



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

Soledad, nueve (09) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia de 2° Instancia

Referencia Clase de acción: TUTELA

Demandante: ALIRIO URRUTIA GUTIERREZ.

Demandado: MUNICIPIO DE MALAMBO Y OTROS.

Radicado: No. 2021-00187-01

Procede a pronunciarse el despacho sobre la impugnación instaurada por la parte accionante, contra la sentencia de fecha veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021), por medio de la cual el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Malambo-Atlántico, declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor ALIRIO URRUTIA GUTIERREZ.

## **I. ANTECEDENTES**

El señor ALIRIO URRUTIA GUTIERREZ actuando a través de apoderado, presentó acción de tutela contra el MUNICIPIO DE MALAMBO – ATLANTICO, - E.P.S ASOCIACION MUTUAL SER E.S.S. – COLPENSIONES y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, a fin de que le amparen sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social, a la dignidad humana y la igualdad.

### **I.I. Pretensiones**

*“... (...) se ordene a dichas entidades al reconocimiento y pago de todo el periodo durante el cual mi poderdante ha estado incapacitado y no le han expedido las incapacidades respectivas, o sea, desde el día 01 de julio de 2020, fecha en la cual la ALCALDIA DE MALAMBO le suspendió pago de su salario; de igual manera solicito se emita concepto de rehabilitación favorable o no, lo envíe ante COLPENSIONES, e inicie el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral de mi poderdante, por tratarse de un paciente con 536 días de incapacidad.*

*Se les ordene a las demandadas y/o a quien corresponda, el pago de los 250 días de incapacidad que se le adeudan contados desde el día 01 de junio de 2020 hasta la fecha y todas aquellas incapacidades que puedan llegarse a ocasionar, en razón de su estado de salud, y con posterioridad al fallo ...”.*

Lo anterior lo fundamenta en los siguientes:

### **II. Hechos**

T-2021-00187-01

Narra que se encuentra afiliado en salud a la E.P.S ASOCIACION MUTUAL SER E.S.S, en calidad de funcionario público, Agente de Tránsito, por laborar con la ALCALDIA DE MALAMBO - ATLANTICO.

Que se encuentra cotizando aportes a pensión en COLPENSIONES.

Manifiesta que en cumplimiento de sus funciones y actividades como agente de tránsito, las cuales siempre ha realizado en motocicleta y expuesto a altas temperaturas, se ha visto afectado por la patología de HIPERPLASIA PROSTATICA, que lo tiene con una sonda vesical permanente, la cual es cambiada cada quince (15) días en el Hospital de Malambo, patología que no le permitió laborar en todo el año 2020.

Expresa que la E.P.S ASOCIACION MUTUAL SER E.S.S, desde el día 03 de junio de 2020 se rehúsa a entregarle incapacidades, a pesar que en diversas oportunidades viene solicitándolas, contrariando el diagnóstico entregado el día 10 de diciembre de 2020 por la Dra. YOHELA REALES, médico de la IPS INTEGRAL DE COLOMBIA.

Informa que la E.P.S ASOCIACION MUTUAL SER E.S.S., hasta la presente no lo ha enviado para valoración por medicina laboral, a pesar que la Dra. YOHELA REALES, así lo definió el día 10 de diciembre de 2020.

Comunica que hasta la presente acumula 100 días de incapacidad del año 2019, 365 días de incapacidad del año 2020 y 71 días de incapacidad del año 2021, para un total de 536 días incapacitado.

Anuncia que la ALCALDIA DE MALAMBO - ATLANTICO, desde el mes de julio de 2020 le suspendió el pago de su salario, quedando en estado de indefensión, de debilidad manifiesta, sin ningún ingreso que le permita sufragar sus gastos básicos, decisión que viola su mínimo vital.

Advierte que la ALCALDIA DE MALAMBO – ATLANTICO, como empleador, ha hecho caso omiso frente a la problemática que hoy padece, por cuanto no ha llevado a cabo las gestiones que le corresponden como empleador para que le sean entregadas y pagadas las incapacidades, dejándolo en total abandono, siendo un señor mayor de SETENTA (70) AÑOS DE EDAD, que hasta la fecha no ha sido valorada su pérdida de capacidad laboral, ni cuenta con pensión alguna.

Expone que la E.P.S ASOCIACION MUTUAL SER E.S.S, antes de que cumpliera los 120 días de incapacidad, incumplió el deber legal de emitir el concepto de rehabilitación, favorable o no, y enviarlo antes del día 150 a la administradora del fondo de pensiones (COLPENSIONES), a fin de iniciar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 142 del Decreto Ley 019 del 2012, por el cual se modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

#### **IV. La Sentencia Impugnada**

T-2021-00187-01

El Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Malambo - Atlántico, mediante providencia del 26 de marzo de 2021, declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor ALIRIO URRUTIA GUTIERREZ.

Considera el a-quo que la EPS a la cual se encuentra afiliado el accionante no allegó contestación alguna frente a la presente acción a pesar de haber sido notificada, sin embargo, de las pruebas allegadas al expediente con la contestación de la ALCALDIA MUNICIPAL DE MALAMBO, observó que desde el 11 de mayo de 2020 la EPS MEDIMAS notificó tanto al empleador como al accionante del concepto de rehabilitación favorable y señaló expresamente que debería iniciar el trámite del reconocimiento y pago de prestaciones económicas y evaluación de la pérdida de capacidad correspondiente ante la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES.

No obstante, lo anterior, atendiendo a lo señalado en la contestación remitida por COLPENSIONES, el accionante no ha radicado a la fecha la documentación necesaria ante dicha administradora para el pago de las incapacidades y la calificación requerida, lo cual tampoco prueba en su escrito de tutela.

Conforme lo anterior, declaró la improcedencia del presente mecanismo comoquiera que no encontró satisfechos los requisitos de procedibilidad contentivos en los artículos 5º y 6º del Decreto 2591 de 1991.

#### **V. Impugnación**

La parte accionante, presentó escrito de impugnación manifestando su inconformismo con el fallo de 1º instancia, argumentando que el despacho dio por probado, sin estarlo, la notificación a COLPENSIONES y al accionante, respecto del oficio fechado 11 de mayo de 2020, referente al concepto de rehabilitación allegado al trámite tutelar por la ALCALDIA DE MALAMBO y sobre el cual no existe constancia que pruebe haber sido recibido tanto por COLPENSIONES como por el accionante. Así mismo indica que el despacho en el mismo fallo señaló que COLPENSIONES en su respuesta manifestó no tener conocimiento al respecto, lo que indica que dicha entidad no fue notificada.

Señala que el despacho consideró equivocadamente que es el accionante quien debe radicar la documentación ante COLPENSIONES, para que pueda proceder el pago de las incapacidades, desconociendo no solo lo establecido en la norma antes señalada, sino también, que está frente a una persona enferma, de la tercera edad, con sondas permanentes, al cual le suspendieron el salario, a pesar que la EPS con los médicos de las IPS que lo atienden le vienen negando la expedición de sus incapacidades desde el día 03 de junio de 2020, sin ninguna justificación legal, situación que viola no solo sus derechos a la seguridad social por no entregársele las incapacidades respectivas, sino también su mínimo vital por cuanto no recibe salario, ni auxilio por incapacidades, quedando en situación de debilidad manifiesta y sin ingreso alguno que le permita sufragar los gastos de alimentación, transporte, que son necesarios para poder vivir en condiciones dignas.

#### **VI. Pruebas relevantes allegadas**

T-2021-00187-01

- Expediente de tutela de primera instancia y anexos.
- Escrito de Impugnación.
- Historia clínica.

## **VII. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

### **VI.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. 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 están vulnerando el derecho fundamental al MINIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL y DIGNIDAD HUMANA del tutelante al no reconocerle las incapacidades laborales.
  - **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.”*<sup>1</sup> 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

<sup>1</sup> Corte Constitucional, sentencia T-384 de 1998.

T-2021-00187-01

transitorio para evitar un perjuicio irremediable.<sup>2</sup>

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,<sup>3</sup> al retomar otros precedentes relacionados,<sup>4</sup> 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.

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

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

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencias T-1206 de 2005, T-614 de 2007 y T-124 de 2007.

T-2021-00187-01

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

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 (...)”.<sup>5</sup> Dichas incapacidades pueden ser de diferentes tipos. En sentencia T-920 de 2009,<sup>6</sup> 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 un 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,<sup>7</sup> 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.”<sup>8</sup>

#### 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**<sup>9</sup> si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, o **subsidio de incapacidad**<sup>10</sup> si se trata del día 181 en adelante. La obligación del pago de incapacidades está distribuida de la siguiente manera:

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

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia T-144 de 2016.

<sup>6</sup> Esta clasificación ha sido retomada por la sentencia T-468 de 2010.

<sup>7</sup> Modifica el parágrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

<sup>8</sup> Corte Constitucional, sentencia T-490 de 2015

<sup>9</sup> Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227.

<sup>10</sup> Decreto 2463 de 2001, artículo 23.

T-2021-00187-01

del Decreto 2943 de 2013.<sup>11</sup>

- ii. Entre el día 3 y 180 a cargo de la EPS según el mismo decreto.
- iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52<sup>12</sup> de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.<sup>13</sup>

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 2010<sup>14</sup> 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

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Este artículo modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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.

T-2021-00187-01

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.”<sup>15</sup>

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

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

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

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

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

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

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

<sup>15</sup> Literal a del artículo 67 de la Ley 1753 del 2015.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencia T-144 de 2016.

T-2021-00187-01

entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar (...).” No obstante, es preciso tener en cuenta que el Plan Nacional de Desarrollo, es por naturaleza una norma cambiante y en consecuencia el déficit de protección podría volver a presentarse.

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

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

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 <sup>17</sup>	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.

<sup>17</sup> 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.

### VIII. 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 ALIRIO URRUTIA GUTIERREZ solicita la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social, a la dignidad humana y la igualdad, que afirma están siendo conculcados por las entidades ALCALDIA DE MALAMBO–ATLANTICO, E.P.S ASOCIACION MUTUAL SER E.S.P. – COLPENSIONES y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, debido a la negativa por parte de estas entidades a generarle, reconocerle y pagarle incapacidades laborales.

El Juez de primera instancia negó por improcedente la protección constitucional deprecada, decisión que fue objeto de impugnación por la parte accionante, conforme a los argumentos arriba expuestos.

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 en el mes de febrero de 2021, 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 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.<sup>[13]</sup> 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*

T-2021-00187-01

*no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental”.*<sup>141</sup>(Negrilla en el texto original).

Sobre la responsabilidad del pago de incapacidades médicas, la Corte Constitucional ha sido enfática en concluir que el origen de la incapacidad constituye un parámetro determinante para establecer 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 a su cargo la obligación de pagar las incapacidades, atendiendo a los diferentes parámetros de temporalidad que operan en los casos de enfermedades de origen común.

En el caso que nos ocupa la EPS a la cual se encuentra afiliado el actor: ASOCIACION MUTUAL SER E.S.P., y conforme a la normatividad vigente relacionada con el asunto a decidir, es esta entidad quien tiene el deber legal de reconocer y pagar las incapacidades causadas a favor del accionante, causadas hasta los 180 días continuos, y que no han sido canceladas.

Sobre el papel del concepto favorable de rehabilitación, conviene destacar que conforme el Decreto-Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal, y luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150, a la AFP que corresponda a la normatividad anteriormente mencionada, se tiene que el pago de incapacidades después desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, 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.

En los eventos en que ello no sea así, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. Asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Ello en virtud de lo preceptuado en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 según el cual:

**“Artículo 142:** *“(…) Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto. (…)*”.

Ahora bien, en relación a las alegaciones del accionante impugnante, asegura que hasta la presente acumula 100 días de incapacidad del año 2019, 365 días de incapacidad del año 2020 y 71 días de incapacidad del año 2021, para un total de 536 días incapacitado.

No obstante, encuentra este despacho que con la documental aportada, se encuentran

T-2021-00187-01

acreditadas incapacidades no continuas expedidas entre enero del 2019 hasta mayo de 2020, por parte de la anterior EPS, esto es MEDIMAS, quien fue vinculada a la actuación y no contestó.

Ahora bien, la parte accionante a través de su apoderado afirman que la E.P.S ASOCIACION MUTUAL SER E.S.S, desde el día 03 de junio de 2020 se rehúsa a entregar incapacidades, y que hasta la presente no lo han enviado para valoración por medicina laboral, entidad prestadora de salud que tampoco contestó, por lo que se logra entender que las anteriores incapacidades le fueron reconocidas y pagadas, encontrándose pendientes las posteriores a esa fecha.

Así mismo asegura que la ALCALDIA DE MALAMBO - ATLANTICO, desde el mes de julio de 2020 le suspendió el pago de su salario, lo cual se encuentra probado igualmente con la respuesta allegada con la tutela de fecha 13 de agosto de 2020 por parte del Jefe de Talento Humano de la accionada, donde le expone que no realizarán mas pagos por sobrepasar los 180 días de incapacidad, lo que reafirma que las incapacidades anteriores a los 180 días les fueron pagadas, así como la vinculación con la entidad territorial, que no fue desconocido ni desvirtuado.

Dichas así las cosas, este despacho judicial ante la circunstancias expuestas por el accionante, amén de que se trata de un sujeto de especial protección por su edad y patología, no puede desprotegerse en su mínimo vital, pues tenemos unos hechos de tutelas se reitera no fueron desvirtuados, aunado de pruebas documentales que soportan su dicho.

En conclusión, y para la protección de sus derechos fundamentales, se ordenará a la EPS ASOCIACION MUTUAL SER E.S.S, verificar y expedir las incapacidades que correspondan desde el día 03 de junio de 2020, y comunicarlas al accionante. Así mismo ordenar reconocer y cancelar las incapacidades que se hayan generado desde el día 181 hasta que se le concrete la calificación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, hasta el día quinientos cuarenta (540), las cuales, estarán a cargo de la AFP, y conforme con lo dispuesto por el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, la ASOCIACION MUTUAL SER E.S.S, 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.

Teniendo en cuenta lo anterior el despacho revocará la decisión de 1° instancia, y en su lugar se tutelarán los derechos fundamentales invocados.

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**

T-2021-00187-01

**PRIMERO:** REVOCAR la sentencia de tutela de fecha veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021), proferido por el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Malambo-Atlántico, y en su lugar:

*TUTELAR los derechos fundamentales alegados por el señor ALIRIO URRUTIA GUTIERREZ contra el MUNICIPIO DE MALAMBO – ATLANTICO, - E.P.S ASOCIACION MUTUAL SER E.S.S. – COLPENSIONES y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS.*

*ORDENAR a la EPS ASOCIACION MUTUAL SER E.S.S, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo proceda a verificar y expedir las incapacidades que correspondan desde el día 03 de junio de 2020, y comunicar las mismas al accionante, empleador y fondo de pensiones, así como proceda con la remisión pendiente a medico laboral.*

*ORDENAR a la AFP COLPENSIONES, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo proceda a RECONOCER y PAGAR las incapacidades que se hayan generado al accionante ALIRIO URRUTIA GUTIERREZ a partir del día 181 hasta que se le concrete la calificación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, y hasta el día quinientos cuarenta (540), y conforme con lo dispuesto por el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, la ASOCIACION MUTUAL SER E.S.S, 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 perdida 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.*

**SEGUNDO:** Notificar ésta providencia a las partes, así como al Defensor del Pueblo, por el medio más expedito y eficaz.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**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:

**bf41983c3807df9b70d2562542ddcfb4ac7d15f0ae7e3193ac271c651648f520**

Documento generado en 10/06/2021 08:00:31 PM

T-2021-00187-01

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