

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE  
BOGOTÁ D.C.**

**ACCIÓN DE TUTELA**

**RADICADO: 11001-41-05-008-2021-00625-00**

**ACCIONANTE: RAÚL CÁRDENAS ROSAS**

**ACCIONADA: E.P.S. SURA S.A.**

**VINCULADAS: A.F.P. PORVENIR S.A.**

**SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**

**ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE  
SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**

**SENTENCIA**

En Bogotá D.C., a los cinco (05) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), procede este Despacho Judicial a resolver la acción de tutela impetrada por el señor **RAÚL CÁRDENAS ROSAS**, quien solicita el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y seguridad social, presuntamente vulnerados por la **E.P.S. SURA S.A.**

**RESEÑA FÁCTICA**

Afirma el accionante que se encuentra afiliado a la **E.P.S. SURA** como cotizante hace varios años, de forma continua e ininterrumpida.

Que actualmente cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 63,75% según dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez de Bogotá, por las patologías: *Adherencias [Bridas] interstinales con obstrucción, Enfermedad diverticular del intestino, Hipertensión arterial, Íleo paralítico, Síndrome Cervicobraquial, Síndrome del colon irritable, Síndrome del túnel carpiano, Trastornos de Adaptación.*

Que se encuentra a la espera de que la **A.F.P. PORVENIR** le reconozca la pensión de invalidez.

Que desde el año 2018 ha tenido varias incapacidades médicas, que lo han llevado a interponer 3 acciones de tutela, de la siguiente manera:

- *Tutela 2019-00043, conocida por el Juzgado 30 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, que en Sentencia del 23 de junio de 2019 ordenó a la EPS SURA pagar las incapacidades que debía desde el inicio de sus padecimientos de salud hasta ese momento.*
- *Tutela 2020-00272, conocida por el Juzgado 39 Civil Municipal de Bogotá, que en Sentencia del 11 de junio de 2020 ordenó a la EPS SURA pagar las incapacidades desde diciembre de 2019 hasta junio de 2020.*
- *Tutela 2021-00569, conocida por el Juzgado 10 Civil Municipal de Bogotá, que en Sentencia del 23 de agosto de 2021 negó sus pretensiones encaminadas a obtener el pago de las incapacidades comprendidas entre los meses de julio de 2020 a junio de 2021; decisión que no fue impugnada.*

Que se causó una nueva incapacidad desde el 04 de julio de 2021 hasta el 28 de julio de 2021, la cual tampoco ha sido pagada por la **E.P.S. SURA**.

Que el 29 de septiembre de 2021 la **A.F.P. PORVENIR** le informó mediante correo electrónico, que daría respuesta a su solicitud de pensión hasta marzo de 2022.

Que el 29 de septiembre de 2021 radicó ante la **E.P.S. SURA** solicitud de pago de sus incapacidades.

Que en respuesta del 07 de octubre de 2021, la **E.P.S. SURA** le informó que no iba a pagar las incapacidades, debido a que ya contaba con un dictamen de PCL, por lo que lo precedente era que solicitara el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Que desde junio de 2020 no ha tenido ingresos para subsistir, pues no ha podido reintegrarse a laborar debido a su condición de salud.

Que la **E.P.S. SURA** no solo le ha negado el pago de sus incapacidades, sino que, además, se ha abstenido de seguirlas generando y transcribiendo.

Por lo anterior, solicita el amparo de sus derechos fundamentales y se ordene a la **E.P.S. SURA** que proceda a (i) reconocer y pagar la incapacidad médica comprendida entre el 04 de julio de 2021 y el 28 de julio de 2021 y (ii) a reconocer las incapacidades que se dejaron de otorgar desde el 29 de julio de 2021 y a seguir reconociendo las que se causen en adelante hasta tanto adquiera la pensión por invalidez.

## **TRÁMITE PREVIO**

Mediante Auto de Sustanciación No. 1130 del 22 de octubre de 2021, el Despacho ofició al Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, para que allegara: (i) Una copia de la acción de tutela instaurada por el señor **RAÚL CÁRDENAS ROSAS** en contra de la **E.P.S. SURA**, radicada bajo el número 2021-0569; y (ii) Una copia de la sentencia de tutela de primera instancia, y de segunda instancia si la hubiere.

Atendiendo dicho requerimiento, mediante correo electrónico del 27 de octubre de 2021, el Juzgado Civil aportó el expediente digital de la acción de tutela 2021-00659.

## **CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA**

### **A.F.P. PORVENIR S.A.:**

La vinculada allegó contestación el día 26 de octubre de 2021, en la que manifiesta que la presente acción de tutela es temeraria, debido a que el accionante presentó con anterioridad una acción por los mismos hechos y pretensiones.

Que como las incapacidades solicitadas por el actor son posteriores al día 540, su pago debe efectuarse por parte de la EPS accionada.

Que no tiene legitimación en la causa por pasiva para responder por la pretensión.

Que el accionante presentó solicitud formal de pensión de invalidez el día 29 de septiembre de 2021.

Que solo han transcurrido 25 días desde ese momento, y cuenta con 4 meses para resolver la solicitud pensional del accionante.

Que el 05 de octubre de 2021 le envió una comunicación al accionante, solicitándole la radicación de dos documentos que presentaban errores, y a la fecha no han sido allegados.

Por lo anterior, considera que no ha vulnerado ningún derecho fundamental y solicita declarar la improcedencia de la acción de tutela respecto de esa entidad.

### **E.P.S. SURA S.A.:**

La accionada allegó contestación el 27 de octubre de 2021, en la que informa que el accionante se encuentra afiliado desde el 01 de marzo de 2010, en calidad de cotizante activo.

Que el actor registra la incapacidad 30591185 con inicio el 04 de julio de 2021.

Que el reconocimiento de dicha incapacidad no es procedente debido a que el accionante registra una pérdida de capacidad laboral del 64%, emitida por la Junta Nacional de Calificación, con fecha de estructuración del 13 de noviembre de 2018.

Que el accionante solicita el pago de incapacidades posteriores al 29 de julio de 2021 sin justificación alguna, ya que no existen prescripciones entregadas por profesionales de la salud y, además, por cuanto ya tiene una PCL mayor del 50%.

Conforme a lo anterior, solicita declarar la improcedencia de la acción de tutela por cuanto no ha vulnerado ningún derecho fundamental.

#### **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.:**

La vinculada allegó contestación el día 27 de octubre de 2021, en la que indica que la acción de tutela se torna improcedente frente a esa entidad, como quiera que no está dentro de sus funciones la de reconocer y/o pagar prestaciones económicas.

Que el accionante no prueba la existencia de un perjuicio irremediable, dado que ya le fue calificada su PCL por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, obteniendo un porcentaje de 63.75%, y como dicho dictamen se encuentra en firme lo correspondiente es que realice la reclamación pensional por invalidez.

Que dicha prestación se reconocerá retroactivamente, por lo que resulta incompatible el pago del subsidio por incapacidad.

Que en caso de que se continúen generando incapacidades médicas deberá ser la EPS quien asuma dicha prestación.

Que la **A.F.P. PORVENIR** le remitió el caso del accionante para auditar las incapacidades, junto con la historia clínica.

Que en dicho proceso se evidenció que el 04 de diciembre de 2018 la **E.P.S. SUR A** emitió concepto de rehabilitación el cual determinó el pronóstico como favorable.

Que teniendo en cuenta que el afiliado cumplió 180 días de incapacidad continua, reconocidas por la EPS, se dio aplicación al artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

Que por lo anterior, la **A.F.P. PORVENIR** pagó 358 días de incapacidad, comprendidos desde el 08 de diciembre de 2018 hasta el 2 de diciembre de 2019.

Que el caso del actor fue remitido al Grupo Interdisciplinario de Calificación, quien el 09 de junio de 2019 calificó las patologías como de origen común, fijándole un porcentaje de PCL del 42.18%, con fecha de estructuración 13 de noviembre de 2018.

Que el actor interpuso recurso de apelación contra dicho dictamen y en tal virtud, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, emitió el dictamen No. 79612108-7706 del 30 de octubre de 2020, fijándole un porcentaje del 63.25%, con la misma fecha de estructuración y origen.

Que la Aseguradora presentó recurso de apelación en contra de dicha determinación, y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, notificó el 06 de agosto de 2021, el dictamen No. 79612108 - 12720, por medio del cual le asignó al actor un porcentaje de PCL del 63.75%, con la misma fecha de estructuración y origen.

Que no ha vulnerado ningún derecho fundamental, pues no es la responsable del pago del subsidio económico reclamado, y porque ha cumplido cabalmente con las funciones que tiene asignadas por ley.

Por lo anterior, solicita declarar improcedente la acción de tutela por falta de legitimación en la causa por pasiva.

**ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES:**

La vinculada allegó contestación el 04 de noviembre de 2021 en la que manifiesta que no es su función generar el pago de incapacidades superiores a 540 días, por lo que la vulneración de algún derecho fundamental del accionante se produciría por una omisión no atribuible a la entidad.

Que los artículos 1° del Decreto 2943 de 2013, 41 de la Ley 100 de 1993 y 67 de la Ley 1753 de 2015 establecen de forma precisa qué entidades deben asumir el pago de una incapacidad teniendo en cuenta la duración.

Que el Decreto 1333 de 2018 establece los eventos en los cuales las EPS deben proceder con el reconocimiento y pago de las incapacidades posteriores al día 540, por lo que, de presentar el accionante cualquiera de dichas situaciones, la accionada deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día 541.

Que el valor de tales pagos está a cargo del porcentaje adicional por cada afiliado cotizante, ya reconocido por la ADRES a todas las EPS.

Por lo anterior solicita su desvinculación por falta de legitimación en la causa, y pide al Despacho que se abstenga de otorgar facultades de recobro a la EPS accionada.

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

En concordancia con los antecedentes expuestos, corresponde al Despacho responder los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿Es procedente la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de las incapacidades del señor **RAÚL CÁRDENAS ROSAS**, dadas las particularidades del caso concreto? En caso positivo, (ii) ¿La **E.P.S. SURA S.A.** y/o la **A.F.P. PORVENIR S.A.** han vulnerado los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y seguridad social del señor **RAÚL CÁRDENAS ROSAS** al negarse a reconocer y pagar la incapacidad que le fue generada entre el 04 y el 28 de julio de 2021?; y (iii) ¿La **E.P.S. SURA S.A.** ha vulnerado las garantías iusfundamentales del accionante al no haberle generado más incapacidades con posterioridad al 29 de julio de 2021?

### **MARCO NORMATIVO**

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

### **PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES (SENTENCIA T-008 DE 2018)**

La acción de tutela tiene carácter residual, y procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice para evitar un perjuicio irremediable. El cumplimiento de este mandato ha sido denominado requisito de subsidiariedad y tiene como finalidad *“reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”*<sup>1</sup>.

En la Sentencia T-530 de 2017, la Corte Constitucional dijo al respecto:

*“La acción de tutela no es un mecanismo principal para la protección de derechos, sino que tiene un carácter extraordinario. Ello no implica que quien encuentre amenazados sus derechos fundamentales, deba agotar absolutamente todos los medios de defensa que existan, sino sólo aquellos que sean idóneos y eficaces para dar solución al problema planteado.*

*La idoneidad se predica de la existencia de un procedimiento pertinente y conducente para solucionar la controversia jurídica. En tanto que la eficacia es la posibilidad de que el medio que se reputa idóneo genere una consecuencia jurídica desprovista de arbitrariedad en un plazo razonable”*<sup>2</sup>.

Así las cosas, el mecanismo idóneo para solucionar las controversias sobre el reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, corresponde a la justicia ordinaria.

Sin embargo, cuando el pago de incapacidades laborales constituye el único medio para la satisfacción de necesidades básicas, la acción de tutela también se convierte en mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al mínimo vital<sup>3</sup>.

En la Sentencia T-920 de 2009, la Corte Constitucional expuso:

*“...esta Corporación ha procedido a ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela, cuando se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador, en la medida en que dicha prestación constituya la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades personales y familiares, ello sobre la base de que los mecanismos ordinarios instituidos para el efecto, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza”.*

La idoneidad de la acción de tutela para reclamar el pago de incapacidades también se fundamenta en que la omisión en el cumplimiento de tal obligación puede generar un perjuicio irremediable, como fue señalado en la Sentencia T-468 de 2010:

---

<sup>1</sup> Sentencias T-139 de 2017, T-106 de 2017, T-633 de 2015, T-603 de 2015, T-291 de 2014, T-367 de 2008, T-580 de 2006.

<sup>2</sup> Sentencias T-263 de 2017 y T-530 de 2017.

<sup>3</sup> Sentencia T-140 de 2016.

*“Es así, como a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, esta Corporación ha reiterado, que cuando no se pagan oportunamente las incapacidades debidamente certificadas al trabajador y con ello se vulneran de paso derechos constitucionales, el juez de tutela se legitima para pronunciarse sobre el fondo del asunto con el fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar”.*

De esta manera, el estudio sobre la subsidiariedad en los casos de acciones de tutela en las cuales se reclame el pago de incapacidades laborales debe realizarse de manera flexible, máxime si quien impetra el amparo es una persona que, debido a su estado de salud, se encuentra en estado de debilidad manifiesta, como fue señalado por la Corte en la Sentencia T-182 de 2011:

*“Cuando quiera que no se paguen las incapacidades laborales de manera oportuna y completa, se afecta el mínimo vital del trabajador y el de su familia, razón por lo cual la acción de tutela es procedente. La Corte ha sostenido que al determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en aquellos eventos en donde se comprueba la existencia de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico alguno, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras; que dependen económicamente de la prestación reclamada y que carecen de capacidad económica para garantizarse su propia subsistencia, se exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional...”.*

En síntesis, la Corte Constitucional ha reconocido que la interposición de acciones de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales es procedente, aun cuando no se han agotado los medios ordinarios de defensa, cuando de la satisfacción de tal pretensión dependa la garantía del derecho fundamental al mínimo vital.

## **RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES DE ORIGEN COMÚN, SU MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL (SENTENCIAS T-401 DE 2017 y T-246 DE 2018)**

Antes de exponer el marco normativo que regula las incapacidades de origen común, es importante distinguir tres conceptos: El **certificado de incapacidad temporal**, el cual resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir que surge de “un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica” y, por tanto, en su emisión “el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada”. Éste genera durante los primeros 180 días un **auxilio económico** a cargo de la EPS, que

desde el día 181 se sustituye por un **subsidio de incapacidad** equivalente al auxilio, pero asumido por el Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador.

Una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas, deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, lo cual dependerá de la prolongación de la situación de salud del trabajador.

Así, el lapso que hay entre el primer y el segundo día de la incapacidad, competen económicamente al **empleador**, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las **EPS** y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador, conforme el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012:

***“Artículo 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento”.***

Ahora bien, respecto de las incapacidades expedidas a partir del día 181, el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, establece lo siguiente:

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

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

Respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181, se han suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001.

Sobre la responsabilidad del pago, la Corte Constitucional ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 181 días, corren a cargo de la **AFP** a la que está afiliado el trabajador<sup>4</sup>, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

Es necesario enfatizar, que el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Éste asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador.

La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 hace alusión a dicho concepto, denota que el objetivo de la norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del Sistema, otorgando un margen de espera que propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad. Durante este período, el Legislador dispuso que los subsidios de incapacidad están a cargo de las **AFP**.

Desde esta óptica, el concepto de rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea **desfavorable**, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por la **AFP** hasta agotar las instancias del caso<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Sentencias T-485 de 2010, T-333 de 2013, T-698 de 2014 y T-097 de 2015.

<sup>5</sup> Sentencia T-419 de 2015.

Así mismo, de acuerdo con la normativa citada, la AFP podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral *“hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS”*, una vez disponga del concepto favorable de rehabilitación. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador.

Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, *“el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello”*<sup>6</sup>.

No obstante, es factible que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez y habersele dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral inferior al 50%. Por tanto, es indispensable determinar cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe encargarse del pago de dichas incapacidades.

Al respecto, cabe indicar que la norma referida no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto **desfavorable** de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del Sistema debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a su condición de salud.

Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, la Corte Constitucional estableció en la Sentencia T-920 de 2009 que las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto **desfavorable** de rehabilitación deben ser asumidas por las **AFP hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%**. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Sentencia T-920 de 2009.

<sup>7</sup> Sentencias T-146 de 2016, T-333 de 2013, T-729 de 2012, y T-920 de 2009.

## RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES LABORALES POSTERIORES AL DÍA 540

Las eventualidades y responsabilidades en materia de incapacidades que superan los 180 días conducen a una evaluación por parte de las autoridades calificadoras acerca de la pérdida de capacidad laboral. Una vez efectuada la calificación, los escenarios posibles son: (i) que no exista pérdida de capacidad laboral relevante para el Sistema General de Seguridad Social, esto es, cuando el porcentaje de pérdida de capacidad laboral oscila entre 0% y 5%; (ii) que se presente una incapacidad permanente parcial, esto es cuando el porcentaje es superior al 5% e inferior al 50%; y (iii) que se genere una condición de invalidez cuando el porcentaje es superior al 50%.

Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente (es decir, inferior al 50%), 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 la Corte Constitucional a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿qué sucede con el empleado que, a pesar de tener una incapacidad permanente parcial, sigue con problemas de salud de tal índole que le impiden médicamente ejercer su trabajo? Es decir, ¿qué pasa cuando, agotado todo el procedimiento de valoración, el trabajador no obtiene un porcentaje superior al 50% de pérdida de capacidad laboral, pero aun así continúa recibiendo certificados médicos de incapacidad laboral, pasados los referidos 540 días?

Al respecto, es preciso recordar, que el Sistema General de Seguridad Social no previó esta situación dentro de su marco normativo y, por tanto, los asegurados incurso en estas circunstancias se encontraban sumidos en desprotección legal como consecuencia de la ausencia de claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad cuando los mismos superaban los 540 días.

Sin embargo, el vacío legal fue efectivamente superado con la **Ley 1753 de 2015**, en la que se atribuyó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las **EPS** y se determinó como mecanismo para reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado y propender oportunamente la reincorporación del asegurado a sus funciones laborales, la obligación del Gobierno Nacional de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad.

En el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 se advierte i) que el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, y ii) que las EPS pueden perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud **ADRES**, entidad que, conforme el Decreto 546 de 2017, y la Circular No. 1 del 31 de julio de 2017, entró en operación a partir del 1º de agosto de 2017. En otras palabras, las EPS sólo están asumiendo una carga administrativa en el reconocimiento y pago de las incapacidades, ya que quien en últimas terminará asumiendo la obligación es el Estado, en cabeza de la ADRES, quien le pagará a las EPS los dineros cancelados por dicho concepto.

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

Igualmente, conviene reiterar, que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días, tampoco se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada<sup>8</sup>.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común, está previsto así:

<b>Periodo</b>	<b>Entidad obligada</b>	<b>Fuente normativa</b>
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012
Día 181 hasta el 540	A.F.P. <sup>9</sup>	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012
Día 541 en adelante	E.P.S. con recobro a ADRES	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y Artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018

<sup>8</sup> Sentencia T-246 de 2018.

<sup>9</sup> Sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la EPS es favorable o desfavorable. No obstante, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las EPS antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

## TEMERIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 establece la figura de la **temeridad** con miras a impedir la afectación en la administración de justicia en lo que se refiere al ejercicio de la acción de tutela, cuyo funcionamiento se vería perjudicado cuando una persona, sin una justificación razonable, elevase la misma causa ante dos jueces, contra las mismas partes y buscando la satisfacción de idénticas pretensiones<sup>10</sup>. Al respecto, la norma en cita expresamente señala que:

*“Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazará o decidirá desfavorablemente todas las solicitudes. // El abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años. En caso de reincidencia, se le cancelará su tarjeta profesional, sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar.”*

Como se infiere de la norma, para que exista una actuación temeraria es necesario que concurren tres elementos: identidad de causa, identidad de partes e identidad de objeto.

En la Sentencia T-727 de 2011, se explicó que existe (i) una *identidad de causa*, cuando las acciones se fundamentan en unos mismos hechos que le sirven de origen; (ii) una *identidad de objeto*, cuando las demandas buscan la satisfacción de una misma pretensión tutelar o sobre todo el amparo de un mismo derecho fundamental<sup>11</sup>; y (iii) una *identidad de partes*, cuando las acciones se dirijan contra el mismo demandado y, del mismo modo, se hayan interpuesto por el mismo demandante, ya sea en su condición de persona natural o persona jurídica, de manera directa o por medio de apoderado<sup>12</sup>.

Con todo, la sola concurrencia de tales elementos no conlleva el surgimiento automático de la temeridad, pues el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 exige que el accionante carezca de un motivo justificado y razonable para incoar de nuevo la acción constitucional. De darse los elementos expuestos, dependiendo de la instancia en que se encuentre el trámite de la acción, se podrán rechazar o decidir desfavorablemente las demandas de amparo que hayan incurrido en temeridad.

Adicionalmente, en la sentencia T-272 de 2019 se indicó que, la jurisprudencia constitucional incluyó un elemento adicional a los mencionados anteriormente, afirmando que la improcedencia de la acción de tutela por temeridad debe estar fundada en el *dolo* y *la mala fe de la parte actora*.

---

<sup>10</sup> Sentencia T-730 de 2015.

<sup>11</sup> Sentencia T-1103 de 2005.

<sup>12</sup> Sentencias T-1103 de 2005, T-1022 de 2006 y T-1233 de 2008.

Así entonces, concluyó la Corte, la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar *doloso y de mala fe* por parte del libelista.

De otra parte, existen también algunas reglas jurisprudenciales que el operador judicial debe estudiar para identificar si una actuación es temeraria, esto es: “(i) resulta *amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones*<sup>13</sup>; (ii) *denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable*<sup>14</sup>; (iii) *deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción*<sup>15</sup>; o finalmente (iv) *se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia*”<sup>16</sup>.

En contraste, la actuación no es temeraria cuando “... [a] pesar de existir dicha duplicidad, el ejercicio de las acciones de tutela se funda (i) en la ignorancia del accionante; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho<sup>17</sup>; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho.”<sup>18</sup> Si se comprueba alguna de estas circunstancias, la acción de tutela no es temeraria pero sí **debe declararse improcedente**, a fin de evitar la duplicidad de pronunciamientos judiciales contradictorios o, en caso de existir un pronunciamiento de fondo sobre el mismo caso, la decisión hace tránsito a **cosa juzgada** y por ello no es posible reabrir el debate.

Es de aclarar que, la Corte Constitucional ha delimitado también supuestos en los que una persona puede interponer varias acciones de tutela sin que sean consideradas temerarias, lo cual tiene lugar cuando i) ocurre un hecho nuevo y, ii) si no existe un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones en la jurisdicción constitucional<sup>19</sup>.

Ahora, es de resaltar que la interposición de acciones de tutela temerarias atenta contra el principio de *cosa juzgada constitucional*, que ha sido definido por la Corte en los siguientes términos:

---

<sup>13</sup> Sentencia T-149 de 1995

<sup>14</sup> Sentencia T-308 de 1995

<sup>15</sup> Sentencia T-443 de 1995

<sup>16</sup> Sentencia T-001 de 1997

<sup>17</sup> Sentencia T-721 de 2003

<sup>18</sup> Sentencia T-266 de 2011

<sup>19</sup> Sentencia T-566 de 2001

*“La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica.*

*De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio.*

*De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico.”<sup>20</sup>*

En este sentido, siguiendo lo preceptuado por el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil<sup>21</sup>, la Corte Constitucional en la Sentencia C-774 de 2011, señaló que una providencia pasa a ser cosa juzgada frente a otra, cuando existe **identidad de objeto**<sup>22</sup>, **de causa petendi**<sup>23</sup> y **de partes**<sup>24</sup>. Específicamente, las decisiones proferidas dentro de un proceso de amparo constituyen cosa juzgada cuando la Corte Constitucional *“adquiere conocimiento de los fallos de tutela adoptados por los jueces de instancia, y decide excluirlos de revisión o seleccionarlos para su posterior confirmatoria o revocatoria”*<sup>25</sup>.

Las consecuencias de la exclusión de revisión de un expediente de tutela, son: *“(i) la ejecutoria formal y material de la sentencia de segunda instancia; (ii) la configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional de las sentencias de instancia (ya sea la única o segunda instancia), que hace la decisión inmutable e inmodificable<sup>26</sup>, salvo en la eventualidad de que la sentencia sea anulada por parte de la misma Corte Constitucional de conformidad con la ley; y (iii) la improcedencia de tutela contra tutela”*<sup>27</sup>. Por el contrario, cuando la tutela es seleccionada por la Corte, la cosa juzgada constitucional se produce con la ejecutoria del fallo que se profiere en sede de revisión<sup>28</sup>.

<sup>20</sup> Sentencia C-774 de 2001.

<sup>21</sup> Hoy artículo 303 del Código General del Proceso.

<sup>22</sup> *“es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente se predica identidad sobre aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente”.* Sentencia C-774 de 2001.

<sup>23</sup> *“es decir, la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada deben tener los mismos fundamentos o hechos como sustento. Cuando además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual, el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.”* Sentencia C-774 de 2001.

<sup>24</sup> *“es decir, al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada. Cuando la cosa juzgada exige que se presente la identidad de partes, no reclama la identidad física sino la identidad jurídica.”* Sentencia C-774 de 2001.

<sup>25</sup> Sentencia T-649 de 2011.

<sup>26</sup> Sentencia T-813 de 2010.

<sup>27</sup> Sentencia T-053 de 2012.

<sup>28</sup> Sentencia T-185 de 2013.

Pues bien, así como la temeridad puede desvirtuarse, la jurisprudencia constitucional<sup>29</sup> ha sostenido que no existe cosa juzgada entre dos acciones de tutela, (i) si la nueva solicitud de amparo se fundamenta en *hechos nuevos, que no habían sido analizados previamente por el juez*, o (ii) cuando al interponer la primera acción, el peticionario no conocía -y no podía conocer- nuevos elementos fácticos o jurídicos para sustentarla<sup>30</sup>.

En este punto vale precisar que la interposición de varias acciones de amparo sobre un mismo asunto puede dar lugar a las siguientes situaciones:

*“(i) que exista cosa juzgada y temeridad, por ejemplo en las circunstancias en que se interpone una acción de tutela sobre una causa decidida previamente en otro proceso de igual naturaleza, sin que existan razones que justifiquen la nueva solicitud; (ii) otras en las que haya cosa juzgada, pero no temeridad, acaece como caso típico, cuando de buena fe se interpone una segunda tutela debido a la convicción fundada que sobre la materia no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, acompañada de una expresa manifestación en la demanda de la existencia previa de un recurso de amparo; y (iii) los casos en los cuales se configure únicamente temeridad, una muestra de ello acontece en la presentación simultánea de mala fe de dos o más solicitudes de tutela que presentan la tripe identidad a la que se ha aludido, sin que ninguna haya hecho tránsito a cosa juzgada”<sup>31</sup>.*

En suma, la Corte ha entendido las instituciones de la cosa juzgada y la temeridad, como una forma de prevenir la presentación sucesiva o múltiple de acciones de tutela frente a una misma causa. Cada una de estas tiene unas características propias, pero no se trata de conceptos excluyentes, pues como se vio, es posible que existan casos en los que confluyan tanto la cosa juzgada como la temeridad. En este contexto, le corresponde al juez constitucional establecer si en cada caso concreto se configura alguna de estas dos figuras.

### CASO CONCRETO

Como cuestión previa al correspondiente análisis de la presente acción constitucional, es menester pronunciarse frente a la temeridad alegada por la **A.F.P. PORVENIR S.A.** en su contestación, en el que informó que el actor presentó una acción de amparo por los mismos hechos y pretensiones, con anterioridad.

Como se indicó en los antecedentes de esta providencia, desde el libelo genitor el actor informó haber presentado una acción de tutela para obtener el pago de las incapacidades comprendidas entre julio de 2020 y junio de 2021, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá bajo el radicado 2021-00569.

---

<sup>29</sup> Sentencia T-560 de 2009.

<sup>30</sup> Sentencia T-185 de 2013.

<sup>31</sup> Sentencia T-560 de 2009.

Ante esta situación, mediante Auto de Sustanciación No. 1130 del 22 de octubre de 2021, se ofició al Juzgado Civil para que allegara: (i) Una copia de la acción de tutela radicada bajo el número 2021-0569; y (ii) Una copia de la sentencia de tutela de primera instancia, y de segunda instancia si la hubiere. Requerimiento que fue atendido el 27 de octubre de 2021, compartiéndose el respectivo expediente digital.

Al revisar las piezas procesales allegadas, se observa que en el *sub examine* no se configura ni la temeridad alegada por la accionada, ni una eventual cosa juzgada, pues si bien es cierto el accionante presentó otra acción de tutela en contra de la **E.P.S SUR A**, también lo es que la misma no guarda relación con la que se estudia en esta oportunidad.

En efecto, la acción de tutela conocida por el Juzgado Civil se interpuso para la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y seguridad social, que son las mismas garantías cuyo amparo se invoca en la acción conocida por esta Sede Judicial.

En lo que respecta a los hechos y pretensiones expuestos en aquella tutela, debe indicarse que, allí quedaron debidamente delimitadas las incapacidades respecto de las cuales, de manera principal, el accionante perseguía su reconocimiento y pago, esto es, las comprendidas entre el **07 de junio de 2020** y el **03 de junio de 2021**<sup>32</sup>.

Si bien en dicha oportunidad el actor solicitó también *“las (incapacidades) que se causen en adelante hasta tanto pueda adquirir una pensión por invalidez”*, lo cierto es que dicha pretensión futura no podía ser analizada por el Juez Civil, debido a que las incapacidades que eventualmente pudieran generarse con posterioridad al 03 de junio de 2021, para el momento en que se incoó la acción de tutela (01 de junio de 2021)<sup>33</sup>, no le habían sido siquiera prescritas al actor, es decir, eran inexistentes.

En contraste con lo anterior, se observa que, según los fundamentos fácticos y el *petitum* de la presente acción constitucional, en esta oportunidad se alega un hecho nuevo, no analizado por el Juez Civil, y que consiste en que al actor le fue generada una nueva incapacidad entre el **04 de julio de 2021** y el **28 de julio de 2021**, siendo éste el interregno sobre el que sí le es dable pronunciarse a esta Sede Judicial.

Aunado a ello, se advierte que en la acción que hoy nos ocupa, el actor también solicita que se ordene a la E.P.S. accionada reconocer las incapacidades que se dejaron de generar desde el 29 de julio de 2021 y en adelante, circunstancia que tampoco fue objeto de estudio en la acción de tutela 2021-00569.

---

<sup>32</sup> Archivo pdf “002 DEMANDA\_31\_5\_2021,8\_27\_46 p.&nbsp;m.” visible en la carpeta “014. TutelaJuz10CivilMunicipal”

<sup>33</sup> Archivo pdf “001 SECUENCIA TUTELA 33787”

De esta manera, aunque existe identidad de partes, los hechos y las pretensiones son distintos, razón por la cual se descarta una eventual temeridad y, de paso, tampoco puede predicarse la configuración de una cosa juzgada.

Establecido lo anterior, y descendiendo al caso concreto, se tiene que el señor **RAÚL CÁRDENAS ROSAS** interpone acción de tutela en contra de la **E.P.S. SURA**, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales, al negarse a reconocer y pagar la incapacidad que le fue generada entre el **04 de julio de 2021** y el **28 de julio de 2021**.

En atención a la naturaleza prestacional del derecho que se reclama, es necesario, previo a realizar un análisis de fondo, determinar si en el presente caso se cumple el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, o si por el contrario debe acudir al mecanismo ordinario de defensa judicial ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Al respecto, se encuentra probado que, el señor **RAÚL CÁRDENAS ROSAS** ha sido diagnosticado con *“Colitis y gastroenteritis no infecciosas especificadas, Otros dolores abdominales y los no especificados, Ileo paralítico, Enfermedad diverticular de ambos intestinos, Adherencias (Bridas) intestinales con obstrucción, Proctitis (crónica) Ulcerativa, Síndrome del colon irritable con diarrea, Enfermedad diverticular De Intestino Grueso sin perforación ni absceso”*, patologías en virtud de las cuales le han sido prescritas múltiples incapacidades. Así mismo, está acreditado que el accionante se encuentra afiliado a la **E.P.S. SURA** en calidad de cotizante activo.

El actor refiere en el escrito de tutela, que el no pago de las incapacidades le ha generado una afectación grave a su mínimo vital, toda vez no ha podido cumplir con sus obligaciones de pago de servicios públicos y alimentación. Sostiene que para poder subsistir ha tenido que adquirir diversos préstamos, pues desde el mes de junio de 2020 no recibe pago alguno por concepto de incapacidades y, además, no se ha podido reintegrar a trabajar debido a su delicado estado de salud, producto del cual le fue otorgado un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 63.75%.

Revisado el certificado de incapacidades allegado por la **E.P.S. SURA**<sup>34</sup>, allí se indica que el ingreso base de cotización reportado *“al inicio de las incapacidades”*, correspondía a la suma de \$1.378.001; no obstante, y si bien en dicha relación la accionada no señala cuál es el IBC actual del accionante, lo cierto es que, de lo dicho por éste y de las pruebas obrantes en el plenario, se observa que no ha percibido la prestación económica cuando menos desde junio de 2020, siendo que ello constituía su única fuente de ingresos, circunstancia que no fue desvirtuada por la accionada, ni por alguna de las entidades vinculadas.

<sup>34</sup> Páginas 6 a 12 del archivo pdf “012. ContestaciónEPSSuraS.A.”

Lo anterior, en criterio del Despacho, hace procedente el mecanismo constitucional toda vez que se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital, en tanto las incapacidades que reclama el accionante constituyen la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades básicas, por lo que los medios ordinarios de defensa no resultan idóneos ni eficaces en este caso.

Establecido lo anterior, procede el Despacho a realizar un pronunciamiento de fondo, encontrando lo siguiente:

(i) De conformidad con los certificados de incapacidades expedidos por la **E.P.S. SURA**, allegados por ella<sup>35</sup> y por **SEGUROS ALFA S.A.**<sup>36</sup>, se tiene que al señor **RAÚL CÁRDENAS ROSAS** le han sido generadas incapacidades desde el **22 de marzo de 2018** hasta el **28 de julio de 2021** por los diagnósticos anotados líneas atrás, los cuales, pese a tener denominaciones diferentes, corresponden todos al grupo de “*Enfermedades del aparato digestivo*”, conforme a la clasificación prevista en la Tabla de Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud, Décima Revisión (CIE-10)<sup>37</sup>.

(ii) A pesar de que la **E.P.S. SURA** no informó en su contestación cuáles incapacidades ha pagado efectivamente al accionante, debe decirse que, de conformidad con la Sentencia del 23 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Treinta Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá dentro de la acción de tutela No. 2019-00043, y aportada por el actor<sup>38</sup>, a la E.P.S. le correspondió pagar las prestaciones económicas desde el inicio de su prescripción y hasta el día **07 de diciembre de 2018**.

En dicha oportunidad, igualmente, se le ordenó a la **A.F.P. PORVENIR S.A.** reconocer, liquidar y pagar al accionante las incapacidades comprendidas entre el **08 de diciembre de 2018 y hasta el día 540** o hasta que se calificara su pérdida de capacidad laboral.

Frente a ello, se observa que, en su contestación, la vinculada **SEGUROS ALFA S.A.** anexó un cuadro de las incapacidades pagadas al accionante y que corresponden a los periodos desde el **08 de diciembre de 2018** hasta el **02 de diciembre de 2019**<sup>39</sup>.

Como no le fueron pagadas al accionante las incapacidades generadas con posterioridad a dicha fecha, mediante Sentencia del 11 de junio de 2020 el Juzgado Treinta y Nueve Civil

---

<sup>35</sup> Ibidem

<sup>36</sup> Páginas 17 a 22 del archivo pdf “015. ContestaciónSegurosAlfa”

<sup>37</sup> Visible en: <file:///C:/Users/SandraC/Downloads/CIE-10.pdf>

<sup>38</sup> Páginas 106 a 116 del archivo pdf “001. AcciónTutela”

<sup>39</sup> Página 4 del archivo pdf “015. ContestaciónSegurosAlfa”

Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela No. 2020-00272<sup>40</sup>, ordenó a la **E.P.S SURA** autorizar y pagar las incapacidades de **diciembre de 2019 a junio de 2020**.

Finalmente, a través de una tercera acción constitucional, el accionante solicitó que se ordenara a la **E.P.S SURA** el reconocimiento y pago de las incapacidades comprendidas entre el **07 de junio de 2020** y el **03 de junio de 2021**. Dicha petición fue negada por el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá, a través de Sentencia del 23 de agosto de 2021, y como se dijo al inicio, no le es dable a este Despacho pronunciarse sino respecto de los hechos nuevos ocurridos con posterioridad a dicho interregno.

(iii) De otro lado, en lo que atañe a la presente acción de tutela, afirma el accionante que se causó una nueva incapacidad a su favor, del 04 de julio de 2021 al 28 de julio de 2021, la cual no ha sido reconocida ni pagada por la **E.P.S SURA**, quien en respuesta a su solicitud le informó que no era procedente el pago, pues, ante la existencia de un dictamen de pérdida de capacidad laboral superior al 50% lo que proseguía era el reconocimiento de la pensión de invalidez a cargo de su Administradora de Pensiones.

Al respecto, la **E.P.S SURA** refiere en su contestación no ser la competente para el pago de la incapacidad reclamada, teniendo en cuenta que el actor registra una pérdida de capacidad laboral del 64% emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, con fecha de estructuración el 13 de noviembre de 2018, por lo que es el Fondo de Pensiones al que se encuentra afiliado, el que debe dar razón del por qué no lo ha pensionado.

(iv) Por su parte, la **A.F.P. PORVENIR S.A.** sostiene que, como las incapacidades solicitadas por el actor son posteriores al día 540, su pago debe efectuarse por parte de la EPS accionada. Indica además, que, si bien el accionante elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez el 29 de septiembre de 2021, lo cierto es que, a la fecha, no se han cumplido los 4 meses con que cuenta la entidad para resolverla, por lo que no puede endilgársele vulneración alguna de derechos fundamentales.

Frente a lo anterior, importa destacar que, tanto el accionante<sup>41</sup> como la vinculada **SEGUROS ALFA S.A.**<sup>42</sup> aportaron el dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional del 28 de julio de 2021, proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, donde se observa que el señor **RAÚL CÁRDENAS ROSAS** fue calificado con una PCL del 63.75% por enfermedad de origen común y con fecha de estructuración: **13 de noviembre de 2018**.

<sup>40</sup> Páginas 117 a 119 del archivo pdf "001. AcciónTutela"

<sup>41</sup> Páginas 23 a 37 ibidem

<sup>42</sup> Páginas 34 a 48 del archivo pdf "015. ContestaciónSegurosAlfa"

(v) Pues bien, a efectos de establecer a cuál entidad le corresponde pagar la prestación económica adeudada al accionante, la cual fue generada con posterioridad al día 540, debe indicarse que el artículo 67 de la **Ley 1753 de 2015** fijó la obligación a cargo de las EPS de asumir y pagar las incapacidades generadas con posterioridad al día 540, en los siguientes términos:

*“ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD ADRES. La Entidad administrará los siguientes recursos: (...)*

*Estos recursos se destinarán a:*

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

Como se puede observar, la norma no condicionó de manera alguna la responsabilidad a cargo de las EPS, sino que impuso dicha carga prestacional de manera genérica, tal como se expuso en el marco normativo.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, el **Decreto 1333 de 2018**, que reguló el reconocimiento y pago de las incapacidades superiores a 540 días, sí condicionó la procedencia del reconocimiento a cargo de las EPS de la siguiente manera:

*“ARTÍCULO 2.2.3.3.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días. Las **EPS** y demás **EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:***

- 1. Cuando exista **concepto favorable de rehabilitación** expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.*
- 2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.*
- 3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.  
De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541)”.*

En ese orden, el reconocimiento y pago de las incapacidades posteriores al día 540 serán responsabilidad de las EPS *siempre y cuando* se cumplan los presupuestos establecidos en

la norma, particularmente el señalado en el numeral 1, relativo a que debe mediar un **concepto de rehabilitación favorable**, en virtud del cual sea evidente que la persona requiere continuar en tratamiento médico.

Dicha interpretación tiene sustento en la jurisprudencia constitucional, donde se ha afirmado que: *“las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto **desfavorable** de rehabilitación deben ser asumidas por los **fondos de pensiones** hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%”<sup>43</sup>.*

En igual sentido, en la sentencia T-004 de 2014 la Corte Constitucional sostuvo que *“el trabajador que es calificado y supera el 50% de pérdida de capacidad laboral, ante la disminución física que padece, las entidades del Sistema les corresponde actuar con solidaridad y diligentemente reconocer y pagar una suma de dinero con la cual pueda satisfacer sus necesidades básicas; razón por la cual **mientras se decide definitivamente sobre el reconocimiento y el pago de la pensión de invalidez, el Fondo de Pensiones deberá costear las incapacidades laborales**”.*

En este punto se considera pertinente traer a colación la sentencia **T-268 de 2020**, en la que, frente a un caso de premisas fácticas similares al presente, la Corte indicó lo siguiente:

*“Esta Corporación encuentra que **Colpensiones** vulneró los derechos fundamentales invocados por el actor, dado que: (i) el hecho de que no se reconozcan y paguen las incapacidades médicas expedidas al señor Germán Fandiño vulnera sus derechos fundamentales, toda vez que se trata de una persona que únicamente cuenta con el ingreso de su salario y al no percibirlo por su condición de salud que le ha acarreado la expedición de incapacidades que superan los 541 días, se le causa un perjuicio irremediable; y (ii) teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, sobre el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a los 540 días, del cual, es diáfano el entendimiento que dichas incapacidades serán asumidas por las E.P.S., **siempre y cuando** se cumplan con los presupuestos establecidos en el precitado artículo. En el caso objeto de análisis, no se observa el cumplimiento del presupuesto establecido en el numeral 1 del referido artículo, esto es, cuando exista concepto **favorable** de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.*

*Igualmente este Tribunal verifica que: (i) según la prueba documental allegada por la accionada, el 14 de septiembre de 2017 Nueva E.P.S. emitió concepto desfavorable de rehabilitación con relación a las siguientes patologías... de origen común. **Lo anterior incumple el presupuesto establecido en el numeral 1 del artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018**, según el cual, las Empresas Promotoras de Salud pagarán las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a los 540 días, **siempre y cuando exista concepto favorable** de rehabilitación, **lo cual no ocurre en este caso, pues se desvirtuó con suficiencia**; y (ii) **para la fecha en que***

<sup>43</sup> Sentencias T-920 de 2009, T-401 de 2017 y T-268 de 2020



asumir la prestación económica que corresponda (subsidio por incapacidad o pensión de invalidez) con cargo a sus propios recursos y con capacidad de ejercer el control necesario para evitar que se efectúe un doble pago por concepto de incapacidad y por concepto de mesada pensional, prestaciones que tienen la cualidad de ser incompatibles.

Así las cosas, teniendo como fundamento la legislación y la jurisprudencia en materia de incapacidades, previamente analizada, resulta diáfano concluir que, la entidad llamada a reconocer y pagar la incapacidad reclamada por el señor **RAÚL CÁRDENAS ROSAS** es la **A.F.P PORVENIR S.A.**, en la medida que no se dan los presupuestos normativos para endilgar dicha carga a la **E.P.S. SURA**, por lo que, frente a ésta, habrá de negarse la acción de tutela, y se concederá el amparo únicamente respecto de la primera.

(vi) Ahora bien, en lo que respecta al tercer problema jurídico planteado, relativo a establecer si la **E.P.S. SURA S.A.** vulneró los derechos fundamentales del accionante al no haberle generado más incapacidades con posterioridad al día **29 de julio de 2021**, es necesario hacer las siguientes precisiones:

En primer lugar, se tiene que, la EPS accionada en su contestación señaló que no era procedente el pago de incapacidades médicas posteriores al 29 de julio de 2021, debido a que *“no existen prescripciones entregadas por profesionales de la salud al accionante”*.

Sin embargo, revisadas las pruebas aportadas por el actor, se evidencia la orden médica No. 120458 del 22 de julio de 2021, por medio de la cual su gastroenterólogo Dr. Jaime Obregón Navarro, prescribió incapacidad laboral entre el **04 de julio de 2021** y el **03 de agosto de 2021**<sup>44</sup>. También se aportó historia clínica del 30 de agosto de 2021 correspondiente a una consulta de control de seguimiento por gastroenterología, donde el mismo profesional de la salud determinó dentro del plan de manejo: *“Se actualiza incapacidad desde el 04/08/2021 hasta 03/09/2021”*<sup>45</sup>; y otra del 09 de octubre de 2021<sup>46</sup> donde nuevamente el médico estableció: *“Se actualiza incapacidad desde el 04/09/2021 hasta el 03/10/2021 y desde 04/10/2021 hasta 03/11/2021”*.

Se resalta, además, que (i) las anteriores historias clínicas fueron expedidas en el formato y con el membrete de la propia **E.P.S. SURA**; (ii) las referidas incapacidades fueron ordenadas por el mismo médico tratante que le prescribió al actor las incapacidades comprendidas entre el 07 de junio de 2020 y el 03 de julio de 2021<sup>47</sup>, sobre las que la accionada no efectuó reparo alguno para incluirlas en el certificado de incapacidades; (iii)

<sup>44</sup> Páginas 60 y 90 del archivo pdf “001. AcciónTutela”

<sup>45</sup> Páginas 61 y 91 a 93 ibidem

<sup>46</sup> Páginas 62, 94 y 95 ibidem

<sup>47</sup> Páginas 44 a 58 ibidem

los diagnósticos por los cuales el médico consideró pertinente ordenar más incapacidades con posterioridad al 29 de julio de 2021, corresponden a los mismos diagnósticos por los cuales habían sido expedidas las incapacidades hasta ese momento<sup>48</sup>, por lo que las comprendidas entre el **04 de julio de 2021** y el **03 de noviembre de 2021**, pueden considerarse una prórroga de las primeras.

Conforme a lo anterior, es evidente que el motivo en el que la **E.P.S SURA** fundamenta su negativa para no reconocer las incapacidades posteriores al 29 de julio de 2021 no resulta acertado ni coherente con la realidad probatoria que evidencian las documentales allegadas por la parte actora; así como tampoco se encuentra justificación alguna para que las mismas no se incluyeran dentro del certificado de incapacidades, ya que el único argumento esgrimido por la accionada frente a este punto, es que no se contaba con orden médica que las prescribiera, lo cual, según quedó evidenciado, no es cierto.

En ese orden, y siguiendo la línea argumentativa plasmada líneas atrás, es claro que, frente al pago de las incapacidades del **29 de julio de 2021** al **03 de noviembre de 2021** la responsabilidad tampoco recae sobre la **E.P.S SURA** sino sobre la **A.F.P. PORVENIR S.A.**, habida cuenta que, aun cuando las mismas son posteriores al día 540, se expidieron con posterioridad a la emisión del concepto de rehabilitación **desfavorable**, e incluso, después de haberse calificado al actor con una pérdida de capacidad laboral superior al 50% de origen **común**, situación que corrobora que, quien debe sufragarlas es el Fondo de Pensiones hasta que se surta el trámite definitivo que reconozca la pensión de invalidez, siguiendo el precedente jurisprudencial citado previamente.

En conclusión, se concederá el amparo y se ordenará a la **A.F.P PORVENIR S.A.** reconocer y pagar, previa su radicación por parte del señor **RAÚL CÁRDENAS ROSAS**, las incapacidades médicas generadas entre el **04 de julio de 2021 y el 03 de noviembre de 2021**, así como las que se generen con posterioridad a esta fecha y hasta el momento en que le sea reconocida la pensión de invalidez.

Igualmente, se instará al accionante para que radique ante la **A.F.P PORVENIR S.A.** las incapacidades generadas entre el **04 de julio de 2021** y el **03 de noviembre de 2021**, así como las que se generen con posterioridad, a efectos de que la entidad proceda a efectuar su reconocimiento y pago siguiendo las consideraciones de esta sentencia.

---

<sup>48</sup> Enfermedad diverticular severa, Colon irritable, Ileo paralítico, Bridas intestinales, Enfermedad diverticular del intestino grueso sin perforación ni absceso y Enfermedad diverticular de ambos intestinos, sin perforación ni absceso.

Lo anterior, como quiera que, de conformidad con lo informado tanto por el accionante como por la **A.F.P. PORVENIR S.A.**, a la fecha en que se emite la presente providencia, al señor **RAÚL CÁRDENAS ROSAS** no le ha sido reconocida la pensión de invalidez.

Finalmente, se desvinculará del presente trámite a **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, por falta de legitimación en la causa.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

### **RESUELVE**

**PRIMERO: NEGAR** el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y seguridad social del señor **RAÚL CÁRDENAS ROSAS** en contra de la **E.P.S. SURA S.A.**, por las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO: AMPARAR** los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y seguridad social del señor **RAÚL CÁRDENAS ROSAS** en contra de la **A.F.P. PORVENIR S.A.**, por las razones expuestas en esta providencia.

**TERCERO: ORDENAR** a la **A.F.P. PORVENIR S.A.** que proceda a reconocer y pagar a favor del señor **RAÚL CÁRDENAS ROSAS**, dentro del término de CINCO (05) DÍAS HÁBILES siguientes a la radicación que efectúe el accionante, las incapacidades médicas generadas entre el **04 de julio de 2021 y el 03 de noviembre de 2021**, así como las que se generen con posterioridad a esta fecha y hasta el momento en que le sea reconocida la pensión de invalidez.

**CUARTO: INSTAR** al señor **RAÚL CÁRDENAS ROSAS** para que de manera inmediata proceda a radicar ante la **A.F.P. PORVENIR S.A.** las incapacidades generadas entre el 04 de julio de 2021 y el 03 de noviembre de 2021, así como las que se generen con posterioridad, a efectos de que la entidad proceda a efectuar su reconocimiento y pago siguiendo las consideraciones expuestas en esta sentencia.

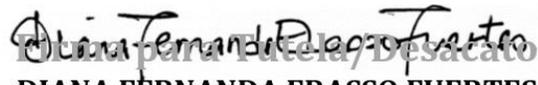
**QUINTO: DESVINCULAR** a **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, por falta de legitimación en la causa.

**SSEXTO:** Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día hábil siguiente de su notificación.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus Covid-19, la impugnación deberá ser remitida al email: [j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**SSEXPTIMO:** En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES  
JUEZ