



Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0141 00
Accionante: SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA
Apoderada: MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS
Accionado: INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.
Derechos Fundamentales: mínimo vital

Bogotá DC., Veintitrés (23) de junio de dos mil veintiuno (2021).-

1. OBJETO DE LA DECISIÓN.-

Procede el Despacho a proferir fallo acorde a derecho dentro de la acción de tutela instaurada por el señor **SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA** por intermedio de su apoderada MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS contra **INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y COMPENSAR EPS** y la vinculada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales de mínimo vital, igualdad, vida digna, dignidad humana y seguridad social.

2. HECHOS QUE MOTIVAN LA ACCIÓN.-

La doctora MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS interpone acción de tutela, manifestando que su representado se encuentra vinculado laboralmente a la empresa INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S., mediante contrato laboral a término indefinido y se encuentra afiliado a la EPS COMPENSAR, AFP PORVENIR y ARP SEGUROS DE VIDA ALFA S.A, y en el mes de abril de 2015, sufrió enfermedad cerebrovascular trombosis de senos venoso transverso, además tiene a su cargo un hijo menor de edad, que depende de él.

Indica que el día 25 de enero de 2017, Seguros de Vida Alfa S.A., emitió calificación, determinando una pérdida de la capacidad laboral de 44.60%, de origen común y fecha de estructuración al 11 de noviembre de 2016, para el día 8 de mayo de 2017 se emitió dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional, por la Junta Regional de Invalidez, dando una calificación de 59.65%, finalmente el día 5 de marzo de 2018 se emitió dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional, por la Junta Nacional de Invalidez, modificando la calificación anterior, disminuyéndola a 49.20%, sin poder acceder a una pensión.

Refiere que el día 541 al día 988, esto es, al 25 de abril de 2018, la EPS COMPENSAR, debió realizar los pagos del TOTAL de las incapacidades emitidas, sin embargo la entidad omitió su deber, afectando su mínimo vital, y que desde el mes de agosto de 2020, a su poderdante solo se le autorizó el pago del mes de septiembre de ese año, debiendo la EPS COMPENSAR el pago de incapacidades por más de seis meses, y que hasta la fecha el accionante se encuentra sin recibir los valores que le permiten solventar sus gastos propios y familiares.

Menciona que el día 6 de noviembre de 2020 se remitió por parte de Prestaciones Económicas y de Medicina Laboral de Compensar, actualización de concepto de rehabilitación por incapacidad prolongada, expedido el 5 de noviembre de 2020 con pronóstico desfavorable.



Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0141 00
Accionante: SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA
Apoderada: MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS
Accionado: INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.
Derechos Fundamentales: mínimo vital

Posteriormente allega memorial mediante el cual manifiesta que, los pagos los recibía a través de su empleador, sin tener certeza de los pagos acumulados con lapsos de 2 a 4 meses, por lo que la EPS COMPENSAR debe ratificar los pagos que ha realizado de acuerdo a las incapacidades emitidas; además aclara las incapacidades que le adeudan, por medio del siguiente cuadro:

INICIO INCAPACIDAD	FIN INCAPACIDAD	DIAS DE INCAPACIDAD	ESTADO
05/01/2018	19/01/2018	15	NO AUTORIZADO
29/01/2018	17/02/2018	20	NO AUTORIZADO
18/02/2018	19/03/2018	30	NO AUTORIZADO
20/03/2018	26/03/2018	7	NO AUTORIZADO
27/03/2018	25/04/2018	30	NO AUTORIZADO
10/08/2020	08/09/2020	30	NO AUTORIZADO
09/10/2020	07/11/2020	30	NO AUTORIZADO
08/11/2020	07/12/2020	30	NO AUTORIZADO
08/12/2020	06/01/2021	30	NO AUTORIZADO
06/01/2021	05/02/2021	30	NO AUTORIZADO
06/02/2021	07/03/2021	30	NO AUTORIZADO
08/03/2021	07/04/2021	30	NO AUTORIZADO
08/04/2021	07/05/2021	30	NO AUTORIZADO
08/05/2021	07/06/2021	30	NO AUTORIZADO
TOTAL DIAS HASTA LA FECHA		372	

En el mismo memorial informa que su apoderado no recibe pagos de incapacidades en la actualidad, ya que las entidades demandadas no han respondido por estos pagos y se encuentra sin ningún ingreso, advirtiendo que la EPS COMPENSAR, le informa al señor RODRÍGUEZ MONTAÑA que no está autorizado para emitirle más incapacidades a partir del mes de agosto de 2020, desestimando lo contemplado en el artículo artículo de la Ley 1753 de 2015, lo que ha generando incertidumbre.

Por lo anterior solicita se amparen los derechos fundamentales alegados y en consecuencia se ordene el pago de manera inmediata, solidaria y mancomunadamente a los accionados, de las incapacidades que adeudan al accionante desde el mes de octubre de 2016.

Como pruebas allegó las siguientes:

- Poder.
- Certificado de afiliación a EPS COMPENSAR y AFP PORVENIR.
- Concepto de Rehabilitación Integral de EPS COMPENSAR.
- Formulario de calificación de la pérdida de capacidad laboral de Seguros de Vida Alfa S.A.
- Dictamen Junta Regional de Calificación de Invalidez.
- Dictamen Junta Nacional de Calificación de Invalidez.
- Fallo de Tutela instaurada contra la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.
- Derecho de petición dirigido a la EPS PORVENIR para obtener pago de las incapacidades.
- Certificación de incapacidades emitido por EPS COMPENSAR.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.-

A fin de verificar si existe amenaza o vulneración del derecho fundamental invocado por la apoderada del señor **SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA**, éste despacho encontró procedente ordenar el traslado de la demanda a



Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0141 00
Accionante: SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA
Apoderada: MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS
Accionado: INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.
Derechos Fundamentales: mínimo vital

las entidades accionadas, a fin de notificarles de la misma y para que dentro del término de dos (2) días rindieran las explicaciones que considerara, anexando la prueba documental correspondiente, permitiéndole así ejercer su legítimo derecho de defensa y contradicción. Así mismo, ordenó la vinculación de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES.

3.1. Por su parte la doctora DIANA MARTINEZ CUBIDES, en calidad de Directora de Litigios de la Administradora del **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, informa que esa entidad tiene a su cargo el reconocimiento de las prestaciones derivadas de las contingencias de origen común, siempre que haya lugar a ellas, siendo necesario determinar las incapacidades que se encuentran a cargo de la EPS y la AFP, así:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 del 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1º del Decreto 2943 del 2013
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 del 2005
Día 540 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 del 2015

Aclara que el día 181 se originó el 26 de octubre del 2015 y el día 540 corresponde al 19 de octubre del 2016, conforme a lo estipulado en el artículo 52 de la Ley 962 del 2005, por lo que no le corresponde el pago de incapacidades superiores al día 540 toda vez que estas se encuentran a cargo de la EPS COMPENSAR.

Reitera que la Sentencia T-144 de 2016 se reconoce la obligación de las EPS frente al pago de las incapacidades posteriores al día 540, dando aplicación retroactiva del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, basada principalmente en el principio de igualdad material ante un déficit de protección previamente advertido por la Corte Constitucional; a su vez señala que si bien se impone una carga administrativa en cabeza de las EPS, no son ellas quienes al final van a asumir la obligación, pues es en últimas el Estado, en cabeza de la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, quien les pagará a éstas los dineros cancelados por dicho concepto.

Manifiesta que en el caso concreto del señor Rodríguez Montaña, es la EPS COMPENSAR, entidad a la cual se encuentra afiliado, existiendo una falta de legitimación por pasiva, agregando que los hechos objetos de reproche son exclusivos de un tercero, considerando que ninguna pretensión tiene vocación de prosperidad, pues el accionante no acreditó el perjuicio irremediable.

Advierte que el accionante en su condición de afiliado, solicitó se iniciara los trámites tendientes a determinar su pérdida de capacidad laboral y de acuerdo a los dictámenes de calificación no tiene derecho a una pensión de invalidez, de acuerdo a lo señalado en el artículo 38 y 39 de la ley 100 de 1993, es decir no cumple con el requisito de haber perdido el 50% o más de su capacidad laboral, ya que la Junta Nacional de Invalidez le asignó el 49.20%.

Por lo anterior, solicita denegar o declarar improcedente la pretendida acción de tutela, pues la misma es ajena a cualquier vulneración o amenaza de los derechos fundamentales.

Anexa: certificado de existencia y representación y relación de pago de incapacidades.



Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0141 00
Accionante: SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA
Apoderada: MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS
Accionado: INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.
Derechos Fundamentales: mínimo vital

3.2. EPS COMPENSAR, a través de su apoderado judicial, el doctor CARLOS STEVEN PACHÓN BERNAL, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela por no cumplirse con el principio de inmediatez de acuerdo a los presupuestos establecidos en la sentencia T-091-2018, pues los hechos que alega son del año 2016, habiendo transcurrido mas de 5 años desde el momento en que se alega el hecho objeto del presente trámite constitucional.

Agrega que la accionante falta a la verdad e intenta inducir en error al despacho, ya que las incapacidades comprendidas entre el 30 de abril de 2018 al 8 de octubre de 2020 en virtud del artículo 121 del Decreto 019 de 2012, fueron canceladas al empleador INTERNACIONAL DE DROGAS S.A. y el pago de incapacidades anteriores al 30 de abril de 2018 se encuentra prescrito, en virtud del artículo 28 de la Ley 1438 de 2011, puesto que para el año 2016 no estaba reglamentado el pago de incapacidades superiores a 540 días, en la actualidad se encuentra a cargo de la EPS.

Frente al pago de las incapacidades entre el 9 de octubre de 2020 al 7 de marzo de 2021 registra negadas, toda vez que el 5 de noviembre de 2020 se emitió concepto desfavorable de rehabilitación, caso en el cual el pago de incapacidades corresponde a la AFP PORVENIR, hasta tanto sea reconocida la mesada pensional o quede en firme el concepto de rehabilitación y de pérdida de capacidad laboral.

Lo anterior, en virtud del artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018, que establece el pago de incapacidades superiores a 540 días sólo procede cuando exista concepto favorable de rehabilitación, tratándose de concepto desfavorable de rehabilitación corresponde al Fondo de Pensiones efectuar el pago de las mismas, hasta tanto quede en firme el dictamen de pérdida de capacidad laboral o sea incluida en la nómina pensional.

Por lo tanto, solicita declarar la improcedencia de la acción de tutela, por cuanto no se cumple con el principio de inmediatez se generó la prescripción del pago. Como también requiere ordenar a INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S el pago de incapacidades comprendidas entre el 30 de abril de 2018 al 8 de octubre de 2020 en caso de no haberlo hecho y de igual manera a la AFP PORVENIR el pago de incapacidades comprendidas entre el 9 de octubre de 2020 al 7 de marzo de 2021, debido al concepto desfavorable de rehabilitación. Finalmente, reitera la desvinculación de esa entidad.

Anexa: poder, relación de incapacidades, notificación del dictamen al AFP, concepto de rehabilitación de integral y certificado de afiliación.

3.3. DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S. a través del Representante legal Carlos Arturo Molina López, informa que esa entidad conoció del dictamen emitido por Seguros Alfa S.A y Seguros de Vida Alfa S.A con fecha de estructuración del 11 de noviembre de 2016, luego, con PCL del 44.60%, el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del 08 de mayo de 2017, con PCL del 59.65%, y con el dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 06 de marzo de 2018, con PCL del 49.20%, y finalmente el concepto de Rehabilitación con Pronostico Desfavorable, emitido el 05 de noviembre de 2020 por EPS COMPENSAR.

Aclara que esa sociedad ha cumplido con la obligación del pago oportuno de los



Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0141 00
Accionante: SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA
Apoderada: MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS
Accionado: INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.
Derechos Fundamentales: mínimo vital

aportes a seguridad social y efectuó el pago de las incapacidades hasta el día 180 de incapacidad y el pago de las incapacidades posteriores al día 180 deben ser asumidas ya sea por parte de la EPS o el Fondo de Pensiones, a quienes les corresponde el pago del auxilio económico respectivo, hasta tanto se defina el estado de salud del señor Rodríguez Montaña.

Indica que de acuerdo a lo consagrado en el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 780 de 2016, se establece que las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540, deberán ser reconocidas y pagadas a los cotizantes, acorde con las Sentencia T-401 de 2017 la cual refiere a la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS.

Por lo anterior, solicita tutelar los derechos vulnerados al accionante y se ordene a COMPENSAR EPS el pago de las incapacidades que se adeudan desde el mes de octubre de 2016, tal y como lo pretende el accionante.

Anexa: Certificado de existencia y representación legal, Copia de las planillas de pago a seguridad social, comprobantes de pago de las incapacidades y concepto de rehabilitación integral.

3.4. La ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES, a través del doctor Julio Eduardo Rodríguez Alvarado, jefe de la Oficina Asesora Jurídica, informó que, de acuerdo con la pretensión invocada por la accionante, de reconocimiento de incapacidad por enfermedad de origen común, de acuerdo con la Ley 100 de 1993, dicha responsabilidad recae en las EPS, para quienes se encuentren afiliados cotizantes al régimen contributivo.

Agrega, que de acuerdo lo dicho por la H. Corte Constitucional, en Sentencia T- 401 de 2016, el pago de incapacidades, corresponde de acuerdo al tiempo en que se genera, así:

PERIODO	ENTIDAD OBLIGADA	FUENTE NORMATIVA
DÍA 1 A 2	EMPLEADOR	Art 1, Decreto 2943 de 2013
DÍA 3 A 180	EPS	Art 41, Ley 100 de 1993
DÍA 181 HASTA A 540	FONDO DE PENSIONES	Art. 41, Ley 100 de 1993
DÍA 541 EN ADELANTE	EPS	Art. 67, Ley 1753 de 2015

Menciona que al pago de incapacidades superiores a 540 días, según el Decreto 1333 de 2018 estableció como obligación de las EPS el reconocimiento y pago de las mismas: i) *cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud de cual se requiera continuar el tratamiento médico;* ii) *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 los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante;* iii) *cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prologuen el tiempo de recuperación del paciente.*

Si la EPS, emite un concepto desfavorable de rehabilitación, en cualquier momento, se dará inicio al trámite de calificación de invalidez que trata el artículo 41 de la



Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0141 00
Accionante: SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA
Apoderada: MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS
Accionado: INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.
Derechos Fundamentales: mínimo vital

Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

En virtud de lo anterior, enuncia que esa Administradora, carece de falta de legitimación por pasiva, al ser la EPS la que cumple con dicha función de reconocimiento, razón por la que no hay vulneración a los derechos fundamentales por omisión de su representada.

4. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.-

4.1. Procedencia de la Tutela.-

Dispone el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el numeral 2º del artículo 42 de la misma norma, que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que hayan violado, violen o amenacen vulnerar cualquiera de los derechos fundamentales, e igualmente, contra las acciones u omisiones de los particulares encargados de la prestación del servicio de salud.

Y a su turno el artículo 86 de la Constitución Política que establece la acción de tutela, prevé que toda persona podrá 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 estos resulten vulnerados y amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

Igualmente, que “La ley establece los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

4.2. De la Competencia.-

Dispone el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, en concordancia con el numeral 2º del artículo 42 de la misma norma, que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas que hayan vulnerado, afecten, o amenacen vulnerar cualquiera de los derechos fundamentales, e igualmente, contra las acciones u omisiones de los particulares encargados de la prestación del servicio público.

Y a su turno el artículo 86 de la Constitución Política que establece la acción de tutela, prevé que toda persona podrá 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 estos resulten vulnerados y amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública.

Igualmente, que “La ley establece los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

En este caso, se instauró acción de tutela contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA**



Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0141 00
Accionante: SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA
Apoderada: MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS
Accionado: INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.
Derechos Fundamentales: mínimo vital

DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y COMPENSAR EPS, entidades particulares encargadas de prestar un servicio público e **INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.** un particular.

4.3. Problema Jurídico.-

Conforme con la situación fáctica planteada corresponde al Despacho determinar si resultan afectados o amenazados los derechos fundamentales del señor SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA por parte de las accionadas, ante la ausencia de pago de las incapacidades.

4.4. De los derechos fundamentales.-

A fin de resolver el asunto, el Despacho se pronunciará sobre los siguientes tópicos: i) procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de incapacidades laborales; (ii) entidades encargadas de cubrir el pago de incapacidades derivadas de enfermedad general; y (iii) con base en lo anterior, resolverá el caso concreto.

4.4.1 Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de incapacidades laborales

Sobre el tema y como quiera que tiene una estrecha relación con el asunto que ocupa la atención del Despacho, se traerá en extenso lo manifestado al respecto por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-097 de 2015, siendo Magistrado Ponente el Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Allí se dijo:

“...Los artículos 86 de la Carta Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, señalan que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o cuando se utilice como un mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Sin embargo, esta Corporación ha establecido que “un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salvaguarda del derecho fundamental invocado”

Tratándose del reconocimiento de incapacidades, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario para la protección de derechos fundamentales y por regla general, no es el medio idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones de tipo económico, como es el caso de las incapacidades laborales.

A su vez, la Corte Constitucional estableció que “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. 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”.

De esa forma, este Tribunal reconoció la procedencia de la acción de tutela para



Sentencia Tutela

Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0141 00

Accionante: SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA

Apoderada: MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS

Accionado: INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.

Derechos Fundamentales: mínimo vital

solicitar el pago de incapacidades laborales ante la afectación de un derecho de carácter fundamental, como por ejemplo, la vida digna o el mínimo vital, debido a que con ello se permite la estabilización económica del trabajador, que durante este periodo puede vivir de manera digna (...)

“Ahora bien, el derecho al pago de prestaciones económicas por incapacidades laborales no es, en sí mismo, un derecho fundamental. Por ese motivo, la acción de tutela no es en principio el medio judicial adecuado para perseguir el pago de la referida prestación. No obstante, si del derecho al pago de incapacidades laborales depende el goce efectivo, por ejemplo, del derecho fundamental al mínimo vital del trabajador y su familia, la tutela es procedente, pues se admite que, en esos casos (i) se busca de manera inmediata proteger un derecho fundamental y, además, (ii) evitar un perjuicio irremediable”.

En síntesis, la procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de acreencias laborales y específicamente de incapacidades, es de carácter excepcional y tiene su razón de ser debido a que el pago de dicha prestación sustituye el salario en periodos en que el trabajador no se encuentra ejerciendo sus labores y se podrían ver afectados sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital de no reconocerse las incapacidades.

De modo similar, la acción de tutela se presenta como un mecanismo idóneo para solicitar el pago de incapacidades, cuando i) se trata de proteger un derecho de carácter fundamental y ii) se pretende evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Para terminar, la simple declaratoria de improcedencia de la acción, sin un análisis de los elementos fácticos y probatorios de cada caso en particular, traería consigo la posibilidad de que se deje librada al azar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y la vulneración de derechos fundamentales de cualquier individuo.

4.4.2 Entidades encargadas de cubrir el pago de incapacidades derivadas de enfermedad general.

En lo relacionado con el pago de las incapacidades, ha sido el Legislador quien se ha encargado de regular el asunto, por ello se hará referencia a ese régimen legal.

Como primer referente se tiene el artículo 40 del Decreto 1049 de 1999, donde se determinó que “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”.

En tratándose de incapacidades superiores a los tres (3) días, pero inferiores a los ciento ochenta (180), fue el Código Sustantivo del Trabajo bajo su artículo 227 que reguló su valor al señalar: “Valor del auxilio. 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”; recordando eso sí que conforme a lo descrito



Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0141 00
Accionante: SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA
Apoderada: MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS
Accionado: INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.
Derechos Fundamentales: mínimo vital

en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, el pago de las incapacidades desde el día 4 hasta el 180 es responsabilidad de las E.P.S., pero su reconocimiento debe ser adelantado por el empleador, ello conforme lo dispuso el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012.

En lo referente al pago de las incapacidades que superan los 180 días, la Ley concretamente en el Decreto 2463 de 2001 en su artículo 23, dispuso que la obligación era de los fondos de pensiones al señalar: “Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la Administradora de Fondos de Pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las Juntas de Calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la Entidad Promotora de Salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador”.

Finalmente el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, que fuera modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, dispuso que “Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro provisional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador”, agregando a renglón seguido: “Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”.

Nótese como hasta allí existía un vacío normativo para el cumplimiento del pago de la incapacidad que superaba ese tope de los 360 días adicionales que le correspondía asumir a las Administradoras de Fondos de Pensiones, a los 180 correspondiendo su pago a la EPS, es decir, frente al pago de incapacidades superiores a los 540 días.

Pero dicha situación avizorada por el legislador se llenó con la expedición de la ley 1753 de 2015 (plan Nacional de Desarrollo 2014-2018), pues allí se reguló el pago de las incapacidades superiores al día 540 y la estableció en cabeza del Gobierno Nacional. Allí en el literal a) del artículo 67 se señaló: “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



Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0141 00
Accionante: SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA
Apoderada: MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS
Accionado: INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.
Derechos Fundamentales: mínimo vital

de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.”

En síntesis, se tiene que el pago de los tres (3) primeros días de incapacidad se encuentra en cabeza del empleador, del día cuatro (4) al ciento ochenta (180) es responsabilidad de la E.P.S., en adelante y hasta el 540 corresponde al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador y de este guarismo en adelante corresponde nuevamente a la E.P.S., máxime cuando a esa conclusión llegó la Honorable Corte Constitucional a través de la sentencia T-144 de 2016 cuando dijo: “... *Teniendo presente esta nueva normativa, es claro que en todos los casos futuros; esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la Ley (9 de junio de 2015), el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar lo normado. Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015*”.

4.5 DEL CASO EN CONCRETO.

La peticionaria considera la vulneración de los fundamentales de su poderdante por parte de las accionadas, debido a la falta de pago de las incapacidades desde el 2016 a la fecha, las cuales fueron aclaradas y relacionadas como debidas, desde enero a abril de 2018, de octubre a diciembre de 2020 y de enero a mayo de 2021, derivadas de una patología de origen común, que lo ha dejado en imposibilidad para cumplir normalmente su labores, sin recuperación, debido al concepto de rehabilitación desfavorable, afectando de ese modo su mínimo vital y el de su familia.

Para demostrar lo anterior anexó como pruebas los certificados de los conceptos desfavorables y los dictámenes de calificación de pérdida de capacidad laboral, así como las incapacidades expedidas a su favor desde enero de 2018 a la fecha y certificación de la EPS Compensar de la relación de incapacidades a favor del accionante pagadas y no autorizadas desde el 2015 a la fecha, y fallo de tutela de fecha 18 de abril de 2018 relacionado con el procedimiento de calificación de PCL.

Al correr traslado a las accionadas y vinculadas, son coincidentes, **EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR** y la empleadora **DISTRIBUIDORA INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S**, al fijar las responsabilidad para el pago de las incapacidades, acorde con la normatividad y la jurisprudencia, dejando claro, que los primeros días corresponde su reconocimiento al empleador, del día 4 a 180 a la EPS, del día 181 a 540 al Fondo de Pensiones, y del día 541 en adelante a la EPS, mientras que las **EPS COMPENSAR**, anunció que no ha cancelado las incapacidades a partir del 9 de octubre de 2020 por ser ello del resorte del Fondo de Pensiones, en aplicación del Decreto 1333 de 2018, al haberse proferido conceptos de no recuperación y desfavorable el 5 de noviembre de 2020 por la EPS COMPENSAR para el afiliado accionante. Por lo anterior, correspondería el pago de las incapacidades al Fondo de Pensiones, tal como así lo ratifica, también, la vinculada **ADRES**.

Para resolver la problemática planteada a través de la presente acción de tutela, se debe precisar que la misma se dirigirá al análisis de los derechos al mínimo vital y su vulneración debido a la condición de salud del accionante que le ha comportado



Sentencia Tutela

Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0141 00

Accionante: SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA

Apoderada: MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS

Accionado: INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.

Derechos Fundamentales: mínimo vital

permanecer incapacitado desde abril de 2015, y por ende determinar que su garantía depende de la satisfacción oportuna en el pago de los incapacidades emitidas por la entidad aseguradora en salud, procediendo a verificar si dichas reclamaciones son viables a través de la acción de tutela interpuesta.

Como bien lo ha reiterado la Honorable Corte Constitucional, y consignado en el acápite anterior, en principio la acción de tutela no es el mecanismo procedente para solicitar el pago de incapacidades laborales por ser éste un derecho de carácter prestacional. No obstante, en circunstancias como las que aquí se ventilan, donde el pago de dicho auxilio económico depende el goce efectivo de derechos fundamentales como el mínimo vital y del cual dependen otros, ello hace que la acción de tutela se torne procedente como mecanismo idóneo para invocar el amparo de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados.

Sobre ello, ha informado la apoderada del accionante que actualmente no está recibiendo el auxilio correspondiente a las incapacidades, advirtiendo, según las respuestas de las accionadas EPS Y AFP, que ninguna ha reconocido y pagado los emolumentos desde noviembre de 2020 a la fecha, lo que de antemano, en razón a la grave condición de salud que presenta el actor, no tendría ninguna otra posibilidad de ingresos para solventar sus necesidades y las de su familia.

Además, la reclamación alude a pagos pendientes que no han sido reconocidos ni cancelados por quien le correspondía en su oportunidad, aunado a la omisión en el pago de las incapacidades otorgadas desde el mes de noviembre de 2020, lo que acumula y constituye una trasgresión a su mínimo vital y por ende a la afectación de los demás derechos que materializa su goce con los recursos provenientes del vínculo laboral.

Por lo anterior, se supera el requisito de subsidiariedad, debido a la urgencia de garantizar un derecho fundamental, que es vital para garantizar los de la dignidad humana, vida digna, y contar con condiciones mínimas de supervivencia, lo cual, no sería satisfactorios e idóneos otros medios y mecanismos para su reclamación. Así mismo, la inmediatez se cumple, pues se informa el no pago de las incapacidades, situación reconocida por la EPS COMPENSAR, y por ende no ha percibido los ingresos que le corresponden desde noviembre de 2020 a la fecha.

Al respecto, es pertinente aludir al siguiente criterio de la Sentencia T-161 de 2019, con reiteración jurisprudencial de la Corte Constitucional, sobre estos tópicos:

“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 fundamentales¹. De allí que le corresponda al juez constitucional verificar el cumplimiento del principio de inmediatez y en efecto constatar si el tiempo transcurrido entre la aparente violación o amenaza del derecho y la interposición de la tutela es razonable en punto a lograr la protección invocada.

3.1.2.1 No obstante lo anterior, la propia jurisprudencia en la materia ha considerado que “(...) no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela, (i) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. Y

¹ Sobre la materia revisar la sentencia SU- 391 de 2016 (M.P Alejandro Linares Cantillo)



Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0141 00
Accionante: SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA
Apoderada: MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS
Accionado: INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.
Derechos Fundamentales: mínimo vital

(ii) cuando la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”².

Así las cosas, este Tribunal ha reconocido la posibilidad de flexibilizar el estudio de la configuración del presupuesto de inmediatez, cuando: (i) evidencie que la vulneración se ha prolongado indefinidamente o es continuada, independientemente de que el hecho a partir del cual se inició la aludida vulneración sea lejano en el tiempo, o (ii) cuando atendiendo a la situación de la persona no sea posible exigirle que acuda a un juez, so pena de imponerle una carga desproporcionada.

Conforme lo expuesto, encuentra la Sala que para el caso objeto de revisión, el requisito de inmediatez de encuentra superado. **Ello, por cuanto la vulneración de los derechos invocados por el actor es continuada y persiste toda vez que se ha prologando en el tiempo y a la fecha este último sigue sin percibir, por parte de las accionadas, el pago de las incapacidades superiores a los 180 días que le fueron otorgadas, las cuales afirma, suman un total de 1051 días.”**

En el caso en estudio, queda determinado que SANDRO ANTONIO RODRIGUEZ MONTAÑA, presenta como patología “1. enfermedad cerebrovascular trombosis de senos venosos trasverso en 2015 - secuelas motoras sensitivas con trastorno de la marcha hemicuerpo izquierdo 2. epilepsia de probable inicio focal 3. depresión - manejo por psiquiatría 4. cefalea crónica 5. hipertrigliceridemia”, que su estado persiste y está probado por los conceptos médicos de No recuperación y Desfavorable para rehabilitación, que lo ubica en un estado de incapacidad física, dado que no ostenta las mismas condiciones de desenvolvimiento de una persona que no presente el tipo de patologías, aumentando el nivel riesgo y de vulneración de sus derechos con permanencia en el tiempo, al ser indefinida la pretensión de pago de sus incapacidades como único sustento, pues ninguna de las accionadas brinda una solución al respecto.

Además, lo anterior se concreta, al observar que el pago de las incapacidades otorgadas a SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA, sustituye el salario como única fuente de ingresos, y respecto de lo cual las accionadas, no desvirtuaron dicha manifestación, aunado a que no se encuentra en condiciones físicas adecuadas para procurar proveerse con su fuerza de trabajo su propio sustento y el de su núcleo familiar, pues precisamente por la patología que presenta, la empresa promotora de salud a la que se halla afiliado lo ha incapacitado por período consecutivos que han llevado a superar los 2.026 días, siendo las pretendías mediante este trámite constitucional, las relacionadas por la apoderada en el siguiente cuadro:

INICIO INCAPACIDAD	FIN INCAPACIDAD	DIAS DE INCAPACIDAD	ESTADO
05/01/2018	19/01/2018	15	NO AUTORIZADO
29/01/2018	17/02/2018	20	NO AUTORIZADO
18/02/2018	19/03/2018	30	NO AUTORIZADO
20/03/2018	26/03/2018	7	NO AUTORIZADO
27/03/2018	25/04/2018	30	NO AUTORIZADO
10/08/2020	08/09/2020	30	NO AUTORIZADO
09/10/2020	07/11/2020	30	NO AUTORIZADO
08/11/2020	07/12/2020	30	NO AUTORIZADO
08/12/2020	06/01/2021	30	NO AUTORIZADO
06/01/2021	05/02/2021	30	NO AUTORIZADO
06/02/2021	07/03/2021	30	NO AUTORIZADO
08/03/2021	07/04/2021	30	NO AUTORIZADO
08/04/2021	07/05/2021	30	NO AUTORIZADO
08/05/2021	07/06/2021	30	NO AUTORIZADO
TOTAL DIAS HASTA LA FECHA		372	

² Corte Constitucional, Sentencias T-345 de 2009 (M.P María Victoria Calle Correa), T-691 de 2015 (M.P Jorge Iván Palacio Palacio), SU- 428 de 16 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).



Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0141 00
Accionante: SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA
Apoderada: MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS
Accionado: INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.
Derechos Fundamentales: mínimo vital

Además, la Corte Constitucional en sentencia T-138 de 2014 indicó:

“De igual manera, esta Corte ha reafirmado que, en principio, las controversias relativas al pago de acreencias laborales deben ser resueltas por la jurisdicción ordinaria o por la Superintendencia Nacional de Salud. Sin embargo, ha admitido que este criterio no es absoluto, toda vez que frente a la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, la acción constitucional es procedente, por cuanto el pago requerido puede ser la única fuente de recursos económicos que permitan sufragar las necesidades básicas, personales y familiares del actor”.

Así las cosas, procede el Despacho a resolver las pretensiones relacionadas con el pago de las incapacidades, en los siguientes bloques:

Primer bloque: Según lo manifestado y solicitado por el accionante en el escrito de tutela como en su adición, las incapacidades comprendidas entre el 5 de enero de 2018 y el 25 de abril de 2018 y del 10 de agosto de 2020 al 8 de septiembre de 2020, no fueron canceladas, por el contrario, la EPS COMPENSAR en su respuesta señala que las incapacidades comprendidas hasta el 30 de abril de 2018, ya se encuentran prescritas, y que las siguientes hasta el 8 de octubre de 2020, fueron canceladas al empleador INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S, quien por su parte informa haber cancelado los primeros 180 días, y allega como evidencia una liquidación de pago de incapacidades en donde describe que canceló las incapacidades desde el 23 de abril de 2015 hasta el 25 de mayo de 2019, y que el señor SANDRO RODRIGUEZ deja una anotación que dice: *pendientes las incapacidad del 20 de octubre de 2016 hasta el 29 de abril de 2018*, pero la empleadora no se pronunció y se negó a reconocer los pagos de las incapacidades que dice la EPS COMPENSAR le canceló para por su intermedio ser canceladas a favor del accionante.

Por lo anterior, el accionante refiere en el escrito de tutela el no pago de incapacidades de los periodos comprendidos para los años **2016 en adelante, hasta el 2018**, que coincidiría con la observación que se aludió en el párrafo anterior, no obstante, no se acreditaron las mismas, pues únicamente aportó las incapacidades expedidas a partir del 5 de enero de 2018 a la fecha. Además, respecto de las incapacidades comprendidas para los años 2016 al 2018, entre ellas las que fueron acreditadas del 5 de enero de 2018 al 25 de abril de 2018, se incluyen en la discusión que planteó la EPS COMPENSAR de encontrarse prescritas, disertación que no sería del resorte de esta acción constitucional, sino del procedimiento ordinario laboral, habida cuenta que requiere, por una parte la acreditación de las incapacidades de los años 2016 al 25 de abril de 2018, y frente a éstas últimas, se predica una situación que comporta controversia o contradicción.

De allí, que considera este Despacho que pese a que la ley 1122 de 2007 confirió a la Superintendencia de Salud facultades jurisdiccionales para adelantar procedimientos que resuelvan controversias entre las entidades de salud y los usuarios como el que aquí se plantea, se deberá declarar **IMPROCEDENTE** la acción de tutela interpuesta por el señor **SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA** por intermedio de apoderada doctora MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS contra **INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y**



Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0141 00
Accionante: SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA
Apoderada: MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS
Accionado: INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.
Derechos Fundamentales: mínimo vital

COMPENSAR EPS, respecto de la pretensión de cancelar las incapacidades comprendidas entre los años 2016 al 2018, comprendiendo las acreditadas del 5 de enero de 2018 al 25 de abril de 2018, por existir otros medios de defensa judicial, como es, acudir ante la Jurisdicción laboral.

Segundo bloque: Ahora, con la aclaración brindada por la apoderada del accionante, en cuanto a debérsele las incapacidades del 10 de agosto al 8 de septiembre de 2020, y del 9 de octubre de 2020 hasta el 7 de junio de 2021 (según el cuadro anterior), la EPS COMPENSAR indicó haber cancelado las incapacidades desde el 30 de abril de 2018 hasta el 8 de octubre de 2020, cuyos dineros fueron pagados previamente a la empleadora.

Es decir, que las incapacidades que reclama el accionante su pago (según cuadro) a partir **del 10 de agosto de 2020 al 9 de septiembre de 2020**, la EPS efectuó el pago a la empleadora, pero ésta no informó ni confirmó haber trasladado esos recursos a su empleado, y como quiera que el accionante informó no haber recibido el auxilio, se estaría ante la omisión en su efectivo pago, y como tampoco se ha acreditado por ninguna de las partes involucradas la gestión de pago efectivo de dicha incapacidad, se deberá, disponer la materialización del pago por parte de la Eps y de la empleadora, para lo cual deberán acreditarlo según corresponda, dentro de un plazo razonable, acorde con los lineamientos de la presente acción constitucional:

A la EPS COMPENSAR, ordenar que en el término de 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda acreditar el pago de la incapacidad que dice fue cancelada de fecha 10 de agosto al 8 de septiembre de 2020, e informarlo a la empleadora INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S, y ésta, deberá, verificar y materializar el pago de dicha incapacidad al accionante, dentro del término de las 48 horas siguientes, en caso de no haberlo hecho aún, o en su defecto, acreditar el pago realizado al accionante, debiendo cada una de las accionadas informar al Juzgado el cumplimiento.

Tercer bloque: En relación con las incapacidades no pagadas a partir del **09 de octubre de 2020 al 7 de junio de 2021**, cabe reiterar en este punto que SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA, se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, régimen contributivo a través de COMPENSAR EPS, respectivamente, en calidad de cotizante dependiente, a quien le fue diagnosticado *“1. enfermedad cerebrovascular trombosis de senos venosos trasverso en 2015 - secuelas motoras sensitivas con trastorno de la marcha hemicuerpo izquierdo 2. epilepsia de probable inicio focal 3. depresión - manejo por psiquiatría 4. cefalea crónica 5. hipertrigliceridemia”*, enfermedades por la cual ha sido incapacitado, desde el 9 de octubre de 2020 hasta el 7 de junio de 2021, mismas que no han sido reconocidos por la entidad promotora de salud a la cual se encuentra afiliado, situación que afecta en gran medida su mínimo vital al ser su salario su única fuente de ingreso para solventar sus necesidades y el de su familia.

Igualmente, la EPS COMPENSAR indicó que el 5 de noviembre de 2020 emitió concepto desfavorable de rehabilitación, en el cual se aprecia que no tiene recuperación, y por esa razón, el pago de incapacidades superiores a 540 días sólo procede cuando exista concepto favorable de rehabilitación, por lo que le corresponde el pago de incapacidades a la AFP PORVENIR, hasta tanto sea reconocida la mesada pensional o quede en firme el concepto de rehabilitación y de pérdida de capacidad laboral.



Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0141 00
Accionante: SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA
Apoderada: MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS
Accionado: INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.
Derechos Fundamentales: mínimo vital

Si bien, la normatividad y la línea jurisprudencial, venía decantando que las incapacidades superiores a los 540 días quedaban a cargo de la Entidad promotora de salud, y el marco normativo que lo sustentaba así:

Término	Responsable	Norma que reglamenta
2 primeros días	Empleador	Decreto 2943 de 2013
Del día 3 hasta el día 180	E.P.S.	Decreto 2943 de 2013
Del día 181 al 540	Fondo de Pensiones	Ley 962 de 2005 ³
Del día 541 en adelante	E.P.S.	Ley 1753 de 2015

También lo es, que el legislador profirió el Decreto 1333 de 2018, en el cual indicó:

“ARTÍCULO 2.2.3.3.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días. Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:

1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.
2. 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.
3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541)”.

Y en su artículo 2.2.3.3.2. **MOMENTO DE LA CALIFICACIÓN DEFINITIVA.** En cualquier momento, cuando la EPS emita concepto desfavorable de rehabilitación, se dará inicio al trámite de calificación de Invalidez de que trata el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

Donde nuevamente se plantea una discusión frente a cuál es la entidad responsable de asumir las incapacidades posteriores a los 540 días que presente un **diagnóstico de rehabilitación desfavorables**, hasta que no se emita un dictamen de pérdida de capacidad laboral, lo cual según la Sentencia T-268 de 2020, la Corte Constitucional, refirió:

“...(ii) Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de

³ Según la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la E.P.S. Sentencia T-401 de 2017: *Se advierte que este concepto debe emitirse antes del vencimiento de los primeros 150 días de incapacidad. Si la E.P.S. no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.*



Sentencia Tutela

Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0141 00

Accionante: SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA

Apoderada: MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS

Accionado: INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.

Derechos Fundamentales: mínimo vital

*2018, sobre el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a los 540 días, del cual, es diáfano el entendimiento que dichas incapacidades serán asumidas por las E.P.S., **siempre y cuando** se cumplan con los presupuestos establecidos en el precitado artículo. En el caso objeto de análisis, no se observa el cumplimiento del presupuesto establecido en el numeral 1 del referido artículo, cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.*

Esta inobservancia se fundamenta así: (i) en sede de Revisión se pudo establecer que, según la prueba documental allegada por la accionada⁴, el 14 de septiembre de 2017 Nueva E.P.S. emitió concepto desfavorable de rehabilitación con relación a las siguientes patologías: Radiculopatía, otras degeneraciones específicas de disco intervertebral, osteo artrosis primaria generalizada, enfermedad de reflujo gástrico sin esofagitis, hiperplasia de la próstata, gastritis crónica superficial, hipertensión esencial primaria y asma no especificada, de origen común.⁵ Lo anterior indica que, no se cumple con el presupuesto establecido en el numeral 1 del artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, puesto que, en este se establece con claridad que las Empresas Promotoras de Salud pagarán las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a los 540 días, siempre y cuando exista concepto favorable de rehabilitación, hecho que no ocurre, pues se desvirtuó con suficiencia. Y (ii) Es claro que, para la fecha en que se emitieron las incapacidades, ya existía concepto desfavorable de rehabilitación. Es así como, se sustrae de la norma la obligación que en principio se radicó en cabeza de la E.P.S.

43. En relación con el concepto desfavorable de rehabilitación de 14 de septiembre de 2017, debe precisarse que, aunque es el único que a la fecha se conoce que le haya sido emitido al accionante y pese a que éste solo coincide con 3 de las 8 patologías calificadas al actor por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, es decir, gastritis, otras degeneraciones específicas de disco intervertebral e hipertensión esencial primaria, desconociéndose el estatus de las demás patologías incluidas en el concepto desfavorable emitido por la E.P.S y si frente a algunas existe una probabilidad de recuperación o mejoría, basta con este concepto para que en esta ocasión resulte procedente en todo caso atribuir el pago de las incapacidades a Colpensiones, teniendo en cuenta que la jurisprudencia Constitucional ha señalado que se debe establecer un responsable provisional del pago de las incapacidades cuando no exista certeza de cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe pagarlas.”

Además, no se puede desconocer las condiciones de salud y los conceptos determinados al accionante, como desfavorables y sin recuperación, lo implica que no tendrá posibilidades de cambiar su estado, y que se ha ordenado un nuevo procedimiento para la calificación de invalidez con miras a la garantía prestacional pensional, razón que justifica provisionalmente, que los auxilios derivados de las incapacidades, posterior al concepto desfavorable del 5 de noviembre de 2020, el pago lo asuma la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, hasta tanto se defina la condición de salud desfavorable a favorable, o la prestación pensional.

Igualmente, es diáfano para el Despacho, que por la situación de salud e

⁴ Folios 39 a 41 del cuaderno de Revisión de la Corte Constitucional.

⁵ Debe precisarse que, contrario a lo que señalaron los jueces de instancia, la fecha en la cual se emitió el concepto desfavorable de rehabilitación por parte de su médico tratante es el 14 de septiembre de 2017 y no enero de 2019.



Sentencia Tutela
Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0141 00
Accionante: SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA
Apoderada: MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS
Accionado: INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.
Derechos Fundamentales: mínimo vital

incapacidad que atraviesa actualmente el actor, no cuenta con los recursos económicos suficientes para proveerse el sustento diario y el de su familia, pues no recibe salario alguno y no cuenta con ningún otro ingreso que garantice su mínimo vital y le permita vivir en condiciones dignas, por lo que el pago de sus incapacidades laborales, en estas condiciones se constituye en su único sustento material para la satisfacción de su mínimo vital, razones que se estiman suficientes para que la protección constitucional sea concedida; además para evitar un desgaste en la administración de justicia al seguir interponiendo acciones de tutela y dado su diagnóstico, se hace necesario la protección prolongada, que garantice el mínimo vital del afectado.

Bajo las anteriores consideraciones, se concederá el amparo al derecho fundamental al mínimo vital invocados por SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA y en consecuencia, se ordena al Representante legal de **la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a liquidar y cancelar a SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA las incapacidades desde el 09 de octubre de 2020 hasta el 7 de junio de 2021. Igualmente, la orden abarcará las que se sigan generando hasta que se profiera un Dictamen de Pérdida de capacidad laboral en firme, o se cambie el concepto a favorable o se defina la prestación pensional.

De otro lado, se abstiene en amparar los derechos a igualdad y seguridad social, habida cuenta que no se plantea ninguna situación en concreto que afecte estos derechos fundamentales, o que por parte de las accionadas o vinculada hayan negado algún servicio relacionado con la atención en salud y que ponga en riesgo su vida en condiciones dignas, y más cuando se ha verificado que el accionante se encuentra vinculado a la seguridad social.

Respecto de la entidad **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES** al no ser para este momento la llamada de manera inmediata y directa a garantizar las incapacidades reclamadas por el actor, queda desvinculada del presente trámite.

5. DECISIÓN:

Por lo expuesto, el Juzgado 38 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y dignidad humana, invocados por el señor **SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA** por intermedio de apoderada, contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **EPS COMPENSAR** y la empresa **INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.**, por lo antes consignado.



Sentencia Tutela

Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0141 00

Accionante: SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA

Apoderada: MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS

Accionado: INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.

Derechos Fundamentales: mínimo vital

SEGUNDO: **ORDENAR** al Representante legal de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a liquidar y cancelar a **SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA** las incapacidades acreditadas desde el **09 de octubre de 2020 hasta el 7 de junio de 2021**. Igualmente, la orden abarcará las que se sigan generando hasta que se profiera un Dictamen de Pérdida de capacidad laboral en firme, o se cambie el concepto a favorable o se defina la prestación pensional, conforme se expuso en la parte considerativa de esta determinación.

TERCERO: **ORDENAR A LA EPS COMPENSAR y la empresa INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S**, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, la **EPS COMPENSAR**, proceda **acreditar el pago** de la incapacidad de fecha **10 de agosto al 8 de septiembre de 2020**, que dice fue cancelada a la empleadora **INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S**, y ésta, **deberá, verificar y materializar el pago** de dicha incapacidad al accionante **SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA**, dentro del término de las 48 horas siguientes, en caso de no haberlo hecho aún, o en su defecto, acreditar el pago realizado al accionante, debiendo cada una de las accionadas informar al Juzgado el cumplimiento, conforme se expuso en la parte considerativa de esta determinación.

CUARTO: **DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela interpuesta por **SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA** por intermedio de apoderada doctora **MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS** contra **INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.**, **la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y **COMPENSAR EPS**, respecto de la pretensión cancelar las incapacidades comprendidas para los años 2016 hasta el 25 de abril de 2018, por existencia de otro mecanismo de defensa judicial, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: Abstenerse de amparar los derechos fundamentales a la salud e igualdad y seguridad social, por las razones expuestas en esta decisión.

SEXTO: **DESVINCULAR** a la vinculada **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES**, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEPTIMO: Entérese a las entidades tuteladas, que en el caso de no darle cumplimiento a esta orden judicial, se iniciarán las acciones pertinentes, conforme al artículo 52 del decreto 2591 de 1991.

OCTAVO: De conformidad con los artículos 30, 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991, notifíquese en legal forma la presente decisión y una vez cumplido este trámite, si dentro del término de los tres días siguientes, fuere impugnada, remítase al Superior funcional. En su defecto, se remitirá de manera inmediata a la **Corte Constitucional**, para su eventual revisión.



Sentencia Tutela

Radicación: 11-001-40-88-038-2021-0141 00

Accionante: SANDRO ANTONIO RODRÍGUEZ MONTAÑA

Apoderada: MÓNICA HERNÁNDEZ ARZAYÚS

Accionado: INTERNACIONAL DE DROGAS S.A.S.

Derechos Fundamentales: mínimo vital

NOVENO: Contra el presente fallo procede el recurso de impugnación, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato, como lo estipula el artículo 31 ídem.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**LIGIA AYDEE LASSO BERNAL
JUEZ**

Firmado Por:

**LIGIA AYDEE LASSO BERNAL
JUEZ**

**JUEZ - JUZGADO 038 MUNICIPAL PENAL CONTROL DE GARANTIAS DE LA CIUDAD DE
BOGOTA, D.C.-BOGOTÁ, D.C.**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

33bab9cf6835b74ce6088067d0f7720f993fb7bb144b10ce84158173dfb3d85b

Documento generado en 23/06/2021 07:43:21 PM

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