto* para producir el efecto protector de los

derechos fundamentales, y efectivo, cuando está diseñado para brindar una protección *oportuna* a los derechos amenazados o vulnerados.

De acuerdo con el sistema normativo colombiano, los recursos ordinarios aptos para ventilar las pretensiones de índole económico, específicamente las tendientes a obtener el pago del subsidio de incapacidades laborales son, la solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, en virtud de su función jurisdiccional, o en su defecto, la acción laboral ante el juez natural de la jurisdicción ordinaria.

El primer recurso se activa ante la Superintendencia Nacional de Salud, en razón a la función jurisdiccional a ella conferida por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado y modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, en concordancia con el artículo 116 de la Constitución Política, con el fin de garantizar el derecho a la salud de manera efectiva a los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. De acuerdo con las referidas disposiciones, la Superintendencia Nacional de Salud puede conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez en determinados asuntos, siendo uno de ellos el "*conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador*".

De conformidad con las disposiciones señaladas, el procedimiento para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia: *i) es "preferente y sumario", ii) se debe llevar a cabo "con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción", y iii) reviste de las siguientes características: (a) inicia con una solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, en la cual se debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante; (b) la solicitud misma y su presentación no requiere de ninguna formalidad o autenticación, ni es necesario actuar mediante apoderado; (c) puede ser presentada mediante memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual la ley establece que se gozará de franquicia; (d) en el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalece la informalidad y la Superintendencia debe ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes para lograr la efectiva protección del usuario; (e) dentro de los diez (10) días siguientes a la solicitud, la Superintendencia dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su*

cumplimiento; y iv) dentro de los tres días siguientes a su notificación, el fallo podrá ser impugnado.

Y aunque el legislador no reguló el término en el que se debe resolver la segunda instancia, no se descarta per se la idoneidad del mecanismo, ya que goza de prerrogativas de prevalencia y brevedad, tal y como lo señaló la Corte en la sentencia T-603 de 2015:

*“A pesar de que el legislador no precisó el término en el que las Salas Laborales de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial deben resolver el recurso de apelación formulado en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud, también puede predicarse la celeridad de la segunda instancia, dado el carácter prevalente y sumario que se le otorgó al mecanismo y la especialidad de los jueces, pues son conocedores del tipo de circunstancias y prerrogativas que envuelven estas controversias y de la necesidad de una decisión oportuna.”*

En síntesis, en principio el mecanismo resultaría idóneo y efectivo para amparar los derechos solicitados.

De igual manera, tratándose de solicitudes que buscan el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, la Corte Constitucional de manera reiterada, ha sido enfática en disponer que las acciones ante la jurisdicción ordinaria también constituyen mecanismos idóneos para su amparo.

Sin embargo, la citada Corporación excepcionalmente ha permitido la procedencia de la acción de tutela, atendiendo a las circunstancias especiales y a la situación de cada individuo, que hace que la intervención del juez constitucional se haga necesaria e inminente.

Así, en diferentes pronunciamientos de esa Corporación, con el fin de determinar la procedencia de la acción de amparo cuando media este tipo de pretensiones, se han ponderado aspectos como la edad del presunto afectado (menor de edad, adulto mayor), la situación económica, el estado de salud del solicitante y de su familia, el grado de afectación que tendrían sus derechos fundamentales ante la falta de pago de la prestación económica solicitada (mínimo vital), así como la actividad administrativa adelantada para obtener la protección de sus derechos.

En otros términos, las discusiones que versan sobre el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, como son los subsidios de incapacidad, deben ser

controvertidas en principio en el natural espacio de debate de la jurisdicción laboral o contencioso administrativa, o ante la Superintendencia Nacional de Salud, según el caso, y sólo de manera excepcional a través de la acción de tutela, siempre y cuando, el medio de defensa judicial previsto en el ordenamiento jurídico, apreciado en concreto, no resulte eficaz para la protección del derecho fundamental invocado como el mínimo vital, y que las circunstancias específicas del caso hagan necesaria la intervención del juez de tutela.

Lo anterior, en razón a que el pago de incapacidades a una persona que sufre una afectación en su salud, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho fundamental (i) a la salud *“en la medida que permite al afiliado disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que en estricto sentido no exista prestación de servicio, circunstancia que contribuirá a la recuperación satisfactoria de su estado de salud, puesto que le permite seguir con el tratamiento prescrito por el médico tratante y guardar el reposo requerido para su óptima recuperación”* y (ii) el derecho al mínimo vital, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, *“por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar”* .

Con base en lo expuesto, pasa el Juzgado a verificar el cumplimiento del requisito de subsidiaridad en el caso *sub examine*.

La acción de tutela cuestiona el no pago de las incapacidades que superan los 210 días por parte de la EPS SURA y de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Por esto, en principio, dicha reclamación quedaría comprendida dentro de las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, en virtud de lo dispuesto en el literal b) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

Sin embargo, con todo, recuerda esta Agencia Judicial que, en este caso, la acción de tutela la presenta un hombre de 57 años, que tiene afectaciones y padecimientos en su salud, como lo evidencian las pruebas aportadas al proceso, y que, por ende, no se encuentra en capacidad de retomar sus actividades laborales en aras de obtener un ingreso que le permita cubrir sus necesidades y las de su grupo familiar. El accionante requiere del pago de las referidas incapacidades para ver incólume su derecho al mínimo vital, toda vez que, requiere cubrir como ya se consignó los gastos de supervivencia y los de su familia y las necesidades básicas.

Así, la unicidad de su fuente de ingresos y el monto devengado, implican en los términos previamente expuestos, que la ausencia y la dilación de los pagos que el accionante reclama, lo sitúa en una circunstancia de vulnerabilidad que se agrava ante su estado de salud. Por lo cual, este Despacho estima que la idoneidad y la eficacia del medio judicial ordinario es, en este caso en particular, inocua, más aún cuando de ello también se deriva que existe una amenaza grave sobre su mínimo vital y el de su familia, que para ser conjurada requiere de medidas urgentes.

En consecuencia, se estima que la acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad, pues pese a la existencia de una vía judicial ordinaria para efectuar este reclamo, la misma no resulta idónea.

- **Inmediatez**

La finalidad de la acción de tutela es garantizar una protección efectiva, actual y expedita frente a la transgresión o amenaza inminente de un derecho fundamental, motivo por el cual, entre la ocurrencia de los hechos en que se funde la pretensión y la presentación de la demanda, debe haber transcurrido un lapso razonable. En el evento en que no se cumpla con el requisito de inmediatez, se puede causar inseguridad jurídica frente a situaciones ya consolidadas, con lo que, a su vez, se puede afectar a terceros sobre los cuales recaiga la decisión e incluso el juez constitucional podría estar acolitando una conducta negligente de quienes se consideran afectados en sus derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, es de precisar que se cumple con este requisito, si tenemos en cuenta que transcurrieron menos de siete (7) meses a partir de la fecha de la primera incapacidad dejada de pagar por la accionada, según afirmación que hiciera el accionante en su escrito de tutela, hasta la fecha de presentación de esta acción de amparo.

- **Régimen normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Entidades responsables de efectuar el pago. Reiteración de jurisprudencia.**

De acuerdo con el artículo 49 del Estatuto Superior, el Estado Colombiano “*garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud*”, y con fundamento en este precepto constitucional, se ha instituido dentro del régimen del Sistema General

de Seguridad Social el reconocimiento y pago de las incapacidades, bien sean por enfermedad común, o por enfermedad profesional.

Esto, con la finalidad de soportar al afiliado durante el tiempo en que su capacidad laboral se ve mermada, en virtud del principio de solidaridad que rige el Sistema General de Seguridad Social. Así, el reconocimiento y pago de las incapacidades fueron atribuidas a los distintos agentes del sistema, dependiendo del origen de la enfermedad o accidente (común o profesional), y de la persistencia de la afectación de la salud del afiliado, en el tiempo.

Entonces, en primer lugar, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, las Administradoras de Riesgos Laborales son las encargadas de asumir el pago de las incapacidades laborales con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

Este pago se surte, por parte de las ARL, "( ) 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".

En segundo término, tratándose de enfermedades o accidentes de origen común, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad radica en diferentes actores del sistema dependiendo de la prolongación de la misma, de la siguiente manera:

Conforme al artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador.

A su vez, en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador.

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Al respecto, si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que el pago de

este subsidio 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 rehabilitación.

Ahora, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación "sea favorable o desfavorable antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión del mismo a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Así mismo, de acuerdo con la norma citada, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral "*hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó y pagó la EPS*". Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador. Contrario sensu, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.

En este punto, como resultado del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, es posible *i)* que se determine una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, evento en el cual, el trabajador puede optar por la pensión de invalidez a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado, o *ii)* que se fije una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%, situación en la que "*el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello*". En otras palabras, en este último evento, el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por la Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

No obstante, lo anterior, es factible que, a pesar de haberse dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%, el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, superando los 540 días, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez. Es decir, no resulta posible su reintegro al cargo, debido a la misma incapacidad del trabajador para reincorporarse a sus funciones.

Al respecto, es preciso recordar que el Sistema General de Seguridad Social no previó esta situación dentro de su marco normativo y, por tanto, los asegurados incursos en estas circunstancias, antes de la promulgación de la Ley 1753 de 2015 "Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018", se encontraban sumidos en desprotección legal como consecuencia de la ausencia de claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad cuando los mismos superaban los 540 días. Sin embargo, el vacío legal que adolecía el Sistema General de Seguridad Social fue efectivamente superado con la ley en comento, al determinar que el pago de las incapacidades superiores a los 540 días debían asumirse por las entidades promotoras de salud (EPS) y que como mecanismo para reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado y propender oportunamente la reincorporación del asegurado a sus funciones laborales, el Gobierno Nacional tenía la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad.

En efecto, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, indicó:

*"ARTÍCULO 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:*

*(...)*

*Estos recursos se destinarán a:*

*a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de*

*calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades."*

De la norma transcrita se advierte *i)* que el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, y *ii)* que las EPS pueden perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto en los términos del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que asumió funciones a partir del 1º de agosto de 2017, según lo prescrito en el artículo 1º del Decreto 546 de 2017. En otras palabras, las EPS sólo están asumiendo una carga administrativa en el reconocimiento y pago de dichas incapacidades, ya que la ley es clara al señalar que quien en últimas terminará asumiendo la obligación es el Estado, en cabeza de la entidad creada a través del artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, que le pagará a las EPS los dineros cancelados por dicho concepto.

Adicionalmente, es oportuno aclarar que de ninguna manera puede entenderse que el pago de los subsidios por incapacidad al asegurado se encuentra sujeto a condición alguna, toda vez que, conforme al texto normativo transcrito, lo que quedó en suspenso, fue la reglamentación del procedimiento de revisión periódica de incapacidad por parte de las EPS, entre otros asuntos, y no el cumplimiento del deber de pagar los subsidios por incapacidades. Por tanto, desde la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015, el pago del subsidio por incapacidades que superan el día 540, quedó a cargo de las EPS y desde entonces, tienen el deber de sufragar los valores por dicho concepto a favor del asegurado.

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

Sobre la base de lo expuesto, el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común, está previsto de la siguiente manera:

<b>Periodo</b>	<b>Entidad obligada</b>	<b>Fuente normativa</b>
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013

Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012
Día 181 hasta el 540	Fondo de Pensiones	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012
Día 541 en adelante	E.P.S.	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Ahora bien, cabe señalar que, cuando un trabajador independiente o un empleador paga extemporáneamente sus aportes y la EPS no efectúa alguna acción de cobro o recibe extemporáneamente dichos montos, no puede negarse a reconocer el pago de las licencias o incapacidades a las que hubiere lugar. Lo anterior quiere decir que, si una EPS no alega la mora en el pago de aportes por parte del empleador o el independiente, no puede negar el servicio, toda vez que aceptó dicha situación.

Sobre lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia T-963 del 15 de diciembre del 2007, indicó:

*“Bajo esta línea argumentativa, aun cuando el empleador o el trabajador independiente hayan cancelado de manera tardía o de manera incompleta las cotizaciones en salud, pero la EPS no lo haya requerido para que lo hiciera, ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que la EPS se allanó en la mora por la mera aceptación del dinero, y por tanto se encuentra obligada a pagar la incapacidad laboral del trabajador o cotizante independiente”.*

La Corte Constitucional también se pronunció al respecto en el 2015, mediante Sentencia T-490, en la cual señaló:

*“Posteriormente a este pronunciamiento, diferentes Salas de Revisión han sostenido que las empresas prestadoras del servicio de salud, no pueden, so pretexto de la mora en el pago de los aportes a cargo del empleador o del cotizante independiente, rehusarse a cancelar y reconocer una incapacidad laboral por enfermedad general, si obraron de manera negligente para su efectivo pago, o si incumplieron el deber de adelantar de manera oportuna las acciones legales de cobro, incluso con la consecuente oposición al pago extemporáneo”.*

*“Las EPS se encuentran obligadas a efectuar acciones de cobro para conseguir el pago de los aportes; si estas no lo hacen, no pueden posteriormente negar el reconocimiento de licencias o incapacidades”*

Ahora bien, las EPS se encuentran obligadas a efectuar acciones de cobro para conseguir el pago de los aportes; si estas no lo hacen, no pueden posteriormente negar el reconocimiento de licencias o incapacidades. Esto debido a que se entienden como allanadas a la mora, es decir que aceptaron que el cotizante estuviese atrasado en el pago; la misma situación aplica cuando reciben aportes extemporáneamente o de manera parcial.

- **Allanamiento a la mora protege al afiliado**

En el momento en que una EPS se niega a reconocer el pago de una incapacidad o licencia, por mora o pago extemporáneo de aportes, la jurisprudencia ha indicado 3 situaciones importantes en dicha conducta: la primera consiste en la vulneración al mínimo vital, toda vez **que la falta de pago oportuno afecta directamente la subsistencia del afiliado**; la segunda consiste en una vulneración a la buena fe, nacida cuando la EPS no requirió el pago; y la tercera hace referencia a la falta de reconocimiento del pago, que si bien es inoportuno, sí se realizó.

Conforme a lo anterior, resultaría ilógico que una EPS niegue el pago de incapacidades o licencias toda vez que se le generaría un perjuicio inconmensurable; al respecto, la Corte Constitucional indicó en Sentencia T-723 del 2014:

*“Bajo estos postulados, las EPS deben reconocer y pagar las incapacidades reconocidas a sus usuarios, en tanto una actuación contraria supondría imponerle al afiliado una carga desproporcionada que no le corresponde asumir. Para ello, el legislador ha establecido mecanismos y acciones apropiadas para asegurar la viabilidad económica del sistema de seguridad social”.*

### **CASO CONCRETO**

De acuerdo con los medios probatorios recaudados en el expediente, el accionante John Mario Durango Toro, hombre de 57 años, padece de falta de consolidación de fractura (seudoartrosis), razón por la cual, su médico tratante ha emitido las respectivas incapacidades, extendiéndose las demás de manera ininterrumpida del 12 de agosto de 2020 al 9 de marzo de la presente anualidad; para un total de 210 días de incapacidad laboral.

En atención a las mencionadas incapacidades médicas, la EPS SURA acepta en su escrito de réplica no haber cancelado las mismas, arguyendo que si bien el afectado directo, señor DURANGO TORO registra en el sistema de información de la entidad varios acumulados de incapacidades en forma discontinua, las mismas se registran pendientes de pago al empleador en calidad de independiente debido a que se presenta un estado de cuenta pendiente por solucionar con la EPS, presentando mora por en el pago por el período de 08-2020.

Esgrime que el pago de incapacidades o licencias debe dirigirse al empleador según lo señalado en la Circular Externa No. 011 de 1995 de la Superintendencia de Salud y el artículo 311 del Decreto 1818 de 1996, los cuales indican que el pago de las prestaciones económicas las debe realizar el empleador del afiliado cotizante en la periodicidad de la nómina, toda vez que es con éste que se presenta un vínculo laboral y no con la EPS.

Adicionalmente, conforme a lo manifestado por el accionante, COLPENSIONES tampoco ha sufragado el subsidio por incapacidad a partir del día 181 de que trata la misma disposición normativa referida, por lo que no recibido pago alguno por parte de las entidades accionadas.

Así las cosas, el asunto se reduce al pago total de las incapacidades que parten del 12 de agosto de 2020 al 9 de marzo de 2021, las cuales, en efecto superan el día 180 de incapacidad, que, conforme a lo expuesto en el acápite anterior, se encuentran a cargo de la EPS a la cual se encuentra afiliado la accionante, es decir, la EPS SURA. Esto, con respecto a lo que efectivamente aparece probado dentro del expediente. No obstante, es muy probable que la enfermedad que sufre el accionante aún persista, por lo que seguramente el médico tratante pudo continuar emitiendo incapacidades laborales debido a la merma de su salud, con posterioridad a la fecha de recepción de la presente acción constitucional y sus pruebas por parte de esta Judicatura. En consecuencia, con el propósito de salvaguardar de manera efectiva el derecho a la salud y al mínimo vital del afectado directo, se hace necesario precisar que los subsidios correspondientes a las nuevas incapacidades laborales emitidas con posterioridad por su médico tratante, deberán ser sufragados también por la EPS SURA hasta que se verifique la recuperación integral y el reintegro efectivo del asegurado a su puesto de trabajo o en su defecto, hasta que el porcentaje de su pérdida de capacidad laboral le permita optar por la pensión de invalidez.

En virtud de lo anterior, se concederá la protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la seguridad social del accionante, JOHN MARIO DURANGO TORO.

Por consiguiente, se ordenará a la EPS SURA que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a realizar los trámites para el reconocimiento y pago de los subsidios por incapacidad reclamados por el señor JOHN MARIO DURANGO TORO, correspondientes al periodo del 12 de agosto de 2020 al 9 de marzo de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Adicionalmente, se le advertirá a la accionada, que en caso de que se sigan expidiendo incapacidades de manera ininterrumpida por parte del médico tratante a favor del accionante, estas deberán ser pagadas oportunamente por la EPS SURA hasta tanto se verifique la recuperación integral y el reintegro efectivo del asegurado a su vida laboral o en su defecto, hasta que la calificación de pérdida de capacidad laboral iguale o supere el 50%, y pueda optar por la pensión de invalidez.

De otra parte, del recaudo probatorio quedó establecido lo siguiente: i) el pronóstico de recuperación del señor JOHN MARIO DURANGO TORO era desfavorable, de acuerdo con el concepto de rehabilitación emitido por la EPS SURA, de fecha 24 de julio de 2020, y ii) que las incapacidades laborales del accionante han superado en 210 días, los primeros 540 días de incapacidad. Es decir, que a pesar de haber superado el límite de incapacidades previsto por la ley para que se proceda a calificar la pérdida de capacidad laboral del accionante, de acuerdo con la información obrante en el expediente, Colpensiones no ha adelantado trámite alguno tendiente a cumplir su deber legal.

Por consiguiente, se ordenará a COLPENSIONES que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a realizar los trámites para la calificación de pérdida de capacidad laboral del señor JOHN MARIO DURANGO TORO.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA:

**PRIMERO:** TUTELAR los derechos constitucionales fundamentales de al mínimo vital, a la dignidad humana, la salud y a la seguridad social, a favor del señor JOHN

MARIO DURANGO TORO, identificado con C.C. N° 71.636.638, en la presente acción de tutela dirigida en contra de la EPS SURA y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

**SEGUNDO: ORDENAR** a la EPS SURA que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a realizar los trámites para el reconocimiento y pago de los subsidios por incapacidad reclamados por el señor JOHN MARIO DURANGO TORO, correspondientes al periodo del 12 de agosto de 2020 al 9 de marzo de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Adicionalmente, **SE ADVIERTE** a la accionada, que en caso de que se sigan expidiendo incapacidades de manera ininterrumpida por parte del médico tratante a favor del accionante, estas deberán ser pagadas oportunamente hasta tanto se verifique la recuperación integral y el reintegro efectivo de la asegurada a su puesto de trabajo o en su defecto, hasta que el porcentaje de su pérdida de capacidad laboral le permita optar por la pensión de invalidez.

**TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a realizar los trámites para la calificación de pérdida de capacidad laboral del señor JOHN MARIO DURANGO TORO, hecho lo cual se informará de la decisión adoptada al Juzgado para lo competente.

**CUARTO:** NOTIFICAR esta decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz, en los términos indicados en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

**QUINTO:** En el evento de no ser impugnado este proveído, envíense para su eventual revisión a la Honorable CORTE CONSTITUCIONAL.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Firmado Por:**

**CAROLINA MONTOYA LONDOÑO  
JUEZ CIRCUITO  
JUZGADO 007 LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**

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:

**4f3ce9804dfc4180c3dc3dcb47d8f3e575d2c60473c5f79a119ff28482503dae**

Documento generado en 08/04/2021 02:11:33 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**