REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO CUARENTA LABORAL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C, nueve (09) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

I-. OBJETO DE DECISIÓN

Procede el juzgado a tomar decisión en relación con el problema jurídico planteado por la presunta vulneración a los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas vulnerados por las accionadas.

II-. ANTECEDENTES

1.- De la tutela

La accionante, fundamenta la acción de tutela en los siguientes hechos:

-. Indica que, nació el 21 de abril de 1973, por lo que actualmente cuenta con 50 años de edad.

-. Que actualmente se encuentra vinculada con contrato de trabajo en la empresa GLOBAL OPERADORA HOTELERA SAS y estaba trabajando en el HOTEL MOVITH BUROT 26, en el cargo de aseadora.

-. Que desde el mes de julio de 2021 fue diagnosticada con ESPONDILOLISTESIS, además de presentar otras patologías, tal y como se puede observar en la historia clínica, por las cuales ha sido constantemente incapacitada y reubicada dentro de la empresa.

-. Que ha venido siendo constantemente incapacitada sin interrupción desde el 20 de mayo de 2023.

-. Ante esta situación presentó las incapacidades correspondientes a la empresa, e hizo la reclamación para el pago de las mismas a la EPS, al fondo de pensiones y a la fecha ninguna institución le ha hecho el pago de las mismas.

-. En la actualidad vive con su esposo quien por su edad y estado de salud hace varios años no puede trabajar, situación por la cual la falta de pago de estos derechos adquiridos ha hecho que la calidad de vida de ella y su núcleo familiar se vea afectada, por lo que en este momento no cuentan con el mínimo vital para solventar los gastos del hogar.

Por lo narrado anteriormente, solicita se tutelen los derechos invocados y en consecuencia de lo anterior, se ordene a NUEVA EPS, AFP PROTECCION S.A.,

GLOBAL OPERADORA HOTELERA S.A.S. y SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA ARL, el pago inmediato de las incapacidades adeudadas desde el 20 de mayo de 2023.

2.- Admisión y respuesta de la entidad accionada.

La acción de tutela fue admitida mediante auto del 21 de marzo de 2024 *(archivo 06 del expediente electrónico).*

2.1.- Respuesta de Nueva EPS

La accionada allegó respuesta, en los siguientes términos:

Una vez revisada la base la base de afiliados de Nueva EPS, se evidencia que la accionante se encuentra en estado activo en el régimen contributivo, que han procedido a dar traslado de las pretensiones al área encargada para que realicen el estudio del caso y gestionen lo pertinente en aras de garantizar el derecho fundamental del afiliado.

Que es claro que la intención de la accionante se dirige a dirimir una controversia de tipo económico, el cual no es uno de los fines de la Acción de Tutela, en ningún caso se debe interponer esta para controvertir sobre derechos que tengan un contenido económico.

Manifiesta que, los pagos de incapacidades y prórrogas son asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, dependiendo de la prolongación de la situación de salud del trabajador, es así, como se tienen las siguientes reglas:

a. Los primeros dos (02) días de incapacidad, el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.
b. Desde el tercer (3) día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador.
c. A partir del día 180, la prestación económica corresponde, por regla general a las Administradoras del Fondo de Pensiones, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable. *(en este periodo es deber del fondo de pensiones realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral)*
d. Posterior al día 540, las Empresas Promotoras de Salud asumen el pago del subsidio de incapacidad con recobro a la ADRES, siempre y cuando, se dé uno de los siguientes presupuestos, a saber:

• Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico

tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.
• Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.
• Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

Por lo anterior, solicita se deniegue la acción de tutela y se requiere al Fondo de Pensiones de la accionante para que se pronuncie respecto del dictamen de calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y pago de incapacidades a su cargo.

2.2.- Respuesta de Global Operadora Hotelera S.A.S. - Hoteles Movich

La accionada indicó que, con relación a los hechos de la acción de tutela, son ciertos el primero, segundo, tercero y cuarto, respecto al quinto que, la accionante ha presentado varias incapacidades a la empresa, y que ellos han cumplido ha cabalidad y han dado el tramite respectivo ante la EPS a la que se encuentra afiliada, que al hecho sexto no le consta la condición médica del esposo, pero que la falta de pago de incapacidades si debe afectar a la accionante.

Por lo anterior, esta empresa aduce que, no ha vulnerado derechos fundamentales, como quiera que ha cumplido con sus obligaciones como empleador, la empresa está al día en el pago de los aportes al sistema de seguridad social y ha tramitado debidamente las incapacidades que su trabajadora le ha entregado.

Solicita absolverla de todas y cada una de las pretensiones incoada por la tutelante.

2.3.- Respuesta de la AFP y Cesantías Protección S.A.

En contestación allegada, afirmó que la accionante presenta afiliación al Fondo de pensiones obligatorios administrador por Protección S.A. desde el 22 de septiembre de 1999 y con fecha de efectividad de la afiliación del 1 de noviembre de 1999 como activo.

Que en el presente caso, la parte accionante solicita el pago de incapacidades generadas desde el día 20 de mayo del 2023, al respecto debe mencionarse que el mismo fue remitido a la comisión Médico Laboral, con quien se tiene celebrado contrato de prestación de servicios, a fin de evaluar su pérdida de capacidad laboral y poder determinar si hay lugar al pago de incapacidades superiores a 180 días o al pago de alguna de las prestaciones económicas consagradas para el Régimen de Ahorro individual en caso de invalidez.

El 16 de marzo de 2022 la nueva EPS remitió a Protección S.A. concepto de rehabilitación favorable de la accionante con los diagnósticos: *M431-ESPONDILOLISTESIS – ORIGEN ENFERMEDAD COMÚN.*

Informa que, en el caso de la referencia, se han seguido generado incapacidades, las cuales no proceden a esta AFP, porque la actora está solicitando incapacidades por periodo posterior al día 540 de incapacidad continua e interrumpida, en este sentido, la competencia en el pago solicitado le corresponde a la EPS.

Preciso que, la afiliada fue calificada por la comisión medico laboral contratada por Protección la cual le otorgó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 41.55% de origen común y fecha de estructuración 18 de agosto de 2023, que una vez quede en firme el presente dictamen el afiliado podrá proceder con lo pertinente.

Aunado a esto, señala que, el amparo constitucional no es el mecanismo o medio idóneo para lograr lo pretendido, frente a lo cual, el legislador ha previsto otras acciones, por lo que debe acudir a la jurisdicción ordinaria laboral y declarar la improcedencia de esta acción tutelar.

2.4.- Respuesta de la Dirección de Gestión Operativa de Nueva EPS

En respuesta complementaria esta Dirección de la Nueva Eps indica que, afiliado que presenta 849 días de incapacidad continua al 02 de abril de 2024, completo 540 días el 29 de mayo de 2023; presenta una PCL inferior al 50%, razón por la cual no aplica la autorización del pago de incapacidades teniendo en cuenta que si la pérdida de capacidad laboral es calificada entre el 5% y el 49% se adquiere el status de Afiliado Incapacitado Permanente Parcial.

Por lo anterior, es necesario que se inicie un proceso de reintegro laboral para garantizar el mínimo vital, tal como lo establece la legislación en vigencia para las personas que se les ha definido una IPP (Incapacidad Permanente Parcial).

2.5.- La accionada Seguros de Vida Suramericana ARL guardó silencio en el término de traslado de la presente acción.

III-. CONSIDERACIONES

1-. De la acción de tutela

El artículo 86 de nuestra Carta Fundamental consagra la acción de tutela como un mecanismo procesal específico, directo, informal y sumario que tiene por objeto la protección concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en

una determinada situación jurídica, cuando estos sean violados o se presente amenaza de su vulneración; precisándose destacar su naturaleza subsidiaria y residual, dado que su procedencia se restringe a la inexistencia de otros medios de defensa judicial o a la ineficacia de los mismos, como también a su utilización transitoria ante la presencia de un perjuicio irremediable que permita contrarrestar dicho efecto en forma temporal, con una operancia inmediata, urgente y eficaz, mediante el trámite de un procedimiento preferente, hasta tanto la autoridad correspondiente decida de fondo el asunto.

2-. Problema jurídico

¿Determinar si las accionadas le han vulnerado los derechos fundamentales incoados por la accionante, al abstenerse de reconocerle y pagarle las prestaciones económicas que se generan en las incapacidades emitidas con ocasión de la afectación de su salud?

3.- Estudio de procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de una prestación económica.

Legitimación en la causa por activa. De acuerdo con lo previsto en el artículo 86 de la Carta Política, toda persona tiene derecho a interponer acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre[1]. En desarrollo de dicho mandato Constitucional, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991[2] dispone que la referida acción de amparo:

> "*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*".

En esta oportunidad, este presupuesto se encuentra acreditado en tanto la señora Claudia Patricia Londoño Villalba es titular de los derechos fundamentales cuya protección invoca.

Legitimación en la causa por pasiva. El mismo artículo 86 superior dispone que la acción de tutela procede frente a la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, cuando la transgresión de los mismos proviene de la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares cuando se cumplan las condiciones previstas en la ley. Dicho mandato guarda correspondencia con lo previsto en los artículos 5º y 13 del Decreto 2591 de 1991.

En el presente proceso, la EPS, AFP y ARL accionadas forman parte del Sistema General de Seguridad Social y prestan los servicios públicos de salud y de seguridad social, por lo que se encuentran legitimadas por pasiva dentro del trámite de la presente tutela

---

[1] Constitución Política, artículo 86. "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".
[2] "*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*".

Sobre la inmediatez. La jurisprudencia de la Corte ha sido clara en señalar que la procedencia de la acción de tutela se encuentra sujeta al cumplimiento del requisito de inmediatez. Al respecto, ha precisado que la protección de los derechos fundamentales, vía acción constitucional, debe invocarse en un plazo razonable y oportuno contado entre la ocurrencia del hecho generador de la transgresión y la interposición del amparo. Lo anterior, en procura del principio de seguridad jurídica y de la preservación de la naturaleza propia de la acción de tutela.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que si bien es cierto la acción de tutela no tiene un término de caducidad, ello no debe entenderse como una facultad para promover la misma en cualquier tiempo. Lo anterior, por cuanto a la luz del artículo 86 superior, el amparo constitucional tiene por objeto la protección *inmediata* de los derechos fundamentales[3]. De allí que le corresponda al juez constitucional verificar el cumplimiento del principio de inmediatez y en efecto constatar si el tiempo trascurrido entre la aparente violación o amenaza del derecho y la interposición de la tutela es razonable en punto a lograr la protección invocada.

Para el caso objeto de revisión, el requisito de inmediatez se encuentra satisfecho, ciertamente, el hecho por el cual el accionante estima que se produjo la afectación de sus derechos fundamentales ocurrió en mayo de 2023 cuando le dejaron de cancelarle las incapacidades. Así pues, considerando que la acción de tutela fue interpuesta en marzo de 2024, este Despacho considera que el tiempo transcurrido entre el evento que presuntamente afectó los derechos de la accionante y la interposición de la acción, es razonable.

***Subsidiariedad*.** Finalmente, el artículo 86 de la Constitución Política dispone que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[4]. Esto significa que la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual *"procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección"* [5].

Por otra parte, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 establece que la eficacia de un posible mecanismo ordinario de defensa debe ser apreciada *"atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante"*[6]. Al respecto, la Corte ha indicado que la procedencia de la acción es evidente cuando se advierte la posible vulneración de los derechos fundamentales de personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta en razón de su edad, su condición económica, física o mental[7].

---

[3] Sobre la materia revisar la sentencia SU- 391 de 2016 (M.P Alejandro Linares Cantillo).
[4] Véanse, entre otras, las Sentencias T-336 de 2009, T-436 de 2009, T-785 de 2009, T-799 de 2009, T-130 de 2010, T-136 de 2010 y T-148-2020.
[5] Artículo 86 de la Constitución Política. Sentencias T-847 de 2014 M.P Luis Ernesto Vargas Silva; T-067 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo y C-132 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.
[6] Ver sentencias T-149 de 2013 M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-010 de 2019 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.
[7] Sentencia T-010 de 2019 M.P. Cristina Pardo Schlesinger y sentencias T-933 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-575 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo, T-382 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, T-116 de 2019 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

Esta corporación ha considerado que el medio de defensa judicial es **idóneo** cuando permite obtener la protección de los derechos fundamentales, y **efectivo**, cuando está diseñado para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados[8]. En este sentido el mecanismo apto para que el actor ponga de presente sus requerimientos sería la acción laboral ante la jurisdicción ordinaria; sin embargo, la Corte excepcionalmente ha admitido la procedencia de la acción de tutela para el requerimiento de prestaciones económicas en materia de salud atendiendo a que las circunstancias de las personas presuntamente afectadas, hace necesaria e inminente la actuación del juez constitucional[9].

Así, para determinar la procedencia de la acción de tutela cuya finalidad es obtener el otorgamiento de una prestación económica en materia de salud, esta corporación ha tenido en cuenta circunstancias como la edad, situación económica y estado de salud del solicitante y de su familia, así como la afectación a sus derechos fundamentales y las actuaciones adelantadas para la protección de estos[10].

Así, en diferentes pronunciamientos, con el fin de determinar la procedencia de la acción de amparo cuando median 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.

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"*[11].

Con base en lo expuesto, se entrará a verificar el cumplimiento del requisito de subsidiaridad en el caso *sub examine*; en el escrito tutelar cuestiona el no pago de las incapacidades por parte de las accionadas; sin embargo, en principio, dicha reclamación quedaría comprendida dentro de la órbita del juez ordinario laboral.

No obstante, en este caso, la acción de tutela la ejerce una mujer que tiene afectaciones y padecimientos en su salud de manera persistente por diferentes diagnósticos entre

---

[8] Ver, entre otras, las sentencias SU-961 de 1999, T-211 de 2009, T-222 de 2014 y T-194 de 2021.
[9] Sentencia T-194 de 2021 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.
[10] *Ib. Ídem.*
[11] T-772 de 2007, T-548 de 2012, T-490 de 2015, T-200 de 2017.

los que se resaltan *paciente con DX de: lumbociatica en S1 derecha, claudicación neurogenica, listesis LSS1 Grado 1 No compresiva, dolor poliarticular y fibromialgia*, desde el año 2021, ya que desde entonces se le han prescrito incapacidades médicas; incluso, de acuerdo con la historia clínica (parcial) allegada. Por ende, es fácil determinar que no se encuentra en capacidad de retomar sus actividades laborales en aras de obtener un ingreso que le permita cubrir sus necesidades y las de su núcleo familiar, del cual argumenta que su esposo, tampoco puede trabajar por su edad y problemas de salud. Por ello, la solicitante requiere del pago de las referidas incapacidades para que su derecho al mínimo vital sea protegido, toda vez que no cuenta con otro ingreso y de ella dependen económicamente otras personas, por lo que debe asumir sola de las necesidades básicas de su hogar.

Así, evidenciándose que su única fuente de ingresos y el monto devengado implican que, la ausencia y/o la dilación de los pagos que la accionante reclama, la colocan en una circunstancia de vulnerabilidad que se agrava ante su estado de salud. Por lo cual, este despacho estima que en el presente caso es el medio judicial idóneo y eficaz, más aún cuando existe una amenaza grave sobre su mínimo vital y el de su familia.

Finalmente, se estima que la tutela satisface el requisito de subsidiariedad, pues pese a la existencia de una vía judicial ordinaria para efectuar este reclamo económico, esta no resulta efectiva por la demora en el tiempo y la urgencia requerida por la accionante.

4. 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 de la Constitución, 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 esta disposición, 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.

Entonces, en primer lugar, de acuerdo con el artículo 1º 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 radica en

[12] El artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 modifica el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.
[13] T-490 de 2015.

diferentes actores del sistema dependiendo de la prolongación de esta, de la siguiente manera:

- Conforme al artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el parágrafo 1º 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[14], el pago de las incapacidades expedidas del 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.
- En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181, 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[15].
- Ahora, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación[16] sea favorable o desfavorable antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión de este 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.
- Así mismo, de acuerdo con la norma citada, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable de 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"*[17]. 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[18]. 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%, evento en el cual, el trabajador puede optar por la pensión de invalidez a cargo de la AFP a la cual se encuentre afiliado; o

[14] 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.
[15] 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.
[16] Decreto 780 de 2016
[17] T-419 de 2015.
[18] Decreto-Ley 019 de 2012, art.142.

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"*[19]. En otras palabras, se configura uno de los eventos en los cuales el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, reconocido por la Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

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**[20] –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, se encontraban desprotegidos legalmente 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 de regulación fue efectivamente superado con la ley mencionada, al determinar que el pago de las incapacidades superiores a los 540 días debía asumirse por las entidades promotoras de salud (EPS) y que como mecanismo para reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado y propender oportunamente por la reincorporación del asegurado a sus funciones laborales, el Gobierno Nacional tenía la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad[21].

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*

[19] T-401 de 2017.
[20] La Ley 1753 de 2015 entró en vigor a partir del 9 de junio del mismo año.
[21] Ver Decreto 780 de 2016, art.2.2.3.2.1. sobre revisión periódica de la incapacidad.

generen la suspensión del pago de esas incapacidades."

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 1º de agosto de 2017, según lo prescrito en el artículo 1º del Decreto 546 de 2017[22].

5. Caso en Concreto

La señora Claudia Patricia Londoño Villalba presentó acción de tutela en contra de la Nueva EPS, AFP Protección S.A., Seguros de Vida Suramericana ARL y su empleador Global Operadora Hoteles S.AS., por considerar que le adeudan las incapacidades desde el mes de mayo de 2023 hasta la fecha.

Indicó la actora, en el escrito tutelar, que las accionadas no le han reconocido y cancelado el auxilio de incapacidad, dejándola en total desprotección y sin sustento para solventar sus gastos mínimos y los de su esposo, el cual por su edad y motivos de salud no trabaja.

En los anexos allegados con el escrito tutela, aportó:

Historia Clínica del 20 de mayo de 2023
Historia Clínica del 17 de junio de 2023
Historia Clínica del 19 de julio de 2023
Historia Clínica del 16 de septiembre de 2023
Historia Clínica del 17 de octubre de 2023
Historia Clínica del 16 de noviembre de 2023
Control de Consulta Externa el 12-20-2023
Control de consulta externa el 04-03-2024
Historia Clínica del 16 de diciembre de 2023
Historia Clínica del 2024-02-03

Incapacidad Nro. 0009154646 del 2023-05-20 al 2023-06-18
Incapacidad Nro. 0009307388 del 19-06-2023 al 18-07-2023
Incapacidad Nro. 0009368650 del 19-07-2023 al 17-08-2023
Incapacidad Nro. 0009473879 del 18-08-2023 al 16-09-2023
Incapacidad Nro. 0009668634 del 17-09-2023 al 16-10-2023

[22] 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*".

Incapacidad Nro. 0009687950 del 17-10-2023 al 15-11-2023
Incapacidad Nro. 0009800960 del 16-11-2023 al 15-12-2023
Incapacidad Nro. 0009909159 del 16-12-2023 al 04-01-2024
Incapacidad Nro. 0009988637 del 05-01-2024 al 03-02-2024
Incapacidad Nro. 0010092001 del 04-02-2024 al 03-03-2024
Incapacidad Nro. 0010180783 del 04-03-2024 al 02-04-2024

En la historia clínica aportada se observa que, la actora padece las siguientes patologías o diagnósticos: *paciente con DX de: lumbociatica en S1 derecha, claudicación neurogenica, listesis LSS1 Grado 1 No compresiva, dolor poliarticular y fibromialgia,* no aporta las peticiones, solicitudes o radicados ante las entidades encargadas a fin de obtener la pensión de invalidez; de tal forma que no se evidencia que, la accionante agotara el procedimiento de reclamación administrativa ante la AFP.

Por lo descrito con anterioridad, se itera que, aunque esta tutela puede ser debatido ante la jurisdicción ordinaria laboral, el cual es el escenario creado en el ordenamiento jurídico, y dado el carácter informal de esta acción constitucional y como quiera que su objetivo es la materialización efectiva de los derechos fundamentales que estime comprometidos el juez al valorar la situación que se le puso en conocimiento, y a través de ella guardar la integridad y la supremacía de la Constitución, el juez de tutela está facultado para emitir fallos extra y ultra petita, cuando de la situación fáctica se pueda evidenciar la vulneración de un derecho fundamental. Es decir, el juez constitucional tiene el deber y la facultad de garantizar el amparo efectivo de los derechos fundamentales vulnerados a la parte actora.

Considerando entonces que, en primer lugar, que la acción de tutela si es procedente, toda vez que las condiciones objetivas de la accionante la ponen en un estado de debilidad manifiesta dado su estado de salud. En este caso, la jurisdicción ordinaria no podría dar una protección de manera eficaz y oportuna a los derechos de la accionante que requieren garantía perentoria.

Por otro lado, se debe señalar que, en la jurisprudencia constitucional[23], el pago de incapacidades tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna en los periodos en los cuales la parte actora no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar sus trabajos que le permitan obtener un salario. Por ello, se reconoce implícitamente que, sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados.

[23] Ver sentencias T-876 de 2013 y T-490 de 2015.

En consecuencia, y toda vez que las incapacidades presentadas por la peticionaria han sido ordenadas en debida forma por su médico tratante, tiene derecho a recibir el pago de estas, situación que le compete a la Nueva Eps, el pago de incapacidades debidas y que está previsto de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 181 hasta el 540	Fondo de Pensiones	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 541 en adelante	E.P.S.	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

En consecuencia, le asiste el deber a la NUEVA EPS realizar el pago de las incapacidades a partir del día 541 en adelante, conforme al cuadro anterior.

Concluyendo entonces que, teniendo en cuenta la condición de salud de la accionante al evidenciarse su historia clínica, considera este Despacho que se cumplen los requisitos legales y jurisprudenciales, en aras de proteger los derechos invocados por la peticionaria.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, actuando como juez constitucional,

RESUELVE:

Primero: AMPARAR el derecho fundamental al mínimo vital de la señora **Claudia Patricia Londoño Villalba,** por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo: ORDENAR a la NUEVA EPS que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, y en plazo máximo de diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, reconozca y pague en favor de la señora **Claudia Patricia Londoño Villalba** identificada con la C.C. 52.559.434 las incapacidades médicas generadas después del día 541 inclusive y que no han sido canceladas a la fecha. Así como las que se generen con posterioridad, hasta cuando la EPS accionada emita concepto médico respecto a que la trabajadora, accionante, está en condiciones de reincorporarse al cargo que venía desempeñando o a otro acorde con su discapacidad o estado de salud.

Tercero: DESVINCULAR a AFP Protección S.A., Global Operadora Hoteles S.A.S. y Seguros de Vida Suramericana ARL de la presente acción constitucional.

Cuarto: ADVERTIR a la NUEVA EPS, que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir nuevamente en conductas similares a fin de evitar el desconocimiento de derechos fundamentales de sus afiliados.

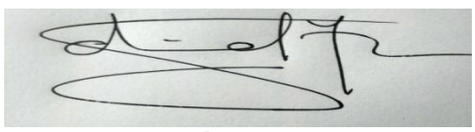
Quinto-. Informar que contra la presente decisión procede el recurso de impugnación que deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, por cualquier medio, especialmente a través del correo electrónico *J40ctolbta@cendoj.ramajudicial.gov.co*.

Sexto-. En el evento de no ser impugnada esta decisión, por secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Séptimo-. Notifíquese a las partes por el medio más expedito y eficaz.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

El Juez,



DIDIER LÓPEZ QUICENO