

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CIVIL-LABORAL DEL CIRCUITO

El Santuario Antioquia, septiembre tres (3) de dos mil veintiuno (2021)

Proceso	Tutela No. G- 75 1RA No 53
Accionante	OVER DE JESÚS CORDERO CENTENO
Apoderado	JUAN ESTEBAN ATEHORTÚA RÍOS
Accionados	CONSTRUCTORA E INVERSIONES OROZCO ZULUAGA SAS, LA NUEVA EPS, LA ARL SURA, EL FONDO DE PENSIONES PORVENIR Y LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN E INVALIDEZ
Radicado	No. 05 697 31 12 001 2021-00138-00
Procedencia	Reparto
Instancia	Primera
Decisión	Se CONCEDE la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales invocados a favor del accionante y se ordena a la EPS pagar las incapacidades a partir del día 540.

El doctor Juan Esteban Atehortúa Ríos, actuando en nombre y representación del señor OVER DE JESÚS CORDERO CENTENEO, instauró acción de tutela en contra de la CONSTRUCTORA E INVERSIONES OROZCO ZULUAGA SAS, LA NUEVA EPS, LA ARL SURA, EL FONDO DE PENSIONES PORVENIR y LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN E INVALIDEZ, para que en virtud del artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y el Decreto Reglamentario 2591 de 1991, le sean protegidos los derechos fundamentales a la Salud, Seguridad Social, Dignidad Humana, Mínimo Vital y Estabilidad Laboral Reforzada de su poderdante, por cuenta de los siguientes,

I. ANTECEDENTES

1.1 Fundamentos fácticos de la acción y pretensiones

Expone el mentado apoderado, que el accionante fue contratado como ayudante de construcción por la empresa CONSTRUCTORA E INVERSIONES OROZCO ZULUAGA S.A. a través de un contrato verbal, iniciando labores el dieciocho (18) de enero de dos mil diecisiete (2017).

Aduce que en el desarrollo de sus funciones, su poderdante sufrió un accidente de

trabajo el veintiocho (28) de febrero de dos mil diecisiete (2017), después de sentir un desgarró en su espalda mientras realizaba una actividad de cargue y descargue de materiales de obra.

Agrega que interpuso acción de tutela el 18 de septiembre de 2019 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de El Santuario y, en ese momento, se ordenó lo siguiente: *“Al representante legal de **CONSTRUCTORA E INVERSIONES OROZCO ZULUAGA SAS** que “en el término de 24 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, realice las gestiones administrativas necesarias con el fin de que dichas incapacidades queden radicadas ante la administradora de fondos y pensiones Porvenir S.A”.* Y, al fondo de Pensiones **PORVENIR** que, *“Proceda a garantizar y pagar a favor del accionante dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al momento de quedar radicada la documentación pertinente, el pago de las incapacidades laborales generadas, prescritas por su médico tratante, desde junio 30 de 2019 al 19 de septiembre de 2019 y las que se sigan generando hasta el día 540”.*

Alega que, dentro de las motivaciones de citado fallo de tutela, se encuentran las siguientes:

“Se concluye que el fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A, debe asumir el reconocimiento y pago de las incapacidades reclamadas por el accionante, porque la EPS asumió el pago de ellas hasta el día 180, y porque existe concepto favorable de rehabilitación por parte de esta última entidad, debiendo la AFP postergar el trámite de calificación de invalidez, hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario.

Pero también se infiere de la información suministrada por el mismo accionante en su escrito de tutela, que la empresa accionada se viene negando a gestionar lo relativo a sus incapacidades, aduciéndosele que debe entenderse con el fondo de pensiones lo cual está generando una barrera entre el trabajador y la AFP.

*Y si bien el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, prescribe que le corresponde al empleador de manera directa gestionar ante las Entidades Promotoras de Salud (EPS) el pago de las incapacidades, sin que pueda ser trasladado dicho trámite al afiliado, considera el despacho que en procura de no dejar desprotegido el trabajador, **le corresponde al mismo***

empleador gestionar lo relativo al reconocimiento y pago de su incapacidad ante la AFP.

*“Para efectos de que se garantice y se haga efectivo el pago de dichas incapacidades, se hará necesario disponer previamente que la empresa empleadora **CONSTRUCTORA E INVERSIONES OROZCO ZULUAGA SAS** dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la notificación de este asunto, **realice las gestiones administrativas necesarias con el fin de que dichas incapacidades queden radicadas ante la administradora de Fondos y Pensiones**”.*

Informó que el diecinueve (19) de febrero de dos mil veinte (2020), la NUEVA EPS emitió dictamen de determinación de origen de las enfermedades que sufre su poderdante.

Afirma que en el dictamen se estableció *“el origen **“LABORAL”** de las enfermedades con diagnósticos: **ARTROSIS NO ESPECIFICADA, LUMBAGO CON CIATICA Y RADICULOPATÍA**”*, agrega que el dictamen no fue debidamente notificado al señor CORDERO CENTENO, por lo que no tuvo la oportunidad de presentar sus motivos de inconformidad frente al informe en mención.

Refiere que luego de que SURA ARL manifestara inconformidades en contra del dictamen emitido en primera oportunidad por la NUEVA EPS, correspondió a la Junta Regional de Antioquia el conocimiento del asunto. Dicha Junta Regional mediante dictamen N°088545 del 8 de julio de 2020, confirmó el **ORIGEN LABORAL** de las enfermedades ya descritas, y sostuvo:

*“Remitido para definir el origen de trastorno de disco lumbar con radiculopatía, **con inicio de síntomas hace 2017 al alzar un bulto de cemento, evento que no fue reportado a la ARL**, con manejo conservador por concepto no quirúrgico por neurocirugía...”*

Señala que su poderdante interpuso recurso de apelación en contra del Dictamen emitido en primera instancia por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, solicitándose a la Junta Nacional que se ratificara el origen laboral de las enfermedades, y para que se **determinara también el grado o porcentaje de pérdida de capacidad laboral**.

Aduce que mediante Dictamen de la junta Nacional de Calificación N° 1003452588-6500 del 20 de mayo de 2021, notificado el 24 de mayo de 2021 por

medio de correo electrónico, la Junta Nacional decidió los recursos interpuestos, indicando que el origen de las enfermedades no es laboral sino **“ORIGEN COMÚN, y omitió la controversia relativa a que se determinara el grado o porcentaje de pérdida de capacidad laboral y su fecha de estructuración”**.

Agrega que su representado elevó derecho de petición el veintiocho (28) de junio de 2021 ante su empleador solicitando el pago de una prima, así mismo manifestó que hizo entrega **“de la incapacidad temporal con fecha de Inicio: Junio 24 de 2021 y fecha final Julio 23 de 2021. Lo anterior a efectos de que esta empresa gestione las labores administrativas necesarias para la radicación de la incapacidad ante el Fondo de Pensiones Porvenir, - o la entidad de seguridad social que sea competente- toda vez que, como es de su conocimiento, mediante fallo de tutela N° 328 del 2 de octubre de 2019, emitido por el Juzgado Promiscuo municipal de El Santuario, se reconoció la protección por Estabilidad Laboral Reforzada...”**

Aclara que el 23 de julio de 2021, la **ARL SURA** emite comunicación dirigida a la empresa accionada según la cual no fueron autorizadas para su pago las incapacidades con las siguientes fechas:

- ☐ **Fecha inicio 24/06/2021 y Fecha Final: 23/07/2021**
- ☐ **Fecha inicio 25/05/2021 y Fecha Final 23/06/2021**

Su rechazo se fundamenta en la causal N° 1 (Sin aperturar). Según la cual **“el presunto accidente de trabajo no ha sido reportado a ARL SURA”**.

Dijo que 26 de julio de 2021 la empresa accionada radicó petición **ante la NUEVA EPS** solicitando el pago de incapacidades de su poderdante, solicitando información para que **“aclaren la información a quien corresponde realizar estos pagos de estas incapacidades y cuál es el paso a seguir para que se reconozcan su pago por enfermedad general”**.

Sostiene que, mediante respuesta fechada del 27 de Julio de 2021, la NUEVA EPS informó a la empresa CONSTRUCTORA E INVERSIONES OROZCO ZULUAGA SAS que **“no se encontró procedente el reconocimiento económico” de las incapacidades con fechas de inicio: ☐ 30/04/2021 ☐ 30/05/2021**”, negadas, con fundamento en la causal N°58 según la cual **“El afiliado presenta concepto de rehabilitación FAVORABLE, sin calificación de pérdida de la capacidad laboral, corresponde al fondo de pensiones asumir el valor de las prestaciones económicas hasta tanto emita la calificación de**

pérdida de capacidad laboral. Una vez obtenga el dictamen de calificación es necesario radicar una copia en la oficina de atención al afiliado más cercana a su ciudad, dirigida al área de medicina laboral. Fundamento normativo Art.227 C.S.T. Decreto 2463, artículo 23”

Narra que, mediante carta fechada del 6 de agosto de 2021, la NUEVA EPS informó a la empresa CONSTRUCTORA E INVERSIONES OROZCO ZULUAGA SAS que **“no se encontró procedente el reconocimiento económico” de las incapacidades con fechas de inicio:** ☐ 30/01/2021 ☐ 1/03/2021 ☐ 31/03/2021”

Agregando que fueron negadas con fundamento en la causal N°9, según la cual, **“El afiliado registra incapacidades con prórroga igual o mayor a 180 días. La incapacidad debe ser tramitada ante la AFP hasta que se produzca un dictamen sobre la pérdida de capacidad laboral o se gestione la pensión con dicha entidad.** Fundamento normativo Art.227 C.S.T. Decreto 2463, artículo 23”.

Expone que mediante escrito calendado el 8 de agosto de 2021, la NUEVA EPS informó a la empresa CONSTRUCTORA E INVERSIONES OROZCO ZULUAGA SAS que **“no se encontró procedente el reconocimiento económico” de la incapacidad con fecha de inicio:** ☐ 24/06/2021 (Misma que mi poderdante había entregado físicamente en las instalaciones de la empresa, solicitando fuese radicada en el fondo de pensiones”.

Aduce que, a la fecha de radicación de la presente solicitud de amparo, a su representado le adeudan 3 meses de incapacidad, correspondientes a las siguientes fechas:

- ☐ **Fecha inicial: May.25/2021 con fecha final: Jun.23/2021**
- ☐ **Fecha inicial: Jun.24/2021 con fecha final: Jul.23/2021**
- ☐ **Fecha inicial: Jul.24/2021 con fecha final: Ago.22/2021**

Explica que la única fuente de ingresos de su cliente antes de incapacitarse para trabajar, era el salario percibido por su trabajo en la empresa accionada, por ello, ante la falta del pago oportuno de las incapacidades temporales, se ven profundamente afectados sus derechos fundamentales, pues carece del sustento material mínimo para procurarse las necesidades de primer orden como la alimentación y la vivienda, y no solo suyas, sino también de su núcleo familiar conformado por su esposa y 3 menores de edad (Erika Patricia González Quintero, 14 años; Eduard Andrés González Quintero de 11 años y su hijo Santiago Cordero Quintero de 3 años).

Finalmente sostuvo que la empresa se niega a reconocer los pagos denunciados, indicando que no es su deber, y que ninguna otra entidad los reconoce. Agrega que se le informó a su poderdante que le asignaron una cita en la **NUEVA EPS** para el 23 de agosto de 2021, para que asista presencialmente y solicite la documentación que sea necesaria para luego presentarla al fondo de pensiones.

Expresa que las necesidades del afectado son urgentes, inaplazables e inexcusables y no dan espera a más trámites administrativos, por lo que dar más largas al asunto *-en lo que al reconocimiento económico de las incapacidades temporales respecta-* genera un perjuicio irremediable para el accionante y su núcleo familiar.

Por las razones expuestas, considera el promotor de esta acción que se le han violentado los derechos fundamentales a la Salud, Seguridad Social, Dignidad Humana, mínimo vital y estabilidad laboral reforzada del actor, por lo que ruega conminar a la empresa CONSTRUCTORA E INVERSIONES OROZCO ZULUAGA S.A.S. I) a pagarle las incapacidades adeudadas desde el veinticinco (25) de mayo al veintidós (22) de agosto de dos mil veintiuno (2021) y las que se sigan generando hasta que lo determine su médico, y se le resuelva su situación jurídica respecto a la pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración de las enfermedades. II) Así mismo ruega ordenar a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, se le emita un nuevo dictamen de pérdida de capacidad laboral donde se especifique el origen, porcentaje y fecha de estructuración teniendo en cuenta lo manifestado en el recurso de apelación interpuesto por el afectado en contra del dictamen emitido por la Junta regional de Antioquia y que este le sea debidamente notificado. III) Ordenar a la Nueva Eps, a la ARL SURA y al FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A. que **“EXPIDA COPIA ÍNTEGRA Y AUTÉNTICA, del listado de *AUTORIZACIONES DE SERVICIOS Y CERTIFICADO HISTÓRICO DE INCAPACIDADES TEMPORALES RECONOCIDAS*”** a su poderdante, así como cualquier otro documento que haga parte de su historia clínica y que reposen en los archivos de las entidades accionadas.

1.2 Trámite de la acción e intervención de los accionados

Presentada la aludida acción constitucional, se admitió por esta judicatura mediante proveído del veintitrés (23) de agosto de dos mil veintiuno (2021), por lo que se allí dispuso además la notificación a las accionadas para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción.

Así, respecto a los hechos que dieron origen a la acción constitucional, la JUNTA

NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, adujo que el expediente del señor OVER fue radicado en dicha entidad el 18 de febrero de 2021, remitido por parte de la Junta Regional de Norte de Antioquia y que posteriormente se citó al paciente a valoración virtual el 10 de mayo del presente año, cita en la que asistió el último.

Agrega que el 20 de del mismo mes y año, se resolvió el recurso de apelación presentado por la ARL Sura respecto al origen definido para los diagnósticos “*Artrosis de Columna*” “*Radiculopatía*” “*Lumbago con ciática*”, conforme lo establece el Decreto 1352 de 2013 en concordancia con el Decreto 1072 de 2015 y allí el equipo médico resolvió lo siguiente:

“CONCLUSIÓN

De acuerdo con las consideraciones consignadas en el análisis, la sala tres de decisión de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, propone resolver el recurso de apelación así:

MODIFICAR el dictamen No. 088545-2020 de fecha 08/07/2020 proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia:

Diagnóstico(s):

1. Artrosis de columna
2. Radiculopatía
3. Lumbago con ciática

Origen: Enfermedad común

De acuerdo con lo expuesto, resulta claro que dentro del trámite de resolución de la controversia interpuesta para el caso que nos ocupa, la Entidad llevó a cabo un trámite de calificación con estricto apego de la normatividad vigente, Decreto 1072 de 2015, que dicta el procedimiento que se surte ante las Juntas”.

Alega que **“NO ES CIERTA** la afirmación realizada en el hecho sexto del escrito de tutela, realizada por el apoderado del accionante en la que afirma que: “y omitió la controversia relativa a que se determinara el grado o porcentaje de pérdida de capacidad laboral y su fecha de estructuración”, esta afirmación deriva de un desconocimiento absoluto del apoderado del trámite de calificación, de la mala interpretación de la norma y de la omisión del apoderado de leer en su totalidad el contenido del dictamen en el que la Junta Nacional ya había explicado los motivos por los que no era procedente en esta oportunidad determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de los diagnósticos”:

Finalmente expresa que esta tutela no versa sobre una vulneración sino de un desconocimiento del trámite de calificación, el cual desconoce el tutelante que ha culminado con el trámite de calificación de su origen, por lo que debe dirigirse a la entidad competente (EPS o AFP) para acceder al derecho a rehabilitarse integralmente y, posteriormente, cuando alcance la mejoría medica máxima, obtener la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Teniendo en cuenta lo anterior, solicitó **“NEGAR”** el amparo deprecado por el accionante, toda vez que no se evidencia que dicha entidad haya incurrido en la violación de algún derecho, razón por la cual la acción presentada resulta improcedente de acuerdo con la normativa vigente.

SAMUEL ROBERTO VÁSQUEZ ARIAS, en su calidad de Representante Legal de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, expuso que revisada la base de datos pudo evidenciar que la Sala Tercerea de Decisión, emitió dictamen de calificación a nombre del señor OVER DE JESÚS CORDERO CENTENO al cual se le determino lo siguiente:

7. Concepto final del dictamen			
Origen: Enfermedad		Riesgo: Laboral	
Diagnósticos y origen			
CIE-10	Diagnóstico	Diagnóstico específico	Origen
M199	Artrosis, no especificada	COLUMNA	Enfermedad laboral
M544	Lumbago con ciática		Enfermedad laboral
M541	Radiculopatía		Enfermedad laboral
8. Grupo calificador			

Adujo que teniendo en cuenta que la Junta Regional de Calificación no le ha vulnerado los derechos fundamentales al accionante, deberá desvinculárseles de esta tutela, puesto que no les corresponde pronunciarse respecto a la petición de reconocer tratamientos médicos ni pago de incapacidades, al no tratarse de un asunto de su competencia.

La doctora DIANA MARTÍNEZ CUBIDES, actuando en calidad de directora de Acciones Constitucionales de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., manifestó que *“EL PAGO DE TODAS LAS INCAPACIDADES SUPERIORES AL DÍA 540 ES A CARGO DE LA EPS LEY 1753 DE 2015”*. Agrego que ya reconoció el pago de las incapacidades a su cargo y hasta el máximo del día 540 de incapacidad continua.

Aduce que para el caso del señor OVER DE JESUS CORDERO RIOS, la NUEVA EPS emitió un primer concepto de Rehabilitación Médico FAVORABLE el 9 de

Mayo de 2019, no obstante, se inició trámite de calificación para establecer el origen de las patologías, puesto que existía controversia que debía ser dirimida para determinar los tramos y las entidades a cargo de las prestaciones a favor del señor CORDERO RIOS.

Arguye que, el **“Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Tolima, Flandes mediante fallo de tutela del 02 de Octubre de 2019 ordenó PORVENIR S.A., pagar las incapacidades laborales generadas, prescritas por su médico tratante, desde 30 de Junio de 2019 al 19 de Septiembre de 2019 y las que se sigan generando hasta el día 540”**. (Adjuntamos Certificado de Pago Incapacidades reconocidas por esta Administradoras).

Por lo tanto, conforme a lo ordenado por Juez de Tutela, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones procedió con el reconocimiento y pago de incapacidades dentro del tramo legalmente establecido. Para probarlo, aportó la siguiente relación donde se puede evidenciar los pagos realizados por dicha entidad a favor del accionante dentro del rango del cumplimiento del día 181 y hasta el día 540 como máximo legalmente a cargo de los Fondos de Pensión:

Número Radicado	Fecha Inicio	Fecha Fin	Días	Días Acumulados	Valor	Bandeja
4307412021561500	2019-06-30	2019-09-19	82	82	2263517	APROBACIÓN Y PAGO
0102621010840100	2019-09-20	2019-10-19	30	112	828116	APROBACIÓN Y PAGO
0102621010857400	2019-10-20	2019-11-18	30	142	828116	APROBACIÓN Y PAGO
0102621010870800	2019-11-19	2019-12-18	30	172	828116	APROBACIÓN Y PAGO
0102621010918700	2019-12-19	2020-01-16	29	201	827012	APROBACIÓN Y PAGO
0102621010957200	2020-01-17	2020-02-15	30	231	877803	APROBACIÓN Y PAGO
0102621010998000	2020-02-16	2020-03-16	30	261	877803	APROBACIÓN Y PAGO

Por las razones antes expuestas, solicitó al Despacho DECLARAR IMPROCEDENTE LA PRETENDIDA ACCIÓN DE TUTELA RESPECTO DE PORVENIR S.A., toda vez que no ha vulnerado derecho fundamental alguno del accionante y, en su lugar, **“ORDENAR A LA EPS del accionante realizar el pago de las incapacidades expedidas posteriores al día 540 de incapacidad continua de conformidad con lo estipulado en la Ley 1753 de 2015”**.

Por su lado, la NUEVA EPS S.A. manifestó que la:

Nueva EPS S.A. emitió Concepto de Rehabilitación del afiliado el día 29/04/2019 como FAVORABLE, notificado a la Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR con fecha 21/05/2019, lo anterior con el fin de dar cumplimiento al Decreto 019 de 2012 en su artículo 142, que describe:

1. *La EPS remite el concepto de rehabilitación a la Administradora de Fondo de Pensiones antes del día 150 de incapacidad.*
2. *La Administradora de Fondo de Pensiones inicia el pago de incapacidad a partir del día 181 de incapacidad, prorrogando el pago por 360 días adicionales a los primeros 180 y al finalizar este último período le **calificará la pérdida de capacidad laboral**.*

En concordancia con lo anterior y una vez revisada reseña de afiliación del usuario en referencia, se informa que no es posible realizar el reconocimiento económico de las incapacidades, teniendo en cuenta que es el Fondo de Pensiones mencionado, quien debe asumir el valor de las prestaciones económicas hasta tanto emita la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Es importante tener en cuenta que de acuerdo con la norma legal citada, una vez la EPS remite el concepto de rehabilitación a la Administradora de Fondo de Pensiones, antes del día 150 de incapacidad como ha sucedido en este caso, su Administradora de Fondo de Pensiones debe iniciar el pago de incapacidad a partir del día 181 de incapacidad, prorrogando el pago por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad reconocida por Nueva EPS y al finalizar este último período, le calificará la pérdida de capacidad laboral.

La Administradora de Fondo de Pensiones tiene la obligación legal de expedirle el dictamen sobre calificación de la pérdida de capacidad laboral, dentro de los precisos términos señalados en el Decreto Ley 019 de 2012 antes citado, razón por la cual, de no serle expedido oportunamente, la AFP podría incurrir en una violación de las normas legales citadas y de sus derechos fundamentales.

Por lo anterior solicitó terminar este trámite eximiendo a la Nueva EPS de toda responsabilidad, toda vez que ha obrado en derecho dando cumplimiento a todas sus obligaciones y en ningún momento ha vulnerado o puesto en riesgo algún derecho fundamental del interesado, por lo que pide declarar la improcedencia de esta tutela y que, en su lugar, se imparta orden a la AFP para que asuma las incapacidades generadas.

Finalmente, el Juzgado Promiscuo Municipal de El Santuario (Ant), aportó copia del escrito de tutela y el fallo calendado el dos (2) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

Agotado el trámite de instancia, procede la judicatura a desatar la causa constitucional de nuestro interés y, para el efecto, se tendrán en cuenta las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

Es competente este Juzgado para conocer de la presente acción de tutela y emitir el correspondiente fallo, con fundamento en lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y el Decreto 2591 de 1991.

2.2. El asunto objeto de análisis

De acuerdo a los antecedentes reseñados, este Despacho debe determinar a la luz de la normativa vigente y la jurisprudencia, si la CONSTRUCTORA E INVERSIONES OROZCO ZULUAGA SAS, la NUEVA EPS, la ARL SURA, el FONDO DE PENSIONES PORVENIR y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN E INVALIDEZ, vulneraron o no los derechos fundamentales a la salud, Seguridad Social, Dignidad Humana, Mínimo Vital y Estabilidad Laboral Reforzada del señor OVER DE JESÚS CORDERO CENTENO al omitir la CONSTRUCTORA E INVERSIONES OROZCO ZULUAGA S.A.S., pagarle las incapacidades adeudadas desde el veinticinco (25) de mayo al veintidós (22) de agosto de dos mil veintiuno (2021) y las que se sigan generando hasta que lo determine su médico y se le resuelva su situación jurídica respecto a la pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración de las enfermedades. Así mismo se determinará si se debe o no ordenar a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez emitir un nuevo dictamen de pérdida de capacidad laboral donde se especifique el origen, porcentaje y fecha de estructuración teniendo en cuenta lo manifestado en el recurso de apelación interpuesto por el afectado en contra del dictamen emitido por la Junta regional de Antioquia, además de que este le sea debidamente notificado. Y por último, se abordará si se debe ordenar a la Nueva EPS, la ARL SURA y al FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A., expedir **COPIA ÍNTEGRA Y AUTÉNTICA** del listado de **AUTORIZACIONES DE SERVICIOS**, además del **CERTIFICADO HISTÓRICO DE INCAPACIDADES TEMPORALES RECONOCIDAS** al accionante, así como cualquier otro documento que haga parte de su historia clínica y que reposen en los archivos de las entidades accionadas.

2.3. De la Acción de Tutela

La acción de tutela se encuentra reglamentada en el artículo 86 de la Constitución Política a favor de toda persona, cuando uno o varios de sus derechos constitucionales fundamentales han sido quebrantados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de un particular.

Lo especial del amparo constitucional es su naturaleza subsidiaria, puesto que dicha acción solo opera ante la inexistencia de otros mecanismos judiciales o administrativos o, cuando existiendo estos, se acredite que no son idóneos o

eficaces para alcanzar la protección del derecho invocado, es decir, la protección afirmada en el último evento será netamente excepcional y responderá a lo urgente que se advierta la consumación de un perjuicio irremediable para su interesado.

2.4. Procedencia excepcional de la acción de tutela en asuntos relacionados con el pago de incapacidades.

La Corte ha sostenido en principio, que a la jurisdicción ordinaria le corresponde resolver las controversias laborales y que la procedibilidad de la acción de tutela resulta justificada cuando la falta de pago de acreencias de esa índole genera amenaza o vulneración de derechos fundamentales como al mínimo vital o a la vida digna cuando constituye la única fuente de ingresos del afectado y su núcleo familiar. Así en sentencia T-909 de 2010 se expuso:

“...la corte ha reiterado que el no pago oportuno y completo de las incapacidades laborales puede ser objeto de tutela, siempre que afecte el mínimo vital del actor.

“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 de 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.”*¹

La actuación subsidiaria al mecanismo ordinario se fundamenta en dos situaciones a saber, la afectación inminente de derechos fundamentales, y lo efectivo del medio frente al agotamiento de las vías ordinarias ineficaces. Rememoró que en los eventos en que la acción u omisión invade prerrogativas de esa estirpe (fundamental), la acción de tutela procede no solo como mecanismo transitorio, sino definitivo.²

La probanza de esa transgresión del derecho al mínimo vital exige únicamente la afirmación que el accionante presente en ese sentido, cuando no es desvirtuada

¹ Sentencia T-311 de 1996

² Sentencias T-909 de 2010 y T-533 de 2007

en el trámite³. Para sustentar lo enunciado resulta oportuno evocar lo dicho en anterior pronunciamiento⁴ respecto de que:

“3.4. Frente al caso específico de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia.

Cuando eso ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, puede conducir a que se transgredan derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario. En ese contexto, es viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente.⁵”

Así, en lugar de descartar la viabilidad de las tutelas instauradas para obtener el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad laboral, la disponibilidad de instrumentos alternativos de defensa exige que el juez de tutela indague en las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, para verificar si la mora en el pago de las incapacidades compromete sus derechos fundamentales o los de las personas a su cargo; si la ausencia de dichos emolumentos los exponen a un perjuicio irremediable o si, en todo caso, su situación de vulnerabilidad descarta la idoneidad y eficacia de los medios judiciales contemplados para el efecto.

Efectivamente y pese a la existencia de un mecanismo ordinario laboral en cuyo escenario puedan plantearse pretensiones relacionadas con pago de

³ Ibídem

⁴ Sentencia T-303 de 2013

⁵ Al respecto, indica la sentencia T-311 de 1996 (M.P. José Gregorio Hernández) que “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 solo 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”. La sentencia C-065 de 2005 se pronunció en el mismo sentido, al explicar que el derecho al trabajo en condiciones dignas implica, además de la posibilidad de trabajar, la de “no verse forzado a laborar cuando las condiciones físicas no le permitan al trabajador seguir desempeñándose en su labor”. Advirtió el fallo, entonces, que permitirle al trabajador hacer un receso en sus labores por razones de salud, sin asegurarle una remuneración equivalente a la que obtendría de estar en pleno uso de sus facultades físicas equivale a forzarlo a trabajar en condiciones contrarias a la dignidad humana.

incapacidades laborales, la afectación de derechos fundamentales como a la salud y al mínimo vital del interesado, o la eventual ocurrencia de un perjuicio irremediable, puedan generar que de forma provisional o definitiva, la acción de tutela se erija procedente para conjurar la conculcación o amenaza de las mencionadas prerrogativas.

Sobre la procedencia del mecanismo de tutela para obtener el pago de incapacidades laborales, en la sentencia T-643 de 2014 se argumentó que:

“Si bien por regla general las reclamaciones de acreencias laborales deben ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria, ha sostenido esta Corporación que la acción de tutela, de manera excepcional, resultará procedente para reconocer el pago de incapacidades médicas. Esto, en el entendimiento que al no contar el trabajador con otra fuente de ingresos para garantizar su sostenimiento y el de las personas que dependan de él, la negativa de una EPS de cancelar las mencionadas incapacidades puede redundar en una vulneración a los derechos al mínimo vital, seguridad social y vida digna, caso en el cual es imperativa la intervención del juez constitucional.”

Finalmente, en la sentencia T-200 de 2017 se consideró: *“En consecuencia, el pago de incapacidades tiene una estrecha relación con la garantía de derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario. Con estas reglas, la Corte reconoce implícitamente que sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados.”*

2.5 El perjuicio irremediable

La Corte puntualizó acerca de las dos hipótesis que conducen a que, pese al incumplimiento al requisito “*subsidiariedad*”, la acción de tutela puede proceder cuando: (i) cuando se utiliza como medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable y (ii) cuando se concluye que las vías ordinarias de la jurisdicción son ineficaces para la protección de un derecho fundamental.⁶

Para tener como configurado un perjuicio irremediable, la Corte Constitucional enseñó que deberá verificarse: *“(i) una afectación inminente del derecho – elemento temporal respecto al daño- ; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación, (iii) la gravedad del perjuicio– grado o impacto*

⁶ Sentencia T-106 de 2017

de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de los derechos en riesgo.”⁷

En resumen, la configuración de un “*perjuicio irremediable*” es el mecanismo que permite obviar el requisito de subsidiariedad que impera en los trámites de tutela y permite a quien considere amenazado o lesionado un derecho fundamental acudir directamente a ella sin tener que agotar las herramientas y acciones concedidas por el legislador para la salvaguarda del mismo derecho en sede ordinaria, pero su afloramiento dependerá de la inminencia, urgencia y gravedad que tenga la afectación denunciada, pues aquello es lo que hará impostergable la adopción de aquellas medidas de protección inmediata que son las que caracterizan a la acción de tutela.

2.6. Régimen de incapacidades laborales, clasificación

El pago de las incapacidades laborales se deriva de un certificado de incapacidad que “(...) *resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador (...)*”⁸. Por eso, dichas incapacidades pueden ser de diferentes tipos, como lo recordó la Corte Constitucional en la sentencia T-920 de 2009, al clasificarlas así: “(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% (...)”

2.6.1. Las incapacidades laborales y las entidades obligadas a cancelarlas

Como se viene explicando, la falta de capacidad laboral, temporal o permanente, puede ser de origen laboral o común.

Para las primeras, es decir, las Incapacidades por enfermedad de origen laboral, el artículo 1º del decreto 2943 de 2013, establece que serán las Administradoras de Riesgos Laborales las encargadas de asumir su pago con ocasión de un accidente de trabajo o la ocurrencia de una enfermedad laboral y lo serán desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

Así, su pago se surtirá, por parte de las ARL “(...) *hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique*

⁷ Sentencia T-225 de 1993

⁸ Sentencia T-144 de 2016

su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice, o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez. (...)”⁹

2.6.2. Las incapacidades comunes y las entidades obligadas a cancelarlas

Por su lado, la Incapacidad por enfermedad o accidente de origen común, según la Legislación que rige la materia, dependiendo de su duración, tendrá un pago o **auxilio económico**¹⁰ a cargo de las EPS durante los primeros 180 días contados a partir de su hecho generador. Ahora, a partir del 181 en adelante, su denominación cambiará a la **subsidio de incapacidad**¹¹ y, dependiendo de la cantidad de días que perdure tal afectación a la salud, su remuneración se distribuirá de la siguiente manera:

- i. Entre el día 1 y 2 estará a cargo del empleador según lo establecido en el artículo 1º del Decreto 2493 de 2013.
- ii. Entre el día 3 y 180, estará a cargo de la EPS según el mismo Decreto en comento.
- iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades estará 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.

Hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional venía reconociendo y advirtiendo la existencia de un déficit de protección 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. En su momento, la sentencia T-468 de 2010 señaló:

“(...) aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son generosas, esta sala repara 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 secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común que obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar

⁹ Sentencia T-490 de 2015

¹⁰ Código Sustantivo del Trabajo Art. 227

¹¹ Decreto 2463 de 2001, At. 23

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. (...)”

A lo que agregó:

“En esta situación, el trabajador esta 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.”

En consecuencia, el Gobierno Nacional a través de la Ley 1753 de 2015, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo entre el 2014 y 2018, dio una solución a este déficit de protección, al otorgar la responsabilidad de pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS. Por eso, a las voces del artículo 67 de la mencionada Ley, 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 540 días continuos”*.

Para la Corte, la entrada en vigencia de esta norma, cambia el panorama del pago de incapacidades después de 540 días que se venía planteando en la jurisprudencia de años atrás, pues se le atribuyó la obligación de pago a las EPS como parte del Sistema de Seguridad Social en Salud. Con estos antecedentes legales y jurisprudenciales, no cabe duda frente a que la regla actual de incapacidades que superen 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, serán las que habrán de asumir las EPS.

Pero además, en la Sentencia T-144 de 2016, la Corte Constitucional estableció tres reglas para el análisis de este tipo de casos; la primera, es que reitera la necesidad de garantizar protección reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral, tienen incapacidades prolongadas, pero no son considerados inválidos; la segunda, es que la obligación impuesta por el Plan Nacional de Desarrollo, respecto al pago de tales incapacidades es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades; y la tercera, es que podrá concederse una aplicación retroactiva en virtud el principio de igualdad.

En resumen, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común, tiene actualmente las siguientes fases y responsables:

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

Finalmente, la Corte Constitucional ha establecido que el origen de la incapacidad, determina la hoja de ruta para establecer con claridad cuál es la entidad que tiene la obligación de pagar las incapacidades, en concordancia con las diferentes reglas temporales que operen en los casos de enfermedades de origen común.

2.7. De la subsidiariedad de la acción de tutela

La subsidiariedad en materia de tutela, conforme al artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, enseña que la misma solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sobre el carácter subsidiario de la tutela, la Corte Constitucional en la sentencia T-580 de 2006 y T-603 de 2015, señaló esta característica *“permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”*.

Ha sido entonces el reconocimiento de la subsidiariedad en materia de tutela,

aquel factor que obliga a los asociados a agotar los recursos jurisdiccionales y las acciones jurídicas ordinarias que estén a su alcance para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos antes de recurrir a la acción del artículo 86 Superior, esto, con el propósito de impedir el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía paralela preferente o instancia judicial adicional a la ordinaria establecida por el Legislador.

No obstante, como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional *-especialmente en la sentencia T-662 de 2016-* el presupuesto de subsidiariedad que acompaña A la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en donde existan otros medios de defensa judicial, la Corte Constitucional ha señalado que existen dos excepciones que justifican el uso de la tutela para definir un agravio y ellos son: (i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la Ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado y por eso procede el amparo fundamental como **mecanismo definitivo**; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.

En cuanto al primer requisito y que versa sobre la idoneidad del medio de defensa judicial que esté al alcance del afectado, se tiene que ésta no puede determinarse en abstracto sino que, por el contrario, la aptitud para la efectiva protección del derecho deberá evaluarse en el contexto concreto, basándose en las pruebas debidamente allegadas por las partes. El análisis particular resulta necesario, pues en este podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o no permite tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados.

Frente al segundo requisito, es importante advertir que el propósito no es otro que el de conjurar o evitar una afectación inminente y grave a un derecho fundamental. De este modo, la protección que puede ordenarse en este evento es temporal como lo dispone el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 que enseña: *“[e]n el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”*.

Así mismo, cuando se acude a la acción de tutela como mecanismo transitorio

para evitar un perjuicio irremediable, dicha excepción al requisito de subsidiariedad exige que se verifique: (i) una afectación *inminente* del derecho - elemento temporal respecto del daño-; (ii) la *urgencia* de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable; (iii) la *gravedad* del perjuicio -*grado o impacto de la afectación del derecho*-; y (iv) el carácter *impostergable* de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales.

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se deberá realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis deberá ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario.

2.8. Improcedencia de la acción de tutela ante la inexistencia de una conducta concreta que permita realizar un juicio de vulnerabilidad de derechos fundamentales.

El objeto de la acción de tutela es la protección efectiva, inmediata, concreta y subsidiaria de los derechos fundamentales, *“cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares [de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del Decreto 2591 de 1991]”*. Así pues, se desprende que el mecanismo de amparo constitucional se torna improcedente, entre otras causas, cuando no existe una actuación u omisión del agente accionado a la que se le pueda endilgar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales en cuestión.

En el mismo sentido lo ha ratificado la Corte Constitucional en sus sentencias SU-975 de 2003 y la T-883 de 2008, donde ha enseñado que, *“partiendo de una interpretación sistemática, tanto de la Constitución, como de los artículos 5º y 6º del [Decreto 2591 de 1991], se deduce que la acción u omisión cometida por los particulares o por la autoridad pública que vulnere o amenace los derechos fundamentales es un requisito lógico-jurídico para la procedencia de la acción tuitiva de derechos fundamentales (...) En suma, para que la acción de tutela sea procedente requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico, que las acciones u omisiones que amenacen o vulneren los derechos fundamentales existan (...)”*, pues, *“sin la existencia de un acto concreto de vulneración a un derecho fundamental no hay conducta específica activa u omisiva de la cual proteger al interesado (...)”*.

Y lo anterior resulta así, porque si se permite que las personas acudan al mecanismo de amparo constitucional sobre la base de acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas, y que por tanto no se hayan concretado en el mundo material y jurídico, *“ello resultaría violatorio del debido proceso de los sujetos pasivos de la acción, atentaría contra el principio de la seguridad jurídica y, en ciertos eventos, podría constituir un indebido ejercicio de la tutela, ya que se permitiría que el peticionario pretermite los trámites y procedimientos que señala el ordenamiento jurídico como los adecuados para la obtención de determinados objetivos específicos, para acudir directamente al mecanismo de amparo constitucional en procura de sus derechos”*.

Así pues, cuando el juez constitucional no encuentre ninguna conducta atribuible al accionado respecto de la cual se pueda determinar la presunta amenaza o violación de un derecho fundamental, deberá declarar consecuentemente la improcedencia de la acción de tutela por ausencia de conducta atribuible al accionado e imposibilidad de realizar un juicio de vulnerabilidad de derechos fundamentales.

2.9. Análisis del caso concreto

Acude el doctor JUAN ESTEBAN ATEHORTÚA RÍOS, actuando en nombre y representación del señor OVER DE JESÚS CORDERO CENTENO, a instaurar esta acción de tutela para obtener protección los derechos fundamentales de su cliente a la salud, seguridad social, dignidad humana, mínimo vital y estabilidad laboral reforzada, los cuales considera en principio vulnerados por la CONSTRUCTORA E INVERSIONES OROZCO ZULUAGA SAS, luego de abstenerse supuestamente aquella de realizar el pago de las incapacidades que le han sido extendidas a su representado, así como por la presunta vulneración a los derechos del último por parte de LA NUEVA EPS, la ARL SURA, el FONDO DE PENSIONES PORVENIR y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN E INVALIDEZ, al no expedirle **“COPIA ÍNTEGRA Y AUTÉNTICA, del listado de AUTORIZACIONES DE SERVICIOS Y CERTIFICADO HISTÓRICO DE INCAPACIDADES TEMPORALES RECONOCIDAS** de titularidad de su poderdante, así como cualquier otro documento que haga parte de su historia clínica y que reposen en los archivos de las entidades accionadas”. Donde, acciona igualmente a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, por no realizar un nuevo dictamen de pérdida de capacidad laboral a su prohijado, especificando el origen, porcentaje y fecha de estructuración de su invalidez, teniendo en cuenta lo manifestado en el recurso de apelación interpuesto por el afectado en contra del dictamen emitido por la Junta

Regional de Antioquia y porque supuestamente el último tampoco le fue debidamente notificado.

Bajo esta panorámica, y como durante este trámite constitucional se alega por la EPS accionada que no es la responsable de pagar las incapacidades a partir del día 540 a su afiliado, sino que lo es el FONDO DE PENSIONES PORVENIR, procederá a continuación el Despacho a dictaminar sobre tal circunstancia, así como frente a las copias solicitadas y sobre la posibilidad de un nuevo dictamen de pérdida de capacidad laboral para el acá tutelante.

Preliminarmente es importante recordar que la Corte Constitucional, en punto a la afectación al mínimo vital, ha sostenido que cuando el promotor de una tutela devengue un salario mínimo legal mensual vigente y sea tal ingreso su única fuente de subsistencia, como ocurre en este evento, se configurará una vulneración a tan específico derecho fundamental y eso amparará al Juez constitucional para definir directamente y en su sede tan especiales controversias, pues, de acuerdo a las reglas de la experiencia y la sana crítica, al mostrarse aquel como el único rubro que permitiría al trabajador sobrevivir, su desconocimiento ciertamente causará un perjuicio irremediable y por eso será la acción de tutela el escenario propicio para alcanzar el pago de las incapacidades laborales adeudadas y que se muestran como un recurso mínimo para que el trabajador cesante no solo pueda subsistir, sino para que restablezca dignamente su derecho fundamental a la salud.

Por los anteriores motivos, es que no puede en marras la NUEVA EPS negar el pago de las incapacidades deprecadas, máxime, teniendo en cuenta que las acreencias a ella reclamadas por el tutelante, constituyen su única fuente de ingresos de la que dispone y porque es diáfana la premisa dogmática resumida en el acápite “2.6.2” de esta providencia, cuando reporta que el pago de las incapacidades por enfermedad de origen común que superen los 540 días en adelante, corresponderá asumirlas a la EPS conforme al mandato del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, lo anterior, hasta tanto se revise y recalifique la pérdida de capacidad laboral.

Colofón de lo expuesto, se ordenará a LA NUEVA EPS que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a pagar las incapacidades generadas a partir del día 540 al accionante, es decir, las radicadas con ***Fecha inicial: May.25/2021 con fecha final: Jun.23/2021 • Fecha inicial: Jun.24/2021 con fecha final: Jul.23/2021 • Fecha inicial: Jul.24/2021***

con fecha final: Ago.22/2021” y las que se sigan generando hasta tanto se resuelva de manera definitiva la situación jurídica del señor CORDERO CENTENO respecto de su porcentaje definitivo de pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración de las enfermedades.

Superado lo anterior y respecto a la petición planteada por el apoderado del accionante que se orienta a obtener la emisión de un nuevo dictamen de pérdida de capacidad laboral para su cliente, donde se especifique el origen, porcentaje y fecha de estructuración, teniendo en cuenta lo manifestado por éste en el recurso de apelación interpuesto contra del dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, además de su supuesta indebida notificación, de una vez dirá este Despacho que no se advierte que al acá afectado se le cercenase la posibilidad para presentar los recursos ordinarios pertinentes contra el dictamen que hoy afirma agravia sus intereses, toda vez que, en relación con lo primero, bien pudo agotar la reposición y la apelación como mecanismos de defensa ordinarios, cosa que al no agotarse oportunamente en el sub júdice, trunca de entrada la posibilidad para que sea la acción de tutela quien entre a remediarlo, porque este mecanismo de protección ciudadana opera solamente cuando los recursos ordinarios en comento son inexistentes o por lo menos se observen preliminarmente agotados por quien guarde interés en la protección a su derecho fundamental. Ahora, respecto a la supuesta falta de notificación o indebida notificación alegada frente al aludido dictamen, tampoco se evidencia agotada la posibilidad de solicitar primero la nulidad de lo actuado ante la misma autoridad que emitió *-con tal anomalía el dictamen en comento-* y, por lo mismo, la tutela no será el mecanismo adecuado para rogar aquello no pedido antes ante el supuesto vulnerador de los derechos aquí invocados.

Retomando. Ante el abanico de posibilidades en lo ordinario, como lo es rogar la nulidad de lo actuado al interior de una actuación administrativa (como ciertamente lo es la calificación de la pérdida de una capacidad laboral) o iniciar incluso una acción ordinaria laboral ante el Juez competente para defender el mismo derecho acá perseguido, es que deberá el tutelante acudir primero a tales herramientas de defensa antes de cuestionar aquello en sede de tutela, en aplicación a la subsidiariedad que la caracteriza.

Ahora. Si bien la subsidiariedad implica la verificación de otro medio de defensa judicial, lo cierto es que a pesar de ello, en este evento no está acreditado que a la parte accionante se le cause con la conducta de su accionada un perjuicio irremediable que permita al Juez constitucional entrar a terciar respecto a su

problemática, debido a que no se aportó ningún medio de prueba que permita concluir que no pueda esperar a que su situación con respecto al dictamen se resuelva ante la justicia ordinaria, y de ahí que no sea posible sostener con un respaldo plausible, la inminencia de la afectación que se dice sufrir dentro de este trámite de tutela, máxime, cuando por su conducto inclusive, ya se ordenó en la primera parte de estas consideraciones el pago de las incapacidades solicitadas.

En los anteriores términos, como la urgencia e inminencia del perjuicio del que se viene hablando no es tal en el sub júdice, no podrá intervenir el juez de tutela ni siquiera de manera excepcional para disponer algún tipo de protección *ius fundamental* para el tutelante, así sea por el sendero del mecanismo transitorio, pues, se insiste, para ello se requiere la configuración de un perjuicio irremediable que en autos no se aprecia configurado con la negativa a tener un nuevo dictamen, cuando incluso se ha ordenado el pago de las incapacidades reclamadas a través de este mismo fallo.

Con respecto a la solicitud de ordenar a la Nueva EPS, a la ARL SURA y al FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A. expedir copias íntegras y auténticas del listado de autorizaciones de servicios y certificados históricos de incapacidades temporales reconocidas al tutelante, así como cualquier otro documento que haga parte de su historia clínica y que repose en sus archivos, se aprecia por la Judicatura que tal solicitud no se ha realizado primero directamente ante las accionadas y, en consecuencia, no podrá aquella ser objeto de ninguna protección constitucional por el camino de la protección al derecho fundamental de petición, porque, la inexistencia de una prueba que determine, demuestre o por lo menos permita inferir que se radicó una solicitud en el sentido pretendido y que la misma no fue contestada o que se despachó negativamente sin ninguna justificación acorde con el derecho, es circunstancia suficiente para negar el amparo rogado, tendiente a la expedición de las copias de las actuaciones aludidas en el líbelo introductory y frente a las cuales ninguna petición se elevó de manera preliminar al inicio de este trámite constitucional.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Civil - Laboral del Circuito de El Santuario, (Ant.), administrando justicia en nombre de la República y por mandato constitucional,

F A L L O

PRIMERO. TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital del señor OVER DE JESÚS CORDERO CENTENO en contra de LA NUEVA EPS.

SEGUNDO. Se ordena a LA NUEVA EPS que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a pagar las incapacidades generadas a partir del día 540 al actor, es decir, las radicadas para los siguientes periodos: ***Fecha inicial: May.25/2021 con fecha final: Jun.23/2021 •Fecha inicial: Jun.24/2021 con fecha final: Jul.23/2021 •Fecha inicial: Jul.24/2021 con fecha final: Ago.22/2021***”, además de las que se sigan generando hasta tanto se resuelva de manera definitiva la situación jurídica del señor CORDERO CENTENO, respecto de su porcentaje definitivo de pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración.

TERCERO. Por las razones atrás indicadas, NO SE ACCEDE a ordenar la expedición de las copias solicitadas.

CUARTO. Se desvincula a la ARL SURA, al FONDO DE PENSIONES PORVENIR y a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN E INVALIDEZ, por no vulnerar derecho fundamental alguno al accionante.

QUINTO. NOTIFICAR este fallo en la forma establecida en el artículo 30 del Decreto 2591, advirtiéndole a las partes que el mismo puede ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su comunicación. En caso contrario, una vez alcance ejecutoria formal, se enviará lo actuado ante la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DAVID ALEJANDRO CASTAÑEDA DUQUE

JUEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO CIVIL- LABORAL DEL CIRCUITO
El Santuario –Antioquia, septiembre tres (3) de dos mil veintiuno (2021)
Oficio No 316

SEÑORES
CONSTRUCTORA E INVERSIONES OROZCO ZULUAGA SAS, DILSÓN
ARNOVIS OROZCO ZULUAGA
NUEVA EPS
ARL SURA,
FONDO DE PENSIONES PORVENIR
JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN E INVALIDEZ

SEÑORES
JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE EL SANTURIO (ANT)

SEÑOR
OVER DE JESÚS CORDERO CENTENO

DOCTOR
JUAN ESTEBAN ATEHOTÚA RÍOS

Proceso	Tutela No. G- 75 1RA No 53
Accionante	OVER DE JESÚS CORDERO CENTENO
Apoderado	JUAN ESTEBAN ATEHOTÚA RÍOS
Accionados	CONSTRUCTORA E INVERSIONES OROZCO ZULUAGA SAS, LA NUEVA EPS, LA ARL SURA, EL FONDO DE PENSIONES PORVENIR Y LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN E INVALIDEZ
Radicado	No. 05 697 31 12 001 2021-00138-00
Procedencia	Reparto
Instancia	Primera
Decisión	Se CONCEDE la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales invocados a favor del accionante y se ordena a la EPS pagar las incapacidades a partir del día 540.

Me permito notificarle el fallo proferido por este Despacho Judicial el día tres (3) de septiembre (2021). La providencia se transcribe así: JUZGADO CIVIL – LABORAL DEL CIRCUITO EL SANTUARIO ANTIOQUIA. - En mérito de lo expuesto, el Juzgado Civil - Laboral del Circuito de El Santuario, (Ant), administrando justicia en nombre de la República y por mandato constitucional, F A L L A **PRIMERO.** TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital del

señor OVER DE JESÚS CORDERO CENTENO en contra de LA NUEVA EPS.**SEGUNDO.** Se ordena a LA NUEVA EPS que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a pagar las incapacidades generadas a partir del día 540 al actor, es decir, las radicadas para los siguientes periodos: ***Fecha inicial: May.25/2021 con fecha final: Jun.23/2021 • Fecha inicial: Jun.24/2021 con fecha final: Jul.23/2021 • Fecha inicial: Jul.24/2021 con fecha final: Ago.22/2021***”, además de las que se sigan generando hasta tanto se resuelva de manera definitiva la situación jurídica del señor CORDERO CENTENO, respecto de su porcentaje definitivo de pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración. **TERCERO.** Por las razones atrás indicadas, NO SE ACCEDE a ordenar la expedición de las copias solicitadas. **CUARTO.** Se desvincula a la ARL SURA, al FONDO DE PENSIONES PORVENIR y a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN E INVALIDEZ, por no vulnerar derecho fundamental alguno al accionante. **QUINTO.** NOTIFICAR este fallo en la forma establecida en el artículo 30 del Decreto 2591, advirtiéndole a las partes que el mismo puede ser impugnado dentro de los tres (3) días siguientes a su comunicación. En caso contrario, una vez alcance ejecutoria formal, se enviará lo actuado ante la Corte Constitucional para su eventual revisión. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE-NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. (FDO). DAVID ALEJANDRO CASTAÑEDA DUQUE. JUEZ”**

Atentamente,



ELIANA JANETT LEYVA PEMBERTHY
ESCRIBIENTE

Calle 50ª N° 42-09 Ofi. 201, telefax 5463408, Parque La Judea El Santuario
(Ant)