



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

Soledad, trece (13) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Sentencia de 2° Instancia

Referencia Clase de acción: TUTELA.
Demandante: SCHNEIDER PABLO PADILLA JANSEN
Demandado: EPS SANITAS S.A.S. Y SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIÓN Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A
Radicado: No. 2020-00302-01.

Procede a pronunciarse el despacho sobre la impugnación instaurada por la parte accionante, contra la sentencia de fecha veintidós (22) de septiembre de dos mil veinte (2020), por medio de la cual el Juzgado Segundo Civil Municipal de Soledad - Atlántico, negó los derechos constitucionales fundamentales invocados.

I. ANTECEDENTES.

El señor SCHNEIDER PABLO PADILLA JANSEN, a través de apoderado presentó acción de tutela en contra EPS SANITAS S.A.S., y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIÓN Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud en conexión con la vida, seguridad social integral, mínimo vital y móvil, al disminuido físicamente, al derecho de petición, al debido proceso., elevando las siguientes,

I.I. Pretensiones.

“Ordenar a las accionadas E.P.S. SANITAS S.A.S., y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIÓN Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., o a la que su despacho considere a reconocer y cancelar al accionante SCHNEIDER PABLO PADILLA JANSEN las incapacidades medico laborales debidamente concedidas por los médicos especialistas tratantes y generadas de manera continua del 18 de Marzo al 30 de Agosto de 2020, que suman un total de 180 días de incapacidad; ya que estas incapacidades representan su único ingreso económico para solventar sus necesidades, de su hogar y de sus menores hijos, y así poder tener una vida digna y que relaciono a continuación:

Ordenar a las accionadas E.P.S. SANITAS S.A.S., y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIÓN Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., o a la que su despacho considere a reconocer y cancelar al accionante SCHNEIDER PABLO PADILLA JANSEN las incapacidades medico laborales que sean debidamente concedidas por los médicos especialistas tratantes y que se generen a partir del 15 de Septiembre de 2020, por las consideraciones arriba mencionadas. Y adicional a que se le sigan prorrogando las incapacidades, dado que la situación de salud no ha variado.

Ordenar a la accionada a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIÓN Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., que le dé prioridad urgente a la decisión de resolver de fondo la petición de solicitud elevada por el accionante SCHNEIDER PABLO PADILLA JANSEN, en el sentido de reconocer la pensión de invalidez elevada desde el 26 de Mayo de 2020 por reunir los requisitos de ley arriba enunciados.

Lo anterior lo fundamenta en los siguientes:

II. Hechos.

Narra el accionante SCHNEIDER PABLO PADILLA JANSEN presenta patología de virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) que le ha producido criptococosis cerebral y tuberculosis, entre otras patologías, tal y como se puede describir claramente en los fundamentos de hechos esbozados por Junta Regional de Calificación de Invalidez 31546.

Señala que la patología descrita en el hecho anterior criptococosis cerebral según definición medica la describe como “la infección fúngica más frecuente del sistema nervioso central; se presenta especialmente en pacientes con algún tipo de inmunodeficiencia, le ha producido parálisis en los miembros superior e inferior, inconvenientes en el habla, pérdida de la visión y otros malestares que no le permiten llevar una vida digna.

Indica que como consecuencia de las patologías lo han imposibilitado para realizar su laborales diarias y, como consecuencia de ello, la entidad EPS SANITAS, a la cual se encuentra afiliado en salud le ha concedido incapacidades medicas desde octubre de 2018 al 14 de septiembre de 2020; incapacidades debidamente concedidas por los médicos especialistas que lo tratan acumulando, y que hasta la fecha se han producido poco más de 650 días de incapacidad.

Aduce que las patologías que presenta son de origen común tal y como lo describió la EPS SANITAS en carta de fecha 06 de mayo de 2019 y que confirmo la Junta de Calificación de Invalidez en dictamen 31546, razón por la cual el pago de las incapacidades concedidas a partir del día 3 al 181 días las asumió la ESP SANITAS y las incapacites médicas concedidas a partir del día 182 y hasta el día 540 la ha asumido la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIÓN Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., al cual se encuentra afiliado y con base en un IBL de un salario mínimo legal mensual.

Sostiene que la entidad EPS SANITAS., por intermedio de sus médicos especialistas, le concedieron incapacidades medicas continuas del 18 de marzo al 14 de septiembre de 2020 que sumas 180 días y, las accionadas ESP SANITAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIÓN Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., se han negado a cancelarlas, aduciendo la primera que el pago la debe asumir la segunda y viceversa; dichas incapacidades suman \$5.266.812., tal y como se describe a continuación.

Afirma que el pago de las incapacidades médicas antes descritas y concedidas representa su único ingreso económico para solventar sus necesidades y las de su núcleo familiar.

Expone que solicitó a la accionada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIÓN Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., con fundamento en el dictamen 31546 de 18 de febrero de 2020 proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico, que concluyó con una invalidez total, disminución de la capacidad laboral del 74.60, de origen común y fecha de estructuración de la invalidez 06 de mayo de 2020 la pensión de invalidez.

Finaliza indicando que se encuentra en una incertidumbre y dilema generado por las accionadas ESP SANITAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIÓN Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., de un lado no le cancelan las incapacidades médicas, no le prorrogan las incapacidades y por la otra el Fondo de Pensión se tarda de manera injustificada el reconocimiento de la pensión de invalidez a la que tiene derecho por cumplir

los requisitos de ley, violentando su derecho fundamental de tener una pensión de invalidez y al mínimo vital.

IV. La Sentencia Impugnada.

El Juzgado Segundo Civil Municipal de Soledad, al instante de resolver la acción constitucional, argumentó que en el caso bajo estudio, se tiene que el accionante solicitó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIÓN Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., se le reconociera la pensión de invalidez, el 05 de agosto de 2020, lo que indica que cuando presentó la presente acción residual el 08 del presente mes y año, solamente han transcurrido un (1) mes y tres (3) días, de donde deviene que la presente acción la ejerció antes de tiempo, y por su parte la accionada informa que está en la etapa del trámite de la solicitud del bono pensional ante Colpensiones, que es lo que se realiza previo al pronunciamiento de fondo, para determinar si cumple con los requisitos para el reconocimiento o no la petición.

Sostiene que en cuanto al pago de las incapacidades del 15 de marzo al 14 de septiembre de 2020, en el pronunciamiento de fondo del reconocimiento o no a la pensión de invalidez, en el evento de que tenga derecho a ella, le corresponderá a esta accionada reconocer el pago de la misma, y en el supuesto que no le incumba pagarlas debe hacerlo y repetir contra la EPS SANITAS SAS, si a bien lo tiene; por consiguiente, se negará el amparo solicitado, por improcedente.

V. Impugnación.

La parte accionante presentó escrito de impugnación, manifestando su inconformismo con el fallo de 1º instancia, argumentando lo siguiente:

“ ... (...) En cuanto al pago de las incapacidades:

Es evidente como se dijo en el texto de la tutela que al accionante SCHNEIDER PABLO PADILLA JANSEN la entidad EPS SANITAS., por intermedio los Médicos Especialistas de sus IPS, le concedieron incapacidades medicas continuas del 18 de Marzo al 14 de Septiembre de 2020 que suman 180 días y, las accionadas ESP SANITAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIÓN Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., se han negado a cancelarlas, aduciendo la primera que el pago la debe asumir la segunda y viceversa; dichas incapacidades suman \$5.266.812.

Es evidente y no hay que hacer mucho esfuerzo en concluir que el pago de las incapacidades medicas antes descritas y concedidas al accionante SCHNEIDER PABLO PADILLA JANSEN representan su único ingreso económico para solventar sus necesidades y las de su núcleo familiar, tipificándose de manera flagrante la violación de su derecho fundamental a la salud en conexión con la vida, seguridad social integral, mínimo vital y móvil, al disminuido físicamente, al derecho de petición, al debido proceso de parte de las accionadas ESP SANITAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PEN Según el artículo 67 de la ley 1753 de 2015 relacionados a los recursos que administran las entidades de seguridad social, manifiesta en el inciso “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. (Subraya y negrilla, fuera del texto) 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.” Apreciando claramente los anexos de la tutela se puede apreciar en el folio 9 que se han generado de manera continua más de 540 días de incapacidad y la entidad SANITAS según el mencionado artículo debe asumir el pago de las incapacidades. No es excusa señor juez el hecho de que no se está autorizada las incapacidades, ya que como usted puede apreciar fue la IPS que le presta el servicio quien las expidió y es un problema interno que deben resolver la accionada y no dejar la carga a la parte más débil del sistema asegurador.

En cuanto al reconocimiento pensión de invalidez del AFP:

No es cierto que la petición de reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada por el accionante se pidiera el 08 de agosto de 2020, como mal afirma el despacho, cayendo en error inducido por la AFP. Es evidente y solo había que revisar los anexos de la acción de tutela en el folio 11 para apreciar la carta de fecha 18 de junio de 2020, donde expresa claramente “Damos respuesta a la petición presentada por usted el 26 de mayo de 2020, mediante la cual envía el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Atlántico junto con la constancia ejecutoria, con el fin de dar continuidad al trámite de invalidez.” (Negrilla y subraya del suscrito, fuera del texto). Es mayo de 2020 señor juez y no agosto el momento en que empieza a correr los 4 meses, que la mencionada norma expresa.

No es cierto como lo afirma en la contestación de la tutela la AFP y nuevamente induce en error al despacho, al manifestar que la solicitud de pensión de invalidez está a la espera de validar el bono pensional de parte de COLPENSIONES, ya que analizando el artículo 33 de la ley 100 de 1993 en su parte final manifiesta. “Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.”

No es excusa para que la AFP manifestar que el bono pensional está en trámite para entrar a definir de fondo la solicitud de pensión de invalidez.

Por lo tanto según las pruebas aportadas la AFP está en mora de definir la solicitud de la pensión de invalidez del accionante.

Es evidente que este fallo afecta gravemente los derechos fundamentales y debe ser revisado para evitar un daño más grave del que le han ocasionado las accionadas...”.

Manifiesta que el Juez de primera instancia no se pronunció sobre la petición final: “Y adicional a que se le sigan prorrogando las incapacidades, dado que la situación de salud no ha variado. Esta petición está sustentada en que la IPS no seguiría prorrogando las incapacidades al accionante sin ninguna justificación, afectando su derecho a la seguridad social integral; ya que a partir de Octubre de 2020 al no expedir incapacidades no se efectuarían los pagos a la seguridad social del accionante que están a cargo de las accionadas, quedando desprotegido de los servicios de salud y pensión. El señor juez no tuvo en cuenta esta petición y debe ser revisada a fondo por el superior al momento de fallar la impugnación.

Concluye manifestando en el dilema en que quedó el accionante con su fallo, no le prorrogaran las incapacidades, con las consecuencias que ya mencioné, no le pagan las incapacidades y no se agiliza el reconocimiento de la pensión de invalidez. El accionante en este momento tiene una enfermedad catastrófica que le impide trabajar y su único sustento es el pago de las incapacidades otorgadas.

VI. Pruebas relevantes allegadas.

- Copia de los documentos aportados por las partes.

VII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

VII.I Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y en el Decreto 1382 de 2000, este despacho resulta competente para conocer de la impugnación del fallo de la acción de tutela en referencia, por resultar ser el superior funcional de la agencia judicial que la profirió.

VII.II Problema Jurídico.

Corresponde al despacho dentro de la actuación de marras, determinar si resulta procedente el ejercicio de la presente acción de tutela, dados los antecedentes relatados en los hechos, en caso afirmativo:

- Determinar la excepcional procedencia de esta acción, se entraría a analizar si las accionadas está vulnerando el derecho fundamental al MINIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL del tutelante al no reconocerle las incapacidades laborales desde el 18 de marzo al 30 de agosto de 2020, y las posteriores.
- **Procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar pago de incapacidades laborales. Reiteración de jurisprudencia. Sentencia T-200 de 2017.**

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales. No obstante, se afirma que dicha acción tiene un carácter subsidiario, en tanto que, por regla general, solo procede cuando quien considere vulnerados sus derechos no disponga de otro mecanismo judicial para su protección.

De esta manera lo ha entendido la Corte Constitucional, cuando ha sosteniendo que *“[l]a acción de tutela como mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales, en términos del artículo 86 de la Constitución, debe ceder, en su aplicación, si existen medios judiciales ordinarios, a través de los cuales, pueda obtenerse la protección requerida por esta vía excepcional.”*¹ Posición que ha reiterado a lo largo del tiempo.

Sin embargo, el principio de subsidiaridad tiene dos excepciones, a saber: (i) Que a pesar de la existencia de otro mecanismo judicial, este no sea eficaz o idóneo para la protección de los derechos transgredidos; o (ii) que la acción sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.²

¹ Corte Constitucional, sentencia T-384 de 1998.

² Constitución Política, artículo 86, incisos 1 y 3, y Decreto 2591 de 1991, artículo 6.

La Corte Constitucional afirmó, en sentencia T-144 de 2016, que la acción de tutela es procedente para la reclamación de acreencias laborales cuando: “ i) *no existe otro medio de defensa judicial, o de existir, éste no es apto para salvaguardar los derechos fundamentales en juego; o ii) cuando se pruebe la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, con las características de grave, inminente y cierto, que exija la adopción de medidas urgentes y necesarias para la protección de derechos fundamentales.*”

Así las cosas, en principio, la tutela no sería el mecanismo adecuado para solicitar el pago de prestaciones laborales como el auxilio económico y el subsidio de incapacidad, en tanto la jurisdicción laboral tiene competencia para dirimir “*las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos.*” (Artículo 622 de la Ley 1564 de 2012)

Sin embargo, la evaluación del requisito de subsidiariedad, en los términos en los que lo hemos desarrollado, depende de la idoneidad de los mecanismos ordinarios, en relación con las *condiciones objetivas* de quien interpone la acción. Estas condiciones ya han sido tratadas por la jurisprudencia constitucional; en su momento, la sentencia T-093 de 2011,³ al retomar otros precedentes relacionados,⁴ señaló que “(...) *[el] conjunto de condiciones objetivas en las cuales se encuentra el accionante, por ejemplo, su edad avanzada, su estado de salud [y/o] su precaria situación económica (...)*”, puede ponerlo en circunstancias de debilidad manifiesta que, como se ha dicho, deben impactar la decisión sobre la procedencia de la acción de tutela.

Tal impacto no recae exclusivamente sobre la decisión de procedencia, sino también sobre el sentido de las decisiones que adopte el juez de tutela. En efecto, si se trata de la falta de idoneidad de un mecanismo alterno como la jurisdicción ordinaria, el juez de tutela entra a sustituir al juez ordinario y toma una decisión definitiva sobre el caso. Por el contrario, si del examen de procedencia se concluye que de lo que se trata es de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el juez de tutela tomará medidas transitorias de protección, mientras el accionante activa la competencia del juez ordinario y este último resuelve de manera definitiva. Esto significa que caso a caso la procedencia puede variar, independientemente de que la causa pueda ser atendida a través de vías ordinarias.

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha insistido en el carácter excepcional de la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de derechos de carácter económico derivados de relaciones laborales. Tal premisa, conduce a la necesidad de evaluar los casos concretos bajo la perspectiva de las condiciones objetivas de quien interpone la acción, así como la naturaleza y relevancia que cobra la incapacidad en la garantía de derechos fundamentales, al ser un sustituto del salario devengado por quien ha sufrido menoscabo temporal o permanente de su capacidad laboral.

- **Régimen de incapacidades laborales: clasificación y obligación de pago. Reiteración de jurisprudencia.**

³ Reiterado, entre otras, por las sentencias T-333 de 2013, T-721 de 2012 y T 144 de 2016.

⁴ Corte Constitucional, sentencias T-1206 de 2005, T-614 de 2007 y T-124 de 2007.

El pago de las incapacidades laborales se deriva de un **certificado de incapacidad** que “(...) resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador (...)”.⁵ Dichas incapacidades pueden ser de diferentes tipos. En sentencia T-920 de 2009,⁶ esta Corporación señaló la siguiente clasificación: (i) **temporal**, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) **permanente parcial**, cuando se presenta una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) **permanente (o invalidez)**, cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%.

5.1 Origen de las incapacidades laborales y entidades obligadas a cancelarlas

La falta de capacidad laboral, temporal o permanente, puede ser de origen laboral o común. A continuación se esbozarán las principales características respecto a los obligados a cancelarlas, de cara a la posterior resolución del caso concreto.

5.1.1 Incapacidades por enfermedad de origen laboral

De acuerdo con el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013,⁷ las Administradoras de Riesgos Laborales serán las encargadas de asumir el pago de las incapacidades laborales con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

Este pago se surtirá, por parte de las ARL, “(...) hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez.”⁸

5.1.2 Incapacidades por enfermedad de origen común

De acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia, dependiendo del tiempo de duración de la incapacidad, la remuneración recibida durante ese lapso podrá ser denominada **auxilio económico**⁹ si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, o **subsidio de incapacidad**¹⁰ si se trata del día 181 en adelante. La obligación del pago de incapacidades está distribuida de la siguiente manera:

- i. Entre el día 1 y 2 está a cargo del empleador según lo establecido en el artículo 1 del

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-144 de 2016.

⁶ Esta clasificación ha sido retomada por la sentencia T-468 de 2010.

⁷ Modifica el parágrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-490 de 2015

⁹ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227.

¹⁰ Decreto 2463 de 2001, artículo 23.

Decreto 2943 de 2013.¹¹

ii. Entre el día 3 y 180 a cargo de la EPS según el mismo decreto.

iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52¹² de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.¹³

Ahora bien, hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional venía reconociendo y advirtiendo la existencia de un déficit de protección de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días. En su momento, la sentencia T-468 de 2010¹⁴ de esta Corporación señaló:

“(...) aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son generosas, esta Sala repara en el hecho de que no existe legislación que proteja al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días. Son muchos los casos en que las dolencias o las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común que obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y por tanto, tampoco nace el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir.”

Y agregó:

“En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación legal en la materia, ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad, situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de Protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo.”

En consecuencia, el Gobierno Nacional, a través de la Ley 1753 de 2015, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo comprendido entre 2014 y 2018, dio una solución a este déficit de protección, al otorgar la responsabilidad del pago de

¹¹ El Decreto 2943 de 2013 modifica el párrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 que establecía que la obligación del empleador era pagar los primeros 3 días de incapacidades originadas por enfermedad general.

¹² Este artículo modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

¹³ Este concepto debe emitirse antes del vencimiento de los primeros 150 días de incapacidad. Si la EPS no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.

¹⁴ Las sentencias T-684 de 2010 y T-876 de 2013 retomaron la idea de la existencia de un déficit de protección para incapacidades superiores a 540 días.

incapacidades superiores a 540 días a las EPS. Según el artículo 67 de la mencionada ley, los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas “[al] reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.”¹⁵

La Corte Constitucional ya ha ordenado la aplicación de esta disposición por vía de tutela en la sentencia T-144 del 2016. En su momento, esta Corporación conoció el caso de la ciudadana Maritza Cartagena, quien en el mes de octubre de 2011 sufrió un accidente en motocicleta al chocar con un vehículo de transporte escolar. En el incidente sufrió varias fracturas que le provocaron incapacidades de más de 540 días. Recibió calificación del Fondo de Pensiones y de la Junta Regional de Calificación de Invalidez que no superaba el 50% de pérdida de capacidad laboral, pero apeló este último dictamen por considerar que no respondía a su estado real de salud física y mental.

Para la Corte, la entrada en vigencia de esta norma, cambia el panorama del pago de incapacidades después de 540 días que se venía planteando en la jurisprudencia de años atrás, pues se le atribuyó la obligación del pago a las EPS como parte del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Con estos antecedentes legales y jurisprudenciales, no cabe duda alguna de que la regla actual de incapacidades que superan 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, es que deben asumirlas las EPS.

Pero además, la sentencia en cuestión establece tres reglas para el análisis de este tipo de casos, la primera, es que reitera la necesidad de garantizar protección reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral, tienen incapacidades prolongadas, pero no son considerados inválidos; la segunda, es que la obligación impuesta por el Plan Nacional de Desarrollo, respecto al pago de tales incapacidades es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades; y la tercera, es que podrá concederse una aplicación retroactiva en virtud del principio de igualdad.

Frente a la primera regla, la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos:

*“Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente, se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.”*¹⁶

Refiriéndose a la segunda regla, esta Corporación señala que el déficit de protección para trabajadores que superan 540 días de incapacidad se entiende superado por la Ley 1753 de 2015 y que a partir de su entrada en vigencia, tanto “(...) el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar (...)” No

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

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-144 de 2016.

obstante, es preciso tener en cuenta que el Plan Nacional de Desarrollo, es por naturaleza una norma cambiante y en consecuencia el déficit de protección podría volver a presentarse.

Respecto a la tercera regla, la Corte explica que existe la posibilidad de dar aplicación retroactiva al artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, pues ésta no establece un régimen de transición para los casos ocurridos antes de la promulgación de la ley, generando un trato desigual. En palabras textuales esta Corporación señaló: “(...) [la] situación de desigualdad tiene un fundamento legal que es entendible desde el punto de vista de las reglas de vigencia y aplicación de las leyes. Sin embargo, genera una tensión constitucional que no puede ser omitida por la Corte, pues a la luz del principio de igualdad material, no hay razón para diferenciar y beneficiar sólo a un grupo de personas, en virtud de una consideración temporal, a sabiendas de que la situación se evidenciaba con anterioridad. Es decir, no hay una justificación constitucionalmente válida para fijar tal diferencia en la posibilidad de protección legal.”

Sobre la base de lo previsto en la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS ¹⁷	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con este tema ha establecido que el origen de la incapacidad determina la hoja de ruta para establecer con claridad cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene la obligación de pagar las incapacidades, en concordancia con las diferentes reglas temporales que operan en los casos de enfermedades de origen común.

Ahora bien, aun cuando el desarrollo normativo y jurisprudencial previo al año 2015, daba cuenta de la existencia de un déficit de protección para incapacidades que superaran los 540 días consecutivos, esta Sala encuentra que tal circunstancia ha sido satisfecha por el artículo 67 de la Ley 1573 de 2015, al menos mientras se encuentre vigente el Plan Nacional de Desarrollo.

¹⁷ La EPS podrá perseguir el pago de dichas incapacidades ante la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

VII. Del Caso Concreto.

De acuerdo con el memorial que impulsó la instauración de la acción de tutela y los documentos obrantes en la actuación, el señor SCHNEIDER PABLO PADILLA JASEN solicita la protección de sus derechos fundamentales a la SALUD, al MINIMO VITAL, DIGNIDAD HUMANA y DEBIDO PROCESO, que afirma están siendo conculcados por las accionadas, debido a la negativa por parte de esta entidad a reconocerle y pagarle las incapacidades generadas por enfermedad común.

El a-quo consideró que el accionante solicitó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIÓN Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., se le reconociera la pensión de invalidez, el 05 de agosto de 2020, lo que indica que cuando presentó la presente acción residual el 08 del presente mes y año, solamente han transcurrido un (1) mes y tres (3) días, de donde deviene que la presente acción la ejerció antes de tiempo, la accionada informa que está en la etapa del trámite de la solicitud del bono pensional ante Colpensiones, que es lo que se realiza previo al pronunciamiento de fondo, para determinar si cumple con los requisitos para el reconocimiento o no la petición.

Sostiene que en cuanto al pago de las incapacidades del 15 de marzo al 14 de septiembre de 2020, en el pronunciamiento de fondo del reconocimiento o no a la pensión de invalidez, en el evento de que tenga derecho a ella, le corresponderá a esta accionada reconocer el pago de la misma, y en el supuesto que no le incumba pagarlas debe hacerlo y repetir contra la EPS SANITAS SAS, si a bien lo tiene; por consiguiente, se negará el amparo solicitado, por improcedente.

Por su parte el accionante presentó impugnación manifestando que no hay que hacer mucho esfuerzo en concluir que el pago de las incapacidades medicas concedidas al accionante SCHNEIDER PABLO PADILLA JANSEN representan su único ingreso económico para solventar sus necesidades y las de su núcleo familiar, tipificándose de manera flagrante la violación de su derecho fundamental a la salud en conexión con la vida, seguridad social integral, mínimo vital y móvil, al disminuido físicamente, al derecho de petición, al debido proceso de parte de las accionadas ESP SANITAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIÓN Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En el caso que nos ocupa de acuerdo con lo informado por actor, se encuentra inhabilitado para laborar, y que le han generado incapacidades médicas desde octubre de 2018 al 14 de septiembre de 2020, un poco más de 650 días de incapacidad.

Así mismo informó que el pago de las incapacidades concedidas a partir del día 3 al 181 días las asumió la ESP SANITAS y las incapacites médicas concedidas a partir del día 182 y hasta el día 540 la ha asumido la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIÓN Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., al cual se encuentra afiliado y con base en un IBL de un salario mínimo legal mensual.

En primer lugar, en lo concerniente al punto de la procedencia de la acción de tutela, es de resaltar que, de acuerdo con la jurisprudencia citada en la parte considerativa de esta sentencia, en el caso concreto se presume la vulneración del derecho al mínimo vital, lo que permite la procedencia del amparo, y además la acción de tutela fue interpuesta el en

el año 2020, es decir, se cumple en el caso con el requisito de inmediatez teniendo en cuenta la fecha de las incapacidades que se reclaman en la medida que se han extendido a lo largo del tiempo, permaneciendo los efectos de la vulneración toda vez que para el año 2020 aún subsisten incapacidades no pagadas, y conforme a la jurisprudencia enunciada, con la finalidad de dar aplicación a la excepción al principio de subsidiaridad.

Lo anterior, sin perjuicio de que la jurisprudencia de la Corte ha considerado que “(...) *dada su naturaleza cautelar, la acción de amparo debe ser interpuesta en un plazo razonable dentro del cual se presume la afectación del derecho fundamental de manera palpable e inminente*”. En ese sentido se pronunció la Corte en el marco del mencionado análisis de constitucionalidad del artículo 11 del Decreto 2591 de 1991:

*“La Corte ha señalado que dos de las características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano son la **subsidiariedad** y la **inmediatez**: (...) la segunda, puesto que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza.^[13] Luego no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales.*

*En otros términos, la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones **de hecho** creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, (...) el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental”.^[14](Negrilla en el texto original).*

Sobre la responsabilidad del pago, la Corte Constitucional ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 540 días, corren a cargo de la ESP a la que está afiliado el trabajador. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, claramente, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación superados 180 días de incapacidad debe ser efectuada y promovida por las AFP, hasta agotar las instancias del caso.

En el caso que nos ocupa de conformidad con lo dispuesto por el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, SANITAS EPS deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores al día 540, siempre y cuando se le emita concepto favorable de rehabilitación, no se le haya calificado la pérdida de la capacidad laboral o si su calificación de pérdida de capacidad laboral resulte inferior al 50%, y le sigan siendo expedidas incapacidades más allá de los 540 días.

Ahora bien, de lo expuesto por el accionante se tiene que ya se encuentra calificado con porcentaje superior al 50%, al igual que radicó la solicitud de pensión por invalidez, sin que

Rad. 2.020-00302-01.

hasta la fecha se encuentre demostrado su reconocimiento, y atendiendo las distintas patologías del accionante denominada catastróficas y de alto costo, lo convierte en un sujeto de especial protección constitucional, por lo tanto le asiste razón al reconocimiento y pago de las incapacidades reclamadas, hasta el reconocimiento de la pensión de invalidez.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo anterior el despacho procederá a revocar la sentencia de 1 instancia, y en su lugar se ordenará a la E.P.S SANITAS el pago de las incapacidades expedidas con posterioridad a los 540 días.

Atendiendo a las motivaciones precedentes, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Soledad administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha veintidós (22) de septiembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Soledad - Atlántico, por las razones consignadas en la parte motiva de este proveído, y en su lugar:

TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida digna, del accionante señor SCHNEIDER PABLO PADILLA JANSEN, consecuencia, se ordena a la accionada, SANITAS E.P.S. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación del presente proveído, si aún no lo ha hecho, pague al actor el valor de las incapacidades desde del 15 de marzo al 14 de septiembre de 2020, y posteriores hasta el reconocimiento de la pensión de invalidez, de conformidad con lo expresado en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese esta sentencia a las partes intervinientes, al Juez de Primera Instancia y al Defensor del Pueblo, en la forma más expedita posible.

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

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

GERMAN RODRIGUEZ PACHECO

Juez

Firmado Por:

GERMAN EMILIO RODRIGUEZ PACHECO

JUEZ

**JUEZ - JUZGADO 001 DE CIRCUITO CIVIL DE LA CIUDAD DE SOLEDAD-
ATLANTICO**

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

Código de verificación:

f97fe83ae7f805df17f7c833eb3e0e7e17da76c7d401c4d9cc78dc10e89b58f0

Documento generado en 13/11/2020 03:11:38 p.m.

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