

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO

Manizales, noviembre veintitrés (23) de dos mil veintidós (2022)

PROCESO: ACCION DE TUTELA  
ACCIONANTE: JHON JAMES MARTÍNEZ BERMÚDEZ  
AGENTE OFICIOSO: HERICA JOHANA ESBOBAR GALLEGO  
ACCIONADOS: NUEVA E.P.S  
AFP PROTECCIÓN  
VINCULADO: POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A  
SUSUERTE S.A  
RADICADO: 17001-31-03-006-2022-00239-00  
SENTENCIA: N° 140

### 1. Objeto De Decisión

Se dicta fallo de primera instancia en el trámite constitucional de la referencia.

### 2. Antecedentes.

#### 2.1. Pretensiones.

Se solicitó en favor del señor Jhon James Martínez Bermúdez el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y dignidad humana presuntamente vulnerados por la Nueva E.P.S y la A.F.P Protección S.A y como consecuencia de ello se solicitó:

*(...) El reconocimiento y pago de las incapacidades médicas que corresponden a los siguientes periodos de tiempo:*

DIAS	FECHA DE INICIO	FECHA DE FINALIZACIÓN
15	13/02/2022	27/02/2022
15	28/02/2022	14/03/2022
15	15/03/2022	29/03/2022
15	30/03/2022	13/04/2022
15	14/03/2022	28/04/2022
15	29/04/2022	13/05/2022
15	14/05/2022	28/05/2022
15	29/05/2022	12/06/2022
10	13/06/2022	22/06/2022
15	23/06/2022	07/07/2022
15	08/07/2022	22/07/2022
15	23/07/2022	06/08/2022
15	08/07/2022	22/08/2022
15	23/08/2022	06/09/2022
15	07/09/2022	21/09/2022
15	22/09/2022	06/10/2022
15	07/10/2022	21/10/2022

15	22/10/2022	05/11/2022
265 días	TOTAL	

(...) Ordenar al fondo de pensiones Protección S.A iniciar el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral.

## 2.2. Hechos.

Los hechos narrados por el agente oficioso y que dan soporte a la demanda pueden ser compendiados así:

Indicó que el señor Martínez Bermúdez actualmente se encuentra vinculado a Susuerte S.A a través de contrato individual de trabajo a término indefinido y que está afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones ante la A.F.P Protección S.A y en salud en la Nueva E.P.S.

Informó que desde el día 23 de agosto de 2021 el señor Jhon James Martínez Bermúdez cuenta con una incapacidad ininterrumpida como consecuencia de los diagnósticos: Infarto Cerebral no Diagnosticado e Hipertensión y Diabetes.

Expuso que Susuerte S.A y la Nueva E.P.S reconocieron la prestación económica derivada de las incapacidades desde el día 23 de agosto de 2021 y hasta el 20 de febrero de 2022.

Hizo saber que el día 7 de septiembre de 2022 la Nueva E.P.S emitió concepto de rehabilitación desfavorable, el cual fue comunicado a la AFP Protección S.A de forma tardía. Sin embargo, el mencionado fondo de pensiones no ha reconocido ninguna incapacidad posterior a los 180 días iniciales y que fueron cubiertos inicialmente por la Nueva E.P.S, ni tampoco ha iniciado el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral del señor Martínez Bermúdez lo que genera la vulneración de los derechos fundamentales objeto de protección.

Precisó que el pago de los salarios del señor Martínez Bermúdez y luego el reconocimiento de la prestación económica por incapacidades, constituían el único ingreso para el sustento del núcleo familiar conformado por el accionante, un hijo mejor de edad y quien actúa como agente oficioso, su esposa.

## 2.3. Admisión:

Por auto del 9 de noviembre del año que avanza, se admitió la demanda tutelar, se vinculó a Positiva Compañía de Seguros S.A y a Susuerte S.A, se ordenó la notificación de las entidades accionadas y se corrió traslado del escrito genitor por el término de tres días.

## 2.4. Pronunciamiento de la parte accionada:

Notificada la admisión del escrito tutelar, las entidades accionadas rindieron su informe de rigor en los términos que seguidamente se exponen:

**2.4.1. Positiva Compañía de Seguros S.A.** Informó que el señor John James Martínez Bermúdez se encuentra con afiliación activa ante esa Administradora de Riesgos Laborales a través de Susuerte S.A desde el 01 de agosto de 2021 y a la fecha y durante dicha afiliación no ha existido ningún reporte de accidente de trabajo o enfermedad laboral. Preciso que, teniendo en cuenta las pretensiones de la demanda, no se le puede atribuir ningún tipo de vulneración de derechos fundamentales a esa entidad, pues la patología por la cual se solicitó el reconocimiento de incapacidades corresponde al diagnóstico I639 infarto cerebral no especificado, enfermedad de origen común y frente a la cual únicamente es responsable la E.P.S a la cual está afiliado el accionante. En ese sentido, solicitó la desvinculación del trámite constitucional por falta de legitimación en la causa por pasiva.

**2.4.2. Nueva E.P.S.** Explicó que el señor Jhon James Martínez se encuentra incapacitado de forma continua desde el día 23 de mayo de 2021, completando el periodo de 180 días iniciales el día 18 de febrero de 2022 (sic). Indicó que el día 7 de septiembre de 2022 en cumplimiento de lo establecido en el artículo 142 del decreto 019 de 2012 notificó a la AFP Protección el concepto de rehabilitación desfavorable y que de conformidad con lo establecido en el artículo 10 del decreto 758 de 1990 le corresponde al referido fondo de pensiones otorgar de forma inmediata la pensión de invalidez y asumir las prestaciones económicas a que hubiera lugar.

De otra parte, argumentó que la acción de tutela tiene como fin la protección de derechos fundamentales y no el reconocimiento de prestaciones económicas por lo que la pretensión del accionante se torna en improcedente. Finalmente solicitó negar el amparo constitucional.

**2.4.3. Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.** Explicó que el señor Martínez Bermúdez se encuentra afiliado a ese fondo desde el 26 de agosto de 2010. De otra parte explicó que las pretensiones de la demanda tutelar son improcedentes puesto que el accionante en ningún momento elevó solicitud formal para proceder con: i) la Calificación de la pérdida de la capacidad laboral; ii) el Reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad médica de origen común; ni mucho menos, iii) el Reconocimiento de la pensión de invalidez, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del decreto 510 de 2003, pues enfatizó en que *“(...) la obligación de reconocimiento de las prestaciones económicas por parte de los fondos procederá siempre y cuando el afiliado radique la respectiva solicitud de reconocimiento, (...), lo cual no ha ocurrido en el caso de referencia en el cual ni siquiera se han demostrado incapacidades ante esta AFP que superen el día 180 y se encuentren dentro de un ciclo ininterrumpido para poder ser analizado por ese fondo.*

Indicó que el día 7 de septiembre de 2022 la nueva E.P.S remitió a esa entidad el concepto de rehabilitación desfavorable del señor Jhon James Martínez Bermúdez, y precisó que conforme a lo establecido en el artículo 142 del decreto 19 de 2012 esa entidad no se encuentra obligada al pago de las incapacidades, sino a proceder con la calificación de la pérdida de la capacidad

laboral y precisó que el pago de las incapacidades solo se da en la medida que exista un concepto favorable de rehabilitación, tesis que fue apoyada en el concepto 2019-n0042658\_20190918 del Ministerio del Trabajo. Finalmente argumentó la improcedencia de la acción de tutela por no cumplirse el requisito de subsidiariedad.

**2.4.4. Suserte S.A.** Guardó silencio.

### **3. CONSIDERACIONES**

#### **3.1. Legitimación:**

**Por activa:** Conforme lo establece el artículo 10 inciso 1º del Decreto 2591 de 1991<sup>1</sup>, la señora Herica Johana Escobar Gallego está legitimada para actuar en calidad de agente oficioso del señor Jhon James Martínez Bermúdez por cuanto i) expresó estar obrando en dicha calidad, ii) demostró que su agenciado se encuentra en imposibilidad física de ejercer su propia defensa, condición que fue acreditada de forma expresa en el presente litigio, atendiendo las condiciones de salud y edad del accionante y iii) identificó plenamente a la persona por quien intercedió.

**Por Pasiva:** La acción se dirige entre otras entidades, en contra de la Nueva E.P.S: Entidad creada por autorización de la Ley 1151 de 2007, artículo 155, constituida como sociedad anónima, sometida al régimen de las empresas de salud, cuya participación está dividida entre entidades públicas y privadas, Positiva Seguros S.A. –entidad pública- ostenta el 50% menos una acción, Colsubsidio, Cafam, Compensar, Comfenalco Antioquia, Comfenalco Valle y Comfadi – entidades privadas- tienen el 50% más una acción. Cuenta con autorización de funcionamiento mediante Resolución No. 371 del 3 de abril de 2008, expedida por la Superintendencia de Salud, en consecuencia, se trata de una la Sociedad de economía mixta teniendo en cuenta que “en la constitución de una sociedad de economía mixta la participación de capital estatal puede ser mínima, mientras que los particulares pueden tener la participación mayoritaria, o, al contrario. Auto 108/09 Corte Constitucional.

**3.2. Competencia:** De conformidad con el Decreto 333 de 2021, se debe manifestar que si la acción de tutela se promueve contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional su conocimiento en primera instancia, es competencia de los Jueces del Circuito o con igual categoría. En consecuencia la resolución del presente conflicto es competencia de este judicial, además claro está, de la previsiones dadas por la Corte Constitucional en relación con el conocimiento de las acciones de tutela por los jueces constitucionales a prevención.

---

<sup>1</sup> ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERES. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

*También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.*

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

#### 4. Lo que se encuentra probado:

Con las pruebas allegadas se podar por probados los siguientes hechos:

- Que el señor Jhon James Martínez Bermúdez actualmente encuentra afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones ante la A.F.P Protección S.A y en salud en la Nueva E.P.S.

- Con el escrito de tutela se allegaron los siguientes periodos de incapacidades médica otorgados al accionante:

DIAS	FECHA DE INICIO	FECHA DE FINALIZACIÓN
15	13/02/2022	27/02/2022
15	28/02/2022	14/03/2022
15	15/03/2022	29/03/2022
15	30/03/2022	13/04/2022
15	14/03/2022	28/04/2022
15	29/04/2022	13/05/2022
15	14/05/2022	28/05/2022
15	29/05/2022	12/06/2022
10	13/06/2022	22/06/2022
15	23/06/2022	07/07/2022
15	08/07/2022	22/07/2022
15	23/07/2022	06/08/2022
15	08/07/2022	22/08/2022
15	23/08/2022	06/09/2022
15	07/09/2022	21/09/2022
15	22/09/2022	06/10/2022
15	07/10/2022	21/10/2022
15	22/10/2022	05/11/2022
265 días	TOTAL	

- Que el señor Jhon James Martínez Bermúdez cuenta con incapacidades interrumpidas desde el día 23 de agosto de 2021.

- El día el día 20 de febrero de 2022 el señor Jhon James Martínez Bermúdez cumplió el periodo de 180 días iniciales de incapacidad.

- Que el día 07 de septiembre de 2022 la nueva E.P.S radicó ante la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A la comunicación mediante la cual informaba que el señor Jhon James Martínez Bermúdez contaba con una enfermedad de origen común y concepto de rehabilitación desfavorable del 6 de septiembre de 2022 como consecuencia de patología Infarto Cerebral no Diagnosticado.

- Que al señor Jhon James Martínez Bermúdez no le han pagado las incapacidades reclamadas en esta acción constitucional y que corresponden a las generadas desde el día 21 de febrero de 2022.

- Que el señor Jhon James Martínez Bermúdez no ha sido calificado para determinar su pérdida de capacidad laboral.
- Que el señor Jhon James Martínez Bermúdez se encuentra vinculado contractualmente con Susuerte S.A.

## **5. Problema Jurídico:**

De acuerdo con los antecedentes expuestos, le corresponde a este Despacho determinar si ¿la acción de tutela es la vía jurídico procesal para solicitar el reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad común? y si ello es procedente, ¿su pago puede ser ordenado no obstante existir concepto de rehabilitación desfavorable?, y por ultimo ¿a quién le corresponde el pago de las incapacidades durante los primeros 180 días, los 360 días adicionales y los superiores a los 540 días del hecho generador de la incapacidad?

## **6. Normatividad y precedentes jurisprudenciales aplicables al caso concreto:**

Para resolver este problema jurídico, este juzgador pasará a desarrollar los ítems que a continuación se anuncian: i) Excepciones al principio de subsidiariedad de la acción de tutela - procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de incapacidades por enfermedad común. ii) Concepto de mínimo vital iii) Requisitos formales para el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad común. iv) Responsabilidad de las E.P.S en el pago de incapacidades, y legitimados para su reclamación ante el sistema de seguridad social

### **6.1. Excepciones al principio de subsidiariedad de la acción de tutela - Procedencia de la acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de incapacidades por enfermedad común.**

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 de la Constitución Política y el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción judicial en análisis solo es procedente cuando: i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquel se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o ii) aun existiendo mecanismos ordinarios de defensa los mismos no sean idóneos, ni eficaces para la protección inmediata y plena de los derechos fundamentales en juego, caso en el cual opera como mecanismo definitivo de protección. En este punto, nuestro tribunal constitucional, en Sentencia T 051 de 2016, precisó que, el mecanismo alternativo del ordenamiento jurídico, "(...) tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violado o se proteja de su amenaza, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho. Dicho de otra manera, el medio debe ser idóneo para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho". Así las cosas, si el medio judicial concreto no cumple con dichas características, y por el contrario, el derecho fundamental en juego no puede ser restablecido, procede la solicitud de amparo constitucional como medio definitivo de protección al bien jurídico.

Por lo tanto, quien pretenda la protección de sus derechos fundamentales deberá analizar si dentro del ordenamiento jurídico la protección implorada puede obtenerse a través de acciones ordinarias, pues estas son las llamadas a ser intentadas en primer término, dada la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela; de modo que si el medio judicial alternativo es inexistente o ineficaz el ejercicio del amparo constitucional se abre paso

Ahora bien, en tratándose de la procedencia de la acción de tutela, mediante la cual se pretenda la protección derechos de naturaleza prestacional, si bien su juez natural y proceso correspondiente es el previsto ante la jurisdicción laboral o la Superintendencia Nacional de Salud; existen situaciones en las cuales los medio procesales ordinarios no cumplen con los requisitos de *idoneidad* y *eficacia* para la protección de las garantías imploradas; para tal efecto y por vía jurisprudencial se ha fijado como sub-regla de procedencia a la vía procesal constitucional en aquellos casos en las cuales se esté en presencia de una persona respecto de la cual predique una especial protección constitucional, o que a su vez el reconocimiento, satisfacción y pago de incapacidades constituyen el único medio de subsistencia de la accionante, e incluso su reconocimiento tutelar o en otros términos, su relevancia constitucional se da en la medida de evitar una perjuicio irremediable, presupuestos que por sí viabilizan el reconocimiento si a ello hubiere lugar a través del medio procesal consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia.

Frente a este particular, la jurisprudencia del alto Tribunal Constitucional fijado las siguientes reglas:

*“Es así, como a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, esta Corporación ha reiterado, que cuando no se pagan oportunamente las incapacidades debidamente certificadas al trabajador y con ello se vulneran de paso derechos constitucionales, el juez de tutela se legitima para pronunciarse sobre el fondo del asunto con el fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar<sup>2</sup>”.*

(...)

*“Cuando quiera que no se paguen las incapacidades laborales de manera oportuna y completa, se afecta el mínimo vital del trabajador y el de su familia, razón por lo cual la acción de tutela es procedente. La Corte ha sostenido que al determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en aquellos eventos en donde se comprueba la existencia de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico alguno, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras; que*

---

<sup>2</sup> Sentencia T-468 de 2010

*dependen económicamente de la prestación reclamada y que carecen de capacidad económica para garantizarse su propia subsistencia, se exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional. Así mismo, es importante resaltar que los requisitos para la procedencia de la acción de tutela en tratándose del pago de acreencias laborales –como son las incapacidades laborales-, deben ser analizados con mayor flexibilidad, en atención a que los peticionarios son sujetos de especial protección constitucional<sup>3</sup>.*

## **6.2. Aspectos del derecho al mínimo vital**

Ha dicho la Corte Constitucional frente al tema del mínimo vital que en cada caso concreto debe valorarse según las circunstancias del individuo y sus necesidades básicas, en tanto lo que para algunas personas puede significar una necesidad mínima, para otras no, pues ello incluye aspectos tales como educación y recreación, que satisfacen de suyo el derecho a la dignidad humana. Al respecto dice la Corte:

*El concepto de mínimo vital, de acuerdo con la jurisprudencia, debe ser evaluado desde un punto de vista desde de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo, verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana.<sup>4</sup>*

## **6.3. Requisitos formales para el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad común.**

Ahora bien, en tratándose de la solicitud del reconocimiento de un derecho de naturaleza legal - derecho prestacional - reconocimiento al subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común, lo primero que hay que tener en cuenta son las condiciones legales establecidas para el mismo reconocimiento. Para tal efecto establece el artículo 2.1.13.4 del decreto 780 de 2016 lo siguiente:

*Artículo 2.1.13.4 Incapacidad por enfermedad general. Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general, conforme a las disposiciones*

---

<sup>3</sup> Sentencia T-182 de 2011.

<sup>4</sup> Sentencia T-581<sup>3</sup> DE 2011. M.P. Mauricio González Cuervo

laborales vigentes, se requerirá que los afiliados cotizantes hubieren efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas.

*No habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o se encuentran excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones.*

En ese sentido, se tiene que la norma en comento establece dos requisitos, que deben ser verificados a efectos de que una persona pueda ser acreedora de desembolso correspondiente a las incapacidades médicas que le han sido expedidas, estos son: (i) haber pagado la totalidad de las cotizaciones por un periodo mínimo de cuatro (4) semanas y (ii) y que de los pagos se hayan realizados dentro de la oportunidad establecida para el efecto, claro está con las salvedades frente a este último punto en lo concerniente al allanamiento a la mora reiterados por el máximo tribunal constitucional<sup>5</sup>.

#### **6.4. Responsabilidad de las E.P.S en el pago de incapacidades, y legitimados para su reclamación ante el sistema de seguridad social.**

De otra parte, encuentra necesario este despacho judicial, dar claridad frente a la responsabilidad que concierne a las Empresas Promotoras de Salud dentro del Sistema General de Seguridad Social en lo atinente al reconocimiento de las incapacidades en favor de sus afiliados, para tal efecto se trae a colación la reglamentación respectiva, Así las cosas "(...) el lapso que hay entre el primer y el segundo día de la incapacidad, competen económicamente al empleador, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999. En virtud de dicha disposición "[e]n el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente"<sup>6</sup>.

*Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. Tal obligación está sujeta a la afiliación del trabajador por parte del empleador o del propio independiente<sup>7</sup> (...)*

---

<sup>5</sup> Sentencia T-025/17. Con fundamento en la figura del allanamiento a la mora, no podrá negarse el reconocimiento de una incapacidad laboral por enfermedad general en tanto se parte de la base que las entidades responsables de autorizarlas y cancelarlas, en este caso, las EPS, han aceptado los aportes en salud efectuados al sistema de forma tardía, sin que hayan rechazado su pago o emprendido acciones legales serias orientadas a su cobro judicial. No es posible, que las mismas aleguen la extemporaneidad del pago de los aportes tan solo cuando le son solicitadas prestaciones y no cuando reciben el dinero en cuestión.

<sup>6</sup> En el caso de enfermedad laboral o accidentes de trabajo, será la ARL quien reconocerá las incapacidades temporales desde el día siguiente al accidente. La norma citada aplica tanto para el sector público como el privado (párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999)

<sup>7</sup> Sentencia T-419 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán.

Finalmente, este despacho judicial encuentra pertinente precisar lo correspondiente a las personas beneficiarios del derecho prestacional reclamado y el único grupo poblacional exceptuado del mismo. A efectos de lo anterior se cita la reglamentación pertinente cual es el decreto 806 de 1998, el cual en su artículo 28 preceptúa lo siguiente:

*Artículo 28. Beneficios de los afiliados al Régimen Contributivo. El Régimen Contributivo garantiza a sus afiliados cotizantes los siguientes beneficios:*

*a) La prestación de los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, de que trata el artículo 162 de la Ley 100 de 1993;*

*b) El subsidio en dinero en caso de incapacidad temporal derivada por enfermedad o accidente ocasionados por cualquier causa de origen no profesional;*

*c) El subsidio en dinero en caso de licencia de maternidad.*

*Los pensionados cotizantes y los miembros de su grupo familiar que no estén cotizando al sistema recibirán únicamente las prestaciones contempladas en el literal a) del presente artículo.*

*(...)*

#### **6.5. Pago de incapacidades generadas con posterioridad a la emisión de certificado de rehabilitación o calificación de pérdida de capacidad laboral.**

Ahora bien, uno de los puntos más álgidos en relación con el reconocimiento del subsidio de incapacidad es aquella situación en la cual el solicitante se encuentra con concepto de rehabilitación desfavorable y con calificación de la pérdida de la capacidad laboral inferior al 50% o sin que se haya producido la misma, situación que conlleva el no reconocimiento de la pensión de invalidez; y a su vez la imposibilidad del reintegro a las trabajo ordinario, ello en razón a que la patología padecida impide el normal desarrollo de su fuerza laboral; hipótesis fáctica que evidencio un vacío de la ley regulatoria del tema particular - Ley 100 de 1993, el cual fue subsanado por el desarrollo jurisprudencial de la corte Constitucional a saber:

*Sobre el particular, la Corte en sentencia T-920 de 2009 sostuvo:*

*“En el evento en que el afiliado no alcance el porcentaje requerido de invalidez o se le haya dictaminado una incapacidad permanente parcial, y por sus precarias condiciones de salud se sigan generando incapacidades laborales, le corresponde al Fondo de Pensiones continuar con el pago de las mismas hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez”.*

*A su vez, en sentencia T-729 de 2012, señaló:*

*“En el caso en el que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, **no obstante haber sido evaluado por la Junta de Calificación de Invalidez y se dictamine una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50 %**, la Corte ha interpretado, conforme con la Constitución Política y el precitado artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que le corresponde al fondo de pensiones el pago de las incapacidades superiores a los primeros 180 días, a menos que; i) se expida el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, que le permita consolidar el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez o ii) que se emita un nuevo concepto por parte del médico tratante que establezca que el actor se encuentra apto para reanudar labores”. (Énfasis agregado)*

De esta manera, el pago de esas incapacidades se debe realizar, incluso, después de que se realice el dictamen de pérdida de capacidad laboral, *“hasta que el médico tratante emita un concepto en el que se determine que la persona está en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %.”*

*Así las cosas, el pago de incapacidades no puede suspenderse cuando se realiza el examen de pérdida de capacidad laboral, sino hasta el momento en que la persona pueda reintegrarse a su puesto de trabajo o en su defecto le sea reconocida pensión de invalidez.*

En ese mismo sentido el alto Tribunal Constitucional en sentencia más reciente (T-401 de 2017), con ponencia de Gloria Stella Ortiz Delgado, consideró

*“(…)*

*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.*

*(…)*

*26. En consecuencia, las reglas jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540 son las siguientes:*

(I) Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente<sup>8</sup>.

(II) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS<sup>9</sup>.

(III) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable<sup>10</sup>.

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

Por consiguiente, puede colegirse que el reconocimiento y pago de incapacidades por enfermedad hasta por el término de ciento ochenta (180) días, es asumido por la respectiva EPS si se trata de enfermedad general o por la ARL si se trata de una enfermedad profesional o accidente de trabajo.

Ahora bien, por superar una incapacidad los ciento ochenta (180) días, en el marco legal vigente se establece un tratamiento diferente al presentarse una incapacidad por enfermedad general o común o por enfermedad profesional o accidente de trabajo, es así que, respecto a la primera la Corte Constitucional en sentencia T -212 de 2010 considero lo siguiente:

“(…)

15. De acuerdo con la anterior normatividad, cuando un trabajador padece una enfermedad de origen común y se le empiezan a expedir incapacidades, los primeros 3 días corren por cuenta del empleador; los días comprendidos entre el día 4 y el día 180, le corresponde pagarlos a la EPS.

16. Asimismo, dentro de esos 180 días a cargo de la EPS, antes del día 150, esta deberá emitir un concepto del servicio de rehabilitación integral del incapacitado, frente al cual pueden darse las siguientes posibilidades:

Que el concepto sea favorable. Estando incapacitado, el trabajador puede rehabilitarse. En ese caso la Administradora de Fondos de Pensiones con la autorización de la aseguradora que

---

<sup>8</sup> Decreto 2943 del 2013

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> Ley 962 del 2005

*hubiere expedido el seguro provisional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las Juntas de Calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la Entidad Promotora de Salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.*

*Que el concepto sea desfavorable. En el evento en que no sea posible la rehabilitación igualmente antes del día 150, las Administradoras de Fondos de Pensiones, deberán remitir los casos a las Juntas de Calificación de Invalidez.*

*17. La calificación de invalidez genera el reconocimiento de la pensión de invalidez, únicamente cuando la pérdida de la capacidad laboral (PCL) es superior al 50%.*

*18. Cuando es inferior, no causa el reconocimiento de dicha prestación, y de acuerdo a lo consagrado en el Decreto 2177 de 1989, en su Artículo 17: “los trabajadores de los sectores público y privado que según concepto de la autoridad competente (de salud ocupacional o quien haga las veces en la respectiva entidad de seguridad o previsión social o de medicina del trabajo, en caso de no existir afiliación a dichas instituciones), se encuentren en estado de invalidez física, sensorial o mental, para desempeñar las funciones propias del empleo de que sean titulares y la incapacidad no origine el reconocimiento de pensión de invalidez, se les deberán asignar funciones acordes con el tipo de limitación o trasladarlos a cargos que tengan la misma remuneración, siempre y cuando la incapacidad no impida el cumplimiento de las nuevas funciones ni impliquen riesgo para su integridad” (...).*

#### **6.6. Incapacidad laboral superior a 540 días.**

Finalmente, y atendiendo a que el reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad se encuentra distribuido dentro del sistema general de seguridad social así: i) incapacidad origen común durante los primeros 180 días está a cargo de la EPS. ii) A partir del día 181 y hasta el día 540, los pagos deben ser realizados por la Administradora de Pensiones, competencia que es atribuida de conformidad con lo establecido en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012

Normativa en cita que no daba solución o atribución de responsabilidad frente a qué entidad encargada del reconocimiento y pago de las incapacidades a partir del día 541, ausencia normativa que fue solventada mediante el artículo 67 de la ley 1753 de 2015, el cual establece que: corresponde a la EPS asumir tales costos, sobre los cuales podrá solicitar el respectivo reembolso ante la ADRES de conformidad con las previsiones legales. Normativa que a su tenor establece:

ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. La Entidad administrará los siguientes recursos:

(...)

Estos recursos se destinarán a:

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. 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.

## 7. Análisis del caso Concreto:

Descendiendo al asunto objeto de examen, procede este despacho judicial, a analizar los presupuestos fácticos constitutivos de la presente acción constitucional a la luz de los condicionamientos jurídicos aplicables al caso concreto.

### 7.1. Análisis de procedencia excepcional de la acción de tutela.

Así las cosas, se tiene por parte de este judicial lo siguiente: una vez realizado el análisis de procedibilidad formal del amparo objeto de estudio, se avizora el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales establecidos para ello para tal efecto se tiene:

**a) Requisito de inmediatez:** i) El señor Jhon James Martínez Bermúdez a través de agente oficioso, interpuso la presente acción de tutela el día 9 de noviembre del 2022 con el objeto de lograr el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas que se han causado desde el día 21 de febrero de 2022, lo que da a entender que la acción tutelar fue interpuesta dentro del periodo de presunta vulneración, esto es dentro del periodo de negación al reconocimiento y pago del derecho pretendido, situación que satisface el primer requisito formal de procedencia cual es la inmediatez, pues la presunta vulneración es actual.

**b) Requisito de subsidiariedad:** i) Como ya fue mencionado, si bien la pretensión encaminada al reconocimiento de las incapacidades por enfermedad común encuentra un procedimiento ordinario cuyo juez natural es aquel con competencia en conflictos de laborales; en el presente caso, se tiene probado que el señor Jhon James Martínez Bermúdez actualmente tiene 31 años, se encuentra diagnosticado con la patología denominada Infarto Cerebral no Diagnosticado y además cuenta con incapacidades interrumpidas desde el día 23 de agosto de

2021, lo que le impide prestar su fuerza laboral para el desempeño de una labor u oficio y en sí mismo obtener recursos económicos para solventar los gastos necesarios para su propia subsistencia y el de su familia, lo que a prima facie da cumplimiento a la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de las incapacidades por vía tutelar, pues se advierte una vulneración del derecho fundamental al mínimo vital, afectación que puede ser también presumida en criterio de la Corte Constitucional, por la ausencia de pago de la prestación solicitada.

De lo anterior, es indiscutible que esta causa litigiosa tiene relevancia constitucional y sus pedimentos son viables a través de la acción de tutela.

## **7.2. Responsabilidad del reconocimiento de las incapacidades por enfermedad común.**

Ahora bien, en lo que corresponde a la procedencia material, sea lo primero para manifestar que la discusión de este litigio no se centrada en los requisitos del derecho en sí mismo - incapacidades por enfermedad común, esto es los establecidos en los decretos 1804 de 1999, Decreto 783 de 2000 y Decreto 047 de 2000 (i) haber pagado la totalidad de las cotizaciones por un periodo mínimo de cuatro (4) semanas y (ii) que de los pagos se hayan realizados dentro de la oportunidad establecida para el efecto, requisitos estos que no fueron controvertidos por la entidades accionadas, pues no hubo discusión sobre la existencia del derecho y por el contrario el motivo de únicamente se centró en la falta de pago de la prestación económica y la atribución de responsabilidad en cuento al pago. Frente a este particular y con el fin de dar resolución a la presente controversia se tendrán en cuenta las siguientes consideraciones.

**7.2.1. El no estar definido a qué entidad corresponde el pago de las incapacidades que se adeudan y las que se continúan generando:** De acuerdo con lo establecido en el Decreto 2943 del 2013, los primeros 2 días de incapacidades corresponde al empleador, y del día 3 hasta el 180 está a cargo de la EPS y de conformidad con la Ley 962 del 2005, del día 181 al 540, el pago de las incapacidades está a cargo de fondo de pensiones cuando se trata de una patología de origen común, ello mientras no exista un dictamen en firme de pérdida de capacidad laboral y finalmente en lo que corresponde a los periodos causados por posterioridad a los 540 días de prórroga de incapacidad, no hay discusión alguna que de conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la ley 1753 de 2015, tal responsabilidad esta atribuida a la E.P.S a la cual esté afiliada la accionante.

Definida así la competencia de las entidades responsables del reconocimiento y pago de las incapacidades médicas generadas por una patología de origen común tenemos para el caso concreto que:

La **Nueva E.P.S** le correspondía y como efectivamente lo hizo, reconocer y pagar el periodo comprendido entre el 23 de agosto de 2021 y el 20 de febrero de 2022, fecha para la cual se

cumplieron 180 días de incapacidad continua del accionante. Sin embargo, se debe tener en cuenta que esa responsabilidad se extendió hasta el día 7 de septiembre de 2022, por cuanto fue la fecha en la cual radicó ante la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A la comunicación mediante la cual informaba que el señor Jhon James Martínez Bermúdez contaba con una enfermedad de origen común y concepto de rehabilitación desfavorable del 6 de septiembre de 2022 como consecuencia de la patología denominada Infarto Cerebral no Diagnosticado. Extensión de responsabilidad que obedece a un actuar negligente que no puede ser desconocido por este judicial y que conlleva las consecuencias jurídicas establecida en el artículo 142 del decreto 019 de 2012 que a su tenor establece: (...) *“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. (...)*

Frente a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, es claro para este judicial que de conformidad con lo establecido en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, aquellas incapacidades por enfermedad común generadas a partir del día 181, que para el caso concreto se postergó hasta el día 7 de septiembre de 2022 y hasta el día 540 son competencia de aquel fondo de pensiones, pues si bien durante este periodo existió concepto de rehabilitación desfavorable, ello no es óbice para suspender el pago de la prestación económica reclamada, como lo pretende argumentar la entidad accionada, pues ello solo es procedente el momento en que la persona incapacitada, o pueda reintegrarse a su puesto de trabajo o en su defecto le sea reconocida la pensión de invalidez.

Dicho de otra manera, desde el momento en que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A conoció el concepto de rehabilitación desfavorable del accionante debió realizar la calificación de la pérdida de capacidad laboral y en caso de ser superior a 50% proceder con el trámite de reconocimiento de la pensión de invalidas en favor del accionante o en caso de ser inferior al 50% debió realizar de forma periódica los exámenes respectivos con el propósito de determinar alguna variación en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral. Obligación que surgió desde 7 de septiembre de 2022, hasta el día 540 de incapacidad ininterrumpida si a ello hubiere lugar, todo lo anterior sin desconocer su obligación de pagar las incapacidades generadas.

Ahora bien, en lo que corresponde a los periodos causados por posterioridad a los 540 días de prórroga de incapacidad, no hay discusión alguna que de conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la ley 1753 de 2015, tal responsabilidad esta atribuida a la Nueva E.P.S

**7.2.2. La ausencia de reconocimiento y pago de incapacidades:** De lo anteriormente expuesto, puede este despacho judicial concluir que la Nueva E.P.S y la AFP Protección S.A. vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida digna del accionante al no realizar el pago de las prestaciones económicas reclamadas, teniendo el deber

legal de hacerlo y en consecuencia ordenará: i) a la Nueva E.P.S proceder con el reconocimiento y pago en favor del accionante de las prestaciones económicas por incapacidad comprendidas entre los día 21 febrero del 2022 y hasta el 6 de septiembre de 2022, la cuales si bien exceden el periodo de 180 días iniciales son su responsabilidad atendiendo a la notificación tardía del concepto de rehabilitación y ii) a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A reconocer y pagar en favor del señor Jhon James Martínez Bermúdez las incapacidades médica generadas a partir del día 7 de septiembre de 2022 y hasta que i) se expida el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, que le permita consolidar el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez si fuere el caso, o hasta ii) que se emita un nuevo concepto por parte del médico tratante que establezca que el actor se encuentra apto para reanudar labores o iii) hasta que se cumplan los 540 días de atribución de competencia al mencionado fondo.

Por lo expuesto, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Manizales, Caldas, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

## **8. Falla**

**PRIMERO: TUTELAR** los derechos fundamentales a la Seguridad Social, Vida Digna y Mínimo Vital del señor Jhon James Martínez Bermúdez dentro de esta acción constitucional que promueve en contra de la Nueva E.P.S y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A la ello por las por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ORDENAR** a la Nueva E.P.S que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, proceda al reconocimiento y pago en favor del señor Jhon James Martínez Bermúdez de las incapacidades médicas que le han sido expedidas por en enfermedad de origen común y que se encuentran comprendidas entre los días 21 febrero del 2022 y hasta el 6 de septiembre de 2022 según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**PARÁGRAFO: ORDENAR** a *Susuerte S.A* que cumplimiento de lo ordenado en el 121 del Decreto Ley 019 de 2012 adelante y coordine con la NUEVA EPS, todos los trámites tendiente al reconocimiento reconocimiento y pago en favor del señor Jhon James Martínez Bermúdez de las incapacidades médicas que le han sido expedidas por en enfermedad de origen común y que se encuentran comprendidas entre los días 21 febrero del 2022 y hasta el 6 de septiembre de 2022.

**TERCERO: ORDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de esta providencia, y si no lo ha hecho, proceda al reconocimiento y pago en favor del señor Jhon James Martínez Bermúdez de las incapacidades médicas que le han sido expedidas por en

enfermedad de origen común desde el 7 de septiembre del 2022 y hasta que i) se expida el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, que le permita consolidar el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez si a ello hubiere lugar, ó ii) se emita un nuevo concepto por parte del médico tratante que establezca que el actor se encuentra apto para reanudar labores ó iii) se cumplan los 540 días de atribución de competencia al mencionado fondo, las cuales deberán ser liquidadas conforme a los lineamientos legales. Lo anterior conforma a lo expuesta en la parte motiva de la presente providencia.

**PARÁGRAFO:** ADVERTIR a la Nueva E.P.S que conforme a lo dispuesto en el 67 de la ley 1753 de 2015, que de continuarse expidiendo incapacidades médicas a la accionante con posterioridad a los 540 días, deberá proceder a su reconocimiento y pago.

**CUARTO:** Desvincular del presente trámite constitucional a Positiva Compañía de Seguros S.A al no advertir ningún tipo de vulneración de derechos fundamentales atribuible a esa entidad.

**QUINTO PREVENIR** al Ente accionado sobre las sanciones a que se puede hacer acreedora por el incumplimiento a este fallo de tutela (Art. 52 Decreto 2591 de 1991).

**SEXTO: NOTIFICAR** a las partes por el medio más expedito y eficaz, con la advertencia de que podrá ser impugnado este fallo dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

**SEPTIMO:** ENVIAR el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnado.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Guillermo Zuluaga Giraldo', with a stylized flourish at the end.

**GUILLERMO ZULUAGA GIRALDO**

**JUEZ**