



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

Soledad, catorce (14) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia de 2° Instancia

Referencia Clase de acción: TUTELA

Demandante: JOSÉ GABRIEL CHARRIS ÁLVAREZ.

Demandado: PROTECCIÓN S.A. Y SANITAS EPS.

Radicado: No. 2021-00374-01

Procede a pronunciarse el despacho sobre la impugnación instaurada por la parte accionante, contra la sentencia de fecha veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno (2021), por medio de la cual el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple Circuito Judicial de Soledad- Atlántico, negó por improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor JOSÉ GABRIEL CHARRIS ÁLVAREZ.

### **I. ANTECEDENTES**

El señor JOSÉ GABRIEL CHARRIS ÁLVAREZ actuando a través de apoderada, presentó acción de tutela en contra de PROTECCIÓN S.A. Y SANITAS EPS, a fin de que le amparen sus derechos fundamentales a la Salud, Petición, Vida, Dignidad y al Mínimo Vital, elevando las siguientes:

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

*“... Su Señoría, por las razones esbozadas precedentemente, con todo respeto, solicito el amparo de los derechos fundamentales, expresados en el encabezado del presente escrito, ordenando a las Accionadas:*

*PROTECCIÓN S.A., que realice de forma inmediata la evaluación y calificación de pérdida de capacidad laboral, a través del Dictamen correspondiente.*

*Igualmente, ordenar a la EPS SANITAS., emitir las incapacidades correspondientes a los espacios de tiempo en que, por razón de la enfermedad, física y materialmente, se ha y se encuentra impedido para laboral, y que el médico tratante, neurólogo las reconoció incompletas.*

*Ordenar a SANITAS EPS., que, cancele al trabajador incapacitado, señor JOSÉ GABRIEL CHARRIS ÁLVAREZ, todas las incapacidades generadas desde el día en que fue trasladado de MEDIMAS y hasta la fecha en que por Ley le corresponda. Es decir, el día 180.*

*Su Señoría, también solicito, ordenar a la EPS SANITAS, notificar al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A., las incapacidades generadas a partir del día 181 y hasta la fecha en que efectivamente sea calificado y como consecuencia de la debida calificación, sean ordenados, el reconocimiento de los derechos pensionales por invalidez, a favor del Accionante.*

*Que, se ordene a PROTECCIÓN S.A., el pago inmediato de dichas incapacidades. ...”.*

T-2021-00374-01

Lo anterior lo fundamenta en los siguientes:

## **II. Hechos**

Son narrados por el accionante de la siguiente manera:

“

1. *Que, mi hermano JOSÉ GABRIEL CHARRIS ÁLVAREZ, padece desde hace más de cinco años la enfermedad de Parkinson.*
2. *Que, en diciembre del 2019, presente solicitud por escrito ante PROTECCIÓN S.A., para la calificación de pérdida de capacidad laboral, pues el médico tratante en ese entonces, expidió concepto no favorable de recuperación*
3. *Que, en marzo primero (01) del 2020, confirmando el concepto ya emitido en el 2019, La extinta EPS MEDIMAS, notifico y requirió al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN, para que diera cumplimiento al deber legal (que también debió cumplir esa Entidad Promotora de Salud) de realizar el reconocimiento y pago de las incapacidades y dar cumplimiento a la evaluación de pérdida de capacidad laboral.*
4. *Que, a pesar de haber aportado todas las historias clínicas, que contenían pruebas escritas y digitales, después de casi un año, el Fondo de Pensiones, solicitó actualización de las mismas en marzo del presente 2021.*
5. *Que, diligentemente, nuevamente, en abril del 2021, se procedió a aportar todas las historias clínicas, de las sucesivas consultas y demás procedimientos realizados en el presente año.*
6. *Que, han pasado más de cuatro (04) meses, y durante todo este tiempo, tanto la esposa de mi Hermano, señora OSIRIS MENDEZ, como esta servidora, hemos asistido a la oficina de atención al usuario en la sede Barranquilla, solicitando dar cumplimiento a la calificación.*
7. *Que, la omisión, por parte del FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN y la EPS SANITAS, tienen padeciendo a mi Hermano tanto física, mental, fisiológica y económicamente, dado, que la EPS solamente de emite incapacidades cada tres meses que el neurólogo lo atiende, pero contradictoriamente solo por treinta (30) días, vulnerando su derecho al mínimo Vital.*
8. *Que, como si el anterior trato fuera poco, como consecuencia de la omisión del Sistema de Seguridad Social en Pensión y Salud, se encuentra endeudado, pues, la EPS, no le esta cancelando las incapacidades porque alega que ya supero el día 540 y el Fondo de Pensiones tampoco, alegando que primero debe ser calificado...sometiendo al Accionante a una situación deplorable, ya que esta clase de patología degenerativa, cada día que pasa, deterioran más el estado físico del paciente, sumado al trato indigno por parte de las Accionadas, resultan causal de otras patologías, como la afectación al Sistema Inmunológico, etc.*
9. *Que, el pasado viernes nueve (09) del 2021, al acercarme a las oficinas presenciales de la ciudad de Barranquilla, solicitando información del trámite, la persona uniformada con un chaleco que la identificaba como asesora de Protección S.A., al atenderme respondió que no había turnos y que llamara al 3197999., pero durante casi una hora tuve que escuchar*

T-2021-00374-01

*una y otra grabación sobre los productos que ofrece...razones estas y precedentes, por las que hoy, nos vemos avocados a buscar el Amparo de los derechos vulnerados...”.*

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

El Juzgado Segundo De Pequeñas Causas y Competencia Múltiple Circuito Judicial de Soledad- Atlántico, mediante providencia del 28 de julio de 2021, negó por improcedente la acción de tutela interpuesta por el señor JOSÉ GABRIEL CHARRIS ÁLVAREZ.

Considera el a-quo al hacer un análisis sobre la idoneidad de la acción de tutela como mecanismo de defensa judicial al alcance del afectado, señala como primera medida, que la ley 1122 del 2007, en su artículo 41, literal G, contempla un mecanismo idóneo para lograr proteger los derechos fundamentales que eventualmente podrían estar en juego. Para ello, advierte que el paso a seguir por parte del accionante, es agotar todos los medios administrativos con que cuenta el accionante, previo al ejercicio de la acción de tutela.

Concluye que la presente no satisface el requisito de subsidiariedad, por lo que se abstuvo de hacer el estudio de fondo y declaró improcedente la presente acción de tutela, debiendo acudir el accionante ante la autoridad administrativa correspondiente, en aras de agotar todos los mecanismos de defensa de que dispone, donde se puedan agotar todas las instancias y controvertir las pruebas, para que se tome una decisión de fondo y definitiva.

#### **V. Impugnación**

La parte accionante, presentó escrito de impugnación sin manifestar los motivos de su inconformidad.

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

- Historia Clínica.
- Concepto desfavorable de recuperación.
- Historias Clínicas-Atención Virtual
- Incapacidades
- Notificación de los conceptos

#### **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.

### VIII. 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 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,

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

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

T-2021-00374-01

*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 alternativo 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.**

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 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%.

<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.

<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.

T-2021-00374-01

## 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:

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

<sup>7</sup> Modifica el párrafo 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.

<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.

T-2021-00374-01

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 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

<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.

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

T-2021-00374-01

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 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

---

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

T-2021-00374-01

*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.

### **IX. 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 JOSE GABRIEL CHARRIS ALVAREZ 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 accionadas, debido a la negativa por parte de estas entidades a generarle, reconocerle y pagarle incapacidades laborales, y proceder a su calificación.

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.

<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.

T-2021-00374-01

De entrada hay que manifestar que este despacho no comparte el exiguo análisis y la conclusión a la que arribó el Juzgado de primera instancia, en despachar de plano la presente acción de tutela, pues, en unas muy breves consideraciones estocó de improcedente el ejercicio de esta acción, sin siquiera analizar que se trata de la reclamación de incapacidades medicas no reconocidas ni pagadas, a una persona que padece de la enfermedad de Parkinson, la cual, resulta ser patológicamente progresiva, aunado al hecho que en su conclusión de improcedencia del amparo deprecado, adujo que el accionante cuenta con otros mecanismos administrativos para la solución de su caso, sin mencionarlos, ni consultar la jurisprudencia nacional constitucional al respecto. Las reglas de improcedencia, son generales, pero el Juez, constitucional, está en la obligación de analizar el caso específico, concreto y las especiales circunstancias del accionante.

Dicho lo anterior, en lo concerniente, pasa el Despacho, a hacer un análisis respecto a la procedencia de la acción de tutela, frente a lo cual, menester es resaltar que, de acuerdo con la jurisprudencia atrás citada, 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 julio 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*

T-2021-00374-01

*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”.*<sup>141</sup>(Negrilla en el texto original).

Sobre la responsabilidad del pago, 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 atendiendo lo narrado por las partes intervinientes, la EPS MEDIMAS le remitió a la administradora PROTECCION concepto de rehabilitación con pronóstico DESFAVORABLE el 4 de febrero de 2021, conforme a la normatividad vigente relacionada con el asunto a decidir.

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 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 el caso que nos ocupa, el accionante venía afiliado a la EPS MEDIMAS, quien traslado al accionante a la EPS SANITAS desde el 1 de junio de 2021, quien manifestó y aportó prueba que a la fecha solo existe una incapacidad por 28 días desde el 15 de julio al 11 de agosto de 2021, sin que la misma haya sido radicada para su reconocimiento.

De otra parte, y atendiendo que ya existió concepto desfavorable de rehabilitación, se da por sentado que ya han transcurrido más de 180 días de incapacidades, sin que hasta la fecha se haya preferido el dictamen de pérdida de capacidad laboral,

Al respecto, cabe indicar que la norma legal referida no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral.

Es así que en la sentencia T 401 de 2017, la Corte Constitucional, indico:

*“...Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009 que las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de*

T-2021-00374-01

*pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones...”.*

Así las cosas, las restantes 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) estará a cargo de la AFP, y conforme 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 la pérdida de la 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 procederá a revocar la sentencia de primera instancia, ordenándose a la AFP PROTECCION, el reconocimiento y pago de las incapacidades que se generen desde el día 181 hasta que se le concrete la calificación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, hasta el día quinientos cuarenta (540) estará a cargo de la AFP.

Ahora bien, atendiendo la patología degenerativa de la enfermedad que padece el accionante, y ante la posibilidad que al momento de realizarse el dictamen de pérdida de la capacidad laboral resulte inferior al 50% (*caso en el cual, eventualmente no resultare viable el reconocimiento de la pensión por invalidez*), y que además se continúen generando incapacidades posteriores al día 540, será SANITAS EPS quien deberá asumir el pago de las incapacidades a partir del día 541, advertencia esta que se hace, para que dada la especial y grave enfermedad degenerativa o ruinoso que padece el actor, no se le continúen conculcando sus derechos fundamentales por esa causa.

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 veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno (2021), proferido por el Juzgado Segundo de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple Circuito Judicial de Soledad- Atlántico, por las razones consignadas en la parte motiva de este proveído, y en su lugar:

*CONCEDER el amparo a los DERECHOS FUNDAMENTALES DE VIDA - SALUD y DIGNIDAD HUMANA de JOSE GABRIEL CHARRIS, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.*

*ORDENAR a la AFP PROTECCION que dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia proceda a realizar la autorización y pago además de las incapacidades desde el día 181 hasta que se le concrete la calificación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, hasta el día quinientos cuarenta (540), y conforme 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,*

T-2021-00374-01

*siempre y cuando la perdida de la capacidad laboral resulte inferior al 50%, y le sigan siendo expedidas incapacidades más allá de los 540 días.*

**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 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**

**Civil 001**

**Juzgado De Circuito**

**Atlantico - Soledad**

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:

**5c62f6faac742aa2356681de8c6df9e8603856324fc287e30861da73aff42b9f**

Documento generado en 15/09/2021 05:40:08 PM

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