



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE SOLEDAD ATLÁNTICO

Soledad, veinticinco (25) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia de 2° Instancia

Referencia Clase de acción: TUTELA
Demandante: FERNANDO HUMBERTO JIMENEZ ARGUELLO
Demandado: PROTECCION AFP Y SALUD TOTAL E.P.S.
Radicado: No. 2021-00186-01.

Procede a pronunciarse el despacho sobre la impugnación instaurada por la parte accionada, contra la sentencia de fecha veintitrés (23) de marzo de dos mil veintiuno (2021), por medio de la cual el Juzgado Primero Civil Municipal Mixto de Soledad-Atlántico, concedió la acción de tutela interpuesta por el señor FERNANDO HUMBERTO JIEMENEZ ARGUELLO.

I. ANTECEDENTES

El señor FERNANDO ALBERTO JIMENEZ ARGUELLO actuando en nombre propio, presentó acción de tutela contra el fondo de pensiones y cesantías PROTECCION S.A. y SALUD TOTAL E.P.S, a fin de que le amparen sus derechos fundamentales a la vida y mínimo vital.

I.I. Pretensiones

“... (...)Se ordene a la entidad, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES OBLIGATORIAS Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y a la entidad SALUD TOTAL EPS, a cancelarme el salario mínimo al que tengo derecho, hasta que se me resuelva lo de mi perdida de mi capacidad laboral...”.

Lo anterior lo fundamenta en los siguientes:

II. Hechos

Narra el accionante que labora como empleado de la Cooperativa de trabajo asociado VISIÓN GESTIÓN EMPRESARIAL COLOMBIA, en calidad de conductor suministrado por el señor EDGAR CAMELO RUEDA, desde mayo del 2014.

Indica que lo afiliaron a la seguridad social en pensiones al ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES OBLIGATORIAS Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y salud a MEDIMAS EPS, hoy desaparecida, y que luego pasó a la entidad prestadora de servicio de salud, en la que se encuentra actualmente vinculado como lo es SALUD TOTAL EPS.

T-2021-00186-01

Refiere que estando prestando sus servicios al empleador comenzó a sufrir de ciertas patologías que mermaron su condición de salud, hasta el extremo de no poder laborar más, por prescripción médica.

Que fue calificado en cuanto a su pérdida de la capacidad laboral por la entidad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES OBLIGATORIAS Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, dándole esta un puntaje del 40.33%.

Agrega que en razón a que no comparte, ese porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, presentó un recurso de apelación para que este sea remitido a la Junta Regional de Calificación del Atlántico.

Expone que a pesar de haber realizado la apelación a título personal en el tiempo reglamentado, la entidad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES OBLIGATORIAS Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, demoró el envío de ese expediente a la Junta Regional de Calificación, y que una vez enviado la junta regional de calificación lo recibió y lo devolvió por que faltaban estudios que se debían realizar y que afectarían este porcentaje.

Afirma que durante más de doce meses la entidad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES OBLIGATORIAS Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, ni la entidad Salud Total, han cumplido con el pago de los salarios a los cuales tiene derecho, dado que han pasado más de 540 días y es obligación de estos, remunerar los salarios que se le adeudan teniendo en cuenta su derecho al mínimo vital, esto, hasta que se defina la calificación de pérdida en cuanto al porcentaje de mi capacidad laboral.

IV. La Sentencia Impugnada.

El Juzgado Primero Civil Municipal Mixto de Soledad - Atlántico, mediante providencia del 23 de marzo de 2021, concedió la acción de tutela interpuesta por el señor FERNANDO HUMBERTO JIEMENEZ ARGUELLO.

Considera el a-quo una vez analizada la pretensión de la acción tutelar, de los hechos planteados, y que de las pruebas que obran en el expediente se puede concluir que la EPS SALUD TOTAL emitió concepto médico de rehabilitación con pronóstico desfavorable, no obstante no fueron aportados al informativo, los trámites pertinentes adelantados por el actor ante las accionadas tendientes a conseguir el pago de las incapacidades laborales reclamadas, sin embargo y en atención a que el actor se encuentra incapacitado y carece de las condiciones para prestar la labor correspondiente, consideró que debían ordenarse aquellos pagos que sustituyen al salario en el tiempo durante el cual no pueda prestar sus servicios, puesto que constituye el medio para garantizar su sustento y el de su familia.

V. Impugnación.

La parte accionada **SALUD TOTAL E.P.S** a través de memorial, presentó escrito de impugnación, manifestando su inconformismo con el fallo de 1º instancia, argumentando que no ha incurrido en vulneración de sus derechos fundamentales.

T-2021-00186-01

Expuso que esa entidad no cuenta con incapacidades radicadas a favor del accionante, pues asegura que en estos casos la EPS no puede asumir un pago de incapacidades que no han sido radicadas tal como se explicó en primera instancia, y que es deber del empleador aportante allegar los certificados de las incapacidades expedidas para si quiera poder determinar si es o no procedente el pago de las prestaciones económicas reclamadas.

Considera que no se le está vulnerando ningún derecho al no haberse radicado incapacidades, sosteniendo que así como el afiliado tiene derechos, también tiene deberes y ni él ni su empleador aportante han agotado la vía administrativa ante la EPS al no acudir radicando las incapacidades.

La entidad Salud Total, realiza un relato de los antecedentes de la acción constitucional, y que el protegido FERNANDO HUMBERTO JIMENEZ ARGUELLO, está afiliado por cesión MEDIMAS, indicando que desconocen si con dicha entidad presentó incapacidades, ya que al validar el sistema integral de información no se cuenta con incapacidades médicas pendientes por transcribir y autorizar por parte de la entidad SALUD TOTAL EPS; indicando los requisitos para la transcripción de incapacidades.

Sostiene que todas las pretensiones deben tener una fundamentación previa a incoar el sistema judicial, y que además no es admisible que se les ordene el pago de incapacidades que no han sido radicadas ante la entidad y que en ultimas no podrían pagar ante un empleador que tiene más de un año en mora en el pago de los aportes que por ley le corresponde.

Por su parte **PROTECCION S.A.**, presentó sus argumentos de la impugnación, haciendo un relato de los hechos y los antecedentes de la acción de tutela.

Manifiesta que revisado el certificado del señor Fernando Humberto Jimenez Arguello, se pudo constatar que el día 181 de incapacidad es el día 29 de marzo de 2019, sin embargo, la EPS, sólo el 12 de septiembre de 2019, realizó la remisión a Protección S.A. del concepto de rehabilitación del citado; por tanto, le corresponde a dicha EPS efectuar el pago de la incapacidades, desde el día 181 (29 de marzo de 2019) y hasta la fecha de remisión ocurrida el 12 de septiembre de 2019, con base, en la SANCIÓN establecida en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

Indica que Protección S.A. en ningún momento ha transgredido derecho fundamental alguno del accionante, dado que ha obrado conforme a todo el procedimiento legal en el trámite de la solicitud presentada, y si no accede al pago de incapacidades es en razón a la sanción que impone artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 a las EPS cuando no remite oportunamente el concepto de rehabilitación de sus afiliados.

Anexa un cuadro con las 8 incapacidades reconocidas y pagadas por Protección S.A.

Sostiene que una vez pagados los días de incapacidad a cargo de esa Administradora, y de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 29 del Decreto 1253 de 2013, se procedió a realizar la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, por lo que esa Administradora, remitió su caso ante la Comisión Médico Laboral, con quien Protección

T-2021-00186-01

S.A. tiene celebrado contrato de prestación de servicios; dicha entidad, mediante dictamen, determinó que este tiene una pérdida de la capacidad laboral del 40.33%, de origen común, y con una fecha de estructuración del 1 de octubre de 2020, mismo que fue apelado.

Concluye indicando que ya no es posible invocar el precedente de la Corte Constitucional que facultaba al juez de tutela para asignar como responsable provisional del pago de incapacidades al Fondo de Pensiones, toda vez que la Corte Constitucional mediante sentencia T 200 de 2017, reguló la obligación a las EPS de asumir y pagar las incapacidades posteriores al día 540. Y que no obstante, lo anterior, en el evento de llegar a condenar a esta Administradora a pagar alguna prestación económica a favor del accionante, se solicita al despacho conceder la tutela con efectos transitorios por el término de 4 meses, mientras que el citado señor presenta demanda ordinaria laboral, para que se resuelva definitivamente si tiene derecho o no al pago de las incapacidades, según lo regulado en el artículo 8° del Decreto 2591 de 1991.

VI. Pruebas relevantes allegadas

- Expediente de tutela de primera instancia
- Fallo proferido en primera instancia
- Escrito de impugnación de Salud Total EPS
- Escrito de impugnación de Protección S.A.
- Actuaciones del despacho

VII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

VI.I. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y en el Decreto 1382 de 2000, este Despacho resulta competente para conocer de la impugnación del fallo de la acción de tutela en referencia, por resultar ser el superior funcional de la agencia judicial que la profirió.

VII. Problema jurídico

Corresponde al despacho dentro de la actuación de marras, determinar si resulta procedente el ejercicio de la presente acción de tutela, dados los antecedentes relatados en los hechos, en caso afirmativo:

- Determinar la excepcional procedencia de esta acción, se entraría a analizar si las accionadas están vulnerando el derecho fundamental al MINIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL del tutelante al no reconocerle las incapacidades laborales.
- **Procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar pago de incapacidades laborales. Reiteración de jurisprudencia. Sentencia T-200 de**

2017

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales. No obstante, se afirma que dicha acción tiene un carácter subsidiario, en tanto que, por regla general, solo procede cuando quien considere vulnerados sus derechos no disponga de otro mecanismo judicial para su protección.

De esta manera lo ha entendido la Corte Constitucional, cuando ha sosteniendo que “[l]a acción de tutela como mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales, en términos del artículo 86 de la Constitución, debe ceder, en su aplicación, si existen medios judiciales ordinarios, a través de los cuales, pueda obtenerse la protección requerida por esta vía excepcional.”¹ Posición que ha reiterado a lo largo del tiempo.

Sin embargo, el principio de subsidiaridad tiene dos excepciones, a saber: (i) Que a pesar de la existencia de otro mecanismo judicial, este no sea eficaz o idóneo para la protección de los derechos transgredidos; o (ii) que la acción sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.²

La Corte Constitucional afirmó, en sentencia T-144 de 2016, que la acción de tutela es procedente para la reclamación de acreencias laborales cuando: “ i) no existe otro medio de defensa judicial, o de existir, éste no es apto para salvaguardar los derechos fundamentales en juego; o ii) cuando se pruebe la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, con las características de grave, inminente y cierto, que exija la adopción de medidas urgentes y necesarias para la protección de derechos fundamentales.”

Así las cosas, en principio, la tutela no sería el mecanismo adecuado para solicitar el pago de prestaciones laborales como el auxilio económico y el subsidio de incapacidad, en tanto la jurisdicción laboral tiene competencia para dirimir “las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos.” (Artículo 622 de la Ley 1564 de 2012)

Sin embargo, la evaluación del requisito de subsidiariedad, en los términos en los que lo hemos desarrollado, depende de la idoneidad de los mecanismos ordinarios, en relación con las *condiciones objetivas* de quien interpone la acción. Estas condiciones ya han sido tratadas por la jurisprudencia constitucional; en su momento, la sentencia T-093 de 2011,³ al retomar otros precedentes relacionados,⁴ señaló que “(...) [el] conjunto de condiciones objetivas en las cuales se encuentra el accionante, por ejemplo, su edad avanzada, su estado de salud [y/o] su precaria situación económica (...)”, puede ponerlo en circunstancias de debilidad manifiesta que, como se ha dicho, deben impactar la decisión sobre la procedencia de la acción de tutela.

¹ Corte Constitucional, sentencia T-384 de 1998.

² Constitución Política, artículo 86, incisos 1 y 3, y Decreto 2591 de 1991, artículo 6.

³ Reiterado, entre otras, por las sentencias T-333 de 2013, T-721 de 2012 y T 144 de 2016.

⁴ Corte Constitucional, sentencias T-1206 de 2005, T-614 de 2007 y T-124 de 2007.

Tal impacto no recae exclusivamente sobre la decisión de procedencia, sino también sobre el sentido de las decisiones que adopte el juez de tutela. En efecto, si se trata de la falta de idoneidad de un mecanismo alterno como la jurisdicción ordinaria, el juez de tutela entra a sustituir al juez ordinario y toma una decisión definitiva sobre el caso. Por el contrario, si del examen de procedencia se concluye que de lo que se trata es de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el juez de tutela tomará medidas transitorias de protección, mientras el accionante activa la competencia del juez ordinario y este último resuelve de manera definitiva. Esto significa que caso a caso la procedencia puede variar, independientemente de que la causa pueda ser atendida a través de vías ordinarias.

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha insistido en el carácter excepcional de la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de derechos de carácter económico derivados de relaciones laborales. Tal premisa, conduce a la necesidad de evaluar los casos concretos bajo la perspectiva de las condiciones objetivas de quien interpone la acción, así como la naturaleza y relevancia que cobra la incapacidad en la garantía de derechos fundamentales, al ser un sustituto del salario devengado por quien ha sufrido menoscabo temporal o permanente de su capacidad laboral.

- **Régimen de incapacidades laborales: clasificación y obligación de pago. Reiteración de jurisprudencia.**

El pago de las incapacidades laborales se deriva de un **certificado de incapacidad** que “(...) resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador (...)”.⁵ Dichas incapacidades pueden ser de diferentes tipos. En sentencia T-920 de 2009,⁶ esta Corporación señaló la siguiente clasificación: (i) **temporal**, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) **permanente parcial**, cuando se presenta una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) **permanente (o invalidez)**, cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%.

5.1 Origen de las incapacidades laborales y entidades obligadas a cancelarlas

La falta de capacidad laboral, temporal o permanente, puede ser de origen laboral o común. A continuación, se esbozarán las principales características respecto a los obligados a cancelarlas, de cara a la posterior resolución del caso concreto.

5.1.1 Incapacidades por enfermedad de origen laboral

De acuerdo con el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013,⁷ las Administradoras de Riesgos Laborales serán 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 surtirá, por parte de las ARL, “(...) hasta que: (i) la persona quede integralmente

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-144 de 2016.

⁶ Esta clasificación ha sido retomada por la sentencia T-468 de 2010.

⁷ Modifica el parágrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

T-2021-00186-01

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.”⁸

5.1.2 Incapacidades por enfermedad de origen común

De acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia, dependiendo del tiempo de duración de la incapacidad, la remuneración recibida durante ese lapso podrá ser denominada **auxilio económico**⁹ si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, o **subsidio de incapacidad**¹⁰ si se trata del día 181 en adelante. La obligación del pago de incapacidades está distribuida de la siguiente manera:

- i. Entre el día 1 y 2 está a cargo del empleador según lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.¹¹
- ii. Entre el día 3 y 180 a cargo de la EPS según el mismo decreto.
- iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52¹² de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.¹³

Ahora bien, hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional venía reconociendo y advirtiendo la existencia de un déficit de protección de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días. En su momento, la sentencia T-468 de 2010¹⁴ de esta Corporación señaló:

“(…) aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son generosas, esta Sala repara en el hecho de que no existe legislación que proteja al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días. Son muchos los casos en que las dolencias o las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común que obligan a las EPS o demás entidades que

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-490 de 2015

⁹ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227.

¹⁰ Decreto 2463 de 2001, artículo 23.

¹¹ El Decreto 2943 de 2013 modifica el párrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 que establecía que la obligación del empleador era pagar los primeros 3 días de incapacidades originadas por enfermedad general.

¹² Este artículo modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

¹³ Este concepto debe emitirse antes del vencimiento de los primeros 150 días de incapacidad. Si la EPS no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.

¹⁴ Las sentencias T-684 de 2010 y T-876 de 2013 retomaron la idea de la existencia de un déficit de protección para incapacidades superiores a 540 días.

administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y por tanto, tampoco nace el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir.”

Y agregó:

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

En consecuencia, el Gobierno Nacional, a través de la Ley 1753 de 2015, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo comprendido entre 2014 y 2018, dio una solución a este déficit de protección, al otorgar la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS. Según el artículo 67 de la mencionada ley, 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.”*¹⁵

La Corte Constitucional ya ha ordenado la aplicación de esta disposición por vía de tutela en la sentencia T-144 del 2016. En su momento, esta Corporación conoció el caso de la ciudadana Maritza Cartagena, quien en el mes de octubre de 2011 sufrió un accidente en motocicleta al chocar con un vehículo de transporte escolar. En el incidente sufrió varias fracturas que le provocaron incapacidades de más de 540 días. Recibió calificación del Fondo de Pensiones y de la Junta Regional de Calificación de Invalidez que no superaba el 50% de pérdida de capacidad laboral, pero apeló este último dictamen por considerar que no respondía a su estado real de salud física y mental.

Para la Corte, la entrada en vigencia de esta norma, cambia el panorama del pago de incapacidades después de 540 días que se venía planteando en la jurisprudencia de años atrás, pues se le atribuyó la obligación del pago a las EPS como parte del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Con estos antecedentes legales y jurisprudenciales, no cabe duda alguna de que la regla actual de incapacidades que superan 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, es que deben asumirlas las EPS.

Pero además, la sentencia en cuestión establece tres reglas para el análisis de este tipo de casos, la primera, es que reitera la necesidad de garantizar protección reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral, tienen incapacidades prolongadas, pero no son considerados inválidos; la segunda, es que la obligación

¹⁵ Literal a del artículo 67 de la Ley 1753 del 2015.

T-2021-00186-01

impuesta por el Plan Nacional de Desarrollo, respecto al pago de tales incapacidades es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades; y la tercera, es que podrá concederse una aplicación retroactiva en virtud del principio de igualdad.

Frente a la primera regla, la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos:

“Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente, se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.”¹⁶

Refiriéndose a la segunda regla, esta Corporación señala que el déficit de protección para trabajadores que superan 540 días de incapacidad se entiende superado por la Ley 1753 de 2015 y que a partir de su entrada en vigencia, tanto “(...) el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar (...)”. No obstante, es preciso tener en cuenta que el Plan Nacional de Desarrollo, es por naturaleza una norma cambiante y en consecuencia el déficit de protección podría volver a presentarse.

Respecto a la tercera regla, la Corte explica que existe la posibilidad de dar aplicación retroactiva al artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, pues ésta no establece un régimen de transición para los casos ocurridos antes de la promulgación de la ley, generando un trato desigual. En palabras textuales esta Corporación señaló: “(...) [la] situación de desigualdad tiene un fundamento legal que es entendible desde el punto de vista de las reglas de vigencia y aplicación de las leyes. Sin embargo, genera una tensión constitucional que no puede ser omitida por la Corte, pues a la luz del principio de igualdad material, no hay razón para diferenciar y beneficiar sólo a un grupo de personas, en virtud de una consideración temporal, a sabiendas de que la situación se evidenciaba con anterioridad. Es decir, no hay una justificación constitucionalmente válida para fijar tal diferencia en la posibilidad de protección legal.”

Sobre la base de lo previsto en la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS ¹⁷	Artículo 67 de la Ley 1753 de

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-144 de 2016.

¹⁷ La EPS podrá perseguir el pago de dichas incapacidades ante la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

T-2021-00186-01

		2015
--	--	------

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con este tema ha establecido que el origen de la incapacidad determina la hoja de ruta para establecer con claridad cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene la obligación de pagar las incapacidades, en concordancia con las diferentes reglas temporales que operan en los casos de enfermedades de origen común.

Ahora bien, aun cuando el desarrollo normativo y jurisprudencial previo al año 2015, daba cuenta de la existencia de un déficit de protección para incapacidades que superaran los 540 días consecutivos, esta Sala encuentra que tal circunstancia ha sido satisfecha por el artículo 67 de la Ley 1573 de 2015, al menos mientras se encuentre vigente el Plan Nacional de Desarrollo.

XIII. Del Caso Concreto.

De acuerdo con el memorial que impulsó la instauración de la acción de tutela y los documentos obrantes en la actuación, el señor FERNANDO HUMBERTO JIMENEZ ARGUELLO solicita la protección de sus derechos fundamentales a la VIDA, al MINIMO VITAL, que afirma están siendo conculcados por la entidad FONDO DE PENSIONES PROTECCION S.A. y SALUD TOTAL EPS, debido a la negativa por parte de estas entidades a reconocerle y pagarle las incapacidades laborales generadas.

El Juzgado Primero Civil Municipal Oral de Soledad - Atlántico, concedió la acción de tutela, decisión que fue objeto de impugnación por las accionadas.

En primer lugar, en lo concerniente al punto de la procedencia de la acción de tutela, es de resaltar que, de acuerdo con la jurisprudencia citada en la parte considerativa de esta sentencia, en el caso concreto se presume la vulneración del derecho al mínimo vital, lo que permite la procedencia del amparo, y además la acción de tutela fue interpuesta el febrero de 2021, es decir, se cumple en el caso con el requisito de inmediatez teniendo en cuenta la fecha de las incapacidades que se reclaman en la medida que se han extendido a lo largo del tiempo, permaneciendo los efectos de la vulneración toda vez que aún subsisten incapacidades no pagadas, y conforme a la jurisprudencia enunciada, con la finalidad de dar aplicación a la excepción al principio de subsidiaridad.

Lo anterior, sin perjuicio de que la jurisprudencia de la Corte ha considerado que “(...) *dada su naturaleza cautelar, la acción de amparo debe ser interpuesta en un plazo razonable dentro del cual se presume la afectación del derecho fundamental de manera palpable e inminente*”. En ese sentido se pronunció la Corte en el marco del mencionado análisis de constitucionalidad del artículo 11 del Decreto 2591 de 1991:

*“La Corte ha señalado que dos de las características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano son la **subsidiariedad** y la **inmediatez**: (...) la segunda, puesto que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza.^[13] Luego no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o*

T-2021-00186-01

procedimiento llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales.

*En otros términos, la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones **de hecho** creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, (...) el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental".¹⁴¹(Negrilla en el texto original).*

Sobre la responsabilidad del pago, la Corte Constitucional ha sido enfática en concluir que el origen de la incapacidad constituye un parámetro determinante para establecer cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene a su cargo la obligación de pagar las incapacidades, atendiendo a los diferentes parámetros de temporalidad que operan en los casos de enfermedades de origen común.

En el caso que nos ocupa la EPS a la cual se encuentra afiliado el actor SALUD TOTAL EPS, y atendiendo lo narrado por el accionante, conforme a la normatividad vigente relacionada con el asunto a decidir, SALUD TOTAL EPS-S, es la entidad que tiene el deber legal de reconocer y pagar las incapacidades causadas a favor del accionante, causadas hasta los 180 días continuos, y que no han sido canceladas.

Sobre el papel del concepto favorable de rehabilitación, conviene destacar que conforme el Decreto-Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal, y luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150, a la AFP que corresponda a la normatividad anteriormente mencionada, se tiene el pago de incapacidades después desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, 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 los eventos en que ello no sea así, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. Asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Ello en virtud de lo preceptuado en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 según el cual:

“Artículo 142: *“(…) 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*

T-2021-00186-01

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. (...).”

En el caso que nos ocupa, la EPS SALUD TOTAL, debe pagar las incapacidades que se hayan generado desde el día 181 hasta que se le concrete la calificación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, y del día ciento ochenta y uno (181) al día quinientos cuarenta (540) estará a cargo de la AFP, y conforme con lo dispuesto por el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, la NUEVA EPS deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores al día 540, siempre y cuando se le emita concepto favorable de rehabilitación, no se le haya calificado la pérdida de la capacidad laboral o si su calificación de pérdida de capacidad laboral resulte inferior al 50%, y le sigan siendo expedidas incapacidades más allá de los 540 días.

Ahora bien, en relación a las alegaciones de la EPS, en el sentido que no les aparecen las incapacidades del accionante, por cuanto el accionante viene remitido de una extinta EPS, sin que cuenten con esa información, no son razones para negar el reconocimiento y pago, pues son trámite administrativos que no puede cargar el accionante.

En el mismo sentido lo expuesto por el fondo de pensiones, en aplicación de la sanción por la tardanza en la comunicación del concepto favorable, pues se reitera, son trámites administrativos internos que no le son atribuibles al accionante, debiéndose realizar los cruces de cuentas entre las entidades prestadora de seguridad social.

Teniendo en cuenta lo anterior el despacho confirmara la decisión de 1° instancia.

Atendiendo a las motivaciones precedentes, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia de fecha veintitrés (23) de marzo de dos mil veintiuno (2021), proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal Mixto de Soledad-Atlántico, por las razones consignadas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Notifíquese esta sentencia a las partes intervinientes, al Juez de Primera Instancia y al Defensor del Pueblo.

TERCERO: Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERMAN RODRIGUEZ PACHECO

Juez

T-2021-00186-01

Firmado Por:

**GERMAN EMILIO RODRIGUEZ PACHECO
JUEZ
JUEZ - JUZGADO 001 DE CIRCUITO CIVIL DE LA CIUDAD DE SOLEDAD-
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:

78563d7f449af7c39d7cc25639e1f1e0b6c61b6cea9e3d2cae96b767808d1324

Documento generado en 26/05/2021 06:05:35 PM

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