REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, Catorce (14) julio de dos mil Veinte (2020)

RAD: 20001 40 03 003 2020 00141 01 Acción de tutela de segunda instancia promovida por **MASSIEL KARINA CARRILLO GUTIERREZ** apoderada del señor **EVER FARID BARRIOS PALACIN** contra **EPS SANITAS y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.** Derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, debido proceso y **Mínimo Vital.**

ASUNTO A TRATAR:

El Despacho procede a resolver la impugnación interpuesta por la parte accionada contra la sentencia de 19 de mayo de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Valledupar, Cesar, dentro de la acción de tutela de la referencia.

HECHOS:

Como fundamento fáctico de la acción Constitucional la apoderada la parte accionante adujo en síntesis lo siguiente:

Su prohijado se encuentra afiliado a EPS SANITAS y AFP COLFONDOS S.A. Así mismo, sufrió un accidente laboral el 06 de mayo de 2016, padeciendo las siguientes patologías: Espondilolitesis L5 – S1, Discopatia degenerativa en L3-L4-L5 y L5-S1, Trastorno efectivo bipolar, episodio depresivo grave son síntomas psicóticos y lumbago no especificado.

Se encuentra incapacitado desde el 21 de octubre de 2016, lleva más de tres años incapacitado, por la complejidad de sus patologías y la EPS canceló las incapacidades correspondientes hasta los 180 días.

El único ingreso de su apadrinado es el pago de la incapacidad, pero no lo está recibiendo desde el día 180 por la AFP COLFONDOS.

Por la demora de asignación citas, deficiencia del servicio, falta de asignación de citas y suspensión a la continuidad del tratamiento ha habido periodos muy cortos donde su poderdante ha quedado sin incapacidades por situaciones ajenas a su volunta.

La ARL SEGUROS BOLIVAR calificó al su prohijado los diagnósticos ESPONDILOLITESIS L5-S1, DISCOPATIA DEGENERATIVA EN L3-L4-L5 y L5-S1, de origen no derivado de accidente de trabajo y el diagnostico LUMBAGO NO ESPECIFICADO SIN SECUELAS FUNCIONALES de origen de accidente de trabajo y un porcentaje de 0.0% de PCL.

El dictamen expedido en primera oportunidad por la ARL SEGUROS BOLIVAR fue impugnado, y la Junta Regional de Calificación de

Invalidez expidió el dictamen No. 8531938-1064 de fecha 27 de junio de 2019, a través del cual determinó que las patologías ESPODILOLISTESIS L5-S1, DISCOPATIA DEGENERATIVA en L3-L4, L4-L5 y L5-S1 son de origen no derivada de accidente de trabajo.

Su prohijado ha solicitado en varias ocasiones al FONDO DE PENSIONES – COLFINDOS S.A., el pago de las incapacidades correspondientes del día 180 al día 540 de incapacidad y en todas las contestaciones COLFONDOS S.A., manifiesta al accionante que no es posible el pago de las incapacidades sino la calificación de su pérdida de la capacidad laboral, toda vez que el concepto de rehabilitación de sus patologías es DESFAVORABLE.

Las incapacidades que adeuda Colfodos S.A., a su prohijado corresponde al siguiente periodo:

NUMERO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	DIAS
55793900	31/01/2019	12/02/2019	13
55793922	13/02/2019	08/03/2019	24
55808028	09/03/2019	10/03/2019	2
55763986	11/03/2019	31/03/2019	21
55803457	01/04/2019	30/04/2019	30
55863971	01/05/2019	30/05/2019	30
55863975	31/05/2019	31/05/2019	1
55903583	01/06/2019	30/06/2019	30
55947588	01/07/2019	30/07/2019	30
55947600	31/07/2019	31/07/2019	1
55994072	01/08/2019	30/08/2019	30
55994074	31/08/2019	31/08/2019	1
56044556	01/09/2019	03/09/2019	3
56044565	04/09/2019	03/10/2019	30
56101234	04/10/2019	02/11/2019	30
56119906	03/11/2019	18/11/2019	16
56119923	19/11/2019	26/11/2019	8
56155086	01/12/2019	17/12/2019	17
56155111	18/12/2019	16/01/2020	30
56214425	17/01/2020	13/02/2020	30

COLFONDOS, contrató los servicios de Seguros Bolívar para realizar la calificación del porcentaje de la Pérdida de la Capacidad Laboral del señor EVER FARID BARRIOS PALACIN, por lo que en el mes de enero la comunicación que sería citado para la valoración de PCL.

La EPS SANITAS, ha realizado algunas de las últimas incapacidades, para su transcripción y pago, a pesar de que después de los 540 días le corresponde nuevamente el pago de las incapacidades.

PRETENSIONES:

En virtud de lo anterior, la parte accionante solicita que le tutelen los derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, debido proceso y mínimo vital, y en consecuencia pide que

se le ordene a COLFONDOS S.A, el reconocimiento y pago de las siguientes incapacidades:

NUMERO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	DIAS
55793900	31/01/2019	12/02/2019	13
55793922	13/02/2019	08/03/2019	24
55808028	09/03/2019	10/03/2019	2
55763986	11/03/2019	31/03/2019	21
55803457	01/04/2019	30/04/2019	30
55863971	01/05/2019	30/05/2019	30
55863975	31/05/2019	31/05/2019	1
55903583	01/06/2019	30/06/2019	30
55947588	01/07/2019	30/07/2019	30
55947600	31/07/2019	31/07/2019	1
55994072	01/08/2019	30/08/2019	30
55994074	31/08/2019	31/08/2019	1
56044556	01/09/2019	03/09/2019	3
56044565	04/09/2019	03/10/2019	30
56101234	04/10/2019	02/11/2019	30
56119906	03/11/2019	18/11/2019	16
56119923	19/11/2019	26/11/2019	8
56155086	01/12/2019	17/12/2019	17
56155111	18/12/2019	16/01/2020	30
56214425	17/01/2020	13/02/2020	30

Igualmente, se ordene a EPS. SANITAS S.AS, que transcriba y pague las incapacidades superiores a los primeros 540 días de incapacidad al señor EVER FARID BARRIOS PALACIN.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El *iudex a quo* con sentencia del 19 de mayo del 2020, concedió el amparo a los derechos fundamentales invocados.

En consecuencia ordenó al Representante Legal de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. por haber asumido la obligación en virtud del contrato celebrado con la primera, que en el término de CUARENTA Y OCHO (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, en caso de no haberlo hecho, materialice la transcripción y ordene el pago de las siguientes incapacidades médicas al señor EVER FARID BARRIOS PALACIN.

NUMERO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	DIAS
55793922	13/02/2019	08/03/2019	24
55808028	09/03/2019	10/03/2019	2
55763986	11/03/2019	31/03/2019	21
55803457	01/04/2019	30/04/2019	30
55863971	01/05/2019	30/05/2019	30
55863975	31/05/2019	31/05/2019	1
55903583	01/06/2019	30/06/2019	30
55947588	01/07/2019	30/07/2019	30
55947600	31/07/2019	31/07/2019	1

55994072	01/08/2019	30/08/2019	30
55994074	31/08/2019	31/08/2019	1
56044556	01/09/2019	03/09/2019	3
56044565	04/09/2019	03/10/2019	30
56101234	04/10/2019	02/11/2019	30
56119906	03/11/2019	18/11/2019	16
56119923	19/11/2019	26/11/2019	8
56155086	01/12/2019	17/12/2019	17
56155111	18/12/2019	16/01/2020	30

Al considerar que a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal, la Corte Constitucional estableció en la sentencia T-920 de 200912 que las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones.

Con respecto que SANITAS EPS, alega que con la acción de tutela no se aportó documento alguno con el cual se demuestre que al accionante le han sido extendidas incapacidades superiores a 540 días, siendo del caso entonces negar dicha pretensión, pues no se puede conceder el amparo ante la expectativa de que presuntamente la EPS vulneraría los derechos al accionante, al no cancelarle las incapacidades superiores a os primeros 540 días.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

Dentro del término legal la parte accionada impugnó el fallo de tutela alegando lo siguiente:

Indica que la orden de pagar un subsidio por incapacidad a favor del señor EVER FARID BARRIOS PALACIN, se está desconociendo lo establecido en el artículo 142 del Decreto 019 del 19 de enero de 2012, que modificó el artículo 41 de la ley 100 de 1993, el cual establece que procede el pago de un subsidio por incapacidad al trabajador cuando el mismo posea CONCEPTO FAVORABLE DE REHABILITACION.

Argumenta que le corresponden los primeros 180 días a la EPS donde se encontraba afiliado y a partir del día 181 a la aseguradora con la que se tenía vigente el seguro previsional de los afiliados del Fondo de Pensiones, siempre y cuando:

1. Exista CONCEPTO FAVORABLE de rehabilitación expedido por la Entidad Promotora de Salud, para determinar si es procedente otorgar un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador, siempre y cuando la contingencia sea de origen común.

2. Que el CONCEPTO FAVORABLE de rehabilitación haya sido expedido por la Entidad Promotora de Salud, antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a la Administradora de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador, pues cuando

la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación en ese término, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iníciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

3. La EPS haya reconocido los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal, para que la Administradora de Fondos de Pensiones, a través de la Compañía de Seguros con la cual se tiene contratado el pago del seguro previsional de sus afiliados, postergue 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.

Concluye que la disposición normativa antes invocada establece claramente que el pago del subsidio por incapacidad sólo procede "Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista CONCEPTO FAVORABLE de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud", situación en la que claramente no se encuentra incurso el señor EVER FARID BARRIOS PALACIN, pues como quedó demostrado en la presente acción de tutela, la EPS SANITAS aportó "concepto de rehabilitación integral" en el cual señala un pronóstico de rehabilitación DESFAVORABLE a nombre del citado señor, lo cual dio lugar a realizar la valoración de su pérdida de capacidad laboral y no al pago del subsidio por incapacidad que reclama por esta vía judicial.

En virtud de lo anterior, solicita que revoque el fallo de primer grado.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

Reiteradamente han venido sosteniendo los Jueces y Tribunales que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Magna y desarrollada por el decreto 2591 del 91, es un mecanismo judicial de protección inmediata de los derechos Constitucionales fundamentales mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando quiera que ellos resulten vulnerados o amenazados generalmente, por autoridad pública o de un particular en los términos que señala la ley. Se trata de una acción que presenta como características fundamental la de ser un mecanismo inmediato o directo para la debida protección del derecho Constitucional fundamental violado; y la de ser subsidiaria, esto es, que su implantación solamente resulta procedente a falta de otro medio de defensa judicial.

De lo anterior se colige que la acción de tutela sólo procede para amparar derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o en casos especiales por particulares, cuando estos tengan entre sus funciones la prestación de servicios públicos o cuando entre accionante y accionado exista una relación de subordinación o indefensión.

En el asunto de marras, el problema jurídico radica si la sentencia impugnada está ajusta a los lineamientos normativos y jurisprudenciales vigentes para haber concedido el amparo constitucional o contrario sensu le asiste razón a la parte impugnante y debe revocar el amparo concedido?

Frente a las incapacidades la jurisprudencia constitucional ha señalado en Sentencia T-312/18:

El pago recibido por las incapacidades laborales es un sustituto del salario. Reiteración de jurisprudencia:

> "Como se observó en párrafos anteriores, el ordenamiento jurídico contempla una serie de medidas que permiten garantizar la protección de aquellos trabajadores que se ven inmersos en una situación que les impida desarrollar sus labores, como consecuencia de un accidente o enfermedad, lo que a su vez deriva en la imposibilidad de recibir los recursos necesarios para su subsistencia. Por tal motivo, se ha previsto el reconocimiento del pago de incapacidades laborales, seguros, auxilios económicos y la pensión de invalidez.
>
> Lo anterior cobra relevancia, toda vez que lo señalado se identifica aquellas medidas encaminadas a proteger el mínimo vital de quien se ve en imposibilidad de percibir un salario por sus condiciones de salud. Así, de no reconocer la importancia de proveerse sus propios recursos, el sistema no se ocuparía de garantizar el pago de las incapacidades laborales, puesto que no tendrían una relación con el derecho mencionado y los que guardan conexión con el mismo.
>
> Bajo ese orden, esta Corte a través de distintos pronunciamientos, por ejemplo, **la sentencia T-200 de 2017** ha reconocido el pago de incapacidades laborales como el ingreso que permite sustituir el salario durante el periodo en el cual el trabajador no puede desarrollar sus labores, a causa de su condición de salud. En efecto, dicha providencia trajo de presente lo señalado por este Tribunal en el **fallo T-876 de 2013**, en el que se advirtió que los mecanismos para el pago de estos auxilios fueron implementados "*(…)* ***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".***
>
> En igual sentido, la **sentencia T-200 de 2017** antes citada, recordó que en **fallo T-490 de 2015**, este Tribunal, a fin de proveer un mejor entendimiento de la naturaleza y objetivo del pago de incapacidades, estableció una serie de reglas, a saber:
>
> ***"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."

Con base en ello, esta Corte concluyó que la incapacidad laboral garantiza el derecho a la vida digna, a la salud y al mínimo vital durante el tiempo en que el trabajador no se encuentra en la posibilidad de desarrollar las labores, pues permite que este reciba el ingreso necesario para satisfacer sus necesidades básicas".

En este caso concreto, al demandante se le violó el derecho al mínimo vital. Es deber del juez definir provisionalmente al responsable del pago de incapacidades, cuando la violación del derecho es cierta Sentencia T-404/10:

"En este caso, la Corte constata que aun cuando el señor José Leovigildo Cuadrado Angulo tenía derecho al pago de incapacidades, ninguna entidad se las canceló. Dado que, como lo ha señalado la Corte, *"se presume que las incapacidades son la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar"*,[1] debe presumirse también que el trabajador dependía de ese pago para satisfacer las necesidades de una existencia verdaderamente digna (como las de alimentarse, asearse, vestirse y proveerse una vivienda digna), y que como no tenía otros ingresos como salarios, mesadas pensionales, ni rentas probadas en el expediente, fue sometido a una situación de apremio y precariedad innecesaria, que resulta inconstitucional. En consecuencia, la Sala concederá la tutela del derecho al mínimo vital del tutelante, y así lo dispondrá en la parte resolutiva. La pregunta siguiente sería quién debe pagar las correspondientes incapacidades, para que cese la violación de sus derechos.

Al respecto, en la **sentencia T-786 de 2009**, se sostuvo que cuando no se sabe quién es el responsable de cubrir determinadas incapacidades laborales, pero se tiene certeza que alguien debe pagarlas o de lo contrario se le ocasionaría al trabajador una afectación inconstitucional en su derecho al mínimo vital, el juez de tutela debe obrar con la misma prontitud y señalar un responsable provisional del cumplimiento de esa obligación, dejando a salvo para este último la facultad de repetir contra quien crea es el verdadero obligado, de acuerdo con la ley y los reglamentos correspondientes. En palabras textuales, dijo:

" **La tutela es, entonces, procedente en ciertos casos para obtener el pago de incapacidades laborales. Cuando lo es, la tutela debe ser resuelta con una definición provisional acerca del sujeto que en principio está obligado al pago de las referidas incapacidades. Pero, la definición que al respecto pueda dar el juez de tutela en nada determina el verdadero y real origen que, de acuerdo con la ley y los reglamentos correspondientes, tienen la enfermedad o el accidente sufrido por el tutelante. Si alguna provisión se adopta en ese sentido, está justificada porque del pago de las incapacidades depende la garantía del mínimo vital del peticionario y de su familia. De manera que si el sujeto destinatario de las órdenes con las que concluyan las sentencias de tutela en esta materia, estima que es otro sujeto el que debe correr con ellas, debe iniciar el correspondiente trámite regular que el ordenamiento dispone para la definición del origen de las enfermedades o los accidentes, y para la consecuente determinación del sujeto legal y reglamentariamente obligado al pago de la prestación".**

Esa no es más que la aplicación concreta de una regla más general, empleada por la Corte en casos en los cuales se decide quién debe ser el responsable de cubrir una determinada prestación laboral o pensional, regulada por la ley. En efecto, en diversas ocasiones, referidas a solicitudes de orden pensional, la Corte Constitucional ha sostenido que las controversias administrativas acerca de cuál es, en definitiva, la entidad obligada y con

[1] Sentencia T-789 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

competencia para realizar el reconocimiento o la devolución de aportes, no es una razón legítima para negarle o postergarle a una persona la protección que merece, a quien se le están limitando o desconociendo derechos fundamentales de un modo sensible y que justifica en últimas la existencia de todas las instituciones públicas (art. 2, C.P.). Así se afirmó en **la sentencia T-418 de 2006,**[2] al decidir que no era constitucionalmente posible postergar el pago de mesadas pensionales debidamente reconocidas, mientras se resuelve una controversia administrativa sobre quién era el legal y reglamentariamente obligado a hacerlo. Se dijo, entonces:

> "**(…) la Corte ha considerado que la carga que conlleva la incertidumbre entre distintas entidades sobre cu[á]l de ellas debe asumir el pago de obligaciones pensionales ciertas e indiscutibles, no puede ser trasladada al titular del derecho. Menos aún, como se ha manifestado, cuando dicho titular depende del pago de la mesada a la que tiene derecho, para satisfacer el derecho al mínimo vital suyo y de su familia".**

Naturalmente, esa consideración no sólo es válida para quienes sufren la desprotección de sus derechos, a causa del incumplimiento en el pago de una obligación pensional. Ella es también extensible a todos los casos en los cuales una persona tiene indudablemente un derecho fundamental amenazado o violado de forma decisiva, y tras solicitar la concurrencia a diversas autoridades con competencias funcional o temáticamente tangentes, éstas se enlazan en una controversia que dilata o entorpece el goce efectivo del derecho fundamental. Por lo tanto, lo que corresponde en esos casos es resolver la solicitud ciudadana con la salvedad de no tener certeza acerca de quién debía pagar la correspondiente prestación, y luego repetir contra quien se considera que es el realmente responsable de satisfacer los derechos invocados.

De hecho, cuando un caso de esa naturaleza se presenta ante el juez de tutela, no debe ser él quien defina con carácter inmodificable el conflicto de competencias, aunque para proteger los derechos fundamentales del peticionario puede definir de forma provisional y transitoria cuál es la entidad obligada a responder y a adelantar las gestiones necesarias para conjurar la amenaza o hacer cesar la violación fundamental. Por lo tanto, y si existe desacuerdo en ese punto, la entidad que considere no ser la legal y reglamentariamente obligada a ello, debe brindar la protección requerida y luego puede repetir contra quien estime que sí lo es, de conformidad con el ordenamiento jurídico. En el mismo sentido ha sostenido la Corte, por ejemplo en la precitada sentencia T-418 de 2006, que:

> "**En casos como el descrito, la tutela procede, de manera transitoria, para ordenarle el pago a la entidad que, en principio, aparezca como responsable de la obligación. Esta entidad, sin embargo, queda autorizada para repetir contra la otra o las otras entidades que, en su criterio, deben asumir, total o parcialmente, la respectiva obligación. En un proceso posterior, el juez competente puede reasignar la responsabilidad por el pago de la obligación y condenar a la entidad responsable al pago de los perjuicios causados. Sin embargo, la disputa entre estas entidades no puede afectar a quien tiene, de manera indiscutible, el derecho a su pensión de jubilación. Como lo ha señalado la Corte, esta disputa y la carga que ella conlleva, debe ser asumida por las entidades que, por su estructura administrativa y financiera tienen capacidad para asumir transitoriamente la carga pensional en discusión, y no por el titular del derecho de cuya satisfacción depende la realización de su derecho fundamental al mínimo vital".**[3]

---

[2] (MP Jaime Córdoba Triviño). En sentido similar, al resolver casos semejantes, se ha pronunciado la Corte, entre otras, en las Sentencias T-328 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) y T-912 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

[3] Sentencia T-418 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño), ya citada.

Ahora bien, el hecho de que la definición sea provisional, no significa que pueda ser caprichosa o irrazonable. La ley y los reglamentos, tal como han sido interpretados por la jurisprudencia constitucional, ofrecen todo un haz de reglas para determinar *prima facie* cuáles sujetos están obligados al pago de las incapacidades laborales de los *trabajadores dependientes*. En esta sentencia no se pretende hacer una referencia exhaustiva de las mismas.

Procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de incapacidades laborales siempre y cuando se esté frente a un derecho cierto e indiscutible.

"Esta corporación ha reconocido en reiterada jurisprudencia, que corresponde a la jurisdicción ordinaria, mediante el ejercicio de la acción laboral respectiva, resolver reclamaciones de naturaleza laboral. Sin embargo, excepcionalmente, cuando la falta de pago de acreencias de origen laboral vulnere o amenace los derechos fundamentales a la vida digna, el mínimo vital y la subsistencia, la tutela procede para la reclamación efectiva de aquellas acreencias que constituyan la única fuente de recursos económicos indispensables para atender las necesidades básicas, personales y familiares del actor.

Así entonces, ante la falta de desembolso oportuno y completo de lo debido a raíz de incapacidades laborales, es indudable que la acción de tutela que se interponga para reclamarlo, habrá de ser procedente, siempre y cuando esté afectando el mínimo vital del actor. Así lo ha señalado esta corporación

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

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

… … …

Ahora bien, 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."

Debe entonces demostrarse también que el perjuicio sufrido afecta o coloca en inminente riesgo derechos fundamentales de especial magnitud, como, para el caso, la dignidad humana, la seguridad social, la salud y el mínimo vital, a tal punto que la demora que suele afectar el trámite de los procedimientos ordinarios haría ineficaz, por tardío, el amparo específico.

Sólo en tales eventos, cuando se tiene la certeza que la incapacidad es un derecho cierto e indiscutible, la acción de tutela desplaza el mecanismo ordinario de defensa, por no resultar eficaz en tal medida y oportunidad, frente a lo irrebatible de la prestación y las circunstancias particulares del caso concreto, por lo cual tampoco procederá como meramente transitoria, sino definitiva.

Estado Social de Derecho y derecho al mínimo vital en Sentencia T-716/17:

"Según la Corte Constitucional, el derecho al mínimo vital tiene dos dimensiones: (i) la positiva, presupone que el Estado y en algunas ocasiones los particulares, cuando se reúnen las condiciones establecidas, "*están obligados a suministrar a la persona que se encuentra en una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano*"; (ii) la negativa, es un límite que no puede ser traspasado por el Estado, en materia de disposición de los recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna. En palabras de la Corte, "*el Estado debe asegurar, en primer lugar, las condiciones para que las personas, de manera autónoma, puedan satisfacer sus requerimientos vitales y ello implica que, mientras no existan razones imperiosas, no puede el Estado restringir ese espacio de autonomía de manera que se comprometa esa posibilidad de las personas de asegurar por sí mismas sus medios de subsistencia*".

Reconocimiento de incapacidades laborales posteriores al día 540 - Sentencia T-401/17:

"Las eventualidades y responsabilidades en materia de incapacidades que superan los 180 días conducen a una evaluación por parte de las autoridades calificadoras acerca de la pérdida de capacidad laboral. Una vez efectuada la calificación, los escenarios posibles son: (i) que no exista pérdida de capacidad laboral relevante para el Sistema General de Seguridad Social, esto es, cuando el porcentaje de pérdida de capacidad laboral oscila entre 0% y 5%; (ii) que se presente una incapacidad permanente parcial, esto es cuando el porcentaje es superior al 5% e inferior al 50%; y (iii) que se genere una condición de invalidez cuando el porcentaje es superior al 50%.

Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente (es decir, inferior al 50%), se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos, como se indicó anteriormente, es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras, el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿qué sucede con el empleado que, a pesar de tener una incapacidad permanente parcial, sigue con problemas de salud de tal índole que le impiden médicamente ejercer su trabajo? Es decir, ¿qué pasa cuando, agotado todo el procedimiento antes relatado, el trabajador no obtiene un porcentaje superior al 50% de pérdida de capacidad laboral, pero aun así continúa recibiendo certificados médicos de incapacidad laboral, pasados los referidos 540 días? Estas preguntas se pueden aclarar desde dos puntos de vista:

El ***primero***, apunta a revaluar la real capacidad de trabajo del afectado, en especial respecto del ***concepto de invalidez***, pues según la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, "*la invalidez es un estado que tiene relación directa con el individuo y con la sociedad en la cual se desenvuelve, el criterio de evaluación debe tener patrones científicos que midan hasta qué punto el trabajador queda afectado para desempeñar la labor de acuerdo con las características del mercado laboral*".

De lo precedente se puede colegir que una persona que, pese a no considerarse técnicamente en estado de invalidez, sigue incapacitada para trabajar con posterioridad a los 540 días, por motivos atribuibles a la razón primigenia de la incapacidad, debe contar con un mecanismo para reevaluar su porcentaje de habilidad para laborar especialmente en aquellos casos en que el concepto de rehabilitación que le aplica es desfavorable, pues el porcentaje de pérdida de capacidad laboral está íntimamente relacionado con su labor u oficio. Sobre este punto se hará referencia más adelante.

El ***segundo*** punto de vista está relacionado con la desprotección que enfrenta una persona que recibe ***incapacidades prolongadas más allá de 540 días*** pues, en principio, no existía una obligación legal de pago de dichos certificados a cargo de ninguna de las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social, con lo cual el trabajador quedaba desprotegido.

29. Esta situación fue inicialmente descrita por esta Corte mediante sentencia **T-468 de 2010**, en la cual se advirtió que el trabajador se encontraba desprotegido por la ausencia de regulación legal sobre dicha materia, pues no existía claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad. Así mismo, la providencia señaló que la situación empeoraba en aquellos casos en los cuales no resultaba posible el reintegro al cargo, debido a la misma incapacidad del trabajador para reincorporarse a sus funciones.

La Corte sostuvo que, *"en el anterior caso, el trabajador quedaría desprovisto del pago de las incapacidades laborales después del día 541 (…) por tanto, sin sustento económico para su congrua subsistencia".* De igual modo, explicó que esta situación dejaría desprotegido al trabajador y en situación de desigualdad respecto de los afiliados cuya incapacidad permanente parcial se origina en una enfermedad profesional, pues si la enfermedad es de origen común *"no tendrá derecho a indemnización, contrario a lo que sucede cuando (…) tiene su origen en una enfermedad de origen profesional"*.

También, en la citada providencia, esta Corporación indicó que ni la EPS ni la AFP habían vulnerado los derechos fundamentales del entonces accionante, por considerar que no existía ninguna norma legal que estipulara la obligación de reconocer el pago de incapacidades de origen común que excedieran los 540 días. No obstante, aclaró que le asistían otros derechos derivados de la relación laboral vigente, entre los que se encontraban: (i) que su empleador mantenía el deber de hacer aportes a la seguridad social en su beneficio; (ii) la posibilidad de reintegro una vez se alcanzara su rehabilitación; y (iii) la oportunidad de que su pérdida de capacidad laboral fuera nuevamente valorada.

30. Con posterioridad a dicho fallo, la Corte profirió la sentencia **T-684 de 2010** en la cual, si bien se hicieron algunas consideraciones en torno al déficit de protección de los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, se decidió negar por improcedente la acción de tutela debido a que el caso concreto había sido resuelto por una sentencia anterior.

31. Aproximadamente tres años más tarde, la sentencia **T-876 de 2013**, reiteró que existía una desprotección legal en un caso en el cual se perseguía el pago de incapacidades superiores a los 540 días. En esa providencia, esta Corporación estimó que no se vulneraban los derechos fundamentales del tutelante, por cuanto la EPS y la AFP habían pagado las incapacidades respectivas. En consecuencia, negó parcialmente el amparo y ordenó una nueva calificación al entonces accionante.

Ahora bien, debido al déficit de protección legal que afrontaron los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, ya sea porque no ha sido calificado su porcentaje de pérdida de capacidad laboral o porque su disminución ocupacional es inferior al 50%, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la **Ley 1753 de 2015** –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, atribuyó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las entidades promotoras de salud (EPS) y radicó en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, para

solucionar los dos puntos de vista analizados en los fundamentos jurídicos 28 y 29 de esta sentencia.

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

"ARTÍCULO 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:

(…)

Estos recursos se destinarán a:

a) El reconocimiento y pago a las ***Entidades Promotoras de Salud*** *por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud,* ***incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos****. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades."* (Resaltado de la Sala)

Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 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.

EL CASO CONCRETO

Para comenzar, MASSIEL KARINA CARRILLO GUTIERREZ, actuando como apoderada del señor EVER FARID BARRIOS PALACIN, acude a la acción de tutela en la buscada de la protección de los derechos constitucionales a la vida, salud, seguridad social, debido proceso y mínimo vital, el cual considera que ha sido vulnerado por la entidad CONLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., al no cancelarle las incapacidades del día 180 al 540.

Así mismo, la entidad accionada SEGUROS BOLIVAR, acata el fallo de tutela cumpliendo con lo ordenado por el juez fallador, sin embargo, también impugnan la sentencia al argumentar que no poderdante no le asiste derecho del pago de incapacidades por existir concepto de rehabilitación desfavorable por parte de SANITAS EPS.

De entrada la respuesta al problema jurídico es de carácter positivo, puesto que el no pago de las incapacidades vulnera el mínimo vital de la persona, por lo tanto, acertó el juez de primera instancia al ordenar a COLFONDOS S.A., el pago de las incapacidades a favor del actor de tutela, por razones que ellos según la ley y la jurisprudencia le corresponde el pago del subsidio económico del día 181 hasta el 540.

Así mismo, como fundamentando a la repuesta al problema jurídico tenemos que la **Sentencia T 404 de 2010**, manifiesta "*se presume que las incapacidades son la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar"*, debe presumirse también que el trabajador dependía de ese pago para satisfacer las necesidades de una existencia verdaderamente digna (como las de alimentarse, asearse, vestirse y proveerse una vivienda digna), y que como no tenía otros ingresos como salarios, mesadas pensionales, ni rentas probadas en el expediente, fue sometido a una situación de apremio y precariedad innecesaria, que resulta inconstitucional".

Por ende, cabe resaltar que, la acción de tutela no es el mecanismo para reclamar acreencia laborales como lo es en el presente caso, pues, la misma goza de una características que es preferente y sumaria, por lo tanto, solo es procedente cuando se configure un perjuicio irremediable, sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido frente al pago de incapacidades una excepción para la viabilidad de la presente acción, es que el no pago de las incapacidades se le vulnera el derecho fundamental al mínimo vital al actor de la tutela, pues al no estar trabajando la incapacidad suple al salario.

Así entonces, las partes accionadas contestaron la acción de tutela, quienes se rehúsan ambas de cancelar las incapacidades, sin embargo, la AFP COLFONDOS mantiene su posición, alegano que no paga las incapacidades según la accionante por razones que existe un concepto no favorable hacia el actor de la tutela y se debe esperar la PCL, sin embargo, SEGUROS BOLIVAR ya le giró los recursos a COLFONDOS para el cubrimiento del pago de las incapacidades ordenadas por el juez A-quo, pero, a la fecha no se tiene certeza si ya el acto tiene ese dinero consignado.

Como se puede observar, está acreditado la negativa de las entidades de cancelarle las incapacidades al tutelante, por ende, están probadas las incapacidades relacionadas en el libelo de tutela, por lo tanto, le vulneran el derecho al mínimo vital, presunción ésta que no fue desvirtuada por las partes accionadas, solo se limitó en este caso la COMPAÑÍA SEGUROS BOLIVAR S.A., a manifestar que el actor tiene concepto desfavorable.

Dentro del caso de marras, está probado que (i) el hoy accionante tiene diagnosticado LUMBAGO NO ESPECIFICADO, DISCOPATIA DEGENERATIVA L3-L4, L4-L5 y L5-S1, y ESPONDILOLISTESIS L5-S1, (ii) que le han generado 18 incapacidades así:

NUMERO	FECHA DE INICIO	FECHA FINAL	DIAS
55793922	13/02/2019	08/03/2019	24
55808028	09/03/2019	10/03/2019	2
55763986	11/03/2019	31/03/2019	21
55803457	01/04/2019	30/04/2019	30
55863971	01/05/2019	30/05/2019	30
55863975	31/05/2019	31/05/2019	1
55903583	01/06/2019	30/06/2019	30
55947588	01/07/2019	30/07/2019	30
55947600	31/07/2019	31/07/2019	1
55994072	01/08/2019	30/08/2019	30
55994074	31/08/2019	31/08/2019	1
56044556	01/09/2019	03/09/2019	3
56044565	04/09/2019	03/10/2019	30
56101234	04/10/2019	02/11/2019	30
56119906	03/11/2019	18/11/2019	16
56119923	19/11/2019	26/11/2019	8
56155086	01/12/2019	17/12/2019	17
56155111	18/12/2019	16/01/2020	30

(iii) que Sanitas EPS emitió el concepto de rehabilitación desfavorable el 24 de diciembre de 2018, a la AFP COLFONDOS (iv) que la AFP COLFONDOS no le cancelado las incapacidades relacionadas.

Ahora bien, frente al argumento de la impugnación que se pagaría más el subsidio debido al concepto de rehabilitación desfavorable y que se debería esperar la PCL, argumento que para este juez de tutela no es admisible, dado a que esperar las resultas de una calificación por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, es demasiado demorado, aún más cuando surge un hecho nuevo a nivel mundial del covid 19, "CORONAVIRUS" en la cual muchas entidades públicas han suspendido la atención al público, inclusive, las actividades, lo cual indica supeditar el pago de dichas incapacidades a la emisión de la PCL, sería dejar la puerta a vulneración a sus derechos fundamentales como lo es mínimo vital, la vida digna y la dignidad humana.

En ese orden de ideas, cabe resaltar que la COMPAÑÍA SEGUROS BOLIVAR S.A., arguye que el actor no tiene derecho puesto que tiene concepto desfavorable, para desvirtuar tal posición para ello se trae lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia T-401 de 2017.

> **Igualmente, conviene aclarar que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que, se reitera, está en cabeza de las EPS) no se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada.**
>
> Con fundamento en esta 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 y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social deberán acatar lo dispuesto en dicho precepto legal.
>
> No obstante, esta Corporación ha ordenado la aplicación retroactiva del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, con base principalmente en el principio de igualdad material ante un déficit de protección previamente advertido por la Corte Constitucional. En esta medida, se ha admitido la aplicación de la citada ley respecto de períodos anteriores a su vigencia, en virtud de poderosas razones constitucionales como lo son: (i) la necesidad de evitar que se genere un trato desigual entre las personas cuyas incapacidades fueron expedidas con anterioridad a la vigencia de la norma en cuestión y aquellas que gozan de certificados de incapacidad emitidos con posterioridad; (ii) que las personas que reclaman el pago de incapacidades superiores a los 540 días continuos no han conseguido reintegrarse a la vida laboral pero tampoco han sido calificados con una pérdida de capacidad laboral definitiva, con lo cual se evidencia su situación de vulnerabilidad que origina especial protección del Estado; y (iii) que aunque la aplicación de la ley impone una carga administrativa a las EPS, dichas entidades tienen permitido repetir ante el Estado por los valores pagados, con lo que se asegura la sostenibilidad económica del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En cuanto a la entidad le corresponde cubrir las incapacidades, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-401 de 2017 enuncia lo siguiente al respecto:

> ***"Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. Tal obligación está sujeta a la afiliación del trabajador por parte del empleador o del propio independiente90.***
>
> ***Es pertinente señalar que, respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181, se han suscitado debates en cuanto***

a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001.

Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, como se expondrá a continuación.".

"A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable. (iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto. De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente.".

Así las cosas, existe o no concepto favorable es la AFP a quien le corresponde cancelar las incapacidades del día 180 al 540, por lo tanto, le asiste razón al juez a-quo, puesto que existe respaldo jurisprudencial para ello.

Frente al cumplimiento del fallo de tutela alegado por SEGUROS BOLIVAR S.A., se dable declarar la carencia actual objeto, sin embargo, no se encuentra acreditado que el actor se le haya cancelado el total de las incapacidades, además, según manifestado por SEGUROR BOLIVAR, los recursos fueron girados a COLFONDOS quien tiene que cancelar las incapacidades al actor, por lo tanto, no se tiene certeza sobre el pago de estos subsidios directamente al accionante, motivo por el cual se mantendrá la orden intacta así como lo ordenó el juez fallador.

Sin más elucubraciones se procede a confirmar la sentencia adiada 09 de mayo de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Valledupar, Cesar.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada 09 de mayo de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Valledupar, Cesar, por las motivaciones antes expuestas.

SEGUNDO: Notifíquese esta providencia a las partes en la forma más expedita.

TERCERO: En consecuencia, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

GERMAN DAZA ARIZA
JUEZ.