

REPUBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE CARTAGENA
Cartagena de Indias, seis (6) de octubre de dos mil veinte (2020)

REFERENCIA	ACCIÓN DE TUTELA
EXPEDIENTE.	No 13-001-31-10-004-2020-00165-00
ACCIONANTE	JAVIER LÓPEZ CAMPILLO
ACCIONADA	NUEVA EPS

Procede el Despacho a proferir fallo de primera instancia dentro de la Acción de tutela incoada, por el señor **JAVIER LÓPEZ CAMPILLO**, en contra de la **NUEVA EPS**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, la salud, mínimo vital y móvil, debido proceso e igualdad.

ANTECEDENTES

Manifiesta el accionante, señor **JAVIER LÓPEZ CAMPILLO**, que labora con la empresa **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.** que fue diagnosticado con síndrome del túnel del carpo bilateral y calificada ésta como enfermedad laboral, razón por la cual recibió indemnización por parte de la **ARL POSITIVA**.

Que además de ello, padece epicondilitis media, enfermedad que no ha sido calificada por medicina laboral, que ya fue informado a **COLPENSIONES** el concepto de rehabilitación favorable, sin embargo, no se ha determinado el origen de esta, para definición del pago de las incapacidades. Manifiesta además el accionante, haber presentado acción de tutela, de la cual conoció el Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena, quien profirió fallo en fecha 25 de septiembre de 2018 en que le fueron tutelados sus derechos fundamentales, ordenándole a la **ARL POSITIVA** el pago de las incapacidades expedidas desde el 6/12/2017 al 10/09/2018 y las que en el futuro se generaran, por un lapso de 720 días hasta que se emitiera un nuevo concepto de rehabilitación o se efectuara nueva calificación de invalidez; el mencionado fallo fue impugnado y el Superior modificó dicha sentencia ordenando a la **ARL POSITIVA** el pago de las incapacidades 000395524, 0004044084, 0004078056, 0004112283, 0004238947 y 00043110817 y ordenó a la **NUEVA EPS**, el pago de las incapacidades 0003992343, 0004010749, 0004179842, 0004271667, 0004308019, 0004329122, 0004354299, 0004396904, 4460033, 4494304, 4497041, 4530532 y 0004391255; que la orden impartida fue cumplida por las accionadas. Las encartadas volvieron a incurrir en la vulneración de sus derechos fundamentales, al no cancelar a **NUEVA EPS**, las incapacidades generadas por el padecimiento del accionante, por lo que presentó desacato ante el Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena, sin embargo, no se abrió el correspondiente incidente, por cuanto el Superior en su providencia, no incluyó las incapacidades futuras. Que, ante tal situación, carece de los recursos para satisfacer sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar y todas sus obligaciones, pues está recibiendo la suma de \$ 44.979.00 mensuales por parte de su empleador.

Solicita el accionante, la protección de sus derechos fundamentales y se ordene a la encartada el reconocimiento, liquidación y pago de las incapacidades expedidas por el médico tratante y las que se generen en el futuro y de igual manera solicita se ordene definir el origen de la enfermedad epicondilitis lateral y calificar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

La solicitud de esta tutela, fue admitida por auto de fecha 28 de julio de 2020, notificándose a las partes, y solicitando a las entidades accionadas y vinculadas, rindieran un informe sobre los hechos que dieron lugar a esta acción.

A la presente acción de tutela fueron vinculadas la empresa **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.**, **LA ARL POSITIVA** Y **EL JUZGADO SÉPTIMO DE FAMILIA DE CARTAGENA**.

En Fecha 10 de agosto del presente año 2020, fue proferido fallo dentro de esta acción de tutela, sin embargo, fue declarada, por parte del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, la nulidad de todo lo actuado y ordenando la vinculación de la Junta de Calificación de Invalidez.

Obedeciendo la orden del superior, se admitió la acción de amparo constitucional, en fecha 23 de septiembre de 2020 vinculándose a esta acción de tutela a la **EMPRESA ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.**, intervenida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES-** a la **ARL POSITIVA**, a la **JUNTA DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ – Regional y Nacional-** y al **JUZGADO SÉPTIMO DE FAMILIA DE CARTAGENA**, en el que cursó acción de tutela incoada por el accionante.

Síntesis de la contestación por parte de la vinculada empresa ELECTRICARIBE S.A.E.S.P

A través de la Representante Legal para asuntos laborales de la empresa **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.**, da respuesta a esta acción de tutela, manifestando en lo pertinente y relevante, que se oponen a las pretensiones del accionante, alegando la falta de legitimación por pasiva, ya que lo pretendido, según su dicho, no se encuentra a cargo de la empresa **ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.**, pues, en fecha 4 de diciembre de 2017, esa empresa le comunicó al accionante **JAVIER LÓPEZ**, que sus incapacidades superan los 180 días. Por lo anterior, solicita la desvinculación de esa empresa de la presente acción de tutela. Desde otra arista, alega la improcedencia de la acción de tutela como mecanismo para el reconocimiento de prestaciones económicas, pues considera que el accionante no ha demostrado un perjuicio irremediable para acceder a esta acción de tutela. Que esa empresa cumplió con sus obligaciones legales y que, al haberse trasladado los riesgos de salud, laborales y pensión al Sistema de Seguridad Social, son las administradoras de dichos sistemas, las obligadas al pago de todas las prestaciones asistenciales y económicas que le corresponden al trabajador afiliado, dentro de las cuales se encuentra, el auxilio por incapacidades temporales. Que el accionante se ha incapacitado por más de 180 días, por lo que es la AFP a la que se encuentra afiliado el trabajador, a quien le corresponde el pago de esta, teniendo en cuenta su origen.

Síntesis del Informe rendido por la ARL POSITIVA

En lo pertinente y relevante al caso que nos ocupa, manifestó la vinculada, en anterior oportunidad, que en cuanto al diagnóstico de EPICONDILITIS LATERAL BILATERAL, que le fuera realizado al accionante, este padecimiento fue definido como enfermedad común y cuya obligación al pago de incapacidades recae sobre la EPS y AFP a las que se encuentra afiliado el accionante.

En esta oportunidad, manifiesta la vinculada **ARL POSITIVA**, a través de su apoderada judicial, en lo pertinente y relevante al caso del señor **JAVIER LÓPEZ CAMPILLO**, que éste reporta un evento de fecha 28 de mayo de 2010 (enfermedad laboral) bajo el diagnóstico de G560 síndrome del túnel del carpo bilateral, el que fue calificado con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral equivalente al 15.43%. Que la **NUEVA EPS** notificó a esa ARL bajo radicado No. ENT 2019 08 001 034095 de la calificación de origen común de las patologías síndrome del túnel del carpo y frente a esto, se pronunció mediante documento SAL 2019 01 005 023149 “ *...revisadas nuestras bases de datos y sistemas de información se evidencia que el diagnóstico síndrome del túnel del carpo bilateral g560 fue calificado en primera oportunidad por esta aseguradora donde se determinó de origen laboral bajo el dictamen 376902 de fecha 21/08/2012, otorgándole calificación de pérdida de capacidad laboral 15.43% con fecha de estructuración 06/06/2013*” Que conforme al Decreto 1352 de 2013, la segunda notificación de calificación de origen remitida por la NUEVA EPS y con radicado de entrada ENT 2019 08 001 034095 del 23 de mayo de 2019, carece de validez, siendo que las patologías determinadas en este, fueron calificadas en dictamen ya referido y del año 2012 en firme. Manifiesta al Despacho, que no es competencia de esa ARL asumir las prestaciones económicas y asistenciales que requiera el accionante y frente a las patologías derivadas del diagnóstico M771 EPIOCONDRIITIS LATERAL, la cual ya fue calificada y no ha sido determinada como de origen laboral. En cuanto al pago de las incapacidades, manifiesta que es de pertenencia y reconocimiento frente a las prestaciones económicas, la EPS y de conformidad con lo determinado por la Ley 1562 de 2012 y la sentencia T 142 de 2007 que indica que quien se encuentra a cargo de otorgar las mismas es la EPS o la AFP.

Por lo anterior, alega la falta de legitimación en la causa por pasiva y solicita declarar la improcedencia de esta acción de tutela, en relación a esa ARL.

Síntesis del informe presentado por el Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena.

El Juzgado Séptimo de Familia de Cartagena, en anterior oportunidad, rindió informe, manifestando que efectivamente conoció de la acción de tutela radicada bajo el # 13-001-31-10-002018-00393 incoada por el señor Javier López Campillo, en contra de la Nueva EPS, se le tutelaron sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, dignidad humana, mínimo vital y móvil, debido proceso e igualdad, fallo que fue impugnado Superior modificó dicha sentencia ordenando a la **ARL POSITIVA** el pago de las incapacidades 000395524, 0004044084, 0004078056, 0004112283, 0004238947 y 00043110817 y ordenó a la **NUEVA EPS**, el pago de las incapacidades 0003992343, 0004010749, 0004179842, 0004271667, 0004308019, 0004329122, 0004354299, 0004396904, 4460033, 4494304, 4497041, 4530532 y 0004391255;

En esta oportunidad, remite copia de auto mediante el cual resuelve solicitud de desacato promovido por el accionante, en el que se refiere a lo ordenado por el Superior, es decir, la modificación de lo resuelto por ese Despacho Judicial dentro de la acción de tutela que el hoy accionante, promovió.

Se deja constancia de la falta de respuesta a esta acción de tutela por parte de la NUEVA EPS, COLPENSIONES y las JUNTAS DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

Problema Jurídico 1.

Establecer, la procedencia o no de la acción de tutela para el cobro de acreencias laborales.

CONSIDERACIONES

La Acción de Tutela fue consagrada por el Art. 86 de la Constitución Nacional, reglamentada por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, con el objetivo de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos; por lo anterior, cualquier persona podrá solicitar esta acción, cuando considere que estos Derechos Fundamentales se encuentran de una u otra manera violentada o se encuentran amenazados por la acción u omisión de cualquier Autoridad Pública.

La acción de tutela es un instrumento jurídico que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando de acuerdo con las circunstancias concretas de cada caso y a falta de otro medio de orden legal que permita el debido amparo de los derechos, éstos sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos que señale la ley.

Como ya se dijo, la pretensión del accionante señor **JAVIER LÓPEZ CAMPILLO**, está dirigida a que, a través de este medio preferente y sumario, se le protejan sus derechos fundamentales a la dignidad humana, salud, vida, mínimo vital, debido proceso e igualdad y se ordene el reconocimiento, liquidación y pago de las incapacidades generadas a partir del 27/08/2018 hasta el 28/02/2020, para un total de 551 días.

El accionante invoca la protección de derechos determinados por el Constituyente de 1991 en la Carta Política, como fundamentales, sin embargo, es del caso referirnos a la procedencia o no de esta acción para el cobro de acreencias laborales, como en el caso que nos ocupa, cobro de incapacidades laborales.

Establece el **Artículo 6º. Del Decreto 2591 de 1991** que:

La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.
2. (...)

De igual manera así lo ordena nuestra Constitucional Nacional, en su artículo 86

Art. 86 C. N.

(...)

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Si bien en principio, el accionante cuenta con la jurisdicción ordinaria para la defensa de sus derechos laborales, es del caso atender el criterio de la Corte Constitucional, en sentencias como la que a continuación, en lo pertinente y relevante se transcribe, en apoyo a la decisión que se ha de adoptar.

Criterio de la Corte Constitucional.

Sentencia T-161/19

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

Sobre la Subsidiariedad

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

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

En el escenario en que la acción de tutela proceda como mecanismo transitorio, se requiere la configuración de un perjuicio irremediable, el cual ha reiterado esta Corte debe ser *inminente* y *grave*. De allí que, las medidas para evitar su consumación obedezcan a los criterios de urgencia e impostergabilidad. Sobre esa base, ha agregado la jurisprudencia en la materia que “(...) (ii) el estado de salud del solicitante y su familia; y (iii) las condiciones económicas del peticionario del amparo” constituyen criterios orientadores al momento de determinar la existencia o no de un perjuicio irremediable. En este último escenario, la decisión de amparo constitucional tiene un alcance transitorio, en el sentido de que solo se mantiene vigente mientras la autoridad judicial competente decide de fondo sobre la acción ordinaria instaurada por el afectado.

Ahora bien, respecto al reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, esta Corporación ha señalado que, en principio, no procede la acción tutela. Ello, por cuanto el conocimiento de ese tipo de solicitudes implica la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces desborda las competencias del juez constitucional.

En efecto, el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó en cabeza de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, la competencia para resolver “*las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad*

social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos”.

Por su parte, la Ley 1438 de 2011 en el literal g de su artículo 126 prevé un trámite administrativo ante la Superintendencia Nacional de Salud, donde se establece, dentro de las funciones jurisdiccionales que tiene dicho órgano de control, “conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

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

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

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

Sobre esa base, la jurisprudencia en la materia ha reiterado que “los mecanismos ordinarios instituidos para reclamar el pago del auxilio por incapacidad, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza.

...

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

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

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

“i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;

ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.”

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

En el caso que nos ocupa, conforme a lo narrado por el accionante en su demanda de amparo constitucional, con anterioridad había acudido a la acción de tutela para lograr el pago de incapacidades

generadas desde el 06/12/2017 al 10/19/2018 derecho que le fue amparado, a través de la presente acción pretende el pago de las generadas a partir del 27/08/2018 al 28/02/2020, lo que muestra al Despacho la situación de vulnerabilidad en que se encuentra, tanto en su condición física, como en la parte económica, amén de que se lee dentro de los anexos, que en la actualidad, recibe como salario por parte del empleador, la suma de \$ 44.979.00, careciendo de ingresos para solventar sus necesidades y las de su núcleo familia.

Con apoyo en lo acabado de transcribir de la sentencia que recoge el criterio de la Corte Constitucional, en las circunstancias personales del accionante, es claro la procedencia de la acción de tutela.

Surge entonces un segundo problema jurídico, cual es el de determinar si la accionada y las vinculadas con su actuar se encuentran vulnerando los derechos fundamentales del accionante.

Se queja el accionante de que las encartadas incurrieron en la vulneración de sus derechos fundamentales al dejar de cancelarle las incapacidades generadas a partir del día 27/08/2018 hasta el 28/02/2020, percibiendo mensualmente en su nómina suma inferior a los cincuenta mil pesos.

El accionante relaciona incapacidades por el término de 551 días.

La Corte Constitucional se refiere a las incapacidades laborales, en la misma sentencia y es de traer a colación.

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

Respecto de la falta de capacidad laboral. La Corte ha distinguido tres tipos de incapacidades a saber : (i) **temporal**, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) **permanente parcial**, cuando se presenta un 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%^[176]. Sobre el particular, la propia jurisprudencia ha precisado que las referidas incapacidades pueden ser de origen *laboral o común*, aspecto que resulta particularmente relevante para efectos de determinar sobre quién recae la responsabilidad del pago de las mismas, como se explicará a continuación.

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

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

- i. Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.
- ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número **180**, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.
- iii. Desde el día **181** y hasta un plazo de **540** días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005^[181] para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto^[182].

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

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

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

En ese orden, el Gobierno Nacional, expidió la Ley 1753 de 2015 mediante la cual buscó dar una solución a aludido déficit de protección. Así, dispuso en el artículo 67 de la mencionada ley, que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas *“al reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.”* Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a **540** días a las EPS.

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

Descendiendo al caso en estudio, como ya se dijo, el accionante no ha recibido el pago de sus incapacidades por el término de 551 días, las que conforme a lo señalado por la normatividad y corresponde su pago así: los dos primeros días al empleador del tercer día al día 180 le corresponde asumir su pago a la EPS, en este caso, a la **NUEVA EPS**, entidad a la cual se encuentra vinculado el accionante y del día 181 hasta el día 540 la AFP, en este caso COLPENSIONES, y del 541 en adelante a la EPS en caso de no haberse remitido el concepto de rehabilitación, caso contrario, le correspondería a la AFP hasta tanto se califique la pérdida de capacidad laboral.

Si bien la NUEVA EPS, no emitió respuesta a esta acción de tutela, en anterior oportunidad presentó memorial mediante el cual impugnó el fallo emitido, en el cual manifiesta que la NUEVA EPS emitió concepto de rehabilitación del afiliado el día 20/09/18 como favorable el cual fue notificado a la AFP COLPENSIONES, antes de los 150 días de incapacidad, con fecha 01/10/18 en cumplimiento del Decreto 019 de 2012. Que 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. Que le corresponde a la AFP el pago de las prestaciones económicas hasta tanto se emita la calificación de pérdida de la capacidad laboral.

El no pago de las incapacidades al accionante, se reitera es violatorio de sus derechos fundamentales, por lo que hay lugar al amparo de los derechos fundamentales invocados por el accionante, y se ordenará a la **NUEVA EPS**, a efectos de que en un término no mayor de 48 horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, a que proceda a la liquidación y pago de las incapacidades generadas en favor del accionante, señor **JAVIER LÓPEZ**, a partir del tercer día y hasta el día 180, en caso de no haberse generado la autorización y pago de las mismas. de igual manera las generadas a partir del día 541. De igual manera se ordena a la **ADMINISTRADORA DE**

FONDOS DE PENSIONES COLPENSIONES, que en el término no mayor de 48 horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a la liquidación y pago de las incapacidades generadas a partir del día 181 al 540, en favor del accionante y proceda a la valoración por medicina laboral para establecer el origen de la enfermedad EPICONDILITIS MEDIA, y establecer el porcentaje de pérdida de capacidad laboral. Esto en caso de que, a la fecha de proferirse este fallo, no se haya realizado.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, el Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Tutelar los derechos fundamentales invocados por el accionante señor **JAVIER LÓPEZ CAMPILLO**, por las razones esbozadas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Ordenar a la **NUEVA EPS**, a efectos que en un término no mayor de 48 horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, a que proceda a la liquidación y pago de las incapacidades generadas en favor del accionante, señor **JAVIER LÓPEZ**, a partir del tercer día y hasta el día 180, en caso de que a la fecha no se haya realizado el reconocimiento y pago de dicho auxilio.

TERCERO: Ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLPENSIONES**, que en el término no mayor de 48 horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a la liquidación y pago de las incapacidades generadas a partir del día 181 en adelante, en favor del accionante y proceda a la valoración por medicina laboral para establecer el origen de la enfermedad EPICONDILITIS MEDIA, y establecer el porcentaje de pérdida de capacidad laboral. Esto en caso de no haberse hecho efectivo el reconocimiento y pago del auxilio de incapacidad laboral y el examen por Medicina Legal.

CUARTO: Notifíquese la presente sentencia de conformidad con lo establecida en el articulado 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: En el evento de no ser impugnado este fallo, désele estricto cumplimiento, por Secretaría, a lo previsto en el artículo 31 del decreto 2591 de 1991

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RODOLFO GUERRERO VENTURA
JUEZ

Firmado Por:

RODOLFO GUERRERO VENTURA
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 004 FAMILIA DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

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

Código de verificación:

754ecf6d084ecf735bbe4cd197d1f4880aea5a2358055d0f73ab3ded391f42d0

Documento generado en 06/10/2020 03:39:12 p.m.