



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

<b>SENTENCIA ACCIÓN DE TUTELA</b>							
FECHA	SEIS (06) DE JULIO DE DOS MIL VEINTIUNO (2021)						
RADICADO	05001	41	05	003	<b>2021</b>	<b>00279</b>	01
PROCESO	TUTELA SEGUNDA INSTANCIA No.0012 de 2021						
ACCIONANTE	JORGE JUAN ACEVEDO SANCHEZ						
APODERADA	DIANA MILENA VASQUEZ CASTAÑO						
ACCIONADA	NUEVA EPS FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. GUSTAVO NIKITA BUSTOS POLO-Propietario del Establecimiento de comercio Construcciones Nikita.						
SENTENCIA	No.00238 de 2021						
DERECHOS INVOCADOS	MINIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL, IGUALDAD, DERECHOS DE LAS PERSONAS CON LIMITACIONES FÍSICAS Y LA DIGNIDAD.						
INSTANCIA	SEGUNDA						
DECISIÓN							

Se resuelve el recurso de impugnación interpuesto por el accionante en contra la sentencia del ocho (08) de junio del 2021, proferida por el Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de esta ciudad, en la acción de tutela instaurada por la apoderada del señor JORGE JUAN ACEVEDO SANCHEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 7.534.380 en contra de la NUEVA EPS, FONDO DE PENSINES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y GUSTAVO NIKITA BUSTO-propietario del establecimiento de comercio Construcciones Nikita.

**LAS PRETENSIONES**

Pretende la apoderada del accionante se le tutelen sus derechos fundamentales y se le ordene a las accionadas lo siguiente:

1.-AL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVEVIR S.A., o la NUEVA EPS y/o a su empleador señor GUSTAVO NIKITA BUSTOS POLO, en calidad de propietario del establecimiento de comercio CONSTRUCCIONES NIKIT, que se ordene el pago inmediato de las incapacidades suscritas por los médicos tratantes y no pagadas entre el 22 de diciembre de 2020 y el 12 d mayo de 2021, esto es:

- 22 de diciembre del 2020 al 05 de enero de 2021 (00034772869)
- 06 de enero de 2021 al 20 de enero de 2021 (6507054)
- 21 de enero de 2021 al 04 de febrero de 2021 (6544784)
- 05 de febrero de 2021 al 19 de febrero de 2021 (6582006)
- 20 de febrero de 2021 al 06 de marzo de 2021 (6618379)
- 08de marzo de 2021 al 22 de marzo de 2021 (6654588)
- 23 de marzo de 2021 al 06 de abril de 2021 (6693426)
- 07 de abril de 2021 al 22 de abril de 2021 (00059996202)
- 23 de abril de 2021 al 07 de mayo de 2021 (0006008914)
- 08 de mayo de 2021 al 12 de mayo de 2021 (6814512)

2.-A la NUEVA EPS, le ordene la suscripción y el pago de las incapacidades generales a partir del 13 de mayo de 2021, conforme la situación médica actual del accionante y los conceptos médicos y, hasta tanto el fondo de pensiones y Cesantías Porvenir S.A., lo ingrese en la nómina de pensionados de la entidad.

3.- Que en caso de no acceder a la pretensión, solicita que se ordena al empleador GUSTAVO NIKITA BUSTOS POLO, en calidad de propietario del establecimiento de comercio CONSTRUCCIONES NIKITA, al reintegro al cargo desempeñado por el señor Jorge Juan Acevedo Sánchez, sin solución de continuidad conforme a las capacidades laborales.

### **HECHOS DE LA PRETENSIÓN**

Manifiesta la apoderada del accionante que, el señor JORGE JUAN ACEVEDO SANCHEZ, esta afiliado al sistema General de Pensiones del Fono de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., desde hace aproximadamente tres años, que la salud se le ha visto desmejorada a causa de Enfermedad Coronaria, crisis hipertensivo y trastorno de adaptación y de ansiedad, diagnostico que encuentran plenamente soportados en la historia clínica.

Que radicado solicitud de estudio para determinar el grado de incapacidad laboral ante el Fondo de pensiones- PORVENIR S.A.-, ENTIDAD QUE A TREVÉS DE Seguros de vida Alfa y de Dictamen de Calificación de invalidez N°: 365199 del 21 de enero de 2021, valoró y determinó que presentaba una pérdida de capacidad laboral del 42.98% estructurada a partir del 22 de septiembre de 2020, dictamen que al no encontrarse conforme al accionante , interpuso el recurso de apelación ante la Junta Regional de Calificación de invalidez de Antioquia, l cual a través del dictamen de calificación de invalidez N°.092767-2021 estableció que tenía una pérdida de la capacidad laboral del 56.13% estructurada a partir del 22 de septiembre de 2020; encontrándose a la espera que la Junta Regional de calificación de invalidez de Antioquia declare la ejecutoria del citado dictamen, que ninguna de las partes involucradas lo objetó (Fondo de Pensiones y EPSP), para poder radicar la solicitud de pensión por invalidez ante la AFP PORVENIR S.A.

Que los médicos tratantes le han suscrito incapacidades laborales hasta el 12 de mayo hogaño, la cuales fueron debidamente pagadas solo hasta el 22 de diciembre de 2020, cuando el fondo de pensiones le notifico que por cumplir el tiempo de ley a su cargo 360 días de incapacidades debía nuevamente recurrir a la EPS para el pago de las mismas, que el accionante personalmente radicó a solicitud del empleador, las incapacides emitidas entre el 22 de diciembre de 2020, y el 12 de mayo de 2021 ante la Nueva EPS, no obstante, la entidad se ha negado a realizar el pago de las mismas, informando que es el empleador quien las debe radicar , pero se ha negado a hacerlo., que partir del 13 de mayo de 2021, la NUEVA EPS no quiso suscribir nuevas incapacidades laborales, toda vez, que en cita médica del 08 de mayo dese explica que medicina laboral de la EPS decide no incapacitarlo y solicita valoración por parte de medicina laboral de la empresa.

Manifiesta que el trabajador informa a la empresa que el reintegro laboral y la solicitud d la EPS para ser evaluado por el medico laboral u ocupacional, en ese momento la empresa negó a reintegrar al trabajador

hasta tanto no se realizara la evaluación, la cual se hizo efectiva por salud ocupacional, el 15 de mayo de 2021, donde concluye que: “ Análisis y plan de tratamiento, paciente masculino adulto mayor, trabajador del área de construcción, con antecedente patológico de FA DF , respuesta ventricular rápida DX el 7/06/2019 y con implante de marcapasos el 7/11/2019, HTA dislipidemia ACV isquémico el 23/07/2020, Hiperplasia prostática benigna grado III DX el 12/03/2021, y trastorno de ansiedad. Actualmente en control y manejo medico interdisciplinario por cardiología y electrofisiología, fisiatría, medicina interna, urología y psiquiátrica y con tratamiento farmacológico con Apixanban Rmgx2. Amiodarona 200mgx2. losartan 50 mgx2, metoprolol 50 mgx2, atorvastatina 40 mgx1, setralina 100mg x2, trazadora 50 mg x3, trae resultado dictamen de apelación de determinación de perdida de la capacidad laboral de la junta regional de calificación de invalidez de Antioquia con fecha del 19/03/2021 que reporta calificación de 56.13%, hasta el momento asintomático al examen físico heno dinámicamente estable, sin signos de dificultad respiratoria, con hemiparexia derecha que limita movimientos activos para realizar actividades laborales en el área de la construcción, correlacionada los antecedentes patológicos, hallazgos al examen físico y el resultado dictamen de apelación de calificación de la Junta Regional de Calificación de invalidez de Antioquia considera pertinente que el caso del paciente deben continuar siendo manejado por su ARL para que determinen dar respuesta a las pretensiones pensionales del paciente, se recomendaran las siguientes restricciones permanentes en el ámbito de su vida cotidiana ya que según resultado del dictamen de apelación de calificación considero suspender cualquier actividad física en el ámbito laboral relacionado con el área de la construcción: evitar marchas continuas por terreno con pendiente prolongadas o muy inclinado por más de 100 metros o por más de 15 minutos, evitar tareas que impliquen el aumento de la demanda de oxígeno (actividades que ameriten esfuerzo moderado y severo) como trabajar en alturas: Evitar las actividades de agarre con potencias con la mano derecha y manipulación de cargas o pesos superiores a 5 kg (halar, empujar, levantar), evitar la bipedestación prolongada; permanecer de pie) por más de 10 diez minutos, continuar manejo interdisciplinario por especialidades tratantes de servicio de salud, las anteriores restricciones pueden ser suspendidas según criterio médico de especialista tratante o según defina su ARL”.

Que a la fecha la empresa se ha negado a reintegrar al trabajador bajo la excusa que no encuentra un cargo idóneo a las funciones que puede desempeñar y le solicitan que se haga incapacitar y la EPS se niega a incapacitarlo por los periodos tan prolongados de incapacidades que tiene, que el accionante es cabeza, jefe de hogar, de quien dependen económicamente la esposa quien ha debido realizar prestamos con particulares para poder subsistir desde el mes de diciembre cuando se le suspendió el pago de los subsidios por incapacidad, que pese que ya se reconoció un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50%, el donde de pensiones y cesantías Porvenir no lo ha ingresado a la nómina de pensionados de la entidad; pues no se ha presentado la solicitud de la prestación a la entidad puesto que el dictamen no ha sido declarado en firme por parte de la Junta Regional de calificación de invalidez de Antioquia, y, mientras ese documento no se encuentre en su poder la AFP se negará a dar cita para radicar dicha solicitud.

Que la EPS es responsable de generar de acuerdo al estado de salud del

afiliado los subsidios de incapacidad o subsidiariamente ordenar el reintegro laboral con la respectivas restricciones laborales, aunado a ello, los subsidios por incapacidad generados, la EPS está obligada a pago, hasta tanto la Administradora de Fondo de Pensiones ingrese al afiliado en la nómina de pensionados de la entidad, pues con la omisión en la autorización de la incapacidad generada y la no pago conlleva a la afectación al mínimo vital del señor Acevedo Sánchez y el de la familia.

### **RESPUESTA DE LA ACCIONADA**

La NUEVA EPS, y el señor GUSTAVO NIKITA BUSTOS POLO, en calidad empleador y propietario del establecimiento de comercio CONTRUCCIONES NIKIT, pese haber sido notificadas en debidas forma por esta agencia judicial el 28 de mayo de 2021 a la dirección electrónica [secretariageneral@nuevaeps.com.co](mailto:secretariageneral@nuevaeps.com.co) y [reservasnikita@gmasil.com](mailto:reservasnikita@gmasil.com) omitieron emitir pronunciamiento alguno frente a los fundamentos fácticos indicados en la solicitud de amparo.

El FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., adujo que: La entidad autorizó el pago de las incapacidades del 181 al día 540, es decir los periodos del 2019-12-30 al 2020-12-23, teniendo en cuenta que la NUEVA EPS emitió concepto medico de rehabilitación FAVORABLE, para el accionante, por lo que a administradora procedió a realizar el trámite correspondiente de conformidad al Decreto 019 de 2012, artículo 142, el cual establece: *“cuando exista concepto de rehabilitación favorable las administradoras de pensiones podrán postergar el trámite de calificación por 360 días posteriores a los 180 días reconocidos por la EPS, evento en el cual se otorgará el subsidio de incapacidades.”* Es decir, todas aquellas incapacidades que superen los quinientos cuarenta (5640) días continuos, se encuentran a cargo de la Entidad promotora de salud a la cual se encuentra afiliado el accionante.

Que PORVENIR S.A, no adeuda suma alguna a favor del señor JORGE JUAN ACEVEDO SANCHEZ, como quiera que reconoció las incapacidades radicadas dentro de los 360 días adicionales a los primeros 180 según el límite que expresamente establece la normatividad vigente.

Teniendo en cuenta que el señor Acevedo Sánchez busca con la presente acción tutela es el pago de las incapacidades posteriores al 540, estiman que corresponden a la NUEVA EPS asumir el costo de los demás auxilios prescritos, conforme a lo estatuido en la normatividad vigente. Que para el caso puntual, se tiene:

“La compañía de Seguros de Vida ALFA S.A., con la cual esta Administradora tiene contrato el seguro de invalidez y sobrevivencia que cubre a nuestros afiliados, calificó el origen y la pérdida de capacidad laboral del afiliado, determinando un porcentaje de Pérdida de Capacidad Laboral del 42.98% de origen Común, fecha de Estructuración 22 de septiembre de 2020. 1. En virtud de la inconformidad presentada por el afiliado, el caso fue enviado a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, entidad que determinó que tiene una pérdida de capacidad laboral de 56,13% de origen común y fecha de Estructuración el 22 de septiembre de 2020. Por recurso presentado por la entidad aseguradora el caso se remitió ante la Junta Nacional de Calificación de invalidez por lo que actualmente nos encontramos en espera del pronunciamiento por parte del máximo calificador.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El juez de primera instancia tuteló los derechos fundamentales del accionante y ordenó:

Segundo: Ordenar a la NUEVA EPS, que por medio de su representante legal o quien haga sus veces, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas hábiles siguientes a la notificación de la sentencia, proceda a sufragar la prescritas en los siguientes interregnos:

22 de diciembre del 2020 al 05 de enero de 2021 (00034772869)

06 de enero de 2021 al 20 de enero de 2021 (6507054)

21 de enero de 2021 al 04 de febrero de 2021 (6544784)

05 de febrero de 2021 al 19 de febrero de 2021 (6582006)

20 de febrero de 2021 al 06 de marzo de 2021 (6618379)

08 de marzo de 2021 al 22 de marzo de 2021 (6654588)

23 de marzo de 2021 al 06 de abril de 2021 (6693426)

07 de abril de 2021 al 22 de abril de 2021 (00059996202)

23 de abril de 2021 al 07 de mayo de 2021 (0006008914)

08 de mayo de 2021 al 12 de mayo de 2021 (6814512)

Y las que sigan generado en forma ininterrumpida hasta que se encuentre en firme el respectivo dictamen.

Tercero: No se ordenará el reintegro laboral deprecado por el actor, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: No disponer la Desvinculación del señor GUSTAVO NIKITA BUSTO POLO, en calidad de propietario del establecimiento de comercio CONSTRUCCIONES NIKITA, hasta tanto, no efectúe o que como empleador le corresponde, esto es, la radicación de las incapacidades prescritas al señor JORGE JUAN ACEVEDO SANCHEZ.

Quinto: disponer la Desvinculación del presente trámite, de la entidad FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, pues se demostró que no se encuentra legitimada por ley, para responder por la acreencia deprecada por el actor.

### **DE LA IMPUGNACIÓN**

La apoderada del accionante en el escrito de impugnación manifiesta su inconformidad. Argumenta que:

Que en las pretensiones de la tutela se solicitó al despacho que ordena a la NUEVA EPS que dentro de un término improrrogable se ordene la suscripción y el pago de las incapacidades generadas a partir del 13 de mayo de 2021 conforme la situación médica actual del accionante y los conceptos médicos y, hasta tanto el FONDO DE PENSIONES Y CENTIAS PORVENIR S.A. lo ingrese en la nómina de pensionados de la entidad y manera subsidiaria se solicita que en caso de no accederse a la anterior pretensión, solicita se ordene al empleador al reintegro sin solución de continuidad conforme a la capacidades laborales del trabajador, es decir con las recomendaciones de los médicos ocupacionales respectivos, que el despacho no ahondo sobre esta situación sino que ordeno el pago de las incapacidades suscritas hasta la fecha y las que se sigan generando en forma ininterrumpida hasta que se encuentre en firme el dictamen.

La apoderada del accionante hace referencia y transcribe los hechos octavo, noveno, decimo y décimo primero.

Aduce que el AFECTADO FUE EVALUADO POR LA junta regional de calificación de invalidez de Antioquia A TRAVÉS DEL DICTAMEN DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ n°.092797-2021 estableció que tenía una de capacidad laboral del 56.13%; es decir fue declarado persona no apta para laborar –Invalido y con derechos al reclamar una pensión por invalidez ante el Fondo de Pensiones y el dictamen aún no se encuentra en firme.

Que la EPS es responsable a través de los funcionarios de generar de acuerdo al estado de salud del afiliado los subsidios de incapacidad o subsidiariamente ordenar el reintegro laboral con las restricciones laborales.

Que el afectado se encuentra sin la garantía del mínimo vital, pues no fue reintegrado al trabajo por parte de la EPS, el médico se niega a generar incapacidades y a la fecha no se ha radicado la solicitud de la pensión en el fondo de pensiones, toda vez, que el dictamen no se encuentra en firme, por lo cual no ha definido el ingreso en la nómina de pensiones, pues es a partir de cuándo se pueda radicar la solicitud que la AFP cuenta con hasta 4 meses para pronunciarse frente a su situación pensional y dos meses más para el ingreso a nómina de pensionados.

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia.

### **CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

La Constitución Política establece la acción de tutela para proteger los derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, según se desprende del contenido de su artículo 86 y del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Esta acción sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, es por ello que siempre que la ley tenga establecido un procedimiento para la protección de los derechos, no puede prosperar la acción de tutela, pues ello equivaldría a desplazar dichos procedimientos por otro más corto y perentorio como el de la presente acción, lo que atentaría contra el debido proceso a que deben estar sometidas las acciones para su normal desenvolvimiento, en aras de demostrar los fundamentos fácticos de las disposiciones que consagran los derechos perseguidos; salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

Sobre el ámbito de protección de la acción de tutela, la Corte Constitucional ha dicho:

*"En efecto, como se desprende de la reiteradísima jurisprudencia de esta Corporación, la acción de tutela tiene por objeto exclusivo la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales cuando aparezcan violados o amenazados por acción u omisión de la autoridad pública o aun de particulares, en los casos previstos por la Constitución y la ley". (T- 336 del 7 de julio de 1998; M.P. Dr. José Gregorio Hernández G.).*

Así mismo, la Carta Política en su artículo 49 consagra el derecho a la

salud como: "La atención a la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud...", y goza de protección Constitucional como se evidencia entre otras decisiones, en la sentencia T-760 de 2008.

## PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si hay lugar que se le reconozca y pague las incapacidades al accionante en los periodos solicitados y al reintegro laboral:

La Corte Constitucional en la T-200 del 3 abril de 2017 indicó:

*"Con la misma orientación, esta Corporación fijó unas reglas que permiten comprender de mejor manera la naturaleza y fin del pago de las incapacidades.<sup>11</sup> Por ejemplo, en sentencia T-490 de 2015,<sup>12</sup> la Corte manifestó lo siguiente:*

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

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

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

*En consecuencia, el pago de incapacidades tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario. Con estas reglas, la Corte reconoce implícitamente que, sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados.*

.....

5.1.1....

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 17** si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, o **subsidio de incapacidad 18** 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.<sup>19</sup>*

*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 5220 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.*

*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 201022 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 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 “[a]l 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.”<sup>23</sup>*

*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 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.”*

*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.”*

*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 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.”*

*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:

<b>Periodo</b>	<b>Entidad obligada</b>	<b>Fuente normativa</b>
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	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

### **CASO CONCRETO.**

1. El accionante reconoce a folios 8 que la NUEVA EPS le canceló las incapacidades generadas hasta el día 180, que, atendiendo a su estado de salud, se causaron hasta el 29 de diciembre de 2019. Y que, desde el 30 de diciembre de 2019, que comprende el día 181, PORVENIR S.A. canceló la obligación de dicho auxilio., la AFP emitió a petición del accionante (fls.23 y 24 de la respuesta dada), contentivo de detalle de pagos de incapacidad generado por la citada AFP, demuestra que ésta entidad canceló dichos subsidios hasta el 23 de diciembre de 2020.
2. Esta acreditado que el afectado fue calificado con pérdida de capacidad laboral superior al 50% y que este fue emitido el 19 de marzo de 2021 (fl.22/28 del expediente digital), encontrándose a la espera de la ejecutoria del citado dictamen; que al superar las incapacidades deprecadas, el tope de los 540 días, es obligación de la NUEVA EPS asumir el reconocimiento incluso las prescritas con posterioridad a la emisión del aludido dictamen.

<b># de incapacidad</b>	<b>Fecha inicial</b>	<b>Fecha final</b>	<b>Total días</b>
6477286	22/12/2020	05/01/2021	15
6507054	06/01/2021	20/01/2021	15
6544784	21/01/2021	04/02/2021	15
6582006	05/02/2021	19/02/2021	15

6618379	20/02/2021	06/03/2021	15
6654588	08/03/2021	22/03/2021	15
6693426	23/03/2021	06/04/2021	15
00059996202	07/04/2021	22/04/2021	15
0006008914	23/04/2021	07/05/2021	15
6814512	08/05/2021	12/05/2021	15

Y las que se sigan generando en forma ininterrumpida hasta que se encuentre en firme el respectivo dictamen.

Frente a la petición del reintegro del señor ACEVEDO SANCHEZ, se tiene el tanto en la historia clínica como en el dictamen de pérdida de capacidad laboral del mismo cuenta con restricciones medicas permanentes como suspender cualquier actividad física en el ámbito laboral relacionada con el área de la construcción, evitar marchas continuas por terreno con pendiente prolongadas o muy inclinadas por más de 100 metros o por más de 15 minutos, evitar tareas que impliquen el aumento de la demanda de oxígeno, actividades que ameriten esfuerzo moderado y severo como trabajar en alturas, evitar las actividades de agarre con potencia con la mano derecha y manipulación cargas o pesos superiores a 5KG, halar, empujar, levantar), evitar la bipedestación prolongada; permanecer de pie por más de 10 minutos.

En sentencia T 041 DE 2019, la Corte Constitucional reitera cuales son los requisitos para la procedencia de la acción de Tutela, para solicitar Reintegro Laboral en los siguientes terminos:

*“Inicialmente la Sala de Revisión debe realizar un breve recuento jurisprudencial y normativo sobre los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela a efectos de clarificar los fundamentos jurídicos que permitirán determinar la viabilidad del estudio de fondo del asunto concreto.*

*3. El artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En concordancia, el artículo 10° del Decreto Estatutario 2591 de 1991 regula la legitimación para el ejercicio de la acción al señalar que la solicitud de amparo puede ser promovida: (i) en nombre propio; (ii) a través de representante (legal o judicial); (iii) mediante agente oficioso; o (iv) por el Defensor del Pueblo o los personeros municipales.*

*4. En cuanto a la legitimidad por pasiva, el artículo 5° del referido decreto establece que la tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que amenacen o vulneren derechos fundamentales. Excepcionalmente es posible ejercerla frente a particulares si: (i) están encargados de la prestación de un servicio público; (ii) su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo; o, (iii) el accionante se encuentra en una situación de indefensión o de subordinación.*

*En relación con la última hipótesis, esta Corporación ha considerado que “la indefensión y la subordinación se sustentan en el equilibrio/desequilibrio que guardan las relaciones entre los particulares, ambos conceptos aluden a la existencia de un nexo jurídico de dependencia de una persona respecto de otra”;*<sup>[9]</sup> *no obstante, una y otra conllevan diferencias, pues mientras la subordinación se deriva de una relación regulada por un título jurídico, la indefensión tiene su origen en situaciones de dependencia producto de una relación de hecho.*<sup>[10]</sup>

*Así pues, también se ha sostenido que las relaciones de subordinación envuelven la sujeción de un individuo respecto a las órdenes de otro, como las que se presentan entre el trabajador y su empleador o entre el estudiante y su profesor.*<sup>[11]</sup>

*5. Ahora bien, según se desprende del artículo 86 de la Carta, la finalidad de la acción de tutela es conjurar situaciones urgentes que requieran la actuación expedita del juez constitucional; por ello, de acuerdo con el principio de*

inmediatez, el mecanismo constitucional debe ser impetrado en un tiempo razonable a partir del hecho generador de la vulneración.<sup>[12]</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, desde la sentencia C-543 de 1992<sup>[13]</sup> se ha sostenido que la presentación de la tutela no está atada a término de caducidad alguno; de ahí que su procedencia deba examinarse de cara al propósito de obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales.<sup>[14]</sup> Sobre el particular, en la sentencia T-426 de 2018 se afirmó que:

“No existe entonces un plazo perentorio o terminante para interponer la acción de tutela, de manera que la prudencia del término debe ser analizado por el Juez en cada caso atendiendo a las particulares circunstancias fácticas y jurídicas del asunto; verbigracia, si el lapso es prolongado, deberá ponderar si: (i) existe motivo válido para la inactividad de los accionantes, (ii) la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión, (iii) existe nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales, y (iv) el fundamento de la acción surgió después de acaecida la actuación violatoria de derechos fundamentales de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición<sup>[15]</sup>”.

6. En punto del requisito de subsidiariedad, la Corte ha sostenido que conformidad con el inciso 3° del artículo 86 superior y el numeral 1° del artículo 6 del Decreto Estatutario 2591 de 1991 la acción de tutela es una herramienta de naturaleza residual y subsidiaria; de manera que, por regla general, solo procede cuando: i) el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, ii) pese a su concurrencia este no es eficaz o idóneo para lograr la protección de los derechos fundamentales, o iii) la acción se erige de manera transitoria para prevenir un perjuicio irremediable.<sup>[16]</sup>

De acuerdo con lo anterior, el remedio constitucional debe descartarse cuando se ejerce como un “instrumento supletorio al que se puede acudir cuando se han dejado de ejercer oportunamente los medios de defensa judicial o como un medio para obtener un pronunciamiento con mayor prontitud sin el agotamiento de las instancias ordinarias.”<sup>[17]</sup>

7. Respecto de las acciones interpuestas para obtener el reintegro de un trabajador, la Corte ha resaltado que, en principio, la tutela no es la vía judicial idónea para resolver este tipo de controversias al existir los mecanismos establecidos en la jurisdicción ordinaria laboral o la contencioso administrativa, atendiendo a la forma de vinculación del interesado; sin embargo, también ha destacado que el examen de procedencia debe ser menos estricto cuando se encuentran comprometidos los derechos de sujetos de especial protección constitucional o de personas que se hallan en circunstancias de debilidad manifiesta, “pues en estos casos el actor experimenta una dificultad objetiva y constitucionalmente relevante para soportar las cargas procesales que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial”.<sup>[18]</sup>

8. En efecto, en la sentencia T-151 de 2017<sup>[19]</sup> se indicó que: “la acción de tutela no es la vía judicial idónea, dado que existe una jurisdicción especializada, que en los últimos años ha sido fortalecida con la implementación del sistema de oralidad introducido con la Ley 1149 de 2007. No obstante, [...] de manera excepcional, la jurisprudencia de este Tribunal ha contemplado la viabilidad del amparo constitucional para obtener el reintegro de un trabajador, en aquellos casos en que se encuentra inmerso en una situación de debilidad manifiesta, con la capacidad necesaria de impactar en la realización de sus derechos al mínimo vital o a la vida digna. En este escenario, la situación particular que rodea al peticionario impide que la controversia sea resuelta por las vías ordinarias, requiriendo de la procedencia de la acción de tutela, ya sea para brindar un amparo integral o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en su contra”.

Además se precisó que circunstancias como: (i) la edad del sujeto, (ii) su desocupación laboral, (iii) no percibir ingreso alguno que permita la subsistencia de su familia y la propia, y (iv) la condición médica padecida, son supuestos representativos de un estado de debilidad manifiesta (artículo 13 superior).

En la sentencia T-405 de 2015<sup>[20]</sup> se sostuvo que la regla que desarrolla el

*principio de subsidiariedad no es absoluta, ya que excepcionalmente y con carácter extraordinario la acción de tutela se muestra como el mecanismo apto para la protección inmediata, “cuando quiera que se involucren los derechos de sujetos que se encuentran en estado de debilidad manifiesta o de aquellos que tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada.”[21]*

*Así mismo, se resaltó que la jurisprudencia constitucional ha determinado que cuando se trata de “poblaciones históricamente discriminadas o de sujetos que merecen una especial protección, la tutela es el mecanismo idóneo para la protección de sus derechos.”*

*En igual sentido, en la sentencia T-442 de 2017[22] se consideró que “en los eventos en los que las circunstancias particulares del caso constituyen un factor determinante, es posible que la acción de tutela pase a otorgar directamente el amparo pretendido, ya sea de manera transitoria o definitiva, a pesar de existir mecanismos ordinarios de protección a los que sea posible acudir.”*

*Finalmente, en la sentencia T-317 de 2017[23] se destacó que la jurisprudencia constitucional ha establecido que: “en aquellos casos en los que el accionante sea titular del derecho a la estabilidad laboral reforzada, por encontrarse en una situación de debilidad manifiesta y sea desvinculado de su empleo sin autorización de la oficina del trabajo o del juez constitucional, la acción de tutela pierde su carácter subsidiario y se convierte en el mecanismo de protección principal”.*

*9. En ese orden de ideas, si bien el ordenamiento jurídico previó procedimientos judiciales especiales para ventilar pretensiones laborales, la Corte ha entendido que las reglas relativas a la procedencia de la acción tendrán que ser matizadas cuando se trata de personas en especial condición de vulnerabilidad o en circunstancias de debilidad manifiesta, como consecuencia, entre otros, de su estado de salud; por lo tanto, la tutela debe ser considerada como el mecanismo más adecuado para adoptar las acciones que permitan conjurar la afectación de los derechos en cuestión.*

En estas subreglas de procedencias, ameritan que el Juez Antes de pronunciarse sobre el caso concreto, verifique si se dan todos los supuestos.

De lo anterior se observa que el estado de salud del señor JORGE JUAN ACEVEDO SANCHEZ, no es apto para desempeñar ninguna función laboral sin poner en riesgo la vida, así se desprende de la evaluación que hiciera salud ocupacional el 15 de mayo de 2021 y más para su labor concreta es en la construcción.

Así las cosas, el señor JORGE JUAN ACEVEDO SANCHEZ, no está en condiciones físicas para reintegrarlo a su puesto de trabajo por todas las limitaciones que actualmente padece y que sería un riesgo ordenar dicha petición.

Sin embargo, si considera el despachó prudente ordenar a la NUEVA EPS que dentro de las CUARENTA y OCHO (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia proceda asignar cita médica al hoy accionante para que se valore si conforme a su estado de salud hay lugar a generar incapacidad médica, independientemente de la calificación que hoy tiene, la cual no se encuentra en firme, en el evento de emitirse incapacidades, deberá cancelarlas.

En consecuencia de lo anterior se confirma parcialmente la decisión emitida en la sentencia de primera instancia proferida por el Juez Tercero de Municipal de pequeñas causas laborales.

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de la ciudad de Medellín, administrando Justicia nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

## RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** parcialmente la sentencia de primera instancia emitida por el Juez Tercero Municipal de Pequeñas Causas de Medellín.

**SEGUNDO: ORDENAR** a la NUEVA EPS que dentro de las CUARENTA y OCHO (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia proceda asignar cita médica al hoy accionante para que se valore si conforme a su estado de salud hay lugar a generar incapacidad médica, independientemente de la calificación que hoy tiene, la cual no se encuentra en firme, en el evento de emitirse incapacidades, deberá cancelarlas.

**TERCERO: Notifíquese** esta decisión de acuerdo a lo normado por el canon 30 del Decreto 2591 de 1991.

**CUARTO:** Remítase a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

## NOTIFÍQUESE



**GIMENA MARCELA LOPERA RESTREPO**

**Juez**

**Firmado Por:**

**GIMENA MARCELA LOPERA RESTREPO**

**JUEZ CIRCUITO**

**JUZGADO 017 LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**a6df1720462bf8b2209142f6a383477e0c9c8124b19f16b3c3d12d75f835ccdd**

Documento generado en 06/07/2021 06:14:56 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**