



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE
DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**
j39pccmbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C., veintisiete (27) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Ref. ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-4189-039-2023-00421-00
ACCIONANTE: WILSON CIRO RODRIGUEZ RIVEROS.
ACCIONADA: NUEVA EPS.

Procede el Despacho a resolver las acciones de tutela de la referencia, una vez rituado en legal forma el trámite correspondiente.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Se exponen como fundamentos de la tutela, en síntesis, que el accionante **WILSON CIRO RODRIGUEZ RIVEROS** identificado con cédula de ciudadanía No. 80.438.462, fue diagnosticado con: “[*trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía*]” a raíz de su desempeño en el área de soldadura en la empresa Proveedora Metalmecánica -PROMEVEL LTDA, en el cargo de auxiliar de matricería, mantenimiento, operación de rectificadora y roscadora desde el año 1994. Motivo por el que le realizaron intervención quirúrgica en el año 2014.

Aseguró que, luego de obtener dictamen No. 80438462 - 16006 de fecha 21 de abril del año 2016, realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, y estar inconforme con su calificación instauró el 18 de noviembre del año 2016 recurso para que sea la Junta Nacional quien decida y, el año 2017 interpuso acción de tutela la cual fue resuelta por el Juzgado 70 Civil Municipal de Oralidad de Bogotá mediante fallo del 18 de septiembre del mismo año, afirmando su favorabilidad pues se ordenó a la EPS MEDIMÁS realizar el pago de las incapacidades, sin embargo “[*desde la fecha hasta el presente no se han realizado y/o resuelto mi situación...*]”. Además, aclaró que, con ocasión al cierre de MEDIMÁS EPS, fue trasladado a NUEVA EPS desde el año 2022, “[*...la cual no ha cancelado ninguna de las incapacidades aun así presentada la acción constitucional*]”

EPS última quien le emitió concepto desfavorable empero para el 14 de febrero del año 2023 le bloqueó el sistema y no le ha permitido generar más incapacidades lo cual asegura transgredir sus derechos y verse obligado a asistir a su lugar de trabajo después de 9 años de estar incapacitado.

2.- La petición

Con fundamento en lo anterior, solicita se amparen sus derechos fundamentales a la vida, igualdad y seguridad social, en consecuencia, se ordene a la accionada **NUEVA EPS**, expedir sus incapacidades desde el día 14 de febrero del año 2023 hasta que se resuelva su calificación para definir la pérdida de capacidad laboral y resolver su pensión por invalidez.

3.- Trámite Procesal

Una vez admitida la presente acción mediante auto de fecha 17 de febrero del presente año, se ordenó la notificación a la entidad accionada y vinculadas, a efectos de que ejercieran el derecho a la defensa sobre los hechos alegados, en

donde **NUEVA EPS**, no allegó contestación alguna pese habersele comunicado en debida forma, a través de los recursos tecnológicos autorizados para tal fin, esto es por correo electrónico el día 23 de febrero de la presente anualidad obrante a folio 8 del presente cuaderno digital.

La **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.**, describió sus funciones en el sistema general de seguridad social en salud y, propuso la falta de legitimación por pasiva, toda vez que no es responsable del agravio a que alude la parte accionante, solicitando su desvinculación.

Por su parte, **MEDIMÁS EPS S.A.S., EN LIQUIDACIÓN**, indicó: “...[n]os permitimos informar que el caso en cuestión está siendo objeto de auditoría en razón a los actuales procesos de liquidación de la entidad, teniendo en cuenta, además, las deficiencias de archivo e información que tenemos actualmente como consecuencia de proceso de intervención administrativa que se está ejecutando dentro de la EPS. Una vez se cuente con la información aportada por el área técnica les será informado al Despacho oportunamente dentro del trámite de la primera instancia para que tome la decisión en derecho a la que haya lugar.” Solicitando entonces un plazo para responder de fondo la acción de tutela, sin embargo, dicha respuesta no ocurrió.

Finalmente, el **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, la **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA**, la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** y la **EPS CAFESALUD**, la **ARL POSITIVA** y su empleador **PROVEMEL LTDA** como también su fondo de pensiones **COLPENSIONES** no emitieron pronunciamiento alguno a pesar de estar debidamente enteradas de la presente acción constitucional.

II. CONSIDERACIONES

De la Acción de Tutela

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela en consecuencia es viable cuando quiera que un derecho fundamental constitucional se encuentre bajo amenaza o vulneración, situación que deberá ser demostrada o probada, por quien reclama su protección.

Problema Jurídico

En el caso objeto de análisis, el problema jurídico consiste en determinar si se han vulnerado o no los derechos fundamentales a la vida y seguridad social del accionante por la falta de expedición de incapacidades superiores a los 540 días.

Carga de la prueba

Respecto de este tópico la Corte Constitucional ha mencionado la libertad probatoria en sede de tutela la cual es amplia, sin embargo, ello “(...) **no significa que no exista una carga mínima de la prueba en cabeza de quien alega la vulneración de algún derecho fundamental**, ya que las reglas probatorias generales aplican también para la acción de tutela. Es decir, si bien es cierto que basta al juez tener la convicción de la vulneración del derecho constitucional

*fundamental para ampararlo, también lo es que **debe acreditarse en el expediente la transgresión, para que dicha protección constitucional se pueda obtener.** Para ello el juez dispone, además, de amplios poderes oficiosos, los cuales a su turno también se encuentran limitados por la idoneidad en su utilización. Así, en principio, quien alude un hecho tiene el deber de aportar los medios para convencer a la autoridad judicial de que en efecto ha sucedido o de aportar los elementos necesarios que sugieran razonablemente al juez la utilización idónea de sus poderes oficiosos en la prueba”¹*

En línea jurisprudencial, también menciono que, si bien uno de los rasgos característicos de la acción de tutela es la informalidad, dicha Corporación señaló el deber del juez en lo concerniente a: “(...) *corroborar los hechos que dan cuenta de la violación de un derecho fundamental, para lo cual ha de ejercer las facultades que le permiten constatar la veracidad de las afirmaciones, cuando sea del caso*” para luego acentuar que: “**un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental,** pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario.”; en suma, sobre el tema de la carga de la prueba en acción constitucional, acentué el principio “**onus probandi incumbit actori**” que rige la materia, según la cual la carga de la prueba incumbe al actor. Sin embargo agregó que a: “(...) *los jueces de tutela les asiste el deber de decretar y practicar pruebas de oficio cuando de la solicitud de amparo y los informes que alleguen los accionados no obren suficientes elementos de juicio para decidir el asunto sometido a su consideración, por cuanto la labor constitucional encomendada es precisamente la protección efectiva de los derechos fundamentales.*”²

Como también, en oportunidad anterior indicó: “(...) **acudir a la acción de tutela bajo la suposición o conjetura de que se vulnerarán derechos fundamentales por actos negativos de la administración, sin darle a ésta siquiera la oportunidad de pronunciarse en ese o en otro sentido. No se puede llegar al absurdo de acudir a la acción de tutela sobre la base de actos que no se han proferido,** esto no solo viola el debido proceso de las entidades públicas, que, valga repetirlo, también lo tienen, sino que, atentaría contra uno de los fines esenciales del Estado, cual es el de asegurar la vigencia de un orden justo. (...) según lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico la vulneración al demandante de un derecho fundamental o, por lo menos, la amenaza seria y actual de su vulneración, circunstancia que en el caso concreto hasta ahora no se ha presentado.”³

De Las Incapacidades Por Enfermedad De Origen Común

Respecto del pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, es preciso empezar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabajador percibirá durante ese lapso. Así, cuando se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un auxilio económico y cuando se trata del día 181 en adelante se estará frente al pago de un subsidio de incapacidad.

Ahora bien, en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

- i. Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.
- ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico

¹ Sentencia Tutela 187 de 2009.

² Sentencia Tutela 571 de 2015.

³ Sentencia Tutela 066 de 2002.

recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013. 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 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

Así las cosas, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia.

iv. Ahora bien, en cuanto al pago de las incapacidades que superan los 540 días, cabe mencionar que hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional reconocía la existencia de un déficit de protección respecto 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. Al respecto, esta Corporación mediante sentencia T-468 de 2010 advirtió lo siguiente:

“(...) 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.” Agregó que *“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”.*

Caso Concreto

Descendiendo al *sub-judice* y analizadas las pruebas allegadas al plenario, observa el Despacho que el accionante pretende la protección de sus derechos fundamentales a la vida, igualdad y seguridad social, ordenando a la accionada **NUEVA EPS**, expedir sus incapacidades desde el día 14 de febrero del año 2023 hasta que se resuelva su calificación para definir la pérdida de capacidad laboral y resolver su pensión por invalidez.

Para el caso objeto de estudio el despacho advierte que la acción de tutela no está llamada a prosperar, por razón que el accionante solo se limita a solicitar que se le dé una pronta solución a la expedición de incapacidades, sin que discrimine los periodos que la E.P.S. ha dejado de expedir y cancelar, pues nótese que de manera imprecisa señaló en el hecho 11° del escrito de tutela que, desde el 18 de septiembre del año 2017 no se ha realizado o resuelta su situación, como también, en el hecho

12°, aseguró que desde que fue trasladado a NUEVA EPS, esto es el año 2022, no le han cancelado ninguna de las incapacidades a pesar de haber presentado acción constitucional generando inconsistencias desde la fecha en que se dejó de reconocer y pagar las incapacidades. Tampoco aportó constancia alguna de las incapacidades que pretende que se le han generadas por parte del galeno tratante, siendo prueba documental de suma importancia para que esta Sede judicial pueda impartir orden alguna a la accionada, y de esta forma amparar los derechos presuntamente vulnerados.

No obstante, y conforme al antecedente jurisprudencial y normativo, sería del caso que la E.P.S accionada cancelara las incapacidades que se le han causado al accionante después del día 540, pero como quiera que no existe prueba sumaria de incapacidad alguna, historia clínica o algún soporte que le permita determinar al juez constitucional desde cuándo se ha generado este derecho e impartir la orden, no se ordenara pago de incapacidad alguna por no aparecer causada pues el concepto desfavorable aportado no lo precisa y, no se deje de lado que el accionante en su petición concreta solicita no el pago sino la expedición de incapacidades, siendo el único idóneo para tal fin es su galeno tratante.

Respecto al tema de pago de incapacidades y a quien le corresponde asumir las mismas, el Despacho pone de presente la atribución legal de responsabilidad en el pago de incapacidades de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 181 hasta 540	Fondo de Pensiones ⁴	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 / Decreto 1333 de 2018

No obstante lo anterior, se conmina a la accionada que proceda a informarle al usuario los requisitos y documentos que debe aportar ante la E.P.S. para que le sean canceladas las incapacidades que se le han generado después del día 540, y que le corresponde asumir a la prestadora de salud conforme al anterior precepto jurisprudencial.

Bajo ese horizonte, en el caso objeto de análisis, el Despacho encuentra que las pretensiones invocadas por la accionante no salen adelante ante la falta de acreditación de vulneración alguna, sin perjuicio que el actor en una nueva oportunidad solicite la intervención del juez constitucional.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo constitucional reclamado por **WILSON CIRO RODRIGUEZ RIVEROS** identificado con cédula de ciudadanía No. 80.438.462, a sus derechos fundamentales de a la vida, igualdad y seguridad social, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

⁴ Excepcionalmente, las EPS pueden estar obligadas a asumir el reconocimiento y pago de incapacidades posteriores al día 180 y anteriores al día 540, si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación. En dichos casos, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto. Fundamentos jurídicos 27 a 31.

SEGUNDO: Se **CONMINA** al representante legal y/o quien haga sus veces de **NUEVA EPS** para que proceda a informarle y notificarle al accionante los requisitos y documentos que debe aportar ante la E.P.S. para que le sean reconocidas y canceladas las incapacidades que se le han generado después del día 540, y que le corresponde asumir a la prestadora de salud conforme al precepto jurisprudencial descrito en este proveído.

TERCERO: Notifíquese la presente decisión a los extremos de la acción en forma personal o por el medio más idóneo o expedito posible. **Entréguese copia del presente fallo a la accionada.**

CUARTO: Si la presente decisión no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional, para su eventual REVISIÓN. Ofíciense. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,

Firmado Por:
Cristhian Camilo Montoya Cardenas
Juez Municipal
Juzgado Pequeñas Causas
Juzgado 39 Pequeñas Causas Y Competencias Múltiples
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **311804bb6489190a03cc88faef94c790019f4ee6f1e6432ef93218d780b3b002**

Documento generado en 27/02/2023 03:00:33 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>