



JUZGADO TERCERO DE FAMILIA
Distrito Judicial de Valledupar
Calle 14 Carrera 14 Palacio de Justicia. Piso 6.
j03fvpar@cendoj.ramajudicial.gov.co

Valledupar, Cesar, veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

PROCESO	ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	FREDDY ENRIQUE ESCOBAR LÓPEZ, por intermedio de apoderado judicial.
ACCIONADOS	COLPENSIONES, SALUD TOTAL E.P.S. y como vinculado ASEO DEL NORTE S.A.
RADICADO	20001-31-10-003-2023-00051-00.
DERECHOS	MINIMO VITAL, SALUD, DEBIDO PROCESO y SEGURIDAD SOCIAL.
SENTENCIA: 033.	TUTELA: 016.

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a decidir lo que en derecho corresponda, dentro de la acción de tutela de la referencia.

ANTECEDENTES

FREDDY ENRIQUE ESCOBAR LÓPEZ, acciona en tutela contra COLPENSIONES y SALUD TOTAL E.P.S., en procura de la protección de sus derechos fundamentales invocados, pretendiendo el reconocimiento y cancelación de las incapacidades No. P11808598 desde el día 7 de octubre de 2022, hasta el 29 de octubre 2022; la P11901552 que va desde el 30 de octubre al 28 de noviembre de 2022; la P12004886 desde el 29 de noviembre hasta el 15 de diciembre de 2022. Además, el reconocimiento y pago del auxilio por incapacidad laboral No. P12004886 que va desde el 15 al 28 de diciembre de 2022; el No. P12112826 que inicia el 29 de diciembre de 2022, hasta el 27 de enero de 2023.

Como soporte fáctico de su pretensión, expone:

El accionante tiene 47 años de edad, afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de SALUD TOTAL E.P.S. como cotizante,

FALLO DE TUTELA - RADICADO: 20001-31-10-003-2023-00051-00.

dependiente de la empresa Aseo del Norte desde el 15 de agosto de 2019; padre cabeza de hogar, su núcleo familiar conformado por su esposa MILKAR BUSTAMANTE CAÑAS y su hijo menor JUAN DAVID ESCOBAR BUSTAMANTE dependen de sus ingresos.

Manifiesta que el 2 de abril de 2022, mientras disfrutaba de su periodo de vacaciones, resultó lesionado al verse involucrado en un accidente de tránsito cuando se desplazaba en una motocicleta, hechos ocurridos en la calle 44 con carrera 7ª, zona urbana de Valledupar; luego de ello, lo trasladaron a la Unidad Pediátrica Simón Bolívar IPS S.A.S., donde lo valoraron inicialmente, determinando que tenía un trauma ocular abierto en ojo izquierdo con expulsión del contenido intraocular y heridas a nivel del párpado superior e inferior del mismo, disminución total de agudeza visual, también Tac de cara con desfiguración del segmento posterior del globo ocular y hemorragia vítrea, acompañadas de fracturas orbitarias.

Debido a las lesiones producidas por el accidente, inicialmente le autorizaron una incapacidad por treinta (30) días y luego se la prorrogaron por 293 días más por accidente o enfermedad de origen común, que van desde el 7 de abril de 2022 hasta el 27 de enero de 2023, reconociéndole el pago de las incapacidades sólo hasta los 180 días que por ley le corresponde, de acuerdo al artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, en concordancia con el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, suspendiéndole por parte de SALUD TOTAL E.P.S. los pagos, sin que se hubiera generado el concepto de rehabilitación que trata la norma mencionada.

Luego de todo ello, a partir del 7 de octubre de 2022, cuando se le suspendieron los pagos al accionante, éste quedó desamparado y sin posibilidad alguna de acceder al mínimo vital al que tiene derecho tanto él como su núcleo familiar, puesto que por un lado la E.P.S. SALUD TOTAL no había generado el concepto de rehabilitación en el plazo de 120 días establecido para tal fin y por tal razón, impedía que la A.F.P. COLPENSIONES asumiera el pago del subsidio, del cual sólo se enteró el 1 de noviembre de 2022, cuando fue a cobrar su acostumbrada mesada, desconociendo el protocolo a seguir.

FALLO DE TUTELA - RADICADO: 20001-31-10-003-2023-00051-00.

Aduce que al verse preocupado por no contar con su mínimo vital, recursos necesarios para cubrir los gastos familiares de octubre, se acercó a las instalaciones de la E.P.S. SALUD TOTAL buscando respuesta respecto al responsable de asumir el pago de sus incapacidades, donde le informaron que debía acercarse a la A.F.P. COLPENSIONES para solicitar el pago de las incapacidades del día 181 en adelante, por ser ellos los responsables de acuerdo a la disposición legal y al acatar con lo informado, en las instalaciones de la A.F.P. COLPENSIONES le señalaron los requisitos que debía cumplir para poder acceder al subsidio de incapacidad laboral, entre los cuales le exigían el concepto de rehabilitación, documento este que debía ser aportado por la EPS dentro de los primeros 120 días de incapacidad y que debía notificarse antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), trámite que no había realizado la E.P.S. hasta el 6 de octubre de 2022.

Argumenta que las accionadas condicionan la entrega del subsidio al cumplimiento de requisitos imposibles de obtener por parte del accionante, teniendo en cuenta que el concepto de rehabilitación no había sido emitido al 1 de noviembre de 2022, lo que generó la imposibilidad de obtener el auxilio de incapacidad.

Que el 2 de noviembre de 2022, la E.P.S SALUD TOTAL le notificó a la A.F.P. COLPENSIONES el concepto de rehabilitación favorable, permitiéndole continuar con el trámite de reclamación de subsidios y el 22 de ese mes y año, con radicado BZ 2022_16264183 le informaron que en el evento que la Entidad Prestadora de Salud le expida las incapacidades por enfermedad general o accidente de origen común posteriores a los primeros ciento ochenta (180) días y hasta el día quinientos cuarenta (540), deberá entonces adelantar unos siguientes trámites, acudiendo a cualquiera de los Puntos de Atención al Ciudadano de Colpensiones (PAC), los cuales podrá consultar ingresando a la página web de la entidad a través de un link que le suministraron.

Que solo hasta el 14 de diciembre de 2022 pudo obtener toda la documentación solicitada por la A.F.P. y procedió a hacer la respectiva radicación según consta en recibido No. 2022_18364354 de la misma fecha y fue hasta el 19 de diciembre de 2022 que COLPENSIONES se pronunció formalmente respecto del reconocimiento del auxilio por incapacidad laboral solicitado, informándole que el certificado de incapacidad aportado no cumple

FALLO DE TUTELA - RADICADO: 20001-31-10-003-2023-00051-00.

con los requisitos mínimos establecidos en la normatividad vigente, razón por la cual no es posible dar trámite a la solicitud, teniendo en cuenta que a partir del 29 de julio de 2022 entro en vigencia el decreto 1427 del 29 de julio de 2022, el cual establece que el certificado de incapacidad debe cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 2.2.3.3.2., concluyendo que SALUD TOTAL EPS había generado un certificado de incapacidad anómalo y carente de requisitos formales, impidiendo continuar con el tramite referido.

Nuevamente al acercarse a la A.F.P. le recomendaron continuar con su proceso después de las fechas decembrinas porque para esa época el sistema prácticamente se paralizaba en atención a las festividades navideñas, y celebraciones, a pesar que la familia del accionante entraba en crisis económica por indiferencia de los entes encargados de reconocer y pagar las prestaciones sociales a que tenía derecho como cotizante del Sistema General de Seguridad Social en Salud y fue así como el 12 de enero de 2023, mediante radicado BZ2023_57385-0007498 el señor ESCOBAR LOPEZ recibió respuesta de la A.F.P. COLPENSIONES donde formalmente se pronuncian respecto de su reclamación de los auxilios en los siguientes términos: *“Aunado a lo expuesto, es responsabilidad de la EPS acatar integralmente el decreto 1427 del 29/07/2022, (rige a partir de la fecha de su promulgación), expidiendo las incapacidades como lo ordena dicha norma, por ello, para esta administradora, hasta tanto las incapacidades no contengan el cumplimiento de los requisitos de ley, no procederá a dar trámite a las mismas. Por otra parte, se evidencia que la Entidad Promotora de Salud – Salud Total EPS, allego ante esta Administradora concepto de rehabilitación con pronóstico desfavorable para las patologías padecidas por el afiliado a través de radicado 2022_18694811 de fecha del 20/12/2022, en consecuencia, no es procedente el pago de los subsidios económicos por incapacidades, y en todo caso lo pertinente es llevar a cabo el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral y ocupacional, de conformidad con lo previsto en el decreto 1507 de 2014 que modifica el decreto 917 de 1999 Manual Único para la calificación de la invalidez, modificando este el decreto 692 de 1995.”*

Una vez enterado de la modificación del Concepto de Rehabilitación que en un primer momento se había generado como FAVORABLE por un nuevo dictamen DESFAVORABLE que fue notificado el 15 de diciembre del 2022, decidió impetrar Derecho de Petición ante SALUD TOTAL EPS el 20 de enero de 2023, recibiendo respuesta el 1 de febrero de 2023, donde le entregan formalmente los documentos que venía solicitando desde hacía 4 meses, pero

no se pronuncia respecto a la obligación que recaía en su responsabilidad, relacionadas con la demoras en el trámite del Concepto de Rehabilitación.

ACTUACIÓN PROCESAL

La solicitud fue admitida con proveído de 13 de febrero de 2023, vinculando a ASEO DEL NORTE S.A., concediéndole a las accionadas y vinculada, el término de dos (2) días para pronunciarse sobre los hechos que dieron origen al mecanismo constitucional.

CONTESTACIÓN

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, a través de su Directora de Acciones Constitucionales, manifiesta que al revisar el expediente administrativo se evidenció que Salud Total EPS remitió Concepto de Rehabilitación (CRE) con pronóstico favorable, lo que sería jurídicamente procedente el pago de los subsidios económicos por incapacidades desde el día 181, hasta un plazo máximo de 360, que sumados a los primeros 180 que paga la EPS arroja un total de 540, siempre y cuando sus incapacidades sean continuas, con prórroga no mayor a 30 días y el diagnóstico que las genera guarde relación con el establecido en el Concepto de Rehabilitación – CRE; luego, con radicado 2022_18364354 del 14 de diciembre de 2022, el afiliado solicitó el reconocimiento y pago de las incapacidades, por lo que al valorar la documentación aportada, el equipo de auditoría de incapacidades procedió a rechazarlas, porque entró en vigencia el Decreto 1427 del 29 de julio de 2022. Que como lo pretendido es el reconocimiento de subsidio de incapacidades, no es procedente la orden de pago de los periodos que se requieren, hasta que no se subsane la falencia aducida.

Por otra parte, solicita que se declare improcedente esta acción constitucional, teniendo en cuenta que este es un mecanismo residual, que no puede ser elegido arbitrariamente por los ciudadanos, porque de acuerdo al artículo 86 de la Constitución Política, solo será procedente cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial, y excepcionalmente a pesar de existir, cuando sea utilizada para evitar un perjuicio irremediable y tratándose de pago de prestaciones económicas, no procede la tutela, porque no se encuentra

FALLO DE TUTELA - RADICADO: 20001-31-10-003-2023-00051-00.

instituida para resolver cuestiones litigiosas, sino por el contrario para proteger derechos fundamentales.

Señala que no se evidencian incapacidades radicadas en esa entidad, que el estado de las incapacidades se deberá probar mediante la presentación, en original, de la licencia otorgada por el médico tratante, situación que no se ha cumplido en este trámite. Además, dice que el estado de una incapacidad superior a 180 días se prueba acreditando la licencia en original debidamente expedida por el médico tratante y en tal sentido, el motivo por los cuales Colpensiones no puede realizar el estudio de incapacidades es cuando solamente se pueda realizar el reconocimiento y pago de las mismas, una vez se alleguen todos los documentos.

Por todo lo anterior, solicita que se niegue por improcedente la acción constitucional respecto a Colpensiones, puesto que no cumple con los requisitos de procedibilidad y por estar demostrado que esa entidad no ha vulnerado los derechos reclamados por el accionante.

Por su parte, SALUD TOTAL E.P.S., a través del Administrador Principal de la Sucursal Valledupar, manifiesta que el accionante se encuentra afiliado en esa entidad como Cotizante del Régimen Contributivo, su estado de afiliación es activo, su aportante como empleador es Aseo del Norte S.A. E.S.P.

Respecto a las incapacidades, manifiesta que se validaron las mismas, evidenciando que se encuentran transcritas y que al revisar la solicitud del accionante, se comprobó que no existen incapacidades pendientes por transcribir, aclarando que el señor FREDDY ENRIQUE ESCOBAR LOPEZ completó los 180 días de incapacidad continuas el 6 de octubre de 2022, periodo cubierto por esa EPS como legalmente le corresponde y por tal razón, desde el 28 de julio de 2022, cuando inició su día 181 de incapacidad, le corresponde directamente al Fondo de Pensiones realizar el reconocimiento económico de las incapacidades e iniciar el proceso de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral.

Por último, aducen que el concepto de rehabilitación se elaboró hasta el 2 de noviembre de 2022, fecha de radicación extemporánea de las incapacidades en esa Entidad, y que el proceso con su empleador no se podrá realizar con

FALLO DE TUTELA - RADICADO: 20001-31-10-003-2023-00051-00.

la oportunidad que la norma señala, motivo por el cual podría presentar inconvenientes o demora en el reconocimiento de las incapacidades superiores a 180 días de acumulado de prorroga con la Administradora de Fondos de Pensiones, aclarando que ellos no son competentes para realizar la Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral.

Concluyendo su informe, dice que en caso que al trabajador le expidan incapacidades médicas pero éstas no superen los 180 días, le corresponde a la Empresa Promotora de Salud el pago de las mismas; si en el evento que las mismas sobrepasen los 180 días, el responsable del pago es el fondo de pensiones, ya sea hasta que se produzca un dictamen sobre su pérdida de capacidad laboral o se restablezca su salud y si el dictamen final indica que el trabajador presenta una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, se causará en su favor la pensión de invalidez, siempre y cuando cumpla con los demás requisitos legales.

ASEO DEL NORTE S.A. E.S.P., resume su informe con el argumento que el accionante no ha presentado solicitudes relacionadas con esa entidad y por razón, no se evidencia que por parte de esa empresa, se haya trasgredido derecho alguno y por eso solicita su desvinculación.

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Carta Política, contiene la acción de tutela a favor de toda persona, para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe en 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 o cuya conducta afecte grave o directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión, la que procede cuando el afectado no disponga de otros medios de defensa judicial, salvo cuando se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; y la protección se limita a una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

LEGITIMACIÓN.

La legitimación por activa se encuentra satisfecha, al tratarse de persona mayor quien actúa en su propio nombre y por pasiva las entidades demandadas y vinculada, como directamente involucradas en lo requerido por el actor.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si las accionadas y vinculada han vulnerado los derechos fundamentales reclamados por el accionante, al no reconocerle y pagarle las incapacidades reclamadas.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL.

La Corte Constitucional, en sentencia T-161 de 2019, M. P. Cristina Pardo Schlesinger, respecto al derecho constitucional a la seguridad social y su relación con el derecho fundamental al mínimo vital, ha reiterado:

“5. El pago de incapacidades laborales es un sustituto del salario. Reiteración de jurisprudencia.

El Sistema General de Seguridad Social establece la protección a la que tienen derecho aquellos trabajadores que, en razón a la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad de origen común, se encuentran incapacitados para desarrollar sus actividades laborales y, en consecuencia, están imposibilitados para proveerse sustento a través de un ingreso económico. Dicha protección se materializa mediante diferentes figuras tales como: el pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilio y pensión de invalidez contempladas todas estas, en la Ley 100 de 1993, Decreto 1049 de 1999, Decreto 2943 de 2013, la Ley 692 de 2005, entre otras disposiciones.

Las referidas medidas de protección buscan reconocer la importancia que tiene el salario de los trabajadores en la salvaguarda de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. Así lo ha sostenido esta Corporación al referirse particularmente a la incapacidades, estableciendo que el procedimiento para el pago de las mismas se han creado “(...) en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada”

Bajo esa línea, la Corte mediante sentencia T-490 de 2015 fijó unas reglas en la materia, señalando que:

“i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores,

cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar; ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.”

En consecuencia, durante los periodos en los cuales un trabajador no se encuentra en condiciones de salud adecuadas para realizar las labores que le permitan devengar el pago de su salario, el reconocimiento de incapacidades constituye como una garantía de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. De allí, que la Corte reconozca que sin dicha prestación, se presume la vulneración de los derechos en mención.

6. Marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días. Reiteración de jurisprudencia.

Conforme fue expuesto en precedencia, el Sistema General de Seguridad Social contempla, a través de diferentes disposiciones legales, la protección a la que tienen derecho los trabajadores que, con ocasión a una contingencia originada por un accidente o una enfermedad común, se vean limitados en su capacidad laboral para el cumplimiento de las funciones asignadas y la consecuente obtención de un salario que les permita una subsistencia digna.

*Respecto de la falta de capacidad laboral, la Corte ha distinguido tres tipos de incapacidades a saber: (i) **temporal**, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) **permanente parcial**, cuando se presenta una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) **permanente (o invalidez)**, cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%. Sobre el particular, la propia jurisprudencia ha precisado que las referidas incapacidades pueden ser de origen laboral o común, aspecto que resulta particularmente relevante para efectos de determinar sobre quién recae la responsabilidad del pago de las mismas, como se explicará a continuación.*

6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen laboral.

En cuanto a las incapacidades por enfermedad de origen laboral, el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013 dispone que las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL- serán las encargadas de asumir el pago de aquellas incapacidades generadas con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

“El pago lo surtirá la ARL correspondiente “(...) 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

FALLO DE TUTELA - RADICADO: 20001-31-10-003-2023-00051-00.

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.

6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen común.

Respecto del pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, es preciso empezar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabajador percibirá durante ese lapso. Así, cuando se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un **auxilio económico** y cuando se trata del día 181 en adelante se estará frente al pago de un **subsidio de incapacidad**.

Ahora bien, en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

i. Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con 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 EPS.

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

Así las cosas, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia.

iv. Ahora bien, en cuanto al pago de las incapacidades que superan los 540 días, cabe mencionar que hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional reconocía la existencia de un déficit de protección respecto de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días. Al respecto, esta Corporación mediante sentencia T-468 de 2010 advirtió lo siguiente:

“(…) aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son generosas, esta Sala repara en el hecho de que no existe

legislación que proteja al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días. Son muchos los casos en que las dolencias o las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común que obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y por tanto, tampoco nace el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir.” Agregó que “En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación legal en la materia, ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad, situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de Protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo.”

6.1.1 En ese orden, el Gobierno Nacional, expidió la Ley 1753 de 2015 mediante la cual buscó dar una solución a al aludido déficit de protección. Así, dispuso en el artículo 67 de la mencionada ley, que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas “[al] 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.”. Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS.

6.1.2 Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte ha reiterado que, a partir de la vigencia del precitado artículo 67 de Ley 1753 de 2015, en todos los casos en que se solicite el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad superior a 540 días, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social están en la obligación de cumplir con lo dispuesto en dicho precepto legal, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado.

6.1.3 Bajo esta línea, este Tribunal mediante sentencia T-144 del 2016 conoció el caso de una ciudadana que, como consecuencia de un accidente de tránsito, sufrió varias fracturas que le provocaron incapacidades de más de 540 días, cuyo dictamen de Calificación de Invalidez no superaba el 50% de PCL. En dicha oportunidad, la Sala Quinta de Revisión concluyó que la obligación de reconocer y pagar las incapacidades posteriores al día 540 estaba a cargo de las EPS, en virtud de la Ley 1753 de 2015. Lo anterior, tras considerar que:

“En el caso concreto es evidente que el estado de salud de la actora ha impedido el éxito total de los pretendidos reintegros, pues a favor de ella se siguen expidiendo certificados de incapacidad laboral. Así mismo, es una persona que no goza de una pensión de invalidez; es decir, está incapacitada medicamente para trabajar, pero no es beneficiaria de ninguna fuente de auxilio dinerario para subsistir dignamente. Ello evidentemente indica que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, y que se vulnera su derecho al mínimo vital y se amenazan otros derechos fundamentales, tales como la vida digna y la salud”.

(...)

“En ese orden, resolvió amparar los derechos fundamentales de cada uno de los accionantes reiterando que “(...) las incapacidades que superen los 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, deben ser asumidas por las entidades promotoras de salud en donde se encuentren afiliados los reclamantes”.

Sobre el particular, cabe indicar que través de la aludida providencia T-200 de 2017 se sintetizó el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
<i>Día 1 a 2</i>	<i>Empleador</i>	<i>Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013</i>
<i>Día 3 a 180</i>	<i>EPS</i>	<i>Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013</i>
<i>Día 181 hasta un plazo de 540 días</i>	<i>Fondo de Pensiones</i>	<i>Artículo 52 de la Ley 962 de 2005</i>
<i>Día 541 en adelante</i>	<i>EPS</i>	<i>Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015</i>

La misma corporación refiriéndose a los requisitos de la inmediatez y la subsidiaridad de la acción de tutela, reiteró:

INMEDIATEZ

“En reiteradas oportunidades, la jurisprudencia de esta Corporación 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, deben 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. 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 (ii)

FALLO DE TUTELA - RADICADO: 20001-31-10-003-2023-00051-00.

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”.

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 penade imponerle una carga desproporcionada.

(...).

3.1.2.2 Adicionalmente, ha precisado esta Corporación que la procedencia de la acción de tutela en relación con el pago de incapacidades expedidas mucho antes de la instauración del amparo está condicionada a la diligencia del peticionario respecto de la omisión o respuesta negativa de las entidades responsables.

(...).

SUBSIDIARIEDAD

3.2.1 De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria y, en consecuencia, su procedencia se encuentra condicionada a que “(...) i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, ii) cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante o iii) cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.”.

3.2.2 En los eventos de que el amparo proceda como mecanismo definitivo, ha precisado la propia jurisprudencia que la ineficacia y falta de idoneidad de los medios ordinarios de defensa con que cuente el accionante han de ser estudiadas atendiendo la particularidad del caso y las condiciones de la persona afectada, pues solo así, será posible determinar si tales mecanismos ofrecen una solución integral desde una dimensión constitucional y no meramente formal. En palabras de la Corte “(...) el medio de defensa ordinario debe estar llamado a proteger el derecho fundamental conculcado y, además, a hacerlo de manera oportuna, toda vez que, como ya ha sido señalado por esta Corporación, el Juez de tutela, al interpretar constitucionalmente asuntos laborales, no persigue la solución de un conflicto o diferencia entre el trabajador y el empresario para hallar la solución correcta, sino pretende, la definición de campos de posibilidades para resolver controversias entre derechos o principios fundamentales”.

3.2.3 En el escenario en que la acción de tutela proceda como mecanismo transitorio, se requiere la configuración de un perjuicio irremediable, el cual ha reiterado esta Corte debese inminente y grave. De allí que, las medidas para evitar su consumación obedezcan a los criterios de urgencia e impostergabilidad.

Sobre esa base, ha agregado la jurisprudencia en la materia que “(...) (ii) el estado

FALLO DE TUTELA - RADICADO: 20001-31-10-003-2023-00051-00.

de salud del solicitante y su familia; y (iii) las condiciones económicas del peticionario del amparo” constituyen criterios orientadores al momento de determinar la existencia o no de un perjuicio irremediable. En este último escenario, la decisión de amparo constitucional tiene un alcance transitorio, en el sentido de que solo se mantiene vigente mientras la autoridad judicial competente decide de fondo sobre la acción ordinaria instaurada por el afectado.

(...)

3.2.5 No obstante lo anterior, en lo que se relaciona específicamente con el reconocimiento de incapacidades, este Tribunal ha reconocido la procedencia de la acción de tutela, por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone la vulneración de otros derechos fundamentales habida cuenta de que en muchos casos, dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata. En palabras de la Corte:

“El no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”.

3.2.6 En suma, ha estimado la Corte que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente. (subrayas fuera del texto).

CASO CONCRETO

El accionante FREDDY ENRIQUE ESCOBAR LÓPEZ, a través de apoderado judicial, pretende el reconocimiento y cancelación de las incapacidades que van desde el 7 de octubre de 2022, hasta el 27 de enero de 2023, las cuales no han sido pagadas por parte de las accionadas.

Resumiendo lo planteado por COLPENSIONES en su informe, donde solicita denegar las pretensiones de la tutela, aduce que las incapacidades no han sido canceladas, debido a que al valorar los documentos aportados, no estaban completos, de acuerdo a la entrada en vigencia del Decreto 1427 del 29 de julio de 2022, puesto que lo pretendido era el reconocimiento del

FALLO DE TUTELA - RADICADO: 20001-31-10-003-2023-00051-00.

subsidio de incapacidades, por lo tanto, no es posible acceder a ello hasta que se subsane la falencia.

Además, argumenta que este no es el mecanismo para reclamar el pago de una prestación económica y por tal razón no se debe invocar la acción constitucional, en razón a que ésta se impetra al momento de verse violentado cualquier derecho fundamental, situación que no es viable en esta oportunidad.

SALUD TOTAL E.P.S., argumenta en su informe que no existen incapacidades por transcribir respecto al tutelante, que las correspondiente a esa EPS hasta el día 180 fueron canceladas y por tal motivo, a partir del día 181 será el Fondo de Pensiones quien deba realizarle el reconocimiento económico de las incapacidades, para luego iniciar el proceso de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral.

Resalta que el proceso con el empleador no podrá realizarse porque el concepto de rehabilitación se elaboró de manera extemporánea y por ello se podría presentar inconvenientes o demoras en el reconocimiento de las incapacidades superiores a 180 días a través del Fondo de Pensiones.

ASEO DEL NORTE S.A. E.S.P., solicita desvinculación de esta acción tutela porque no tiene responsabilidad en las pretensiones del accionante y tampoco existen solicitudes por resolver en este asunto.

El artículo 41 de la Ley 100 de 1993 establece que las incapacidades que superen los 180 días, es decir, que van del día 181 al 540 le corresponde su cancelación al fondo de pensiones, así lo señala específicamente el quinto inciso de la mencionada norma, el cual se transcribe:

“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 por 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 previsional 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.”

FALLO DE TUTELA - RADICADO: 20001-31-10-003-2023-00051-00.

Para ello, es necesario que la EPS a la que pertenezca el usuario, emitida el concepto favorable de rehabilitación, puesto que, si no lo hace, el fondo de pensiones no podrá pagar esas incapacidades, correspondiéndole entonces asumirlas hasta que se emita el concepto, así lo reglamenta el inciso 6 del artículo 41 de la ley 100.

Solamente en caso que hayan transcurrido los primeros 180 días de incapacidad laboral y se determina que el trabajador no puede ser rehabilitado, se debe calificar la pérdida de capacidad laboral que puede terminar en una pensión de invalidez o en una reubicación del trabajador.

Para mayor claridad, a continuación ilustramos en el siguiente cuadro, la responsabilidad de quien debe pagar las incapacidades, de acuerdo al número de días:

Periodo de incapacidad	Obligado a pagar	Normativa
Días 1 a 2	Empleador	Artículo 3.2.1.10 decreto 780
Días 3 a 180	EPS	Artículo 3.2.1.10 decreto 780
Días 181 a 540	Fondo de pensiones	Artículo 41 ley 100 de 1993
Días 541 en adelante	EPS/Fondo de pensiones	Artículo 2.2.3.3.1 decreto 780

Teniendo como probado los certificados de incapacidad aportados por el actor y expedidos por la EPS a la cual se encuentra vinculado y el hecho de no haber demostrado haber emitido concepto favorable de rehabilitación para el pago de las incapacidades que reclama el actor, es de advertirle a CAJACOPI EPS que no puede pretender hacer caso omiso a esa prestación económica, cuando la Corte Constitucional ha sido enfática y repetida en que la no cancelación de esa acreencia, vulnera los derechos fundamentales del accionante, puesto que éste, al estar incapacitado para ejercer su labor, se encuentra sujeto a su cancelación, puesto que depende de ese ingreso para su subsistencia y la de su núcleo familiar, siendo el único soporte para vivir dignamente.

Ahora bien, no puede la E.P.S. SALUD TOTAL culpar al accionante porque el concepto de rehabilitación se haya presentado de manera extemporánea para que pueda el Fondo de Pensiones reconocerle el subsidio de incapacidades que se le otorga, puesto que este trámite no depende de él, teniendo en cuenta que es un procedimiento administrativo que le compete a las instituciones; debe tenerse en cuenta que muchas veces estos procedimientos son desconocidos por los usuarios del servicio y además tediosos; entonces serán las entidades quienes les deban brindar ayuda e ilustrarlos, buscando resolverles el inconveniente, tratándose de una persona que tanto él como su núcleo familiar dependen de ese mínimo sustento.

Por ello, según se puede interpretar el planteamiento jurisprudencial y normativo, no puede así interpretarse la responsabilidad en el pago de las incapacidades cuando el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 condiciona a las E.P.S. para el pago de las incapacidades en este sentido.

De acuerdo a todo lo planteado, considera el despacho que los derechos fundamentales invocados por el tutelante encuentran vulnerados por la EPS SALUD TOTAL, al no habersele cancelado los días de incapacidad reclamados, puesto que no existe el concepto favorable de rehabilitación, razón por la cual se concederá la presente acción de tutela y se darán las órdenes pertinentes para que se cumpla con lo que corresponde al pago, de manera pronta y oportuna, la acreencia prestacional reclamada, trámite que deberá realizar la entidad acá tutelada, conjuntamente con el Fondo de Pensiones.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero de Familia de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONCEDER la presente acción de tutela invocada por el señor FREDDY ENRIQUE ESCOBAR LÓPEZ, violados por E.P.S. SALUD TOTAL.

SEGUNDO: ORDENAR a SALUD TOTAL E.P.S, que en un término de cuarenta y ocho (48) horas, tramite, autorice y pague las incapacidades reclamadas por el señor FREDDY ENRIQUE ESCOBAR LÓPEZ, para lo cual deberá realizar las diligencias pertinentes, enviando a este Juzgado los soportes que demuestren el cumplimiento de la orden dada en esta providencia.

TERCERO: DESVINCULAR de esta acción de tutela a COLPENSIONES y ASEO DEL NORTE S.A. E.S.P. por no tener responsabilidad en los derechos fundamentales tutelados.

CUARTO: NOTIFICAR esta decisión a las partes por el medio más expedito.

QUINTO: REMITIR las piezas procesales requeridas por la Corte Constitucional, para su eventual revisión, si el fallo no fuere impugnado
Notifíquese y cúmplase.

Notifíquese y cúmplase.

ANA MILENA SAAVEDRA MARTÍNEZ

Juez

FREKAS.

Firmado Por:

Ana Milena Saavedra Martínez

Juez

Juzgado De Circuito

Familia 003 Oral

Valledupar - Cesar

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: **541754b9cf9e73de324a5ba71947af2cfb11be47e58786a7af891625789b9f35**

Documento generado en 25/02/2023 12:16:41 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>