REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLIVAR

JUZGADO PROMISCUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO
TURBACO-BOLIVAR

Acción de Tutela
Asunto Fallo de Segunda Instancia
ACCIONANTE: **EFRAÍN JOSÉ NÁRVAEZ VILLAMIL**
APODERADO: **WALTER JUNIOR MÁRQUEZ ARIZA**
ACCIONADOS: **Empresa JOSÉ GABRIEL SIERRA SOLANO y ARL POSITIVA**.
JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA: **JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE MARÍA LA BAJA, BOLÍVAR**RADICACIÓN: 13442-40-89-001-2021-00025-01
RADICACIÓN INTERNA No.13836-31-84-001-2021-00030-01
Fecha Treinta y uno (31) de Mayo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO

El Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Turbaco (Bolívar), en segunda instancia, procede a desatar la alzada ante el recurso de Impugnación presentado por el el apoderado judicial del accionante, doctor **WALTER JUNIOR MÁRQUEZ ARIZA**, y el el accionado **JOSE GABRIEL SIERRA SOLANO** contra la sentencia de Tutela de fecha cuatro (04) de marzo de dos mil veintiuno (2021). proferida por el **Juzgado Promiscuo Municipal de Maria la Baja** (Bolívar).

ANTECEDENTES

ACCIONANTE: **EFRAÍN JOSÉ NÁRVAEZ VILLAMIL**
APODERADO: **WALTER JUNIOR MÁRQUEZ ARIZA**
ACCIONADOS: **Empresa JOSÉ GABRIEL SIERRA SOLANO y ARL POSITIVA**.
JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA: **JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE MARÍA LA BAJA, BOLÍVAR**RADICACIÓN: 13442-40-89-001-2021-00025-01
RADICACIÓN INTERNA No.13836-31-84-001-2021-00030-01

El accionante EFRAÍN JOSÉ NARVÁEZ VILLAMIL, quien actúa a través de apoderado judicial, contra la empresa JOSÉ GABRIEL SIERRA SOLANO, identificada con el NIT 9094931, representada legalmente por el señor JOSÉ GABRIEL SIERRA SOLANO y contra POSITIVA ARL, identificada con el NIT 860011153-6, presenta la acciona de Tutela por la presunta vulneración a sus derechos constitucionales fundamentales a la SEGURIDAD SOCIAL, MÍNIMO VITAL Y VIDA EN CONDICIONES DIGNAS.

PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Promiscuo Municipal de María La Baja Bolívar, a través de sentencia de fecha cuatro (04) de marzo del año dos mil veintiuno (2021)**,** concedió el amparo de los derechos Fundamentales a SEGURIDAD SOCIAL, MÍNIMO VITAL y VIDA EN CONDICIONES DIGNAS, en favor EFRAIN JOSE NARVAEZ VILLAMIL vulnerados por parte de JOSE GABRIEL SIERRA SOLANO

Ordeno a JOSE GABRIEL SIERRA SOLANO, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, efectúe el pago de los saldos insolutos por concepto de licencia que por incapacidad generados al actor, de conformidad con las operaciones aritméticas indicadas, y de la misma manera proceda a realizar el pago oportuno de las incapacidades que a futuro se generen por causa de la misma afectación al accionante.

Se ordeno desvincular a la empresa **A LA ARL POSITIVA**

Los motivos de la desvinculación se fundaron en la ausencia de prueba que demostrara la vulneración de derecho.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN. –

El Dr. WALTER JUNIOR MÁRQUEZ ARIZA solicita MODIFICAR el fallo de tutela de primera instancia. ORDENAR al señor JOSÉ GABRIEL SIERRA SOLANO pagar las incapacidades por valor de $952.215. Argumenta; "***PRIMERO:*** *No estoy de acuerdo con la ilustración de pagos que realizo usted Señor Juez, ya que en el valor liquidado usted hizo una sumatoria total por el valor de $4.089.975, lo cual no concuerda con la tabla de incapacidades que anexo la ARL Positiva, la cual arroja unas incapacidades por valor de $4.830.401.* ***SEGUNDO:*** *En cuanto a la incapacidad No. 2644235-1 por valor de $740.426, manifiesta usted que la misma ya se canceló en la nómina del mes de julio del 2020, lo cual no es cierto, ya que en el pago de usted reconoció por nomina por valor de $1.211.367 y que acarreo a la incapacidad No. 2478069-1 ya estaba incluida la nómina del mes de julio, por lo tanto, no se puede reconocer un solo pago a dos incapacidades diferentes.* ***TERCERO:*** *Así mismo señor juez y para más claridad en la tabla de incapacidades aportada por a ARL Positiva, se describe explícitamente que la incapacidad No. 2644235-1 solo fue consignada hasta el 18 de diciembre de 2020.* ***CUARTO:*** *Por lo tanto, Honorable Juez el saldo pendiente por pagar por parte del Accionado es de $952.215, valor que surge de la sumatoria de los $211.789 que manifestó usted que faltaban por pagar y los $740.426 correspondientes a la incapacidad No. 2644235.*

La parte accionada JOSE GABRIEL SIERRA SOLANO presento Impugnación

La impugnación lleva consigo que se revoque en su integridad el fallo en cita y se dicte el que constitucionalmente corresponde y su ves que corresponda a derecho. Argumentos de la impugnación.

1. *Habrá de inferirse sin hacer esfuerzo alguno que el operador constitucional conoce constitución y la ley, en ultimas conoce el derecho (IURA NUVIT CURIA).*
2. *No puede pasar por el alto el despacho que los trabajadores aun en estado de incapacidad les corresponden unas a cargas económicas y porcentuales de aportes a PENSION (A.F.P) y E.P.S,*
3. *Que el operador constitucional deberá valorar el, material probatorio que se le allega, como en efecto lo hizo en suscrito de forma objetiva, en tanto que lamentamos en este asunto, que su señoría haya omitido esos. Amen de que su tarea es la búsqueda de la verdad para soportar decisiones judiciales con calidad.*

En el fallo que ahora se censura su señoría: ordeno pagar al actor la suma de: 211.789.00 y llega a esa conclusión porque desatiende que tales valores corresponde a los aportes o cargas económicas que orbitan en cabeza del accionante, de modo tal que con fundamento en el cuadro que se le allega y las documentales militantes en el informativo se tiene que el valor a deducir a las incapacidades es la suma 297.280.00 un mayor valor al que usted aterrizo desatendiendo que tales valores son las deducciones al actor de SALUD Y PENSION

CONSIDERACIONES

De conformidad con la preceptiva el Decreto 1382 del 12 de julio de 2000; y a lo dispuesto por la Corte Constitucional en auto numero 124 de marzo 25 de 2009 M.P. Humberto Sierra Porto. Auto 198 mayo 28 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas, Circular PSAC09-029 del Consejo Superior de la Judicatura, este despacho es competente para pronunciarse sobre la presente impugnación.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados

por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la tutela se utilice

como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

Atendiendo que la Acción de Tutela es una acción pública de constitucionalidad de carácter preferente y sumario, y solo procede en ausencia de otros mecanismos de defensa judicial. Considerado un mecanismo subsidiario o accesorio. Ahora bien para que la acción de tutela sea procedente se requiere el cumplimiento de los presupuestos procesales;

- Que se trate de un derecho Constitucional Fundamental.
- Que ese derecho sea vulnerado o amenazado y
- Que no haya otro medio de defensa judicial.

Además de lo anterior se requiere de tres condiciones; 1) La existencia de una acción u omisión, 2) La existencia de una violación a un derecho constitucional fundamental y 3) La existencia de una relación de causalidad entre la amenaza o violación y la acción u omisión. Debe tenerse en cuenta también que la vulneración o amenaza del derecho para proceda la acción de tutela debe ser cierto y de magnitud.

PROBLEMA JURÍDICO.- En la presente acción de tutela corresponde al despacho establecer la procedencia de la acción para obtener la protección del derecho constitucional **al mínimo vital en conexidad con el derecho a una vida digna y a la seguridad Social** por el no pago del subsidio de incapacidad por parte del accionado **JOSE GABRIEL SIERRA SOLANO y ARL POSITIVA. Si del pago de las incapacidades por parte de la ARL debe deducirse por parte del empleador el aporte a Salud y Pensión.**

PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.-

La Corte Constitucional en sentencia **Corte Constitucional Sentencia T-246/18** Magistrado Sustanciador: **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO expreso;** "Teniendo en cuenta que el problema jurídico planteado aborda una materia que ha sido ampliamente reiterada por la jurisprudencia constitucional, la Sala procederá a motivar brevemente esta providencia, en aplicación de lo previsto en el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991[1]. **En efecto se reiterará doctrina constitucional referente a los siguientes** temas: **(i) procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el pago de prestaciones económicas - aplicado en cada acción de tutela *sub examine***; (ii) **régimen normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud - entidades responsables de efectuar el pago; y, finalmente, con base en lo anterior, se resolverán de fondo los** (iii) casos concretos.

1. Procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de una prestación económica – Expediente T-6.577.261 de Ana Judith Culma Ramírez contra la Nueva EPS y Colpensiones

El artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con lo previsto en los artículos 1, 5, 6, 8, 10 y 42 del Decreto 2591 de 1991, dispone los elementos que el operador jurídico debe observar con el fin de determinar la procedencia de la acción de tutela, entendiendo que estos son: (i) la legitimación en la causa (activa y pasiva); (ii) la inmediatez; y (iii) la subsidiariedad.

1.1. Legitimación por activa

Según el artículo 86 de la referida disposición superior, la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario, al que puede acudir cualquier persona cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por los particulares en los casos señalados en la ley. Conservando el sentido de este mandato constitucional,

[1] Decreto 2591 de 1991, Art.35: "Las decisiones de revisión que revoquen o modifiquen el fallo, unifiquen la jurisprudencia constitucional o aclaren el alcance general de las normas constitucionales deberán ser motivadas. Las demás podrán ser brevemente justificadas."

el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, "*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*", precisa lo siguiente:

> "*La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier 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*"

Con base en las referidas disposiciones, la Sala concluye que la acción de tutela que se revisa, cumple con el requisito de la legitimación en la causa por activa, en la medida en que la accionante Ana Judith Culma Ramírez presentó la acción de amparo en nombre propio como presunta afectada en sus derechos fundamentales.

1.2. Legitimación por pasiva

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva en la acción de tutela, los artículos 5°, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991, prevén que esta se puede promover contra todas las autoridades públicas y, también, contra los particulares que estén encargados de la prestación de un servicio público, o, respecto de quienes el solicitante se halle en situación de subordinación e indefensión.

Bajo esta premisa, considera la Sala que la acción de tutela bajo revisión cumple con este requisito, en cuanto va dirigida contra: *i)* la Nueva EPS, entidad encargada de la prestación de un servicio público, como lo es, la salud[2], y *ii)* Colpensiones, quien administra los recursos propios del régimen pensional.

Adicionalmente, la accionada está legitimada en razón a que a ella se le atribuye la afectación de los derechos fundamentales cuya protección se reclama.

1.3. Subsidiariedad

En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política[3], el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 y la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la materia, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario. Por lo anterior, solo procede como mecanismo de protección definitivo *(i)* cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; o *(ii)* cuando existiendo, ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales invocados, a la luz de las circunstancias del caso concreto. Además, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, el accionante deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela[4] y la protección se extenderá hasta tanto se produzca una decisión definitiva por parte del juez ordinario.

La Corporación ha sostenido, que el medio de defensa judicial resulta ser **idóneo** cuando es materialmente *apto* para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y **efectivo**, cuando está diseñado para brindar una protección *oportuna* a los derechos amenazados o vulnerados[5].

De acuerdo con el sistema normativo colombiano, los recursos ordinarios aptos para ventilar las pretensiones de índole económico, específicamente las tendientes a obtener el pago del subsidio de incapacidades laborales son, la solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, en virtud de su función jurisdiccional, o en su defecto, la acción laboral ante el juez natural de la jurisdicción ordinaria.

El primer recurso se activa ante la Superintendencia Nacional de Salud, en razón a la función jurisdiccional a ella conferida por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado y modificado por el

---

[2] Constitución Política, art. 48: *"Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley (...)".*

[3] Constitución Política, art.86: *"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".*

[4] D.2591/91, Art. 8.

[5] T-211 de 2009, T-222 de 2014, SU-961 de 1999.

artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, en concordancia con el artículo 116 de la Constitución Política[6], con el fin de garantizar el derecho a la salud de manera efectiva a los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. De acuerdo con las referidas disposiciones, la Superintendencia Nacional de Salud puede conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez en determinados asuntos, siendo uno de ellos el *"conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador"*.

De conformidad con las disposiciones señaladas, el procedimiento para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia: *i)* es *"preferente y sumario"*, *ii)* se debe llevar a cabo *"con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción"*, y *iii)* reviste de las siguientes características: (a) inicia con una solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, en la cual se debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante; (b) la solicitud misma y su presentación no requiere de ninguna formalidad o autenticación, ni es necesario actuar mediante apoderado; (c) puede ser presentada mediante memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual la ley establece que se gozará de franquicia; (d) en el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalece la informalidad y la Superintendencia debe ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes para lograr la efectiva protección del usuario; (e) dentro de los diez (10) días siguientes a la solicitud, la Superintendencia dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento; y *iv)* dentro de los tres días siguientes a su notificación, el fallo podrá ser impugnado.

Y aunque el legislador no reguló el término en el que se debe resolver la segunda instancia, no se descarta per se la idoneidad del mecanismo, ya que goza de prerrogativas de prevalencia y brevedad, tal y como se señaló en la sentencia T-603 de 2015:

> *"A pesar de que el legislador no precisó el término en el que las Salas Laborales de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial deben resolver el recurso de apelación formulado en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud, también puede predicarse la celeridad de la segunda instancia, dado el carácter* ***prevalente*** *y* ***sumario*** *que se le otorgó al mecanismo y la especialidad de los jueces, pues son conocedores del tipo de circunstancias y prerrogativas que envuelven estas controversias y de la necesidad de una decisión oportuna."*

En síntesis, en principio el mecanismo resultaría idóneo y efectivo para amparar los derechos solicitados.

De igual manera, tratándose de solicitudes que buscan el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, la Corte Constitucional de manera reiterada, ha sido enfática en disponer que las acciones ante la jurisdicción ordinaria también constituyen mecanismos idóneos para su amparo[7].

Sin embargo, la Corporación excepcionalmente ha permitido la procedencia de la acción de tutela, atendiendo a las circunstancias especiales y a la situación de cada individuo, que hace que la intervención del juez constitucional se haga necesaria e inminente.

Así, en diferentes pronunciamientos de la Corporación, con el fin de determinar la procedencia de la acción de amparo cuando media este tipo de pretensiones, se han ponderado aspectos como la edad del presunto afectado (menor de edad, adulto mayor), la situación económica, el estado de salud del solicitante y de su familia, el grado de afectación que tendrían sus derechos fundamentales ante la falta de pago de la prestación económica solicitada (mínimo vital), así como la actividad administrativa adelantada para obtener la protección de sus derechos.

A modo de ejemplo, la Corte se ocupó de un caso en el que una persona reclamaba el pago de unas incapacidades médicas de origen común y revisó la procedencia de la acción de tutela en los siguientes términos:

> *"Así las cosas, esta Corporación ha procedido a ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela, cuando se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador, en la medida en que dicha prestación constituya la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades personales y familiares, ello sobre la base de que los mecanismos ordinarios instituidos para el efecto, no son lo*

---

[6] Constitución Política; art.116: *"Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos"*.

[7] T-155 de 2010, T-008 de 2014, T-401 de 2017.

- *suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza*[8]"

En otros términos, las discusiones que versan sobre el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, como son los subsidios de incapacidad, deben ser controvertidas en principio en el natural espacio de debate de la jurisdicción laboral o contencioso administrativa, o ante la Superintendencia Nacional de Salud, según el caso, y sólo de manera excepcional a través de la acción de tutela, siempre y cuando, el medio de defensa judicial previsto en el ordenamiento jurídico, apreciado en concreto, no resulte eficaz para la protección del derecho fundamental invocado – como el mínimo vital-, y que las circunstancias específicas del caso hagan necesaria la intervención del juez de tutela.

Lo anterior, en razón a que el pago de incapacidades a una persona que sufre una afectación en su salud, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho fundamental *(i)* a la salud "*en la medida que permite al afiliado disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que en estricto sentido no exista prestación de servicio, circunstancia que contribuirá a la recuperación satisfactoria de su estado de salud, puesto que le permite seguir con el tratamiento prescrito por el médico tratante y guardar el reposo requerido para su óptima recuperación*" y *(ii)* el derecho al mínimo vital, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, "*por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar*"[9].

Con base en lo expuesto, pasa la Sala a verificar el cumplimiento del requisito de subsidiaridad en el caso *sub examine*.

La acción de tutela con referencia T-6.577.261, cuestiona el no pago de las incapacidades que superan los 540 días por parte de la Nueva EPS. Por esto, en principio, dicha reclamación quedaría comprendida dentro de las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, en virtud de lo dispuesto en el literal b) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

Sin embargo, con todo, recuerda la Sala que en este caso, la acción de tutela la presenta una mujer de 56 años, que tiene afectaciones y padecimientos en su salud, que le generan dolor lumbar persistente como lo evidencian las pruebas aportadas al proceso, y que por ende, no se encuentra en capacidad de retomar sus actividades laborales en aras de obtener un ingreso que le permita cubrir sus necesidades y la obligación hipotecaria que recae sobre su vivienda. La accionante requiere del pago de las referidas incapacidades para ver incólume su derecho al mínimo vital, toda vez que, aunque cuenta con el apoyo de su esposo, de acuerdo con el análisis de gastos mensuales presentado ante esta Sala, no resulta ser suficiente para cubrir sus necesidades básicas.

Así, la unicidad de su fuente de ingresos y el monto devengado, implican en los términos previamente expuestos, que la ausencia y la dilación de los pagos que la accionante reclama, la sitúa en una circunstancia de vulnerabilidad que se agrava ante su estado de salud. Por lo cual, esta Sala estima que la idoneidad y la eficacia del medio judicial ordinario es, en este caso en particular, inocua, más aún cuando de ello también se deriva que existe una amenaza grave sobre su mínimo vital y el de su familia, que para ser conjurada requiere de medidas urgentes.

En consecuencia, esta Sala de Revisión estima que la acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad, pues pese a la existencia de una vía judicial ordinaria para efectuar este reclamo, la misma no resulta idónea.

1.4. Inmediatez

La finalidad de la acción de tutela es garantizar una protección efectiva, actual y expedita frente a la transgresión o amenaza inminente de un derecho fundamental, motivo por el cual, entre la ocurrencia de los hechos en que se funde la pretensión y la presentación de la demanda, debe haber trascurrido un lapso razonable. En el evento en que no se cumpla con el requisito de inmediatez, se puede causar inseguridad jurídica frente a situaciones ya consolidadas, con lo que, a su vez, se puede afectar a terceros sobre los cuales recaiga la decisión e incluso el juez constitucional podría estar acolitando una conducta negligente de quienes se consideran afectados en sus derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, con relación a la acción de tutela de referencia T-6.577.261, es de precisar que se cumple con este requisito, si tenemos en cuenta que transcurrieron menos de dos (2) meses a partir de la fecha de la primera incapacidad dejada de pagar por la

[8] T-920 de 2009 y T-140 de 2016.
[9] T-772 de 2007, T-548 de 2012, T-4901 de 2015, T-200 de 2017.

accionada[10] - según afirmación que hiciere la accionante en su escrito de tutela-, hasta la fecha de presentación de esta acción de amparo[11].

2. Régimen normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud - Entidades responsables de efectuar el pago. Reiteración de jurisprudencia

De acuerdo con el artículo 49 del Estatuto Superior, el Estado colombiano *"garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud"*, y con fundamento en este precepto constitucional, se ha instituido dentro del régimen del Sistema General de Seguridad Social el reconocimiento y pago de las incapacidades, bien sean por enfermedad común, o por enfermedad profesional.

Esto, con la finalidad de soportar al afiliado durante el tiempo en que su capacidad laboral se ve mermada, en virtud del principio de solidaridad que rige el Sistema General de Seguridad Social. Así, el reconocimiento y pago de las incapacidades fueron atribuidas a los distintos agentes del sistema, dependiendo del origen de la enfermedad o accidente (común o profesional), y de la persistencia de la afectación de la salud del afiliado, en el tiempo.

Entonces, en primer lugar, de acuerdo con el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013[12], las Administradoras de Riesgos Laborales son 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 surte, 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"*[13].

En segundo término, tratándose de enfermedades o accidentes de origen común, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad[14] radica en diferentes actores del sistema dependiendo de la prolongación de la misma, de la siguiente manera:

Conforme **al artículo 1° del Decreto 2943 de 2013,** que modificó **el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999**, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador.

A su vez, en concordancia con el **artículo 142 del Decreto 019 de 2012[15],** el pago de las incapacidades expedidas d**el día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud**, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador[16].

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten **y superan el día 181**. Al respecto, si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación[17], esta Corporación ha sido enfática en afirmar que **el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones** a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación[18].

Ahora, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación – sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión del mismo a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que **la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días**. En tal sentido, **asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención**.

---

[10] Certificado de incapacidad obrante a folio 5, correspondiente al periodo 22 de julio de 2017 a 04 de agosto de 2017.
[11] Según acta individual de reparto, la acción de tutela fue radicada el 12 de septiembre de 2017.
[12] El artículo 1° del Decreto 2943 de 2013 modifica el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.
[13] T-490 de 2015.
[14] 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 si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, o subsidio de incapacidad si se trata del día 181 en adelante.
[15] El artículo 142 del Decreto 019 de 2012, modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, previamente modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005.
[16] Decreto-Ley 019 de 2012, art.121.
[17] Decreto Ley 019 de 2012, art.142, inciso quinto.
[18] Ver entre otras, las sentencias T-097 de 2015, T-698 de 2014, T-333 de 2013, T-485 de 2010 y T-401 de 2017.

Así mismo, de acuerdo con la norma citada, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral ***"hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180*** *de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS"*[19]. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador[20]. Contrario sensu, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. En todo caso, los subsidios por incapacidades **del día 181 al día 540**, **están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones**, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.

En este punto, como resultado del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, es posible *i)* que se determine una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%[21], evento en el cual, el trabajador puede optar por la pensión de invalidez a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado, o *ii)* que se fije una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%, situación en la que *"el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello"*[22]. En otras palabras, en este último evento, 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**[23]**.**

No obstante, lo anterior, es factible que a pesar de haberse dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%, el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, superando los 540 días, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez. Es decir, no resulta posible su reintegro al cargo, debido a la misma incapacidad del trabajador para reincorporarse a sus funciones.

Al respecto, es preciso recordar que el Sistema General de Seguridad Social no previó esta situación dentro de su marco normativo y por tanto, **los asegurados** incursos en estas circunstancias, antes de la promulgación de la **Ley 1753 de 2015**[24] –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, se encontraban sumidos en desprotección legal como consecuencia **de la ausencia de claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad cuando los mismos superaban los 540 días.** Sin embargo, el vacío legal que adolecía el Sistema General de Seguridad Social fue efectivamente superado con la ley en comento, al determinar que el pago de las **incapacidades superiores a los 540 días** debían asumirse por las entidades promotoras de salud (EPS) y que como mecanismo para reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado y propender oportunamente la reincorporación del asegurado a sus funciones laborales, el Gobierno Nacional tenía la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad.

En efecto, el **artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, indicó:**

> *"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."* (Resaltado de la Sala)

---

[19] T-419 de 2015
[20] Decreto-Ley 019 de 2012, art.142.
[21] Ley 100 de 1993, art.38: *"se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral".*
[22] T-401 de 2017
[23] El artículo 26 de la Ley 361 de 1997 fue modificado por el artículo 137 del Decreto 019 de 2012, el cual fue declarado inexequible en la Sentencia C-744 de 2012 por el cargo de exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias.
[24] La Ley 1753 de 2015 entró en vigencia a partir del 9 de junio del mismo año.

De la norma transcrita se advierte *i)* que el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, y *ii)* que las EPS pueden perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto en los términos del artículo **67 de la Ley 1753 de 2015** ante la *entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en* ***Salud*****, que asumió funciones a partir del 1° de agosto de 2017, según lo prescrito en el artículo 1° del Decreto 546 de 2017**[25]**.** En otras palabras, las EPS sólo están asumiendo una carga administrativa en el reconocimiento y pago de dichas incapacidades, ya que la ley es clara al señalar que quien en últimas terminará asumiendo la obligación es el Estado, en cabeza de la entidad creada a través **del artículo 66 de la Ley 1753 de 2015,** que le pagará a las EPS los dineros cancelados por dicho concepto.

Adicionalmente, es oportuno aclarar que de ninguna manera puede entenderse que el pago de los subsidios por incapacidad al asegurado se encuentra sujeto a condición alguna, toda vez que conforme al texto normativo trascrito, lo que quedó en suspenso, fue la reglamentación del procedimiento de revisión periódica de incapacidad por parte de las EPS, entre otros asuntos, y no el cumplimiento del deber de pagar los subsidios por incapacidades. Por tanto, desde la entrada en vigencia de **la Ley 1753 de 2015**[26]**, el** pago del subsidio por incapacidades que superan el día 540, quedó a cargo de las EPS y desde entonces, tienen el deber de sufragar los valores por dicho concepto a favor del asegurado.

Igualmente, conviene elucidar y reiterar, que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común **que superen los 540 días** (que, se reitera, está a cargo de las EPS) tampoco se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada[27].

Sobre la base de lo expuesto, el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común, está previsto de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012
Día 181 hasta el 540	Fondo de Pensiones	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012
Día 541 en adelante	E.P.S	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

El Juzgado Promiscuo Municipal de María la Baja al conceder el amparo al accionante ordeno al accionado el pago de los saldos insolutos por concepto de licencia que por incapacidad generados al actor, de conformidad con las operaciones aritméticas indicadas en la parte motiva del referido proveído. La parte accionante en la argumentación de la Impugnación expresa que existe un error en la operación aritmética por cuanto el saldo **es la suma de $952.215. Por parte el accionado manifiesta en el escrito de impugnación que en la sentencia se** ordeno pagar al actor la suma d: $211.789.00 asevera el accionante que el juzgador de primera instancia llego a esa conclusión porque desatendió que tales valores corresponde a los **aportes** o cargas económicas que orbitan en cabeza del accionante, de modo tal que con fundamento en el cuadro que se le allega y las documentales militantes en el informativo se tiene que el valor a deducir a las incapacidades es la suma $297.280.00 un mayor valor al que usted aterrizo desatendiendo que tales valores son las deducciones al actor de SALUD Y PENSION.

En este orden debe establecerse que las ccotizaciones a seguridad social en incapacidades de origen laboral, el reconocimiento de la incapacidad no la hace la EPS sino la ARL, y las reglas aplicables a las cotizaciones a seguridad social conforme el **inciso tercero del artículo 3.2.1.10 del decreto 780 de 2016** Serán de cargo de la respectiva Administradora de Riesgos Laborales (ARL), el valor de los aportes para los

[25] Por el cual se modificó el artículo 21 del Decreto 1429 de 2016, "*Por el cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES- y se dictan otras disposiciones*".
[26] Ley 1753 de 2015 entró en vigencia a partir del 9 de junio de 2015.
[27] Ver, entre otras, las sentencias T-693 de 2017 y T-401 de 2017.

Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones que se causen durante los períodos de incapacidad originados por una enfermedad o accidente de carácter laboral, en la parte que de ordinario correspondería al aportante con trabajadores dependientes. En este evento, la ARL descontará del valor de la incapacidad el monto correspondiente a la cotización del trabajador dependiente.

Las cotizaciones a salud y pensión correspondientes al empleador están a cargo de la ARL, y las que corresponden al trabajador siguen a cargo de este, valor que es descontado de la incapacidad respectiva.

Los aportes los sigue pagando el empleador por medio de la PILA, pues es el quien tiene afiliado al trabajador y no la ARL; lo que hace la ARL es reconocer al empleador lo que este haya pagado por salud y pensión durante el periodo de incapacidad.

Si se trata de una incapacidad de origen laboral, **el empleador no es quien debe cotizar el 75%, ya que está obligación se le traslada a la ARL** y el 25% restante será asumido por el trabajador, de conformidad con lo expuesto por el Ministerio de Trabajo; *"Durante los periodos de incapacidad derivada de accidente de trabajo o enfermedad de origen profesional, el trabajador debe permanecer afiliado al SGSS en Salud y Pensiones, y por ello se deben efectuar los aporte correspondiente.*

Para ello, la ARL se encuentra obligada a asumir el porcentaje que habitualmente cancela el empleador, es decir el 75% del valor total del aporte a dichos sistemas, y el trabajador asumirá, el cual corresponde al 4% del IBC para cada sistema. Es decir, un total del 8% del IBC, de conformidad con lo establecido en los artículos 20 de la Ley 100 de 1993 (y sus modificaciones) que para el caso en particular se equipara con el valor del auxilio o subsidio económico por incapacidad."

El accionado en su informe allego los siguientes documentos:

1. Copia de citación dirigida al accionante EFRAIN JOSE NARVAEZ VILLAMIL, de fecha 22 de diciembre de 2020, para que se presentara el 18 de enero de 2021 a las 9:00 a.m., en la finca FuenteYmbro, a fin de que explicara los motivos por los cuales no se presentó a trabajar, durante los días 10, 11 y 12 de octubre de 2020, y del 18 de noviembre de 2020 hasta la fecha de la convocatoria. 2. Copia de las guías de la empresa Servientrega No. 9125749348 y No. 9125749349 de fecha 23 de diciembre, cuyo destinatario es Efraín José Narváez Villamil, para ser entregada en el barrio primero de mayo calle 17 casa 2270, en Barrancas – La Guajira. 3. Constancia pago de incapacidad 2478069-1 contiene copia de pagos de nómina de las quincenas del 16 al 30 de junio y 1 al 15 de julio de 2020, con las cuales se canceló en total la suma de $807.578 con dos pagos realizados por $ 403.789,38 cada uno, recibida por el accionante. 4. Constancia pago de incapacidad 2509421-1, contiene copia de pagos nómina de las quincenas del 16 al 30 de julio de 2020, 1 al 15 de agosto de 2020 y 16 al 31 de agosto de 2020, cada una por valor de $403.789, que suman un total de $1.211.367. 5. Constancia pago de incapacidad 2606098-1, contiene copia de pagos nómina de las quincenas comprendidas del 16 al 31 de agosto de 2020, 1 al 15 de septiembre y 16 al 30 de septiembre, dos por valor de $403.789,38, y una por transferencia web a través de EFECTY, por valor de $404.000, que suman en total $1.211.578 6. Constancia pago de incapacidad 2635150-1, por valor de $1.157.530, efectuada a través de SUPER GIROS. 7. Constancia pago de incapacidad 2638962-1, efectuado a través de SUPER GIROS, de fecha 23 de octubre de 2020, por valor de $297.500.

Reporte de incapacidades temporales liquidadas,
en la cual se registra el pago de las incapacidades con numero anexa por la accionada:

1. 2478069-1, por valor de $528.877
2. 2509421-1, por valor de $1.057.752
3. 2606098-1, por valor de $1.057.752
4. 2635150-1, por valor de $1.057.752
5. 2638962-1, por valor de $387.842
6. 2644235-1, por valor de $740.426.

Revisada las argumentaciones de la partes y la liquidación sobre el asunto aportada con la impugnación, es preciso señalar de acuerdo a las normas que rigen la materia de la

incapacidades derivadas de riesgo laborales que le asiste razón al accionado, al manifestar que no le adeuda suma alguna al accionante, toda vez que efectivamente el a quo no tuvo en cuenta lo señalado en la ley que le permite al empleador hacer las deducciones del pago ordenado por la ley en el monto correspondiente para salud y pensión aún tratándose de pago de incapacidad por riesgo laboral; por lo que al realizar las deducciones correspondiente del valor que indico el a quo debía pagar el Accionado, este no se percato de la obligación que tiene el empleador de contribuir con el pago de las cotizaciones para el pago de la seguridad social en salud y pensión, tal como lo hizo el accionado.

El Valor deducido al trabajador a Salud y Pensión, por concepto de aporte a Salud del 4% por aporte del trabajador y aporte pensión 4% por trabajador en la suma total de Doscientos noventa y siete mil doscientos ochenta pesos ($297.280) se encuentra ajustado a lo regulado en la ley.

En relación a esta situación la corte en sentencia T-722 DE 2003 expreso: "***Improcedencia de la acción de tutela por la carencia actual de objeto" (..) 5. En*** *este orden, ha distinguido la Corte al menos dos hipótesis. Cuando el supuesto de hecho que da origen al proceso de tutela cesa, desaparece o se supera (i) antes de iniciarse el proceso ante los jueces de instancia o en el transcurso del mismo (ii) estando en curso el proceso de revisión ante la Corte Constitucional. En el primer evento, la Sala de revisión no puede exigir de los jueces de instancia un proceder diferente y ha de orientarse, en consecuencia, a confirmar el fallo revisado "quedando a salvo la posibilidad de que en ejercicio de su competencia y con el propósito de cumplir con los fines primordiales de la jurisprudencia de esta Corte, realice un examen y una declaración adicional relacionada con la materia".*

Por lo anterior este despacho procederá a revocar la sentencia de fecha cuatro **(04) de marzo del año dos mil veintiuno (2021)**, dictada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Turbaco (Bolívar), por configurase hecho superado al estar probado el pago de la incapacidades en el tramite de la acción de Tutela de primera instancia.

En consecuencia, el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Turbaco Bolívar administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Revocar la sentencia de fecha cuatro (04) de marzo de dos mil veintiuno (2021), dictada por el Juzgado Promiscuo Municipal de María La Baja (Bolívar).

SEGUNDO: Declarar la improcedencia de la acción de Tutela por carencia actual de objeto ante hecho superado.

TERCERO: En los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, Notifíquese esta Providencia en forma telegráfica o por cualquier medio expedito.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MONICA DEL CARMEN GOMEZ CORONEL
Juez Promiscuo de Familia del Circuito de Turbaco (Bolívar)