



**JUZGADO NOVENO CIVIL DEL CIRCUITO ORAL DE BARRANQUILLA**

Radicación: **080014053004202100101-01**  
Proceso: **ACCION DE TUTELA (IMPUGNACION)**  
Accionante: **ALFREDO CASTRO MENDOZA**  
Accionado: **EPS SALUD TOTAL, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, FINOTEX S.A, SEGUROS ALFA y ARL SURA**

JUZGADO NOVENO CIVIL DEL CIRCUITO ORAL. Barranquilla, jueves seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2.021).

Procede el Despacho a resolver la IMPUGNACION presentada por el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a través de su Representante Legal contra el fallo de tutela de fecha marzo 15 de 2021, proferido por el JUZGADO CUARTO CIVIL MUNICIPAL ORAL DE BARRANQUILLA dentro de la ACCION DE TUTELA radicada bajo el No. 080014053004202100101-01 instaurada en nombre propio por el señor ALFREDO CASTRO MENDOZA, identificado con cedula de Ciudadanía N°19'142.292 expedida en Bogotá D.C., contra la EPS SALUD TOTAL, la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, la firma FINOTEX S.A., SEGUROS ALFA y la ARL SURA a través de sus Representantes Legales o quienes hagan sus veces, por la presunta violación de sus Derechos Fundamentales al MINIMO VITAL, a la SALUD, a la SEGURIDAD SOCIAL, a la DIGNIDAD HUMANA y a la IGUALDAD, vulnerados por las accionadas.

ACTUACIÓN PROCESAL

La presente ACCIÓN DE TUTELA fue presentada el 19 de febrero de 2021, para el reparto de los Jueces Civiles Municipales, correspondiéndole en primera instancia al JUZGADO CUARTO CIVIL MUNICIPAL ORAL DE BARRANQUILLA, quien mediante auto de fecha 22 de febrero del año en curso dispuso admitirla y notificar a las accionadas para que dieran respuesta a los hechos, lo cual una vez ocurrido procedió a dictar sentencia el 15 de marzo de 2021, tutelando los derechos fundamentales alegados por el accionante, por lo que la accionada FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., impugnó tal decisión, siendo esa la razón por lo que fue remitida a la Oficina Judicial para el reparto de los Jueces Civiles del Circuito de ésta ciudad, correspondiéndole su conocimiento a este juzgado donde fue recibida, radicada y admitida el 06 de abril del año en curso, a fin de que se surta la alzada.

HECHOS QUE MOTIVARON LA ACCION

Como viene expuesto en el escrito de tutela, los supuestos de hechos que sustentan el presente accionar en esta instancia son:

“... **1.** El suscrito accionante señor ALFREDO CASTRO MENDOZA ingresó a laborar en la empresa FINOTEX S.A., desde enero de 2000, mediante bolsas de empleo hasta 2017, a partir de esa fecha firmó con la entidad, teniendo más de 21 años de servicios prestados de manera continua e ininterrumpidamente, realizando aportes a pensión a la entidad ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS-PORVENIR y a seguridad social EPS. **2.** Actualmente tiene una relación laboral con la empresa FINOTEX S.A., desempeñando el cargo de Técnico Mecánico, con un sueldo de \$ 1'042.000, encontrándose en calidad de cotizante a la EPS SALUD TOTAL y a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS-PORVENIR Y ARL SURA. **3.** El accionante ALFREDO CASTRO MENDOZA, se encuentra afiliado, en calidad de cotizante a la EPS SALUD TOTAL y al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR y ARL SURA. **4.** Como consecuencia de las enfermedades, se empezó a generar incapacidades a partir del 27 de septiembre de 2018, las cuales fueron pagadas hasta las del 12 mayo de 2020. **5.** El actor ALFREDO CASTRO MENDOZA, está siendo atendido por la entidad de salud Total EPS. **6.** En razón de la expedición de las incapacidades entregadas por el médico tratante, fueron presentadas ante la empresa para su respectivo trámite de pago así: **a)** De mayo 13 a junio 11/2020, entregando el radicado 05142019712. **b)** De junio 12 a julio 11/2020, entregando el radicado 0713208375 y 08052017846. **c)** De julio 12 a agosto 10/2020, entregando el radicado 0713208448, 08052017909 y 0831205480. **d)** De agosto 11 a septiembre 9/2020, entregando el radicado 08122011424. En ese orden de Ideas la acción se Invoca dentro de un plazo razonable y oportuno, teniendo en Cuenta la ocurrencia del hecho generador de la tranqresión y la Interposición del amparo de tutela.”

P R U E B A S

Con el memorial de solicitud de tutela la demandante aportó los siguientes documentos:

- Copia Cedula de ciudadanía del accionante.
- Copia historia clínica e historial de incapacidades medicas expedidas a nombre del accionante por médico tratante y no pagadas, desde mayo 13 de 2020 hasta el 07 de mayo de 2021, por su estado precario que adolece.
- Copia registro civil de nacimiento y demás documentos aportados a la petición.
- Declaración juramentada de la señora ALBA YANETH PEÑA NIÑO, identificada con cedula de ciudadanía No 32.850.084 y LUCELYS SILVERA JORGE. identificada con cedula de ciudadanía No 32.833.983.
- Copia de oficio enviado por Seguros Alfa, adiado 11 de enero de 2021, donde busca(dilatar) que se realice nuevamente las valoraciones para la calificación de PCE

### P R E T E N S I O N E S:

Con el memorial de demanda el solicita se ordene a SALUD TOTAL EPS el reconocimiento y pago de las incapacidades que le corresponden pagar a la EPS, que se le adeudan y todas aquellas que puedan llegarse a ocasionar, en razón de su estado de salud, con posterioridad al fallo. Así mismo solicita se ordene a la Administradora de Pensiones PORVENIR el reconocimiento y pago de las incapacidades que le corresponden pagar a la de acuerdo al art. 121 del Decreto 019 de 2012 que se le adeudan y todas aquellas que puedan llegarse a ocasionar, en razón de su estado de salud, con posterioridad al fallo y se ordene a la COMPAÑIA DE SEGUROS ALFA S.A. para que realice el proceso de pérdida de capacidad laboral-PCL del accionante señor ALFREDO MENDOZA, conforme con las valoraciones realizadas por los diferentes especialistas adscritos a la entidad y entregadas a esta.

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

- Surtida la notificación del caso la accionada SALUD TOTAL E.P.S., compareció al trámite y entre otras cosas manifestó:

*“... JURÍDICAS DE SALUD TOTAL EPS-S S.A. RESPECTO A LAS PRETENSIONES DE LA ACCIÓN DE TUTELA. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE SALUD TOTAL EPS-S S.A.: En el presente asunto resulta claro que la entidad que represento adolece de la facultad procesal para actuar como parte accionada, por lo cual resulta imperioso que SALUD TOTAL EPS-S S.A., sea desvinculada de la presente acción de tutela. Descendiendo al caso concreto, es necesario precisar con relación al presente trámite constitucional que de acuerdo al Decreto 2463 de 2001, en el caso que la incapacidad supere los 180 días y hasta 360 días, con el concepto médico expedido por la EPS, será la Administradora de Fondos de Pensiones la que se responsabilice del pago por dicho concepto. De esta manera aclaramos que para que el fondo de pensiones pague las incapacidades superiores a 180 días, es preciso que la EPS haya emitido el concepto favorable de rehabilitación, pues si no lo hace, el fondo de pensiones no pagará esas incapacidades y le corresponde a la EPS asumirlas hasta tanto emita ese concepto según lo señala el inciso 6 del artículo 41 de la ley 100. Como en el caso en cuestión, mi representada cumplió con la realización del Concepto de referencia (anexado en el presente escrito) se determina que la entidad que debe asumir los gastos o incapacidades devengadas por el accionante, evidentemente es PORVENIR quien funge como la Administradora del Fondo de Pensiones de la extrema activa. Conforme a las pruebas que subyacen dentro de la presente acción, es palpable que SALUD TOTAL EPS-S S.A., no es la llamada a responder por los derechos reclamados, solicitando se sirvan estudiar de fondo dicha excepción, a fin de proceder con la DESVINCULACIÓN del mismo. RESPECTO AL CONCEPTO DE REHABILITACIÓN INTEGRAL Es de aclarar que con el Concepto de Rehabilitación Integral Desfavorable se considera que no es posible la rehabilitación del trabajador, igualmente antes del día 150 las ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES, deberán remitir los casos a las Juntas de Calificación de Invalidez. Y respecto de la calificación de invalidez, si el porcentaje de pérdida de capacidad laboral es del 50% o mayor, se genera el reconocimiento de una pensión de invalidez a favor del trabajador afectado, siendo responsabilidad el reconocimiento económico desde la fecha del evento. Así las cosas, si se llega a reconocer las incapacidades reclamadas SALUD TOTAL EPSS S.A., podría incurrir en doble pago. Sea del caso informar al Honorable Despacho que nuestra Entidad conforme a lo disponen la normas que nos regulan, garantizó oportunamente la remisión del caso ante la Entidad responsable de pago con el correspondiente Concepto de Rehabilitación Integral. AHORA BIEN, ES MENESTER ACLARAR AL DESPACHO QUE CONFORME AL ARTÍCULO 2 DE LA LEY 776 DE 2002 LA INCAPACIDAD TEMPORAL SE ENTIENDE COMO AQUEL CUADRO AGUDO DE LA ENFERMEDAD, O LESIÓN QUE LE IMPIDA DESEMPEÑAR SU CAPACIDAD LABORAL POR UN TERMINO DETERMINADO. El artículo 206 de la ley 100 de 1993 establece que los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157 de esta misma ley, estos son los cotizantes dependientes tendrán derecho al reconocimiento económico de incapacidades por enfermedad general de conformidad con las normas vigentes. Por su lado, el artículo 28 del Decreto 806 de 1998, reglamentario de la ley 100 de 1993 señala*

que entre los beneficios de los afiliados al REGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, se garantiza un Subsidio en dinero en caso de INCAPACIDAD TEMPORAL, derivada de una enfermedad calificada como de origen común. Es preciso aclarar al despacho que la ley 100 de 1993, no derogó ni modificó las normas que venían rigiendo el reconocimiento económico de las incapacidades generadas por enfermedad común, tal ley señala claramente que a partir de su entrada en vigencia le corresponde a las ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD, que administran el REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, de conformidad a las normas vigentes que rigen la materia. Las disposiciones vigentes al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, para el reconocimiento económico de incapacidades eran el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, ambas normas refieren la obligación de las Entidades Promotoras de Salud de pagar hasta por 180 días as INCAPACIDADES TEMPORALES. En el caso de trabajador al cual ya le ha sido calificada la pérdida de capacidad laboral y esta sea inferior al 50% la garantía que le asiste es la REUBICACIÓN EN SU PUESTO DE TRABAJO de acuerdo a las consideraciones de su estado de salud y si esta es superior al 50% le asiste el derecho a PENSIONARSE POR INVALIDEZ, de acuerdo a los requisitos establecidos en el Sistema General de Seguridad Social en pensiones En el caso de incapacidades prolongadas antes de cumplirse el día 120 de incapacidad temporal conforme al Decreto 19 de 2012 se debe actuar así: Con respecto a La EPS deberá emitir el concepto favorable o desfavorable de rehabilitación "antes de cumplirse el día 120 de la incapacidad temporal y enviarse antes de cumplirse el día 150, a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda." El concepto es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre eventual restablecimiento de su capacidad laboral. De no hacerlo en el plazo antes señalado la EPS deberá pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue por más de 180 días. En esta situación asumirá desde el día 181 y hasta el día que emita el concepto en mención. Como vemos en el presente caso se realizó el concepto de rehabilitación conforme a lo indicado en el parágrafo anterior. Una vez transcurridos los 180 días, cuando se ha emitido el concepto de la EPS, la AFP a la cual se encuentre afiliado el trabajador asumirá los subsidios de incapacidad de acuerdo a lo siguientes casos: SI EL CONCEPTO DE REHABILITACION ES FAVORABLE. En este caso la AFP, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral hasta por 360 días calendario, adicionales a los primeros 180 de incapacidad laboral que otorgo y pago la EPS. En el caso que la AFP decida esta prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador o sea del 50% Decreto 019 de 2012 artículo 142. SI EL CONCEPTO DE REHABILITACION ES DESFAVORABLE. se debe iniciar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, pues según concepto medico su rehabilitación es improbable y en este caso la calificación debe ser impulsada por la AFP hasta agotar el procedimiento. La AFP a la que se encuentra afiliada el usuario no se ha pronunciado sobre su calificación afectando considerablemente al afiliado. Esta calificación persigue además la posibilidad de determinar la PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL. Muy a pesar de los pronunciamientos que recientemente ha realizado la Honorable Corte Constitucional<sup>1</sup> sobre la materia y donde se traslada a las ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD la obligación en el pago de este tipo de prestaciones, Insiste SALUDTOTAL EPS en señalar, tal y como lo han hecho el Ministerio de Salud y el Ministerio de Hacienda en múltiples oportunidades, que LAS RAZONES QUE INVOCAN ACTUALMENTE LOS FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS, CARECEN DE FUNDAMENTO, YA QUE LA DISPOSICIÓN CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 67 DE LA LEY 1753 DE 2015 A LA FECHA NO CUENTA CON REGLAMENTACIÓN ALGUNA, CIRCUNSTANCIA QUE SERÁ ANALIZADA CON POSTERIORIDAD, SUSTENTADOS COMO YA SE DIJO EN CONCEPTOS DEL MINISTERIO DE HACIENDA, EL MINISTERIO DE SALUD Y ANTE LOS REQUERIMIENTOS QUE LA PROPIA PROCURADURIA HA HECHO AL MINISTERIO DE SALUD PARA QUE REGLAMENTE LA MATERIA. Las Entidades Promotoras de Salud fueron creadas para suministrar el PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD a los AFILIADOS y cancelar las INCAPACIDADES POR ENFERMEDAD GENERAL cuando se cumplen con los requisitos legales y sin superar los 180 días por la misma contingencia, se deduce entonces que estamos ante una EVIDENTE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA respecto de SALUD TOTAL EPS-S S.A., y la obligación que por esta vía se pretende imponer. INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL ALGUNO POR PARTE DE SALUD TOTAL EPS-S S.A. Es imperioso advertir que en el presente caso estamos ante una clara inexistencia de vulneración de derechos fundamentales, ya que como se manifestó, SALUD TOTAL EPSS S.A ha cumplido debidamente y con diligencia cada una de las obligaciones contraídas con el accionante de manera oportuna y eficaz. Ahora bien, es cierto que a través del mecanismo de la acción de tutela se obtienen resultados de manera más expedita a razón de la inmediatez y prioridad de la que goza esta herramienta constitucional, sin embargo, no todo lo que se alegue o se pretenda en estas están directamente vinculados con una vulneración de los derechos fundamentales del accionante. Es ahí cuando la procedencia de la tutela se ve damnificada, ya que uno de los requisitos primordiales para que la misma proceda, es que haya una afectación a derechos fundamentales causado por la extrema activa, o según sea el caso, evitar una vulneración de los mismos a través de esta. Tal como en el caso concreto, no hay evidencia alguna que con el actuar de SALUD TOTAL EPS-S S.A se esté vulnerando los derechos fundamentales del accionante, toda vez que siempre mi representada ha actuado acorde a la normatividad vigente en pro del cuidado de sus afiliados. Es menester en este punto traer a colación lo expuesto reiteradamente por la Honorable Corte

Constitucional, en donde expone los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela y establece lo siguiente: El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, "cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares". Así pues, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión. La razón de la improcedencia de este mecanismo constitucional por la inexistencia de vulneración de un derecho fundamental, se sustenta en que si se permite que las personas acudan al amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas, y que por tanto no se hayan concretado en el mundo material y jurídico, ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermite los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos. Si del análisis efectuado por el juez de instancia, luego de recaudadas las pruebas y de haber analizado el caso, se encuentra que el hecho que motivó la acción no existió o que los derechos invocados no fueron vulnerados, lo procedente es denegar el amparo deprecado y hacer, si es del caso, las provisiones a que haya lugar. Ahora bien, descendiendo al caso en cuestión, no se evidencia en el presente la inminente materialización de un perjuicio de carácter irremediable que amerite la excepcional intervención del juez de tutela a través de un pronunciamiento condenatorio, toda vez que SALUD TOTAL EPS-S S.A ha ceñido su conducta a lo que estipula la normatividad vigente del Sistema General de Seguridad Social en salud. SOLICITUD DE ORDEN DE PAGO EN FAVOR DE SALUD TOTAL EPS-S S.A. / EQUILIBRIO FINANCIERO - TÉRMINO PERENTORIO: El Sistema de Seguridad Social en Salud, comprende y requiere como insumo indispensable para que sus postulados trasciendan el simple ámbito teórico de la provisión, preservación y circulación o flujo garantizado de los recursos destinados a brindar cobertura a las prestaciones y contenidos de la atención sanitaria prevista por la Constitución y la Ley. Dichos recursos resultan indispensables para el funcionamiento de un sistema que aspire a ofrecer atención adecuada y oportuna en materia de salud. Dentro de esta dinámica, las Empresas Promotora de Salud EPS-S, son responsables de la afiliación y el registro de los afiliados y del recaudo de las cotizaciones por delegación del Estado - Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) hoy ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES). Su función básica es organizar y garantizar directa o indirectamente la prestación del Plan de Beneficios en Salud a los afiliados y recibir o descontar del total de las cotizaciones recibidas (previa orden y autorización expresa de dicho fondo) el valor de las Primas o Unidades de Pago por Capitación (UPC) que permitan la cobertura individual del servicio, luego de girar la diferencia al citado Fondo adscrito al Ministerio de la Protección Social. En este orden de ideas, debe tenerse en cuenta que en el evento de conceder el amparo de los derechos invocados en contra de mi representada, deberá también establecer que a SALUD TOTAL EPS-S S.A., le asiste el derecho de recobrar ante el ADRES, ello para evitar que se cause una afectación de forma grave, directa, cierta, manifiesta e inminente el interés público, toda vez que a la luz de la ley 100 de 1993, las Entidades Promotoras de Salud, son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del ADRES. Su función básica es organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Beneficios en Salud a los afiliados. Corolario a lo anterior, sólo cuando el Juzgado ORDENA dentro de un término perentorio el reembolso por un cien por ciento de lo que le toque cancelar por incapacidades, es que realmente se puede hacer efectivo el pago. Como Usted entenderá esto ocasiona un desequilibrio económico a esta entidad, ya que los recursos que ha utilizado la EPS-S para sufragar las condenas, han sido tomados de dineros destinados a cubrir los servicios de los restantes afiliados. Conforme a lo anterior, solicito a su despacho se sirva CONCEDER expresamente el recobro ante ADRES a favor de SALUD TOTAL EPS-S S.A., si pese a lo expuesto se le ordenare a mi representada proceder con el pago de las incapacidades reclamadas, a sabiendas de que dicho reconocimiento y pago no le corresponde a mi representada. En mérito de lo anteriormente expuesto, me permito señor Juez poner a su consideración las siguientes: 1.- DENEGAR la acción de tutela por no existir vulneración de derechos fundamentales, dado que mi representada siempre ha autorizado todo lo que ha requerido al protegido conforme a lo que reglamenta el Sistema General de Seguridad Social en Salud. 2.- DENEGAR la solicitud de pago de incapacidades toda vez que a quien le corresponde el pago de las mismas a la Administradora de Fondo de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el protegido, conforme a lo establecido en las normas expuestas en la presente respuesta. 3.- VINCULAR y REQUERIR al FONDO DE PENSIONES PORVENIR, a que cumpla con el pago de las prestaciones económicas reclamadas. 2.- DESVINCULAR a SALUD TOTAL EPS-S S.A., por la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA que le asiste a mi representada de cara lo expuesto ut-supra. Toda vez que a quien le corresponde el pago de las prestaciones mencionadas es a la Administradora de Fondo de Pensiones a la cual está afiliado el protegido. 3.- En el evento improbable de que se confirme y acceda a las pretensiones de la accionante de forma total o proporcional y sin perjuicio de reiterar el hecho conforme al cual el pago de la prestación solicitada no resulta procedente por no cumplir con el lleno de los requisitos de ley solicito en subsidio se incluya la orden de recobrar a la Nación Ministerio de Salud y Protección Social -Administradora de Recursos en Seguridad Social en Salud (ADRES), EN FAVOR DE SALUD

TOTAL EPS-S S.A., por el 100% de los pagos que por concepto de licencia de maternidad le deban ser efectuados a la accionante, los cuales deberán ser reembolsados en un término de 15 días a la fecha de presentación de la respectiva cuenta de cobro.”

- Por su parte la accionada FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., no contestó los hechos de la tutela muy a pesar de que el juzgado de conocimiento mediante auto de fecha marzo 08 de 2021 lo requirió para que contestara los hechos de la tutela, anexándole la copia de la tutela que había manifestado no le fue entregada.
- Las accionadas SEGUROS ALFA, FINOTEX S.A y ARL SURA no hicieron uso de sus descargos en cuanto a la admisión de la presente Acción Constitucional.

### FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Constitucional de Primera Instancia en fallo de tutela de fecha marzo 15 de 2021 resolvió tutelar los derechos invocados por la accionante, argumentando en sus apartes que:

“... En el caso sub examine, el ciudadano ALFREDO CASTRO MENDOZA, instauró la presente acción constitucional contra las entidades FINOTEX, SALUD TOTAL EPS, FONDO DE CESANTÍAS PORVENIR S.A, COMPAÑÍA DE SEGUROS ALFA Y ARL SURA, a fin de que mediante este mecanismo se protejan sus derechos fundamentales al MINIMO VITAL, SALUD, SEGURIDAD SOCIAL, DIGNIDAD HUMANA e IGUALDAD y en consecuencia, se le ordene a las entidades accionadas el pago y reconocimiento de sus incapacidades laborales. Al examinar las pruebas aportadas en la presente acción de tutela, se observa que el accionante ha presentado varias solicitudes ante las entidades accionadas pretendiendo le sean pagadas las incapacidades laborales que le adeudan, toda vez que son su único sustento; sin embargo las contestaciones han sido negativas respecto de su pretensión y no le dan una efectiva solución a su problema, lo que ha ocasionado un detrimento a sus derechos fundamentales al mínimo vital debido a que no cuenta con ninguna otra fuente de ingresos, a la salud, a la dignidad humana y a la seguridad social; además presentó las incapacidades laborales adeudadas emitidas por el medico las cuales van desde mayo de 2020 a mayo de 2021. Ahora bien, es entendido por este Despacho que la acción de tutela no procede en principio para otorgar el reconocimiento y pago de derechos de carácter económicos como consecuencia de una relación laboral, sin embargo en el caso en concreto se advierten transgredidos los derechos fundamentales del accionante al no habersele otorgado el pago de sus incapacidades desde el mes de Marzo de 2020 sin poder laborar ni tener otra fuente de ingreso lo que coloca en riesgo su salud y su derecho al mínimo vital. Respecto a lo anterior la H. Corte Constitucional en Sentencia T-161 de 2019 expresó: “El no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo, sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos.” De igual manera manifestó que “En suma, ha estimado la Corte que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente”. Para el presente caso, se debe destacar que el accionante es una persona de 59 años que lleva laborando 21 años en la empresa FENIX S.A como técnico mecánico, desde el año 2018 ha estado incapacitado superando ampliamente los 180 días por neuropatía, polineuropatía, parkinsonismo, desde ese entonces su única fuente de ingresos se limita a los pagos por incapacidad, los cuales fueron suspendidos a partir de mayo de 2020, conforme a lo anterior ha tenido que realizar préstamos para subsistir sin poder cumplir con dichas obligaciones, por lo que observa este despacho que el mínimo vital del actor se encuentra ante una amenaza evidente. Respecto del pago de las incapacidades por enfermedad de origen común superiores a 180 días ha manifestado la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-161 de 2019 que “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 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS”. En la misma sentencia anota “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.” En virtud de lo anterior, se encuentra acreditado en la contestación de la Entidad EPS SALUD TOTAL que el concepto de rehabilitación fue emitido a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR en el término previsto. “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.” Respecto del pago de las incapacidades por enfermedad de origen común superiores a 540 días como es del caso la Corte ha hecho referencia “el Gobierno Nacional, expidió la Ley 1753 de 2015 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.”. Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS. En la misma sentencia manifestó que “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, 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.” Así las cosas, es evidente que el estado de salud del señor ALFREDO CASTRO MENDOZA ha impedido el reingreso a sus actividades laborales toda vez que se siguen expidiendo certificados de incapacidad laboral y además de ello el actor tampoco cuenta con una pensión de invalidez lo que demuestra que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta y que se encuentran vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y salud. En virtud de lo anterior, este Despacho el amparo y serán llamadas a prosperar las pretensiones de la presente acción constitucional; se ordenará cancelar a la administradora del FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR las incapacidades generadas a partir del día 181 y 540 y a la EPS SALUD TOTAL las generadas a partir del día 541 hasta que finalicen las emisiones de las incapacidades.”*

### FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACION

Para la alzada en esta oportunidad el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, presentó memorial, en donde impugna el fallo proferido en primera instancia, y manifiesta:

*“... Como bien se indicó en la contestación a la acción de tutela y al requerimiento elevado por el despacho, nunca nos relacionaron el escrito de tutela elevado por el aquí accionante, situación que se mantuvo en el requerimiento elevado, razón por la cual no pudimos establecer los hechos y pretensiones presentadas por el señor ALFREDO CASTRO MENDOZA, situación que nos imposibilita para pronunciarnos al respecto, documentos que fueron solicitados en dos oportunidades al despacho sin resultado positivo. Ahora bien, al validar el fallo de tutela se evidencia que, en el presente caso, el accionante cuenta con un Concepto de Rehabilitación Desfavorable emitido por la EPS, razón por la cual no aplica el pago de las incapacidades, sin embargo, si el Juez considera que existe alguna responsabilidad de parte de Porvenir S.A. es importante tener en cuenta el siguiente cuadro frente a los rangos estipulados en la normatividad vigente y las entidades encargadas del pago de las incapacidades. De conformidad con lo establecido en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 previo al reconocimiento de incapacidades y/o valoración de pérdida de capacidad laboral debe generarse concepto de rehabilitación favorable o desfavorable según sea el caso. En el presente caso encontramos concepto de rehabilitación desfavorable por tanto si nos apegamos al derecho positivo, no habría derecho a pago de incapacidades por parte de esta administradora. De acuerdo al Decreto 19 de 2012 (LEY ANTITRAMITES) el cual clarificó el procedimiento y requisitos para que un fondo de pensiones deba reconocer un subsidio equivalente a incapacidades, se debe indicar que en el presente caso no procedería el pago de incapacidades por parte de PORVENIR S.A. debido a que existe CONCEPTO NO FAVORABLE DE REHABILITACION. El artículo 142 del decreto 19 de 2012 manifiesta que cuando exista Concepto Favorable De Rehabilitación las administradoras de pensiones podrán postergar el trámite de calificación por 360 días posteriores a los 180 días reconocidos por la EPS, evento en cual se otorgará el subsidio de incapacidad. Así pues, de la anterior norma se desprende lo siguiente: □ Los fondos privados solo reconocen un subsidio equivalente a incapacidades por un término limitado cuando exista un concepto favorable de rehabilitación. □ En caso de que exista concepto favorable de rehabilitación a favor del afiliado, la EPS debe emitirlo inmediatamente. Si la EPS no emite oportunamente dicho concepto, debe en consecuencia la aludida EPS pagar las incapacidades posteriores y hasta que lo emita. Como podemos observar y de acuerdo con la información suministrada por la SALUD TOTAL EPS la accionante cuenta con un CONCEPTO NO FAVORABLE DE REHABILITACION, por lo tanto, según el derecho sustantivo no procedería postergar el trámite calificación y en consecuencia se procede es con la calificación de pérdida de capacidad laboral. En el caso del señor ALFREDO CASTRO MENDOZA inicio el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral frente al dictamen que debe generar la aseguradora contratada por Porvenir S.A., por lo anterior nos encontramos a la espera de la respuesta que genere por parte de SEGUROS DE VIDA ALFA. Es importante informar al despacho que Porvenir S.A. realizó los tramites concernientes a esta entidad, actualmente el señor ALFREDO CASTRO MENDOZA no cumple los requisitos expuestos en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 para poder aprobar pensión de invalidez a su favor, siendo esto así, el empleador es quien debe asegurar a través de la estabilidad laboral reforzada, el acceso a una vida digna de su trabajador. Para mejor Prever se transcribe la norma mencionada: "Artículo 38. Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de*

su capacidad laboral." a. El artículo 39 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 establece como requisitos para acceder a una pensión de invalidez: "Art. 1. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones (...). En virtud a lo anterior, no es posible continuar con proceso alguno por parte de Porvenir S.A. puesto que se encuentra pendiente la revisión del caso en SEGUROS DE VIDA ALFA y al día de hoy la accionante no cumple requisitos para pensión. Ahora, debe tenerse en cuenta señor juez que en el presente caso es evidente y resulta necesario aplicar el principio de "trabajadores en situación de discapacidad gozan de estabilidad laboral reforzada, responsabilidad del empleador en reubicar laboralmente al trabajador incapacitado." Nuestra Constitución Política en su artículo 13 establece que todas las personas son iguales ante la ley, el Estado debe propiciar las condiciones para que este derecho fundamental sea real y efectivo, en concordancia con el artículo 47 el cual establece como obligación del estado formular políticas de previsión, rehabilitación e integración social para aquellas personas que tienen alguna condición de disminución física, sensorial o psíquica. Así mismo el artículo 53 establece como principio orientador de las relaciones laborales la estabilidad del empleo y la garantía de la seguridad social. Para garantizar la defensa de los derechos fundamentales anteriores el gobierno expidió la ley 361 de 1997 "Ley Clopatofsky" mediante la cual se establecieron mecanismos para garantizar los derechos de las personas con alguna limitación, la cual en su artículo 26 señala expresamente lo siguiente: "Artículo 26°. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo. No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren." (Subrayas ajenas al texto original). Por tanto, ningún trabajador que se encuentre en situación de debilidad manifiesta, por causa de una disminución de capacidad física o mental podrá ser despedido de su trabajo, es más para garantizar la estabilidad reforzada el empleador debe reubicarlo teniendo en cuenta las limitaciones físicas o mentales que generan la merma de su capacidad laboral, lo anterior para garantizar el mínimo vital y una subsistencia en condiciones dignas, tal y como afirma el Ministerio de Protección Social en concepto número 0003440 del 06 de Enero de 2011, así; "Si el trabajador tiene una incapacidad prolongada o en el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral no es declarado inválido, la empresa tiene las siguientes opciones: a) Si el vínculo laboral continua vigente y se supera los 540 días de incapacidad temporal por enfermedad común, o 720 días de incapacidad temporal por accidente de trabajo o enfermedad profesional y al trabajador solo le es calificada una incapacidad permanente parcial (5% a 49.9%), el empleador está en la obligación conforme al artículo 10° de la Resolución 1016 de 1989, a realizar la reubicación del trabajador o readaptación del puesto de trabajo acorde con sus capacidades residuales. Y en el evento que el empleador pueda documentar que, de acuerdo con las funciones y condiciones de trabajo en todos los puestos existentes en la empresa, la condición de salud del trabajador puede empeorar, se debe solicitar al Inspector de Trabajo, la autorización para terminar el vínculo, conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997." (negritas y subrayas ajenas al texto original). Al respecto la honorable Corte Constitucional, en relación con trabajadores con discapacidades prolongadas, se ha pronunciado en relación con la reubicación laboral de estos de la siguiente manera: "DERECHO A LA REUBICACION LABORAL, Esta corporación ha sostenido que en el derecho a la estabilidad laboral reforzada, cuando un trabajador se encuentre en una situación de debilidad manifiesta que le impidan desempeñar adecuadamente las funciones para las cuales fue contratado, debido a su estado de salud, tendrá derecho a la reubicación laboral. El derecho a la reubicación laboral constituye un medio para garantizar los derechos fundamentales de los disminuidos físicos, en donde "la conservación del empleo y el ejercicio de una actividad lucrativa a pesar de los padecimientos de salud, representa para el trabajador la posibilidad de vivir dignamente y satisfacer su mínimo vital". El derecho a la estabilidad laboral reforzada trae consigo el derecho a la reubicación, que implica la asignación en un cargo de igual o superiores beneficios laborales al que venía desempeñando, así como la capacitación para las nuevas funciones, con el ánimo de proteger los derechos fundamentales del actor. La Corte ha considerado que "el derecho a la estabilidad laboral reforzada comporta el derecho a la reubicación. Este derecho no solo implica la asignación de un trabajo que tenga los mismos o mayores beneficios laborales al cargo ejercido antes de la desvinculación laboral, sino también la capacitación necesaria para el adecuado desempeño de las nuevas funciones, así como el suministro de la información necesaria en caso de que la reubicación no sea posible, a fin de que el trabajador pueda formular las soluciones que estime convenientes". (negritas y subrayas son nuestras). En ese orden de ideas lo que corresponde es que el empleador realice todas las gestiones tendientes a lograr la reubicación del accionante en una labor que esté acorde a su condición física actual, mientras se recupera, lo anterior teniendo en cuenta las indicaciones dadas por medicina laboral de la EPS. En consecuencia, la EPS a través del médico laboral debe analizar las circunstancias laborales del accionante analizando el puesto de trabajo en conjunto con las actividades que venía desempeñando, lo anterior con el fin de informar al empleador las condiciones con las cuales debe reubicar al accionante y el lugar de trabajo. Esta garantía constitucional que fuere adicionada en el artículo 48 de la constitución nacional por el acto legislativo 01 de 2005 establece que será el estado quien dará dicha garantía por tanto no se podrá ordenarse el reconocimiento de una prestación por fuera del ordenamiento

*jurídico. El subsidio de incapacidades se financia a través del seguro previsional cuando a ello hubiere lugar tal como lo concibe el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 por tanto únicamente procederá en los casos previstos en la mencionada norma. La pretensión de la presente acción constitucional es contraria a lo establecido en el ordenamiento por tanto no se podrá acceder a lo solicitado dado que PORVENIR procedió conforme lo señala la ley. Adicional a esto tenemos que PORVENIR S.A., es una entidad administradora de los fondos de pensiones y cesantías de sus afiliados. NO es una entidad pagadora de incapacidades, por lo que su obligación es la de administrar en debida forma los recursos del sistema y ceñirse a las actuaciones ya establecidas por el ordenamiento jurídico, obligación a todas luces cumplida a cabalidad en el presente caso, ya que a la fecha se han efectuado todos los trámites contemplados por la Ley tendientes a definir de fondo la solicitud efectuada por la accionante, siguiendo el conducto regular establecido para el efecto, por lo que NO PUEDE sancionarse el cumplimiento de las instancias propias del proceso, con la pretensión de obtener un pago NO DEBIDO que además atenta contra la propia sostenibilidad del sistema. De acuerdo con las razones plasmadas es claro que esta Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, Porvenir S.A., se ciñe en el desarrollo de su objeto social a los postulados y normas contenidos en la Ley, especialmente en el Régimen General de Seguridad Social Integral (Ley 100 de 1993 y normas complementarias), razón por la cual acatando dichas disposiciones en materia de Seguridad Social, esta administradora ha cumplido conforme a lo establecido en la ley, los mandatos normativos y las directrices establecidas por los organismos de control y vigilancia, de manera que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental en cabeza de la accionante.”*

### CONSIDERACIONES

Conforme al artículo 33 del Decreto 2591 de 1991 en armonía con el decreto 1382 de 2002, este Despacho es competente para tramitar y decidir en derecho lo que corresponda en la presente demanda de tutela.

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Política fue configurada por el Constituyente como un mecanismo de protección de los derechos Fundamentales y de la Dignidad Humana y de todos aquellos dispersos en la Constitución que sin ser expresamente previstos como fundamentales pueden ser protegidos a través de esta acción en circunstancias excepcionales.

El inciso tercero de la norma Suprema Legal en cita señala que el amparo solo procederá cuando el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, con lo cual se le asigna un carácter subsidiario o residual mas no alternativo, salvo su ejercicio como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El inciso final del artículo 86 de nuestra Carta Magna postula que la acción de tutela solo procederá contra particulares encargados de la prestación de un servicio público, o cuya conducta afecte directamente un interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión.

Significa lo anterior que el amparo Constitucional no resulta viable contra todo o cualquier particular sino respecto de aquellos en quienes concurren las características ya anotadas, e incluso incursos en las situaciones de procedencia descritas en el artículo 42 del decreto 2591 de 1991.

La Honorable Corte Constitucional lo ha sostenido reiteradamente que “La tutela es una acción de carácter excepcional, subsidiario y sumario, que consagró el Constituyente con el objeto de que las personas puedan acudir a ella para solicitar la protección efectiva e inmediata de sus derechos fundamentales, lo que implica que la búsqueda de objetivos distintos, para los cuales el ordenamiento jurídico prevé otras instancias y jurisdicciones diferentes a la constitucional, excede los límites establecidos para la misma tanto en la Carta Política como en la ley. Dado ese carácter, el mismo artículo 86 del ordenamiento superior establece que dicha acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por eso “...el juez está obligado a examinar los hechos que ante él se exponen así como las pretensiones del actor, y a verificar si, por sus características, el caso materia de estudio puede ser resuelto, en relación con los derechos fundamentales posiblemente afectados o amenazados, y con la efectividad indispensable para su salvaguarda, por los procedimientos judiciales ordinarios, o si, a la inversa, la falta de respuesta eficiente de los medios respectivos, hace de la tutela la única posibilidad de alcanzar en el caso concreto los objetivos constitucionales”. (Sentencia T-718 de 25 de noviembre de 1998. M.P. Dr. FABIO MORON DIAZ.)

## LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

En virtud de lo dispuesto en los artículos 1º numeral 12 y 5º numeral 13 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra toda acción u omisión en la que incurran las autoridades públicas, que atenten contra los derechos fundamentales de las personas.

## DE LA TRASCENDENCIA IUSFUNDAMENTAL DEL ASUNTO

En cuanto a este presupuesto de procedibilidad, la Corte ha señalado que se cumple cuando se demuestra que el caso involucra algún debate jurídico que gira en torno al contenido, alcance y goce de cualquier derecho fundamental

## SUBSIDIARIEDAD

La Jurisprudencia Constitucional ha establecido en virtud del artículo 86 de la Carta Política, que la acción de tutela es un medio judicial con carácter residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de lo invocado, o existiéndolo, no resulte oportuno o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto, pues la acción de tutela no puede desplazar los mecanismos judiciales previstos en la regulación ordinaria.

## INMEDIATEZ

La jurisprudencia ha considerado que debe existir un término razonable, posterior a la ocurrencia de los hechos para que los ciudadanos recurran a la tutela como mecanismo para garantizar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

## DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL MÍNIMO VITAL

El derecho al mínimo vital ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional como un aspecto de naturaleza fundamental relacionado con la dignidad humana y que es especialmente relevante cuando su titular es una persona de la tercera edad.

La Constitución Política, la Corte Constitucional y los Organismos Internacionales han sido reiterativos en la obligación del Estado de proteger a aquellas personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, como es el caso de las personas con discapacidad; así mismo, han señalado la importancia de resguardar su derecho fundamental a la seguridad social y acoger medidas de orden positivo orientadas a que puedan superar la situación de desigualdad y de desprotección a la que ellas se ven sometidas.

Los requisitos para la obtención de la sustitución pensional, en los casos en que el beneficiario sea el hijo inválido son: *i)* que se haya generado la muerte del pensionado, lo cual se demuestra con la fotocopia auténtica del registro civil de su defunción, *ii)* la dependencia económica del beneficiario con el fallecido, mediante prueba que permita inferirlo, *iii)* que el eventual beneficiario sea inválido, aportándose la calificación de su invalidez, y *iv)* el parentesco, el cual se puede acreditar mediante el registro civil de nacimiento del eventual beneficiario en el que se registra la relación de filiación entre el hijo inválido y el causante, el cual goza de presunción de autenticidad y pureza en su contenido, ya que la única forma de alterarlo es mediante decisión judicial en firme o por disposición de los interesados de conformidad a lo establecido por la ley.

El principio constitucional de dignidad humana, sobre el que se establece el Estado social de derecho sirve de fundamento al derecho al mínimo vital, cuyo objeto no es otro distinto del de garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia.

Con arreglo a los imperativos de la igualdad material, la Carta reconoce que si bien el derecho fundamental al mínimo vital es predicable de todos los ciudadanos en condiciones

de igualdad, existen determinados sectores de la población que, en razón de su mayor vulnerabilidad, son susceptibles de encontrarse, con mayor facilidad, en situaciones que comprometan la efectividad de su derecho. De ahí que algunas normas de la C.P., consagran la obligación del Estado de otorgar una especial protección a los grupos más vulnerables de la población.

En otras palabras, la Constitución Política contempla una serie de sujetos necesitados de un "trato especial" en razón de su situación de debilidad manifiesta. El régimen de favor comprende a personas o colectivos indefensos que merecen una particular protección del Estado para que puedan desplegar su autonomía en condiciones de igualdad con los restantes miembros del conglomerado social, y no se vean reducidos, con grave menoscabo de su dignidad, a organismos disminuidos y oprimidos por las necesidades de orden más básico.

### DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA

El Derecho Constitucional Fundamental a la Vida no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete el derecho consagrado en el artículo 11 de la Constitución.

Así, no solamente aquellas actuaciones u omisiones que conducen a la extinción de la persona como tal, o que la ponen en peligro de desaparecer son contrarias a la referida disposición superior, sino también todas las circunstancias que incomodan su existencia hasta el punto de hacerla insoportable.

En conclusión, la Corte ha señalado que todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su Derecho constitucional fundamental a la salud. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud, deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales.

### DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

Con relación al derecho a la vida, es sabido que supone un derecho constitucional fundamental, no entendido como una mera existencia, desarrollar en la manera de lo posible, todas las facultades de que puede gozar la persona humana; así mismo, un derecho a la integridad personal en todo sentido de la expresión que, como prolongación del anterior y manifestación directa del principio de la dignidad humana, impone el derecho a la mínima afectación posible del cuerpo y el espíritu.

De lo anterior se desprende que el derecho a la vida en sí mismo considerado, no es un concepto restrictivo que se limite solamente a la idea reducida de peligro de muerte, sino que es un concepto que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando estas condiciones se encuentren debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna.

### PROBLEMA JURÍDICO.

De acuerdo con la información suministrada y recaudada, el Despacho debe precisar si persiste la vulneración de los Derechos Fundamentales al MINIMO VITAL, a la SALUD, a la SEGURIDAD SOCIAL, a la DIGNIDAD HUMANA y a la IGUALDAD por parte de las accionadas EPS SALUD TOTAL, la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., FINOTEX S.A., SEGUROS ALFA y la ARL SURA con su negativa de aprobar las incapacidades ordenadas al accionante por el médico tratante, adscrito a la red de prestadores de la EPS accionada.

En esta oportunidad lo relatado por la parte actora y lo allegado al proceso apunta a que la presente acción se motiva en que las EPS SALUD TOTAL, la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., FINOTEX S.A., SEGUROS ALFA y la ARL SURA han vulnerado sus derechos fundamentales al MINIMO VITAL, a la SALUD, a la SEGURIDAD SOCIAL, a la DIGNIDAD HUMANA y a la IGUALDAD con su negativa de pagar las incapacidades ordenadas al accionante por el médico tratante, adscrito a la red de prestadores de la SALUD TOTAL EPS.

La presente acción Constitucional se halla adecuada para la protección y restablecimiento de los derechos fundamentales y de la dignidad humana, siempre que se encuentren amenazados o conculcados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares en los casos y condiciones previstos en la ley.

En efecto, configurada la tutela como se ha dicho, el Legislador en cumplimiento de su función la ha reglamentado en el decreto 2591 de 1991, estableciendo su carácter especial y subsidiario, determinando que por este medio procesal toda persona puede acudir para solicitar la protección de sus derechos Constitucionales Fundamentales, siempre que se vean conculcados o amenazados.

### **Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de acreencias laborales**

El artículo 86 de nuestra Carta Magna establece que *“sólo procederá la acción de tutela cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

En este aspecto, conviene precisar que la posibilidad de que existan diversos medios de defensa judicial debe ser analizada por el juez constitucional en términos de idoneidad y eficacia, frente a la situación particular de quien invoca el amparo constitucional, como quiera que una interpretación restrictiva de la norma, conllevaría la vulneración de derechos fundamentales, sí con el ejercicio de los dichos mecanismos no se logra la protección efectiva de los derechos conculcados.

En aplicación de dicho mandato, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en principio, la acción de tutela resulta improcedente para reclamar el pago de acreencias de orden laboral, como es el caso de las incapacidades, por cuanto dicha discusión debe ventilarse ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa laboral. No obstante, de manera excepcional, se ha admitido su procedencia, según las especificidades de cada caso, cuando los medios ordinarios no resultan lo suficientemente idóneos y eficaces para alcanzar el fin propuesto; cual es la protección inmediata de los derechos fundamentales.

De esta manera, el pago de las incapacidades laborales adquiere especial importancia y se justifica, por cuanto sustituye el salario del trabajador durante el tiempo en el que éste, en razón de su enfermedad, se encuentra imposibilitado para ejercer su profesión u oficio. Por tanto, hay lugar a su protección por vía de tutela, cuando su no reconocimiento y pago, afecta el derecho al mínimo vital, al constituir aquel la única fuente de ingresos para garantizar su subsistencia y la de su familia, y no es posible que dicha protección se logre de manera oportuna, a través de los mecanismos ordinarios de defensa.

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

*Así las cosas, esta Corporación ha procedido a ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela, cuando se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador, en la medida en que dicha prestación constituya la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades personales y familiares, ello sobre la*

*base de que los mecanismos ordinarios instituidos para el efecto, 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.*

*Con un criterio meramente enunciativo, teniendo en cuenta los casos recurrentes conocidos por esta Corporación, la Corte ha encontrado que hay lugar al pago de incapacidades laborales por vía de tutela, en los siguientes casos:*

*(i) cuando tales prestaciones constituyen el único medio de subsistencia de quien las solicita (afectación del mínimo vital).*

*En este punto, es importante resaltar que el derecho fundamental al mínimo vital, surge como manifestación directa del Estado Social de Derecho y guarda una estrecha relación con los principios de dignidad humana y solidaridad que rigen nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido, ha sido considerado como el derecho que tienen todas las personas a vivir bajo unas condiciones básicas o elementales que garanticen un mínimo de subsistencia digna, a través de los ingresos que les permitan satisfacer sus necesidades más urgentes como son la alimentación, el vestuario, la vivienda, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la atención en salud, la educación, entre otras.*

*Por tanto, este derecho debe ser analizado de manera cualitativa y no cuantitativa, a partir de las circunstancias particulares de cada caso concreto, mediante la ponderación de las necesidades que demanda la persona y los recursos económicos que posee para satisfacerlas, para así definir la procedencia del amparo constitucional.*

*(ii) cuando se afecta el derecho a la salud de quien se encuentra incapacitado y dada la ausencia de pagos, es abocado a reincorporarse a sus actividades de manera anticipada sin que pueda recuperarse satisfactoriamente.*

## **Del Reconocimiento y Pago de Incapacidades**

Inicialmente el Código Sustantivo del Trabajo (art.227) determinó un auxilio económico en caso de incapacidad por enfermedad no profesional a cargo del empleador, luego el Decreto 770 de 1975 determinó la responsabilidad en el Instituto de Seguros Sociales. Posteriormente, la Ley 100 de 1993 contempló la figura de la incapacidad en su artículo 206, conforme al cual los afiliados al Régimen Contributivo en salud tienen derecho al reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común. Así mismo, el Decreto 2463 de 2001 dispuso que las AFP, previo concepto favorable de recuperación, tienen la potestad de postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los 180 que se encuentran a cargo de las EPS siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Esta disposición se mantuvo sustancialmente en el artículo 142 inc. 5 y 6 del Decreto Ley 019 de 2012, norma que actualmente regula la materia.

*“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.*

*Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.”*

Actualmente el artículo 67 numeral a) de la Ley 1753 de 2015 asignó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las entidades promotoras de salud (EPS) señalando que:

*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:*

*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.” (Resaltado nuestro)*

La Corte Constitucional ha determinado las reglas jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540<sup>1</sup> de la siguiente manera:

- (i) Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente. (Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013)*
- (ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS. (Artículo 41 de la Ley 100 de 1993)*
- (iii) A partir del día 181 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable. (Artículo 41 de la Ley 100 de 1993)*
- (iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, 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.*

*De este modo, 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 explicó previamente.*

Así mismo, el Decreto 1313 de 2018, en su artículo 2.2.3.3.1. reglamentó el Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días, señalando lo siguiente:

*Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general 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).*

Por otro lado, respecto de las incapacidades que superan los 180 días, la Corte Constitucional ha efectuado advertencias a las Administradoras de Fondo de Pensiones (AFP) en relación con la existencia del concepto de rehabilitación desfavorable

<sup>1</sup> Sentencia T-401/17 entre otras

indicándoles que tal aspecto no impide de manera alguna que los fondos de pensiones paguen los subsidios de incapacidad que son de su competencia.

Igualmente, la Corte concluyó que la obligación de reconocer y pagar las incapacidades posteriores al día 540 estaba a cargo de las EPS, en virtud de la Ley 1753 de 2015. En tal sentido, estableció tres reglas para la aplicación de este mandato que, en términos generales, son las siguientes:

*(i) existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%.*

*(ii) el deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema.*

*(iii) la referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad<sup>4</sup>.*

Resulta claro que el Legislador asignó el pago de las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, conforme lo señalado en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

También ha definido la Corte que el pago de las incapacidades por enfermedad común que superen los 540 días *no se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada.*

## CASO CONCRETO

### **Asunto objeto de análisis**

El señor ALFREDO CASTRO MENDOZA, instauró la presente acción constitucional contra las entidades FINOTEX, SALUD TOTAL EPS, FONDO DE CESANTÍAS PORVENIR S.A, COMPAÑÍA DE SEGUROS ALFA Y ARL SURA, a fin de que mediante este mecanismo se protejan sus derechos fundamentales al MINIMO VITAL, SALUD, SEGURIDAD SOCIAL, DIGNIDAD HUMANA e IGUALDAD y, en consecuencia, se les ordene a las entidades accionadas el pago y reconocimiento de sus incapacidades laborales.

El señor ALFREDO CASTRO MENDOZA, como consecuencia de su enfermedad empezó a generar incapacidades a partir del 27 de septiembre de 2018, las cuales fueron pagadas hasta las del 12 mayo de 2020.

En razón de la expedición de nuevas incapacidades otorgadas por el médico tratante, fueron presentadas ante la empresa (patrono) para su respectivo trámite de pago así: a) De mayo 13 a junio 11/2020, entregando el radicado 05142019712. b) De junio 12 a julio 11/2020, entregando el radicado 0713208375 y 08052017846. c) De julio 12 a agosto 10/2020, entregando el radicado 0713208448, 08052017909 y 0831205480. d) De agosto 11 a septiembre 9/2020, entregando el radicado 08122011424.

De acuerdo a las probanzas la entidad SALUD TOTAL EPS emitió concepto de rehabilitación desfavorable en fecha 17 de enero de 2020, el cual puso en conocimiento del Fondo de Pensiones PORVENIR en fecha 20 de enero de 2020, es decir, pasados los 180 días y cuando el accionante ya contaba con 472 días acumulados y continuos de incapacidad, tal como se evidencia en el cuadro de incapacidades informado por SALUD TOTAL EPS y que se transcribe adelante; de tal suerte que es responsabilidad de la EPS SALUD TOTAL el pago del subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto emitió dicho concepto y lo dio a conocer a PORVENIR.

De acuerdo a lo anterior y a lo informado por SALUD TOTAL EPS, el accionante cuenta con las siguientes incapacidades:

Autorización	F. Inicio	F. Fin.	Dias	Acu	Liquidación	Dx
P7710324	05/21/2018	05/24/2018	4	4	\$60.422	L02.0
P7882946	09/07/2018	09/08/2018	2	2	\$0	M79.6
P7920792	09/27/2018	09/28/2018	2	4	\$0	R55X
P7920802	09/29/2018	10/05/2018	7	11	\$153.278	H81.3
P7998589	10/11/2018	10/13/2018	3	14	\$91.967	H81.3
P7947217	10/14/2018	10/18/2018	5	19	\$82.692	H81.3
P7952284	10/19/2018	11/01/2018	14	33	\$429.178	H81.3
P7976017	11/02/2018	11/16/2018	15	48	\$459.833	H81.3
P7999857	11/17/2018	12/03/2018	17	65	\$390.621	H81.3
P8050924	12/04/2018	01/02/2019	30	95	\$919.667	H81.3
P8102989	01/03/2019	02/01/2019	30	125	\$910.991	H81.3
P8153358	02/02/2019	03/03/2019	30	155	\$828.116	H81.3
P8209842	03/04/2019	04/02/2019	30	185	\$690.097	H81.3
P8279799	04/03/2019	05/02/2019	30	215	\$0	H81.3
P8298249	05/03/2019	05/09/2019	7	222	\$0	H81.3
P8318747	05/10/2019	06/08/2019	30	252	\$0	H81.3
P8360045	06/09/2019	07/08/2019	30	282	\$0	H81.3
P8421495	07/09/2019	07/15/2019	7	289	\$0	H81.3
P8448846	07/16/2019	08/14/2019	30	319	\$0	H81.3
P8606605	08/15/2019	09/13/2019	30	349	\$0	H81.3
P8634283	09/14/2019	10/13/2019	30	379	\$0	H81.3
P8814995	10/16/2019	11/14/2019	30	409	\$0	H81.3
P8815009	11/15/2019	12/14/2019	30	439	\$0	H81.3
P8961030	12/15/2019	01/13/2020	30	469	\$0	H81.3
P8957254	01/14/2020	01/15/2020	2	471	\$0	H81.3
P9042402	01/16/2020	01/16/2020	1	472	\$0	H81.3
P9042409	01/17/2020	02/15/2020	30	502	\$0	H81.3
P9170005	02/16/2020	03/13/2020	27	529	\$0	H81.3
P9212076	03/14/2020	04/12/2020	30	559	\$555.942	H81.3
P9212084	04/15/2020	05/14/2020	30	589	\$877.803	H81.3
P9255924	05/15/2020	06/11/2020	28	617	\$819.283	H81.3
P9398555	06/12/2020	07/11/2020	30	647	\$0	H81.3
P9450566	07/12/2020	08/10/2020	30	677	\$0	H81.3
P9398569	08/11/2020	09/09/2020	30	707	\$0	H81.3
P9490670	09/10/2020	10/09/2020	30	737	\$0	H81.3
P9557743	10/10/2020	11/08/2020	30	767	\$0	H81.3
P9634481	11/09/2020	12/08/2020	30	797	\$0	H81.3
P9711705	12/09/2020	01/07/2021	30	827	\$0	H81.3
P9713765	01/08/2021	02/06/2021	30	857	\$0	H81.3

Es necesario definir el estado temporal de las incapacidades que reclama el señor ALFREDO CASTRO MENDOZA, para lo cual, examinadas las probanzas, el accionante reclama incapacidades continuas desde el 13 de mayo de 2020 al 9 de septiembre 2020 que no le han sido canceladas y las que se causen, es decir incapacidades superiores a 540 días, conforme se evidencia en el cuadro anterior que, van desde el 15 de mayo de 2020 hasta el 9 de septiembre de 2020, habiéndose causado mas incapacidades, sin que hasta el momento de resolución de esta acción se evidencie calificación de pérdida de capacidad laboral por el Fondo de Pensiones.

Respecto de la calificación de invalidez, informa el accionado PORVENIR, en su escrito de impugnación, entre otras, que: de acuerdo con la información suministrada por la SALUD TOTAL EPS la accionante cuenta con un concepto no favorable de rehabilitación, razón por la cual no procedería postergar el trámite calificación y en consecuencia se procede es con la calificación de pérdida de capacidad laboral. Indica además, que en el caso del señor ALFREDO CASTRO MENDOZA se inició el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral frente al dictamen que debe generar la aseguradora contratada por Porvenir S.A., por lo anterior nos encontramos a la espera de la respuesta que genere por parte de SEGUROS DE VIDA ALFA.

Sin embargo, más adelante y luego de exponer las normas relativas al derecho de la pensión de invalidez, se contradice y señala que, realizó los tramites concernientes a esa entidad, y que actualmente el señor ALFREDO CASTRO MENDOZA no cumple los requisitos expuestos en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 para poder aprobar pensión de invalidez a su favor, manifiesta además que es el empleador quien debe asegurar a través de la estabilidad laboral reforzada, el acceso a una vida digna de su trabajador; sin acreditar calificación alguna sobre el estado de salud del accionado, a efectos de determinar el grado de pérdida de capacidad laboral.

La Corte Constitucional, a través de una interpretación sistemática de las normas arriba citadas, ha reiterado mediante sentencia T 268 de 2020 señaló que: *“Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, sobre el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a los 540 días, del cual, es diáfano el entendimiento que dichas incapacidades serán asumidas por las E.P.S., **siempre y cuando** se cumplan con los presupuestos establecidos en el precitado artículo. En el caso objeto de análisis, no se observa el cumplimiento del presupuesto establecido en el numeral 1 del referido artículo, cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico”*.

Por otro lado, en la misma sentencia reitero jurisprudencia constitucional, indicando que: *“**las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%**”*.

Así mismo, conforme lo señalado en la sentencia T-144 de 2016, con ocasión al amparo al derecho fundamental al mínimo vital de una persona a la cual le habían expedido incapacidades laborales por más de 540 días como consecuencia de varios diagnósticos, sin que la EPS, o la AFP hubieren pagado oportunamente las incapacidades prescritas, ni realizado los trámites para reconocer y pagar la pensión de invalidez, la Corte Constitucional aplicó una interpretación del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, *que condicionaba el pago de las incapacidades superiores a los 540 por parte del fondo de pensiones, al trámite y reconocimiento de la pensión de invalidez a la que tenía derecho el actor (...)*.

En el presente caso, el accionante cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación expedido por SALUD TOTAL EPS en fecha 17 de enero de 2020, el cual puso en conocimiento del Fondo de Pensiones PORVENIR en fecha 20 de enero de 2020. Hecho que indica que, no se cumple con el presupuesto establecido en el numeral 1 del artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, puesto que, en este se establece con claridad que las Empresas Promotoras de Salud pagarán las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a los 540 días, siempre y cuando exista concepto favorable de rehabilitación.

Frente al concepto desfavorable de rehabilitación, vale recordar que la accionada PORVENIR manifiesta en su impugnación que, se inició el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral encontrándose a la espera de la respuesta que genere por parte de SEGUROS DE VIDA ALFA, por lo tanto corresponde al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, asumir dicha carga prestacional hasta que se surta el trámite definitivo que determine concepto de rehabilitación favorable o le reconozca la pensión de invalidez.

Así, reexaminada la normatividad y jurisprudencia constitucional aplicable para el caso concreto, con los antecedentes narrados por el actor y las pruebas documentales aportadas, se observa que el ciudadano accionante ha realizado los aportes al sistema general de seguridad social en salud, como Trabajador Dependiente, pues se encuentra vinculado como Técnico Mecánico de la firma FINOTEX S.A., cumpliendo con el requisito legal para acceder a la prestación por Incapacidad, que dicho sea de paso fueron otorgadas por el médico tratante adscrito a la EPS donde él se encuentra afiliado, cumpliendo así con los requisitos señalados por la Jurisprudencia nacional.

El A-quo al resolver de fondo el asunto sometido a revisión de esta superioridad, concluyó que, el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, vulneró de manera flagrante los derechos fundamentales al MINIMO VITAL, SALUD, SEGURIDAD SOCIAL, DIGNIDAD HUMANA e IGUALDAD del señor ALFREDO CASTRO MENDOZA, por cuanto no ha realizado el pago de las incapacidades generadas al accionante desde el día 181 al 540, como lo establece la Ley, sin detenerse a examinar cuales eran las incapacidades reclamadas por el actor y el estado en que se encuentra el trámite para determinar su estado de salud.

<sup>2</sup> Sentencia T-920 de 2009

Conforme las anteriores precisiones, el Juzgado confirmará la decisión proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal Oral de Barranquilla, de proteger los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana del accionante ALFREDO CASTRO MENDOZA, pero no comparte los argumentos esbozados por cuanto no se efectuó un análisis sobre cuáles eran las incapacidades reclamadas por el actor y el estado en que se encuentra el trámite para determinar su estado de salud, lo que conllevó a una decisión enmarcada en una reiteración de la norma y no en el análisis del caso concreto, por lo tanto, se modificará el alcance de la medida de protección.

Así, teniendo en cuenta que las incapacidades que reclama el señor ALFREDO CASTRO MENDOZA, van desde el 15 de mayo de 2020 al 9 de septiembre 2020, más las que se causen, las cuales corresponden desde el día 617 de incapacidad acumulada y continua, es decir superan el día 540, conforme lo informó la EPS en el cuadro descriptivo de las mismas, se ordenara al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, reconozca y pague las incapacidades del señor CASTRO MENDOZA, hasta tanto exista calificación del estado de salud del accionante que permita definir su rehabilitación o la pensión de invalidez.

Por lo tanto, también se ha de requerir al accionante, para que si aún no lo ha hecho acredite ante FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, las incapacidades comprendidas desde el desde el 15 de mayo de 2020 al 9 de septiembre 2020, más las que se causen con el objeto de que la mencionada entidad, verifique si hay lugar a su reconocimiento y pago, conforme los lineamientos expuestos en esta providencia y la jurisprudencia constitucional.

En consecuencia, se confirmará el numeral primero, cuarto y quinto, se modificara el numeral segundo y se revocará el numeral tercero del fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Noveno Civil del Circuito Oral de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

Primero. CONFIRMAR el numeral PRIMERO CUARTO y QUINTO de la parte resolutive del fallo de tutela de fecha 15 de marzo de 2021, proferido por el Juzgado Cuarto Civil Municipal Oral de Barranquilla, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la parte resolutive del fallo de tutela de fecha 15 de marzo de 2021, proferido por el Juzgado Cuarto Civil Municipal Oral de Barranquilla, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, el cual queda así:

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A que, dentro de las (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, reconozca y pague, previa la acreditación correspondiente de su expedición, al señor ALFREDO CASTRO MENDOZA, las incapacidades generadas con posterioridad al día 540, hasta el momento en que se notifique y quede en firme la calificación del estado de salud del accionante que permita definir su rehabilitación o la pensión de invalidez.

Tercero. REVOCAR el numeral TERCERO de la parte resolutive del fallo de tutela de fecha 15 de marzo de 2021, proferido por el Juzgado Cuarto Civil Municipal Oral de Barranquilla, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. Notificar a las partes intervinientes, al Defensor del Pueblo Regional y al Juez A quo, por el medio más expedito y eficaz.

Quinto. Dar cumplimiento al numeral 5º del fallo impugnado.

## NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Firmado Por:

**CLEMENTINA PATRICIA GODIN OJEDA**  
**JUEZ CIRCUITO**  
**JUZGADO 09 DE CIRCUITO CIVIL ORAL DE LA CIUDAD DE BARRANQUILLA-ATLANTICO**

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: **7a3b2e3c1c97cca5f9cfc40dc66b3a23ac789f1c55b5a8d23c9edba80f9b320c**

Documento generado en 07/05/2021 04:18:11 PM