



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

Soledad, veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia de 2° Instancia

Referencia Clase de acción: TUTELA

Demandante: MARIO RAFAEL CABALLERO PIZARRO.

Demandado: NUEVA EPS Y COLFONDOS.

Radicado: No. 2021-00465-01

Procede a pronunciarse el despacho sobre la impugnación instaurada por la parte accionada, contra la sentencia de fecha seis (06) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), por medio de la cual el Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Tomás- Atlántico, concedió la acción de tutela interpuesta por el señor MARIO RAFAEL CABALLERO PIZARRO.

I. ANTECEDENTES

El señor MARIO RAFAEL CABALLERO PIZARRO actuando en nombre propio, presentó acción de tutela en contra de NUEVA EPS y COLFONDOS S.A, a fin de que le amparen sus derechos fundamentales al Mínimo Vital, la Seguridad Social y la Vida Digna, elevando las siguientes:

I.I. Pretensiones

“Se reconozcan mis derechos fundamentales del Mínimo Vital, la Seguridad Social y la Vida Digna, a lo cual tengo derecho en virtud de la Constitución Política Nacional.

Como consecuencia de tutelar los anteriores derechos, el señor juez ordenara a la NUEVA EPS Y/O COLFONDOS, para que dentro del término legal me concedan el Reconocimiento y Pago de mis incapacidades laborales relacionadas anteriormente y las que se llegaren a generar hasta que se cuente con un dictamen definitivo del origen de la contingencia por razón de enfermedad general.”.

Lo anterior lo fundamenta en los siguientes:

II. Hechos

Son narrados por el accionante de la siguiente manera:

“

1. Me encuentro afiliado a la NUEVA EPS en calidad de cotizante del Régimen Contributivo de Salud y en COLFONDOS en Pensión, actualmente en calidad de trabajador dependiente, por laborar en la Fundación Pensamiento y Libertad - FUPENLI, Entidad Sin Ánimo de Lucro (ESAL) identificada con el NIT N° 802.016.534-0 y que, a pesar de cotizar

T-2021-00465-01

mensualmente sin interrupción, las entidades se han negado a pagar mis incapacidades laborales argumentando la existencia de un Concepto Desfavorable de Rehabilitación, desconociendo el acto que lo declaró.

2. Igualmente manifiesto tener 63 años de edad, diagnosticado en octubre de 2020 con cáncer de pulmón a nivel de toma de biopsia, que corresponde a una enfermedad ruinosa o catastrófica, tengo un tratamiento prolongado y permanente susceptible de programación con la Clínica Bonnadona Prevenir, en tal sentido ostento la calidad de sujeto de especial protección constitucional y el beneficio de la efectividad de dicha protección, y más concretamente, a las personas que padecemos de cáncer, quienes tenemos una carga mayor de necesidades, las cuales obligan al Estado a brindarnos una protección reforzada.
3. Lo anterior trajo como consecuencia numerosas incapacidades de los médicos tratantes en el periodo comprendido desde el 02 de noviembre de 2020, hasta el día 17 de agosto de 2021 (anexo archivo con 9 folios) para un total de 247 días en incapacidad, repartidas, así:

Ítem	Fecha de Inicio	Fecha de Finalización	Días Solicita	Días pagad	Valor Autorizado	Fecha de Giro
------	-----------------	-----------------------	---------------	------------	------------------	---------------

INCAPACIDADES RECONOCIDAS Y PAGADAS POR LA NUEVA EPS

1	Noviembre 02-2020	Noviembre 21-2020	20	18	\$526.682	Junio 04-21
2	Diciembre 03-2020	Diciembre 12-2020	10	10	\$292.601	Junio 04-21
3	Enero 12-2021	Febrero 10-2021	30	28	\$847.958	Junio 04-21
4	Febrero 11-2021	Marzo 12-2021	30	30	\$908.526	Junio 04-21
5	Marzo 13-2021	Marzo 27-2021	15	15	\$454.263	Junio 04-21
6	Marzo 28-2021	Abril 11-2021	15	15	\$454.263	Mayo 20-21

TOTALES			120	116	\$3.484.293	
----------------	--	--	-----	-----	-------------	--

INCAPACIDADES NEGADO SU RECONOCIIMIENTO Y PAGO EN NUEVA EPS Y COLFONDOS

1	Abril 12-2021	Mayo 11-2021	30	0	\$0	
2	Mayo 13-2021	Mayo 19-2021	07	0	\$0	
3	Mayo 20-2021	Junio 18-2021	30	0	\$0	
4	Junio 19-2021	Julio 18-2021	30	0	\$0	
5	Julio 19-2021	Agosto 17-2021	30	0	\$0	

TOTALES			127	0	\$0	
----------------	--	--	-----	---	-----	--

4. Me encuentro en una situación económica complicada y obligado a realizar los aportes a seguridad social. No cuento con otra fuente de ingresos que garanticen mi sostenimiento y el de mi familia, la negativa de la NUEVA EPS Y COLFONDOS de cancelarme las incapacidades laborales mencionadas puede redundar en la vulneración a mis derechos al Mínimo Vital, la Seguridad Social y la Vida Digna, caso en el cual es imperativa la intervención del Juez Constitucional.
5. El reconocimiento y pago de dichas incapacidades me asegura un ingreso económico durante el periodo de convalecencia, permitiéndome un proceso de recuperación en los

T-2021-00465-01

términos y condiciones médicamente diagnosticado, particularmente por la especial protección a que tengo derecho en vista de mi situación de debilidad manifiesta.

6. *Mediante oficios adjuntos fechados 27 de mayo, 26 de junio, 06 de julio y 06 de agosto de 2021, la NUEVA EPS S.A. me informa que pudo establecer que no se me reconocerán las prestaciones económicas derivadas de cuatro (4) incapacidades correspondientes desde el 12 de abril al 18 de julio de 2021, debido a que presento Concepto Desfavorable de Rehabilitación, desconociendo de mi parte el acto que declaró tal concepto. Anexo archivo con 4 folios.*
7. *El 14 de junio de 2021, solicité a la Nueva EPS S.A el acto que declaró el Concepto Desfavorable de Rehabilitación y los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión. No he recibido respuesta al respecto. Anexo un folio.*
8. *La Coordinación de Medicina Laboral – Regional Norte de la Nueva EPS S.A. me envía el oficio adjunto, calendado 11 de agosto de 2021, dirigido a COLFONDOS S.A. donde le solicitan dar continuidad al caso de MARIO RAFAEL CABALLERO PIZARRO. Anexo un folio.*
9. *El día 13 de agosto de 2021 radiqué cinco (5) incapacidades con sus respectivos anexos para su reconocimiento y pago por parte de la Administradora de Fondos de Pensión COLFONDOS S.A. Anexo 2 folios.*
10. *El día 17 de agosto de 2021, a través de mi correo personal recibí de COLFONDOS oficio Radicado: 210812-001565, donde me informan que la Nueva EPS les remite mi caso para iniciar el trámite de Calificación por Pérdida de Capacidad Laboral (PCL). Anexo tres (3) folios del documento.*
11. *Este 19 de agosto de 2021, recibí respuesta del oficio señalado en el inciso Séptimo de este documento de la AFP COLFONDOS con Radicado:210813- 001386, comunicándome que no procede el reconocimiento y pago de las incapacidades solicitadas en dicho oficio. Anexo un folio de la respuesta de Colfondos.”*

IV. La Sentencia Impugnada

El Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Tomás - Atlántico, mediante providencia del 06 de septiembre de 2021, concedió lo solicitado en la acción constitucional al considerar:

“... (...) En el presente caso, teniendo en cuenta que las diversas barreras administrativas señaladas no pueden ser de recibo para negar el pago de incapacidades medicas a una persona mayor de 63 años de edad, diagnosticada con cáncer de pulmón, debe ordenarse por el juez constitucional el amparo de los derechos fundamentales invocados.

En este sentido, teniendo en cuenta que NUEVA EPS no acreditó el pago de todos los primeros cientos ochenta (180) días de incapacidad acreditados por el accionante desde noviembre de 2020, se ordenará a esta entidad el pago de estas incapacidades, si aún no lo hubiere hecho. De otra parte, teniendo en cuenta que los días de incapacidad acreditados por el actor son superiores a la cifra antes referida, se ordenará a COLFONDOS S.A. que pague a éste las incapacidades que acredite y sean otorgadas por su médico tratante, entre el día ciento ochenta y uno (181) y el día quinientos cuarenta (540).

La orden que se da en contra de COLFONDOS S.A. encuentra su fundamento en que el argumento de no haber sido notificado de manera oportuna del concepto de no rehabilitación no es válido en este caso, ya que el actor es un sujeto de especial protección por la enfermedad que padece y su edad. Además de ello, no es de recibo que no pueda ordenarse el pago de esta prestación porque tiene convenio con otra entidad aseguradora para estos casos, debido a que esa

T-2021-00465-01

es una relación contractual que nada afecta el deber legal que tiene para con el accionante de pagar las incapacidades reclamadas. ...”

V. Impugnación

La parte accionada presentó escrito de impugnación en contra del fallo de primera instancia manifestando lo siguiente:

“... (...)

- i. Se configuran vicios de nulidad dentro del trámite, teniendo en cuenta omisión en vincular a la Compañía de Seguros Bolívar S.A, como aseguradora encargada de financiar los siniestros de Colfondos S.A, en el marco del seguro previsional, instituido en la ley 100 de 1993 y en el marco del principio de sostenibilidad financiera del acto legislativo 01 de 2005.*
- ii. Se omitió tener en cuenta lo dispuesto dentro del artículo 41 de la ley 100 de 1993 frente a la responsabilidad de las EPS en el pago de las incapacidades, al existir notificación extemporánea del concepto de rehabilitación.*
- iii. En reiteración, se omite tener en cuenta la responsabilidad de la aseguradora en financiar el pago de incapacidades, por lo que dentro de acción de tutela se deberá declarar nulidad para posterior, llamar en garantía a Compañía de Seguros Bolívar S.A.*
- iv. Con apego al llamamiento en garantía, deberá el juez constitucional en pro de garantizar la financiación del pago del subsidio de incapacidad temporal, condenar a Compañía de Seguros Bolívar S.A. dentro del mismo, caso contrario caería Colfondos S.A, en imposibilidad material, teniendo en cuenta principio de sostenibilidad financiera. ...”*

VI. 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 Mínimo Vital, la Seguridad Social y la Vida Digna 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**

T-2021-00465-01

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 “[I]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.

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

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.

T-2021-00465-01

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 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

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-2021-00465-01

*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 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

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.

T-2021-00465-01

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 impuesta por el Plan Nacional de Desarrollo, respecto al pago de tales incapacidades es

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

T-2021-00465-01

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-2021-00465-01

		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.

VIII. 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 MARIO RAFAEL CABALLERO PIZARRO solicita la protección de sus derechos fundamentales al Mínimo Vital, la Seguridad Social y la Vida Digna, que afirma están siendo conculcados por las entidades NUEVA E.P.S y COLFONDOS S.A, debido a la negativa por parte de estas entidades a generarle, reconocerle y pagarle incapacidades médicas.

El Juez de primera instancia concedió la protección constitucional deprecada, decisión que fue objeto de impugnación por la parte accionante, conforme a los argumentos arriba expuestos.

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 en el mes de agosto 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*

T-2021-00465-01

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 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".^[14](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 NUEVA EPS, y atendiendo lo narrado por el accionante, conforme a la normatividad vigente relacionada con el asunto a decidir, la NUEVA E.P.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 hayan 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:

T-2021-00465-01

“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 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. (…)”*

La NUEVA EPS en la contestación de la tutela, manifiesta que el actor completó 180 días de incapacidad continua el 11 de julio del año 2021, emitiendo concepto de rehabilitación desfavorable del afiliado el día 15 de marzo del 2021, notificando tal concepto a la AFP COLFONDOS el día 01 de abril del año 2021, no obstante, no se hace visible la prueba de haber realizado la notificación en la fecha indicada.

Por su parte la AFP COLFONDOS en contestación de la tutela y escrito de impugnación asevera que le fue notificado el concepto de rehabilitación desfavorable del señor MARIO RAFAEL CABALLERO PIZARRO el día 11 de agosto del año 2021, sin embargo, en la comunicación hecha por la NUEVA EPS de la mencionada fecha, no existe certeza exacta de fecha en que fue realizada efectivamente la notificación de concepto de rehabilitación del actor.

Por lo tanto, en relación a lo expuesto por el fondo de pensiones en la impugnación, con las pruebas aportadas no es posible determinarse si existió o no mora en la emisión y notificación del concepto favorable o no de rehabilitación, por lo tanto, y en aras de garantizar los derechos fundamentales del accionante, entre las entidades prestadoras de seguridad social podrán aclarar dicha circunstancia y no cargar en su perjuicio al accionante, máxime si se tiene en cuenta que este es sujeto de especial protección debido a la enfermedad que padece de las denominadas catastróficas y de alto costo.

Ahora bien, en atención a la solicitud de nulidad de la AFP COLFONDOS por no haberse llamado en garantía como litisconsorte necesario a la Compañía de Seguros Bolívar S.A, por cuanto existe póliza que cubre este tipo de situaciones, es un alegato no aceptable, pues dicho estudio en determinar si la garantía es aplicable al caso y su recobro, deben ser tramitados independientemente entre las compañías y no a través de esta acción excepcional.

Teniendo en cuenta lo anterior el despacho confirmará 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

T-2021-00465-01

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de tutela de fecha seis (06) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Santo Tomás - Atlántico.

SEGUNDO: Notificar ésta providencia a las partes, así como al Defensor del Pueblo, por el medio más expedito y eficaz.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GERMAN RODRIGUEZ PACHECO

Juez

Firmado Por:

German Emilio Rodriguez Pacheco

Juez

Juzgado De Circuito

Civil 001

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:

e8ded0fa11550fd82269317f203defbe6172f74eb2b5b2b3ddf7f1449b03c3fd

Documento generado en 21/10/2021 07:53:46 PM

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