



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO VEINTICUATRO CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA

SENTENCIA DE TUTELA

Bucaramanga, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

Procede el despacho a proferir sentencia dentro del presente asunto, a términos del artículo 22 del Decreto 2591 de 1991, previo los siguientes,

I. ANTECEDENTES

JESSICA LORENA MORA LAGUNA, formuló acción de tutela en nombre propio, por considerar que las entidades accionadas han vulnerado sus derechos fundamentales, con base en los hechos que a continuación se sintetizan:

- Comenta que se encuentra afiliada a PORVENIR A.F.P y a la NUEVA EPS, en calidad de trabajadora de la empresa ORGANIZACIÓN SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S.
- Señala además que padece de dependencia funcional anterior 0/100 total -// actual 35/100 severa; malformación arteriovenosa; secuelas de malformación; trastorno del ojo y de sus anexos; otalgia; vértigo; hipoacusia; parálisis fácil izquierda (iagofthalmos severo, regular fenómeno de bell) y disfagia, con ocasión de una enfermedad de origen común.
- Indica que, con ocasión de los padecimientos anteriormente referidos, se han generado las siguientes incapacidades:

INCAPACIDADES PENDIENTES POR RECONOCIMIENTO INFERIORES A 180 DÍAS (Nueva Eps)				
NÚMERO DOCUMENTO IDENTIDAD	APELLIDOS Y NOMBRES	F. INICIO (DD/MM/AAAA)	F. FINAL (DD/MM/AAAA)	DIAS
1098702358	MORA LAGUNA JESSICA LORENA	25/09/2021	29/09/2021	5
1098702358	MORA LAGUNA JESSICA LORENA	29/11/2021	28/12/2021	30
1098702358	MORA LAGUNA JESSICA LORENA	29/12/2021	27/01/2022	30
1098702358	MORA LAGUNA JESSICA LORENA	28/01/2022	27/02/2022	31
1098702358	MORA LAGUNA JESSICA LORENA	28/02/2022	29/03/2022	30
TOTAL DIAS:				125

INCAPACIDADES PENDIENTES POR RECONOCIMIENTO SUPERIORES A 180 DÍAS (Porvenir A.F.P)				
NÚMERO DOCUMENTO IDENTIDAD	APELLIDOS Y NOMBRES	F. INICIO (DD/MM/AAAA)	F. FINAL (DD/MM/AAAA)	DIAS
1098702358	MORA LAGUNA JESSICA LORENA	30/03/2022	28/04/2022	30
1098702358	MORA LAGUNA JESSICA LORENA	29/04/2022	28/05/2022	30
1098702358	MORA LAGUNA JESSICA LORENA	29/05/2022	27/06/2022	30
TOTAL DIAS:				90

- Destaca que, la NUEVA EPS, mediante comunicación del pasado 3 y 10 de marzo, negó el pago de las prestaciones económicas a las que ha venido haciendo alusión, bajo el argumento de que el afiliado presenta Concepto de Rehabilitación DESFAVORABLE, sin calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y, que por tal motivo, corresponde al Fondo de Pensiones la obligación inmediata de otorgar la pensión de invalidez y asumir las prestaciones económicas a que hubiera lugar, olvidado que las mismas corresponde al período de los 180 días.
- También asegura que en el fondo de pensiones POVERNIR AFP se abstuvieron de radicar la solicitud de reconocimiento y pago de incapacidades aquí reclamadas, aduciendo que su caso se encuentra en proceso de pensión.
- Pone de presente que su empleador continúa efectuando de manera oportuna los aportes al sistema de seguridad social en salud, así como también que la falta de pago del auxilio económico se encuentra generándole una afectación gravísima a su mínimo vital y el de su familia, toda vez que aquél constituye su único sustento.

II. DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Aduce la accionante que la parte accionada se encuentra vulnerando sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la dignidad humana, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social, por lo que solicita, ordenar a la NUEVA EPS Y/O PPORVENIR AFP, según corresponda, el pago de las incapacidades laborales otorgadas por los médicos tratantes con ocasión de sus padecimientos.

III. ACTUACION PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida en providencia del 15 de junio del año en curso, en la cual se dispuso notificar a la NUEVA EPS y PORVENIR AFP, además se dispuso vincular a la ORGANIZACIÓN SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S. y a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, con el objeto de que se pronunciaran acerca de cada uno de los hechos referidos en el escrito constitucional.

IV. CONTESTACION A LA TUTELA

- **PORVENIR AFP**

Puntualiza que las incapacidades comprendidas a partir del día 3 al 180, le corresponde asumirlas a la NUEVA EPS, advirtiendo que comoquiera que dicha entidad emitió concepto desfavorable de rehabilitación el 6 de noviembre de 2021 y según lo dispuesto en el Decreto 19 de 2012, no es procedente cancelar las posteriores al día 180, sino iniciar la calificación de pérdida de capacidad laboral de la afiliada, lo cual, tuvo lugar a través del dictamen proferido el pasado 21 de mayo, en el cual se calificó a JESSICA LORENA MORA LAGUNA CON 62.2% de PCL con fecha de estructuración 06/05/2022, de origen común y, por consiguiente, el 9 de junio último, radicó los documentos requeridos para establecer si cumple con los requisitos para que aquélla acceda a la pensión de invalidez, encontrándose a la fecha en dicho proceso.

De otra parte, señala que la accionante desconoce el carácter subsidiario de la acción de tutela, toda vez que para obtener el reconocimiento y pago de incapacidades, aquélla cuenta con otro mecanismo judicial ante la jurisdicción ordinaria, máxime cuando no demuestra en el diligenciamiento la existencia de un perjuicio irremediable; aunado a lo anterior, alude falta de vulneración de derechos fundamentales por parte de esa AFP, toda vez que su actuación se ha ceñido a observar la normatividad del Régimen General de Seguridad Social Integral.

Por lo expuesto, solicita denegar o declarar improcedente el presente amparo constitucional.

- **ORGANIZACIÓN SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS**

Contesta a su vinculación manifestando, que actualmente la accionante se encuentra vinculada a la entidad a través de un contrato de trabajo por la duración de la obra o labor, advirtiendo que desde el inicio de su relación laboral la afilió al Sistema de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales, sin presentar mora en el pago de las mismas; asimismo informa, que la fecha ninguna de las entidades accionadas ha realizado el pago de las incapacidades otorgadas a la accionante JESSICA LORENA MORA LAGUANA, sin que pueda atribuírsele responsabilidad alguna en ese sentido y, por tanto, no se opone a las pretensiones de la tutela, pero sí a que se le ordene responder por una prestación que no le corresponde por ley.

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

Luego de referirse a los antecedentes de la tutela, al marco normativo de la entidad, a los derechos fundamentales presuntamente vulnerados y al régimen del reconocimiento y pago de incapacidades, señala para el caso en concreto,

que no es función de esa entidad el pago de incapacidades inferiores a 540 días, por ende, no hay legitimación en la causa por pasiva; sin embargo, sugiere tener en cuenta los artículos 1° Decreto 2943 de 2013, 41 de la Ley 100 de 1993 y 67 de la ley 1753 de 2015, mismos que establecen las entidades que deben asumir la cancelación de las prestaciones económicas dependiendo de la duración de las mismas, así como también ratifican que aquéllas no se encuentran a su cargo.

Solicita negar la presente acción tutelar respecto de dicha entidad, toda vez que no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales de la accionante y consecuentemente su desvinculación del presente trámite constitucional.

- **NUEVA EPS**

Indica que, verificado el sistema integral de la EPS, advierte que la accionante se encuentra activa para recibir asegurabilidad y pertinencia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo categoría A, como también que presenta concepto de rehabilitación desfavorable que le fue notificado a la Administradora del Fondo de Pensiones, por lo que, conforme a lo establecido en el Decreto 019 de 2012, es ésta última entidad, quien debe asumir el valor de las prestaciones económicas reclamadas por la afiliada hasta tanto se realice la calificación de pérdida de capacidad laboral; advirtiendo que es deber del empleador o aportante, cobrar a la EPS los valores por licencias y/o incapacidades y reconocer en la periodicidad de la nómina dichos valores a sus empleados, sin que en ningún caso se pueda trasladar dicha responsabilidad a su trabajador, motivo por el cual, la EPS no está facultada para proceder con el pago directamente al afiliado.

De otra parte, refiere que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar reconocimientos de tipo económico por reñir con el principio de subsidiariedad, toda vez que para el efecto existen otros medios jurídicos previstos en la normatividad vigentes ante la Superintendencia de salud y la jurisdicción laboral, máxime cuando no existen elementos objetivos que puedan inferir una amenaza o vulneración cierta de derechos fundamentales, aclarando que la negativa en el pago del auxilio económico aquí reclamado es una conducta legítima, ya que las EPS's reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común del día 3 hasta el día 180 cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico, 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 y cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

Por último, trae a colación como apoyo a sus argumentos un caso que dice ser similar al hoy bajo estudio proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en restitución de tierras de Barrancabermeja – Santander y además solicita denegar por improcedente la presente acción constitucional, así

como también conminar a PORVENIR S.A. a asumir el pago de la incapacidades a partir del día 181 hasta que el afiliado pueda reintegrarse a sus labores o hasta que pueda acceder a la pensión de invalidez y determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la accionante.

V. CONSIDERACIONES

1. De la competencia

Es competente este despacho judicial, para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia con fundamento en el artículo 86 de la C. P., en armonía con las normas contenidas en el Decreto 2591 de 1991.

2. De la legitimación y procedencia de la acción de tutela

2.1. Legitimación por activa

Determina el artículo 86 de la Constitución Política que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona a fin de reclamar la protección de sus derechos fundamentales. En esta ocasión JESSICA LORENA MORA LAGUNA, en nombre propio solicita se amparen sus prerrogativas constitucionales al mínimo vital, a la salud, a la dignidad humana, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social, por tanto, se encuentra legitimada.

2.2. Legitimación por pasiva

NUEVA EPS y PORVENIR AFP, son entidades privadas que prestan un servicio público en el sistema de Seguridad social, por lo que, de conformidad con el artículo 42 del Decreto 2591, se encuentran legitimadas como parte pasiva, amén de ser las entidades a las cuales se les imputa responsabilidad en la presunta vulneración de derechos fundamentales que invoca la accionante.

3. Problema Jurídico

Corresponde al despacho determinar en primer lugar si es procedente la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de incapacidades médicas. Si tras este análisis se comprueba que la intervención de la justicia constitucional es procedente, y hay cabida para un estudio de fondo, deberá determinarse si la NUEVA EPS vulnera los derechos fundamentales de la accionante, al no pagar las incapacidades medicas que le fueron prescritas hasta los 180 días, arguyendo que presentaba concepto de rehabilitación desfavorable y que por tanto correspondía la Fondo de Pensiones, al cual se encuentra vinculada asumir dichas prestaciones, así como también si PORVENIR AFP hizo lo propio al no radicar las incapacidades de la actora señalando su imposibilidad porque su caso se encuentra en proceso para obtener la pensión de invalidez.

4. Marco Jurisprudencial

4.1. De la acción de tutela

El artículo 86 de la Carta Política de Colombia, prevé que toda persona tendrá derecho a presentar acción de tutela, con el fin de reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos Constitucionales Fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados, por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o por quien preste servicios públicos.

En términos del artículo 86 constitucional, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando la acción u omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares¹, vulnera o amenaza tales derechos constitucionales².

Este mecanismo privilegiado de protección, es, sin embargo, residual y subsidiario.³, en concordancia con el artículo 6to. del Decreto 2591 de 1991, sólo procede la acción de tutela cuando (I) el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, caso en el cual la acción de tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados, o (II) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados,⁴ o (III) cuando existiendo el medio idóneo alternativo de defensa judicial, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁵ a los derechos fundamentales.

4.2 Procedibilidad excepcional de la acción de tutela para el pago de incapacidades laborales. Reiteración de jurisprudencia

El numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela no procederá *“cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*. Del concepto desarrollado por esta disposición, se entiende que la acción de tutela *“fue diseñada como un mecanismo constitucional de carácter residual que procede ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales que permitan contrarrestar la inminente vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos”*.

El alcance que la Corte Constitucional le ha dado al artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 establece condiciones bajo las cuales, aún frente a la existencia en el ordenamiento jurídico de otros mecanismos ordinarios idóneos, ante la inminente vulneración de un derecho fundamental, la acción de tutela resulta procedente.

¹ En los términos que señala el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

² Corte Constitucional. SU-1070 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

³ Ver entre otras las sentencias T-827 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-648 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1089 de 2005.M.P. Álvaro Tafur Gálvis; T-691 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-015 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴ Lo que permite que la acción de tutela entre a proteger de manera directa los derechos presuntamente vulnerados.

⁵ Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias C-1225 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; SU-1070 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; SU-544 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-1670 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz, y la T-225 de 1993 en la cual se sentaron la primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También puede consultarse la sentencia T-698 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y la sentencia T-827 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Es así como, si bien por regla general las reclamaciones de acreencias laborales deben ser ventiladas ante la justicia ordinaria laboral y el procedimiento jurisdiccional ideado por la Ley 1122 de 2007 ante la Superintendencia Nacional de Salud, ha sostenido la Corte Constitucional en numerosos casos similares al presente, que la acción de tutela, de manera excepcional, resultará procedente para reconocer el pago de incapacidades médicas. Esto, en el entendiendo que al no contar el trabajador con otra fuente de ingresos para garantizar su sostenimiento y el de las personas que dependan de él, la negativa de una E.P.S de cancelar las mencionadas incapacidades puede redundar en una vulneración a los derechos al mínimo vital, seguridad social y vida digna, caso en el cual es imperativa la intervención del juez constitucional.

Frente al tema particular ha reiterado la jurisprudencia, en sentencias tales como la T-291 de 2020, lo siguiente:

“(…)En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política⁶, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 y la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la materia, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario. Por lo anterior, solo se puede acudir a ella i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; o ii) cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales invocados, a la luz de las circunstancias del caso concreto. Además, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, el accionante deberá ejercer la acción preferente en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela⁷ y la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

*La Corporación ha sostenido, que el medio de defensa judicial resulta ser **idóneo** cuando es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y **efectivo**, cuando está diseñado para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados⁸.*

De acuerdo con el sistema normativo colombiano actual, el recurso ordinario apto para ventilar las pretensiones de índole económico -específicamente el tendiente a obtener el pago del subsidio de incapacidades laborales- es la acción laboral ante la jurisdicción ordinaria⁹.

⁶ Constitución Política, art.86: “Esta acción solo 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”.

⁷ D.2591/91, Art. 8.

⁸ T-211 de 2009, T-222 de 2014, SU-961 de 1999.

⁹ A partir de la vigencia de la Ley 1949 de 2019, la Superintendencia Nacional de Salud no es competente para conocer de demandas cuya pretensión sea el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, tales como incapacidades, licencias de maternidad y/o paternidad. Esto, debido a que el artículo 6º de la ley en comento suprimió el literal g, que el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 había adicionado al artículo 41 de la Ley 122 de 2007 y, que en su tenor señalaba como competencia de la Superintendencia, en virtud de su función jurisdiccional, el “Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”. De manera que actualmente, el único competente para conocer de estos asuntos, es la jurisdicción del trabajo, conforme al numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el art.622 de la Ley 1564 de 2012, que prevé como asunto a su cargo el decidir sobre “Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos”.

Sin embargo, la corporación excepcionalmente ha permitido la procedencia de la acción de tutela, atendiendo a las circunstancias especiales y a la situación de cada individuo, que hace que la intervención del juez constitucional se haga necesaria e inminente.

Así, en diferentes pronunciamientos de la corporación, con el fin de determinar la procedencia de la acción de amparo cuando media este tipo de pretensiones, se han ponderado aspectos como la edad del presunto afectado (menor de edad, adulto mayor), la situación económica, el estado de salud del solicitante y de su familia, el grado de afectación que tendrían sus derechos fundamentales ante la falta de pago de la prestación económica solicitada (mínimo vital), así como la actividad administrativa adelantada para obtener la protección de sus derechos.

*El pago de incapacidades a una persona que sufre una afectación en su salud, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho fundamental **i) a la salud “en la medida que permite al afiliado disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que en estricto sentido no exista prestación de servicio,** circunstancia que contribuirá a la recuperación satisfactoria de su estado de salud, puesto que le permite seguir con el tratamiento prescrito por el médico tratante y guardar el reposo requerido para su óptima recuperación” y **ii) el derecho al mínimo vital, de acuerdo con las circunstancias de cada caso,** “por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar”¹⁰.(…)” -subraya y negrilla del despacho-*

En ese orden de ideas, el no pago de las incapacidades médicas, si bien constituyen *per se* el desconocimiento de un derecho laboral, también pueden generar una afectación directa al mínimo vital, a “*la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos*”.

En conclusión, toda vez que la negativa de pago de una indemnización médica puede generar la afectación de los derechos al mínimo vital, seguridad social, salud y vida en condiciones dignas del trabajador afectado, por la gravedad que las consecuencias de esa negativa pueden generar en sus derechos fundamentales, evento en el cual, la acción de tutela será procedente.

4.3. Reglas relativas al pago de incapacidades

Frente a la responsabilidad en el pago de las incapacidades el legislador estableció que las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. Respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondo de Pensiones, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, según lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional. En ese sentido, la Corte Constitucional en Sentencia T-523 de 2022, señaló:

¹⁰ T-772 de 2007, T-548 de 2012, T-490 de 2015, T-200 de 2017.

“(…) En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181, de acuerdo con la norma citada del Decreto 019 de 2012, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado. Si bien esto último fue objeto de debate en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación¹¹, esta Corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador con independencia de la decisión contenida en el concepto¹².”

Asimismo, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable rehabilitación, 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 EPS¹³. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, deberá asumir el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador¹⁴. Contrario sensu, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable.” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

5. Del Caso en concreto

En primer lugar, conforme se estableció en las consideraciones precedentes, a fin de dilucidar el problema jurídico planteado en el presente proveído, es importante destacar que aun cuando en principio las reclamaciones relativas al reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, no podrían ser ventiladas por vía de tutela, por cuanto para ello existe un trámite procesal ante el juez ordinario laboral, en tratándose de incapacidades laborales, las mismas constituyen el medio de subsistencia de la persona, que como consecuencia de una afectación en su estado de salud ha visto reducida la capacidad de procurarse por sus propios medios los recursos para su subsistencia y la de su familia. De allí que, consecuentemente, la acción de tutela se convierta en el medio idóneo para la protección de otros derechos fundamentales que con tal situación también pueden resultar afectados, como el mínimo vital y la salud.

En este caso, conforme a lo acreditado en el presente diligenciamiento, ha de decirse que la accionante JESSICA LORENA MORA LAGUNA, a la fecha de la presentación del amparo constitucional con ocasión de sus padecimientos se encontraba incapacitada (ver fl. 15 pdf. 001DemandaAnexos), lo que significa que las incapacidades aquí reclamadas constituyen su salario, por lo que con la ausencia de pago de dicha prestación se ponen en peligro sus derechos fundamentales y los integrantes de su núcleo familiar, amén de que su situación de desventaja derivada de sus circunstancias de vulnerabilidad, y, por tanto, se estima que la acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad, pues pese a la existencia de un medio judicial alterno para efectuar este reclamo, el mismo no resulta eficaz, pues se requiere de medidas urgentes e impostergables para evitar la configuración de un

¹¹ Decreto Ley 019 de 2012, art.142, inciso sexto.

¹² Ver entre otras, las Sentencias T-097 de 2015, T-698 de 2014, T-333 de 2013, T-485 de 2010 y T-401 de 2017.

¹³ Decreto Ley 019 de 2012, art.142, inciso sexto.

¹⁴ *Ibid.*

daño, dada su vulnerabilidad originada en la situación de salud que le ha sido incapacitante.

Dilucidado lo anterior, se sigue precisando que la señora JESSICA LORENA MORA LAGUNA, efectivamente está afiliada a la NUEVA EPS en el régimen contributivo, según lo informó dicha EPS en la contestación ofrecida en el presente trámite y, tal como se observa de los documentos anexados en la demanda de tutela, ver folios 10 a 30 del pdf. "001DemandaAnexos". De igual manera, se advierte que a la accionante le han sido otorgadas incapacidades médicas desde el 29 de noviembre de 2021, hasta el mes de junio del año en curso, según lo expuesto por aquella y que no fue controvertido por las entidades accionadas, como también corroborado con los documentos allegados al diligenciamiento (fls. 10 a 24, contenido en el pdf. "001DemandaAnexos").

Ahora bien, la NUEVA EPS manifiesta que no le corresponde asumir el reconocimiento y pago de las incapacidades reclamadas por la accionante porque la afiliado presenta concepto de rehabilitación desfavorable sin calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral, por tal razón, le corresponde asumirlas al Fondo de Pensiones PORVENIR y, a su vez, ésta última entidad indica que por tal motivo no puede proceder al pago de las mismas, máxime cuando ya realizó lo de su competencia, a saber, la calificación de la pérdida de capacidad laboral de la señora JESSICA LORENA MORA LAGUNA e iniciar el trámite tendiente a establecer si aquella cumple con los requisitos para obtener la pensión de invalidez.

Bajo ese hilo conductor, debe recordarse que desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS. A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable, advirtiéndose que en este último evento ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad, ello conforme a la normativa vigente, esto es, la ley 100 de 1993, el Decreto 2463 de 2001 y el Decreto 019 de 2022, lo anterior ha sido decantado por la Corte Constitucional en sentencia T-268-2020 así:

“De igual forma, ha señalado la Corte¹⁵ que las incapacidades según su origen obedecen a dos tipos:

(i) Por enfermedad de origen laboral: Con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales. Estas incapacidades son asumidas y pagadas por las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL-, en atención a lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.

Se ha dicho que este pago se efectuará “(...) hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez”¹⁶

(ii) Por enfermedad de origen común: De conformidad con los Artículos 227 del Código Sustantivo del Trabajo y 23 del Decreto 2463 de 2001, el tiempo de

¹⁵Sentencia T-161 de 2019.

¹⁶ T-490 de 2015, T-693 de 2017, T- 200 de 2017, T-161 de 2019, entre otras.

duración de la incapacidad incide en la denominación que se le dé a la remuneración que se perciba durante la vigencia de dicha incapacidad. Es así como, dentro de los primeros 180 días se reconocerá el pago de un auxilio económico y en tratándose del día 181 en adelante, se causará el pago de un subsidio de incapacidad¹⁷.

31. Respecto de quien debe asumir el pago de incapacidades, este se efectúa conforme la siguiente explicación:

Término	Responsable	Norma que reglamenta
2 primeros días	Empleador	Decreto 2943 de 2013
Del día 3 hasta el día 180	E.P.S.	Decreto 2943 de 2013
Del día 181 al 540	Fondo de Pensiones	Ley 962 de 2005 ¹⁸
Del día 541 en adelante	E.P.S.	Ley 1753 de 2015

32. Con relación al pago de las incapacidades que superan los 540 días, esta Corte reconoció hasta antes del año 2015, que no se evidenciaba protección con relación a quienes tuvieran concepto favorable de rehabilitación y/o calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y seguían incapacitados por la misma causa más allá de los 540 días...”

En consideración a lo anterior, en primer término, debe decirse que la NUEVA EPS no desconoció que las incapacidades otorgadas a JESSICA LORENA MORA del 25 al 29 de septiembre de 2021, del 29 de noviembre al 28 de diciembre de 2021, del 29 de diciembre de 2021 al 27 de enero de 2022, del 28 de enero al 27 de febrero hogaño y del 28 de febrero al 29 de marzo de 2022, se trataran de incapacidades posteriores al día 180 de incapacidad; de modo que, rápidamente resulta dable concluir que aquélla es la responsable de las mismas, destacando que su argumento para oponerse al pago, a saber, que aquélla tenga concepto desfavorable, no encuentra ningún sustento legal y, por el contrario, constituye en una sustracción injustificada de sus obligaciones que agrava la situación de quien ha sufrido una disminución en su estado y salud, máxime cuando no existe discusión frente a ese respecto, como tampoco al cumplimiento de la accionante de los requisitos establecidos en la normativa para reclamarlas, a quién como quedó establecido en un principio la falta del mismo le ha afectado y por tanto, genera vulneración de sus derechos fundamentales, itérese, ya que sin motivo legal o justificación alguna demora el pago de una prestación económica a la cual se tiene derecho y se requiere para sufragar los gastos relacionados con la digna subsistencia de aquélla y los generados para el cuidado de su salud.

Por lo tanto, se ordenará a la NUEVA EPS liquidar, reconocer y cancelar las incapacidades otorgadas a la señora JESSICA LORENA MORA LAGUNA, del 25 al 29 de septiembre de 2021, del 29 de noviembre al 28 de diciembre de 2021, del 29

¹⁷ Sentencia T-161 de 2019.

¹⁸ Según 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 E.P.S. Sentencia T-401 de 2017: *Se advierte que este concepto debe emitirse antes del vencimiento de los primeros 150 días de incapacidad. Si la E.P.S. no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.*

de diciembre de 2021 al 27 de enero de 2022, del 28 de enero al 27 de febrero de 2022 y del 28 de febrero al 29 de marzo del 2022, y así sucesivamente las que se han venido expidiendo hasta el día 180 inclusive.

Ahora bien, en lo que toca a las incapacidades otorgadas a JESSICA LORENA MORA LAGUNA con posterioridad a los 180 días, aplicando los parámetros legales y jurisprudenciales establecidos en párrafos precedentes, no cabe duda que es obligación de PORVENIR AFP pagarlas, pues tal obligación, contrario a lo asumido por aquélla, no depende del concepto favorable de rehabilitación, como lo ha reiterado la Corte Constitucional, entre otras, en sentencias T-902-2009, T-401-2017 y T-246-2018, adviértase que la única justificación para oponerse al pago es que la EPS hubiese inobservado su obligación de emitir el concepto de rehabilitación antes del día 120 de incapacidad, situación que no es el caso bajo estudio, pues dicho concepto se observa a folios 63 a 66 contenidos en el pdf. "005PorvenirDaRtaTutela del expediente digital" y tampoco fue materia de discusión.

De modo que, el Despacho considera que PORVENIR AFP ha desconocido los preceptos legales y jurisprudenciales que la obligan a asumir el costo de la prestación económica de salud que el actor requiere con posterioridad a los 180 días y, por dicha vía, vulneró sus derechos fundamentales. En consecuencia, se ordenará a dicha entidad que pague las incapacidades que se causaron a favor del accionante desde el día 181 inclusive hasta los 540 días o se resuelva la situación jurídica de reconocimiento pensional si ella tiene lugar, garantizando que no exista solución de continuidad entre el pago de las incapacidades y la eventual mesada pensional en caso de tener derecho la actora, a fin de resguardar su derecho fundamental al mínimo vital.

Finalmente, es menester resaltar que no se evidencia vulneración a derecho fundamental alguno de la accionante por parte de la ORGANIZACIÓN SERVICIO SY ASESORIAS S.A.S y la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, por tanto, se procederá a su desvinculación.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Bucaramanga**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida en condiciones dignas y justas de la señora **JESSICA LORENA MORA LAGUNA**, en virtud de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, de lo anterior, se **ORDENA** a la **NUEVA EPS**, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de este proveído, si aún no lo ha hecho, **LIQUIDE**, **RECONOZCA** y **CANCELE** en favor de la señora **JESSICA LORENA MORA LAGUNA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.098.702.358 de Bucaramanga y, por conducto de su empleador, las

incapacidades del 25 al 29 de septiembre de 2021, del 29 de noviembre al 28 de diciembre de 2021, del 29 de diciembre de 2021 al 27 de enero de 2022, del 28 de enero al 27 de febrero de 2022 y del 28 de febrero al 29 de marzo del 2022, y así sucesivamente las que se han venido expidiendo hasta el día 180 inclusive, descontando claro está, los dos primeros días de incapacidad que corresponde al empleador, (Decreto 2943 de 2013), según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR AFP, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de este proveído, si aún no lo ha hecho, LIQUIDE, RECONOZCA y CANCELE en favor de la señora **JESSICA LORENA MORA LAGUNA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.098.702.358 de Bucaramanga, las incapacidades que se causaron y se causen a favor de la accionante desde el día 181 inclusive hasta los 540 días o antes si se resuelve la situación jurídica de reconocimiento pensional si a ella da lugar, garantizando que no exista solución de continuidad entre el pago del subsidio de incapacidades expedidas y la eventual mesada pensional si a dicha prestación tiene derecho la actora, a fin de resguardar su derecho fundamental al mínimo vital, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: DESVINCULAR de la presente actuación a la ORGANIZACIÓN SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S y la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: Notifíquese esta providencia en la forma prevista en los Arts. 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

SEXTO: Si no fuere impugnado el presente fallo, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el Art. 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

Firmado Por:

Julian Ernesto Campos Duarte
Juez Municipal
Juzgado Municipal
Civil 024
Bucaramanga - Santander

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: **3dcc8ec0a912c7f6626e2b2fb9745e65dcad5339f13ec57b0a1c251620fe1ac5**

Documento generado en 30/06/2022 09:37:57 PM

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