



## JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE NEIVA

### REPÚBLICA DE COLOMBIA

Neiva, mayo veinte (20) del Año Dos Mil Veintiuno (2021)

#### TUTELA

<b>RADICACIÓN:</b>	<b>2021-00166-00</b>
<b>ACCIONANTE:</b>	<b>ALVARO GONZALEZ CUBILLOS</b>
<b>ACCIONADA:</b>	<b>NUEVA EPS, PROTECCIÓN FONDO DE PENSIONES</b>

#### 1. ASUNTO A RESOLVER

Procede el Despacho a proferir el fallo de la acción de tutela instaurada por **ALVARO GONZALEZ TRUJILLO**, Actuando en nombre propio, **contra LA NUEVA EPS, PROTECCIÓN FONDO DE PENSIONES**. Por violación a los derechos fundamentales a la salud, del mínimo vital, seguridad social, y a la vida en condiciones dignas.

#### 2. ANTECEDENTES

##### 2.1. LO QUE SE PRETENDE

Reclama el accionante a través de la presente acción de tutela, la protección de sus derechos fundamentales con la finalidad que se ordene a la entidad accionada se le reconozca y cancele las incapacidades a que tiene derecho en los periodos comprendidos entre el 02 de febrero de 2021, a 03 de marzo de 2021; 03 de marzo de 2021 a 01 de abril de 2021; 03 de abril a 14 de abril de 2021; 14 de abril a 13 de mayo de 2021, expedidos por el médico tratante.

Para fundamentar su petición establece como **HECHOS** Relevantes los siguientes:

- ✓ Desde el mes de septiembre del año 02 de junio de 2020 viene recibiendo subsidio de incapacidades de forma periódica, otorgadas hasta el 13 de mayo de 2021
- ✓ Desde la incapacidad del 02 de febrero de 2021 ni el fondo de pensiones Protección ni la Nueva EPS han cancelado las mismas.



## JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE NEIVA

- ✓ Sostiene el accionante que pese a las peticiones realizadas a la Nueva EPS, las mismas se han negado considerando que es el fondo de pensiones quien debe asumir el rubro.
- ✓ Que para el mes de abril de 2021, realizó petición al fondo de pensiones Protección solicitando el pago de las incapacidades, quienes respondieron negando su solicitud aduciendo que dicho pago corresponde a la EPS.
- ✓ Finalmente indica que en la actualidad no cuenta con otro ingreso adicional como sustento para él y su familia.

### **Pruebas allegadas:**

- Derecho de petición radicado ante la Nueva EPS
- Derecho de Petición Radicado ante el Fondo de Pensiones Protección
- Certificado de Incapacidades expedido por la Nueva EPS.
- Remisión de incapacidades

## **2.2 TRAMITE PROCESAL**

Mediante auto del 07 de mayo de 2021 se admitió la Acción de Tutela; una vez admitida la acción se corrió traslado de la misma a las entidades accionadas **NUEVA E.P.S., FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN**. Para que se pronunciaran sobre los hechos aducidos por el accionante.

Vinculándose al presente tramite constitucional a la Superintendencia de Salud.

## **3. RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS:**

### **La accionada FONDO PENSIONES – PROTECCIÓN :**

Contestó la tutela, manifestando que la EPS informó que el accionante GONZALEZ CUBILLOS no contaba con concepto favorable de rehabilitación, requisito sin el cual no se pueden generar las incapacidades superiores a los 180 días de conformidad con lo dispuesto por el decreto 19 de 2012 en su artículo 142.

Indicó que en atención al concepto emitido por la EPS, el caso fue conocido por la comisión médico laboral quien dictaminó la pérdida de la capacidad laboral del accionante en un 65.1% por enfermedad de origen común, con **fecha de estructuración 13 de febrero de 2020**. Sin embargo no ha sido solicitado “firmeza del dictamen ni pensión por invalidez”.



## JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE NEIVA

Finalmente indica que, como quiera que se trate de solicitud de prestaciones económicas, el actor debe demandar sus derechos ante la superintendencia de salud, por lo que se soslaya el principio de subsidiariedad. En consecuencia no existe vulneración de derecho alguno por parte de esa entidad y así deberá ser declarado.

**NUEVA EPS:** Contestó la tutela manifestando que debe ordenarse a la entidad administradora de pensiones Protección el pago de las incapacidades superiores a 180 días, argumentando que fue presentado el concepto técnico acerca de las incapacidades del accionante quien completó 180 días el 04 de diciembre de 2020, dicho concepto de rehabilitación fue remitido a la entidad Protección Pensiones y Cesantías, el 11 de septiembre de 2020 como desfavorable.

Indica por las razones anteriores que la EPS carece de legitimación en la causa por pasiva pues no ha vulnerado derecho alguno del accionante, debiendo ser declarada la improcedencia de la misma, ordenando al fondo de pensiones al pago de los dineros que corresponden al actor por concepto de incapacidad.

**SUPERINTENDENCIA DE SALUD:** Realiza una exposición acerca del origen de las incapacidades, indicando en principio que son las EPS las encargadas de brindar los servicios integrales a sus afiliados, así mismo establece el trámite para las incapacidades y calificación por pérdida de la capacidad laboral; indica además que esa entidad no es la encargada de dirimir los conflictos de esa índole y por parte existe falta de legitimación en la causa por pasiva, para que dicha entidad sea demandada.

### **IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:**

#### **PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:**

El despacho entra a examinar si las accionadas NUEVA EPS Y PROTECCION PENSIONES Y CESANTIAS han vulnerado los derechos fundamentales aludidos por el actor, determinando cuál de ellas es la encargada de cancelar las incapacidades, cuando han transcurrido más de 180 días, menos de 540 y se



## JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE NEIVA

tiene concepto desfavorable de rehabilitación por parte de la entidad prestadora del servicio de salud.

El Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia establece que la Acción de Tutela es el mecanismo o instrumento judicial que tiene a su alcance toda persona para petitionar ante los Jueces de la República, en todo momento y lugar, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares en los casos que define la Ley, en este caso, por el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela.

Tres (03) son los elementos que deben configurarse para la procedencia y prosperidad de la acción de tutela, a saber:

1. Que el derecho cuya protección se invoca tenga la categoría de FUNDAMENTAL, entre los cuales se encuentran, no solamente los que en forma taxativa enuncia nuestra Constitución Política en el capítulo I del título II, sino también aquellos cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos (artículos 2 y 3 del Decreto 2591 de 1991).
2. Que exista una VULNERACIÓN o una AMENAZA contra ese derecho fundamental.
3. Que tal vulneración o amenaza provenga de la ACCIÓN u OMISIÓN de una autoridad pública, como regla general, o de un particular, en casos excepcionales (artículos 5 y 42 del Decreto 2591 de 1991).

### NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

#### **T-909 de 2010:**

*“... la Corte ha reiterado que el no pago oportuno y completo de las incapacidades laborales puede ser objeto de tutela, siempre que afecte el mínimo vital del actor.*

*“El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales.*

*“Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”*

La actuación subsidiaria al mecanismo ordinario se fundamenta en dos situaciones a saber, la afectación inminente de derechos fundamentales, y lo efectivo del medio frente al agotamiento de las vías ordinarias azas ineficaces. Rememoró que en los eventos en que la acción u omisión invade prerrogativas de esa estirpe (fundamental), la acción de tutela procede no solo como mecanismo transitorio, sino definitivo.

La probanza de esa trasgresión del derecho al mínimo vital exige únicamente la afirmación que el accionante presente en ese sentido, cuando no es desvirtuada en el trámite. Para sustentar lo enunciado resulta oportuno evocar lo dicho en anterior pronunciamiento respecto de que:



## JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE NEIVA

*“Frente al caso específico de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia.*

*Cuando eso ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica **no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, puede conducir a que se trasgreden derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario. En ese contexto, es viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente.***

### **SENTENCIA T - 020 DE 2018:**

#### **Procedimiento y obligados al pago de incapacidades laborales, calificación de invalidez y reconocimiento de pensión cuando se trata de enfermedad de origen común. Reiteración de jurisprudencia**

El artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, establece lo siguiente:

*“En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante”.*

Por su parte, artículo 206 de la Ley 100 de 1993 dispone que:

*“**INCAPACIDADES.** Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto”*

Ahora bien, el parágrafo 1º del Artículo 40 del Decreto 1049 de 1999 dispone: *“Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados”.*

Esta Corte en sentencia T-333 de 2013, resumió las mentadas disposiciones para clarificar las entidades a quienes les corresponde cancelar el subsidio de incapacidad por enfermedad general hasta los 180 días, tal como se peticiona en esta acción de tutela, así:

*“ El primer referente normativo sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales ocasionadas por enfermedad no profesional se encuentra en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra el derecho del trabajador a obtener de su empleador un auxilio monetario hasta por 180 días, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores. Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dicha tarea quedó en manos de las entidades encargadas de asegurar las contingencias en materia de seguridad social. El artículo 206 dispuso que el régimen contributivo asumiría el reconocimiento de “las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes”, y autorizó a las EPS para subcontratar el cubrimiento de esos riesgos con compañías aseguradoras.*



## JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE NEIVA

*En esa dirección, y en concordancia con lo previsto en el Decreto 1049 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se ha entendido que el empleador es responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días<sup>(61)</sup> y que las EPS cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180, a menos que el empleador no haya afiliado a su trabajador al SGSSI o haya incurrido en mora en las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, en cuyo caso las incapacidades correrán por su cuenta.”.*

Por consiguiente, en las hipótesis reseñadas, de incapacidad por enfermedad general, el encargado de cubrirla por el primer período, menor a 3 días es el empleador. A partir de allí y hasta los 180 días, la responsable de cancelar ese monto es la respectiva Entidad Prestadora de Salud.

El procedimiento y la competencia para el pago de dichas incapacidades que sobrepasan los 180 días, en lo relacionado con la calificación de invalidez, esta Corporación en la sentencia T-401 de 2017 recapituló las reglas para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por enfermedad común, desde el día 1 hasta el día 540, así:

*“(i) Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.*

*(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las **EPS**.*

*(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. Subrayado nuestro*

*(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.*

*De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente”.*

En efecto, de conformidad con el citado proveído, el subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común que sobrepasen los 180 días iniciales, deben ser cancelados por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones, excepto si la EPS incumple con la obligación de emisión del concepto de rehabilitación en los términos atrás indicados. En esos casos la EPS asumirá dicho pago hasta tanto sea emitido el mencionado concepto.

La Administradora de Fondo de Pensiones, por regla general, pagará el mencionado subsidio, después del día 180 “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%”.

### **CASO CONCRETO:**

El accionante, pretende por esta vía se tutele sus derechos fundamentales invocados y en consecuencia se ordene a las entidades accionadas le reconozcan y cancelen las incapacidades a que tiene derecho en los periodos comprendidos entre el 02 de febrero de 2021, a 03 de marzo de 2021; 03 de marzo de 2021 a 01 de abril de 2021; 03 de abril a 14 de abril de 2021; 14 de abril a 13 de mayo de 2021, expedidos por el médico tratante.



## JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE NEIVA

La accionada PROTECCIÓN responde que es NUEVA EPS, la encargada de pagar las incapacidades de la tutelante, por cuanto no ha emitido el concepto de rehabilitación favorable, y la NUEVA EPS indica, como quiera que el concepto fue notificado a la entidad y han transcurrido más de 180 días es el fondo de pensiones a quien corresponde dicho pago..

Revisado el acervo probatorio, el despacho observa, que en efecto el accionante ha elevado solicitud a fin que se garantice su derecho fundamental y, así mismo se verifica en la contestación de la tutela por parte de PROTECCIÓN que no se puede endilgar responsabilidad por cuanto el concepto de rehabilitación emitido por la EPS fue desfavorable.

LA NUEVA EPS, indicó que el concepto de rehabilitación fue debidamente notificado al fondo de pensiones el 14 de septiembre de 2020, con lo cual se cumplen con los requisitos establecidos en la norma, tal dicho no fue desmentido por el fondo de pensiones.

En los anexos de la demanda se encuentran soportados las órdenes de incapacidad en favor del señor, ALVARO GONZALEZ CUBILLOS, las cuales no han sido canceladas según su propio dicho y las manifestaciones de las entidades accionadas en sus correspondientes declaraciones que fueron arrimadas al proceso, por tanto lo expresado por el actor goza de total credibilidad, pues también se verifican sendas peticiones elevadas por el accionante con ocasión a su solicitud, debatida en este trámite constitucional.

En este orden de ideas, resulta procedente que a través de la acción de tutela se protejan los derechos invocados por el señor ALVARO GONZALEZ CUBILLOS, pues es deber del Estado y de las entidades prestadores de salud y fondos de pensiones, según corresponda brindar el goce efectivo de las garantías reconocidas a los afiliados al sistema, sin que tengan que acarrear con trámites administrativos que en nada se compadecen con la prevalencia de derechos fundamentales de mayor rango, cuya naturaleza se sacrifica al pretenderse imponer formulismos que mancillan la esencia del derecho fundamental a la salud y a la seguridad social.



## JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE NEIVA

Por otro lado es contundente establecer cuál de los accionados está vulnerando los derechos fundamentales del accionante; es decir, a quien corresponde cancelar las incapacidades, de conformidad con el fundamento normativo y jurisprudencial reseñado. La Corte ha reiterado que el no pago oportuno y completo de las incapacidades laborales puede ser objeto de tutela, siempre que afecte el mínimo vital del actor y la probanza de esta trasgresión exige únicamente la afirmación del accionante, en ese sentido, cuando no es desvirtuada en el trámite, se da aplicación a la presunción de veracidad de los supuestos fácticos.

En este orden de ideas y frente a quien es la encargada de cancelar el debido pago de las incapacidades, se tiene como referencia la jurisprudencia enunciada en la parte normativa, donde indica que el procedimiento y la competencia para el pago de dichas incapacidades que sobrepasan los 180 días por enfermedad común, deben ser cancelados por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones, excepto si la EPS incumple con la obligación de emisión del concepto de rehabilitación en los términos indicados. En este caso la EPS asumirá dicho pago hasta tanto sea emitido el mencionado concepto.

En consecuencia, se tiene que LA NUEVA EPS, ha emitido concepto de rehabilitación, trasladando en efecto a la Administradora de Fondo de pensiones la cancelación de las incapacidades al accionante, y es que, como lo han indicado las entidades, (se reitera) la EPS sí emitió el concepto de rehabilitación, el cual fue desfavorable, no obstante, como ya se dijo del argumento esbozado en jurisprudencia constitucional, dicha situación no constituye un requisito para dejar de trasladar la responsabilidad al fondo de pensiones, máxime cuando se han cumplido con los demás presupuestos relacionados con los períodos de tiempo. Pues como se observó, la fecha de estructuración de la incapacidad tuvo lugar el 20 de febrero de 2020, habiendo transcurrido hasta la fecha más de 180 días y menos de 540 días. Por lo tanto se considera procedente la presente acción constitucional, por cuanto es menester tutelar los derechos invocados por la señora ALVARO GONZALEZ CUBILLOS, toda vez que estos no se encuentran garantizados.



## JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE NEIVA

En consecuencia, en aras de garantizar los principios de integralidad, universalidad y continuidad, se ordenará a AL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION. que dentro de las siguientes 48 horas deberá cancelar las incapacidades el 02 de febrero de 2021, a 03 de marzo de 2021; 03 de marzo de 2021 a 01 de abril de 2021; 03 de abril a 14 de abril de 2021; 14 de abril a 13 de mayo de 2021, tal y como se hayan descritas en las órdenes correspondientes.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Tercero de Familia de Neiva Huila, Administrando Justicia y por Autoridad de la Ley,

## RESUELVE

**PRIMERO. TUTELAR** los derechos fundamentales de salud, a la seguridad social, al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, al trabajo, al debido proceso del señor **ALVARO GONZALEZ CUBILLOS**, dentro de la presente acción de tutela instaurada contra **PROTECCIÓN FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS Y NUEVA E.P.S.**, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO.** Como consecuencia de lo anterior, se ORDENA A **PROTECCIÓN FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS** que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, ordene reconocer y pagar al señor **ALVARO GONZALEZ CUBILLOS**, las incapacidades medicas del 02 de febrero de 2021, a 03 de marzo de 2021; 03 de marzo de 2021 a 01 de abril de 2021; 03 de abril a 14 de abril de 2021; 14 de abril a 13 de mayo de 2021, tal y como se hayan descritas en las órdenes correspondientes.

**TERCERO. DESVINCULAR** de la presente acción constitucional a la Superintendencia de Salud.



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE NEIVA

**CUARTO: NOTIFICAR** el presente fallo a las partes intervinientes por el medio más expedito (Art. 30 del decreto 2451 de 1991).

**QUINTO. REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada (Art. 31 del Decreto 2351 de 1991).

**NOTIFIQUESE**

**SOL MARY ROSADO GALINDO**  
**Jueza**

Firmado Por:

**SOL MARY ROSADO GALINDO**  
**JUEZ**  
**JUZGADO 003 DE CIRCUITO FAMILIA DE LA CIUDAD DE NEIVA-HUILA**

Código de verificación: **da1d5758d7934de873e28852a4b730cb5383b445b2b7f5ab630fafe38e1da26c**

Documento generado en 20/05/2021 08:46:03 AM