



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE EL ROSAL – CUNDINAMARCA
Veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO A DECIDIR

ACCIÓN DE TUTELA RADICADO: 25260-40-89-001-2021-00053-00
ACCIONANTE: NELSON ANTONIO RODRÍGUEZ AMAYA c.c. N° 1.074.576.516
ACCIONADA: NUEVA EPS – AFP PROTECCIÓN
VINCULADOS: DARWIN COLOMBIA S.A.S. Y/O EMPRESA FLORES DEL AMANECER.

La suscrita juez, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, procede a resolver la solicitud de amparo de tutela radicada por el señor **NELSON ANTONIO RODRÍGUEZ AMAYA**, identificado con c.c. No 1.074.576.016, en contra de **LA NUEVA EPS y LA ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN** y la vinculada **DARWIN COLOMBIA S.A.S. Y/O EMPRESA FLORES DEL AMANECER**, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales a la vida, en condiciones dignas, dignidad humana, a la seguridad social, al mínimo vital, derecho a la igualdad y a la seguridad social.

Acción que sustenta en los siguientes,

HECHOS

Refiere el accionante, en su escrito petitorio, los sucesos que se resumen así: Que tiene 31 años de edad, que es padre de familia de una menor de 18 meses, y que tiene a su cargo dos menores hijas y a su esposa, por lo que con su actividad laboral paga todos los gastos correspondientes a su manutención y la de su familia.

Manifiesta en su escrito tutelar que en la actualidad tiene una relación laboral con la **EMPRESA FLORES DEL AMANECER S.A.S.**, actualmente denominada **DARWIN COLOMBIA S.A.S.** y se encuentra afiliado en calidad de cotizante a la **NUEVA EPS** y al **FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN** hace aproximadamente 5 años.

Que en el año 2020 estuvo incapacitado entre el 27 de abril al 20 de octubre, por el termino de 177 días y no le fueron reconocidas las incapacidades medicas por cuanto, las entidades **FONDO DE PROTECCIÓN Y NUEVA EPS**, frente a sendos derechos de petición le respondieron lo siguiente:

El **FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN** le manifestó que él tenía derecho al reconocimiento de subsidio por incapacidad temporal, por aquellas que se generaran con posterioridad al día 180 y que dicho pago se haría a partir del día 21 de octubre de 2020, que corresponde a la fecha en que remitió el concepto de

rehabilitación y hasta en la fecha en la cual debiera asumir los pagos por concepto de incapacidad temporal, de acuerdo a lo señalado en el inciso 5 del artículo 142, del Decreto Ley 019 de 2012.

La NUEVA EPS, el lunes 18 de enero del año en curso, le respondió que no era posible dar reconocimiento a la incapacidad N° 6474949, teniendo en cuenta, que a la fecha 29/11/2017 había presentado 180 días continuos de incapacidad como consecuencia del diagnóstico (M069).

Asimismo indica, que teniendo en cuenta que las Empresas Promotoras de Salud EPS están obligadas a reconocer hasta 180 días consecutivos de incapacidad por un mismo diagnóstico o patología relacionada, Decreto 2463 de 2001 – art. 23, porque a partir del día 181 el reconocimiento económico pasa a ser responsabilidad del Fondo de Pensiones, donde se encuentra afiliado hasta que se produzca un dictamen sobre su pérdida de capacidad laboral, se restablezca su salud o se gestione su pensión con dicha entidad.

DERECHOS VULNERADOS

Afirma que con fundamento a los hechos narrados, las entidades accionadas le están vulnerando los derechos fundamentales a la vida, en condiciones dignas, dignidad humana, a la seguridad social, al mínimo vital, derecho a la igualdad y a la seguridad social.

Conforme a ello, eleva las siguientes,

PRETENSIONES

Se ampare en sentencia de tutela como mecanismo transitorio de protección los derechos fundamentales a la vida, en condiciones dignas, dignidad humana, a la seguridad social, al mínimo vital, derecho a la igualdad y a la seguridad social y se ordene a quien corresponda el pago de las incapacidades medicas comprendidas entre el día 27 de abril al 20 de octubre de 2020 (177 días).

Para finalizar, afirma bajo la gravedad del juramento, que no ha interpuesto acción similar por los mismos hechos y derechos aquí relacionados ni contra la misma autoridad.

ACTUACIÓN DEL DESPACHO

Mediante auto fechado 12 de marzo de la presente anualidad, se asumió conocimiento, se dispuso la notificación de la NUEVA EPS Y LA ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN, así como de la vinculada DARWIN COLOMBIA S.A.S. Y/O EMPRESA FLORES DEL AMANECER a efectos de trabar en debida forma el contradictorio, igualmente la comunicación al accionante.

A efectos de surtir el acto de comunicación del auto admisorio de la demanda de tutela, se remitió vía correo electrónico a los correos secretaria.general@nuevaeps.com.co, erikaencisomahecha@gmail.com, rrodrig@proteccion.com.co, lisa.barbosa@proteccion.com.co, maicol.cardona@aliados.proteccion.com.co, personeria@elrosal-cundinamarca.gov.co y smayorga@darwinperennials.com el contenido del escrito de tutela con sus anexos y los oficios de notificación, para lo cual se aportó respuesta de LA NUEVA EPS Y LA AFP PROTECCIÓN.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA NUEVA EPS

A través del apoderado especial, dio respuesta a la acción de indicando lo siguiente (hechos que se resumen):

Que corresponde la pretensión al área de prestaciones económicas, doctor CESAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE.

Respecto del estado de afiliación, informa que el señor NELSON ANTONIO RODRÍGUEZ AMAYA, c.c. 1.074.576.516 se encuentra en estado activo en el régimen contributivo, y que conocida la presente demanda de tutela por el área jurídica, se trasladó al área técnica correspondiente, con el fin de que realizaran el correspondiente estudio del caso.

En cuanto a la inmediatez, indica que en cada caso concreto debe existir un periodo de tiempo prudencial desde que se presenta la conducta que presuntamente vulnera los derechos del accionante hasta la fecha de interposición de la acción de tutela, toda vez que puede romperse la congruencia entre el medio de protección y la finalidad que se busca.

Conforme a lo anterior, expresa que es el juez quien debe determinar si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial.

En cuanto a la improcedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos de contenido económico, expresa que es claro que la intención del accionante se dirige a dirimir una controversia de tipo económico y, que es claro que, se ha desconocido que el fin de la Acción de tutela, es la protección de los derechos fundamentales, pero en ningún caso la controversia sobre derechos que tengan un contenido económico, y para sustentar lo expresado hace referencia a la sentencia T- 489 del 2003M.P. Rodrigo Escobar Gil. Sentencia T-616 de 1997.

Ahora bien, en cuanto a las reglas sobre el reconocimiento de incapacidades con relación al responsable de su pago, arguye que, los pagos de incapacidades y prorrogas son asumidos por distintos agentes del Sistema General de Salud Social dependiendo de la programación de la situación de salud del trabajador así:

- a- Los primeros dos días de incapacidad, el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.

- b- Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encentra a cargo de la EPS y el trámite tendiente de su reconocimiento debe adelantarlo el empleado.
- c- A partir del día 180, la prestación económica corresponde, por regla general a las Administradoras del Fondo de Pensiones, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.
- d- Posterior al día 540, la Empresas Promotoras de Salud sumen el pago de subsidio de incapacidad con recobro a la ADRES en los siguientes casos:
 - Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiere continuar en tratamiento médico.
 - Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común
 - Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

Frente a la improcedencia de la acción de tutela por ser de carácter residual o transitorio, manifestó que el artículo 86 de la Carta política establece que la acción de tutela es de carácter residual o transitorio, es decir, es un recurso que solo se puede utilizar en el caso que se hayan agotado otras vías judiciales o se esté ante la inminente vulneración de un derecho fundamental. En ese sentido, es claro, que el fin de la presente acción busca se discutan asuntos de la órbita laboral y el competente para conocerlo es el juez ordinario laboral y que aunado a lo anterior, no se justifica la transitoriedad de la acción de tutela, toda vez que no se evidencia una vulneración real de un derecho fundamental que requiera atención urgente, ya que el accionante sigue afiliado al Sistema General de Seguridad Social en salud a través de su defendida y que en la actualidad cursa un proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral ante la instancia respectiva, como se evidencia en los soportes de la acción. En ese sentido no está llamada a prosperar la acción de tutela.

Respecto a la prórroga de las incapacidades, argumenta que la Resolución 2266 del 6 de agosto de 1998 indica en su artículo 13 que: *"Se entiende por prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa, si se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a treinta (30) días calendario."*

Frente al procedimiento de transcripción de incapacidades indica que es el acto mediante el cual la NUEVA EPS traslada al formato único del sistema de información el certificado de incapacidad o licencia ordenada por el médico u odontólogo tratante.

Que el proceso de transcripción debe ser realizado por el afiliado o el empleador (dependiendo del caso), de no realizarse la citada solicitud, no se demuestra vulneración de derechos fundamentales.

En cuanto a la responsabilidad de la AFP para la expedición del dictamen de pérdida de capacidad laboral, refiere lo concerniente al artículo 2.6.1.4.2.8 del Decreto 780 de 2016, parágrafo 1. (lo transcribe) lo mismo hace con el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, que regula la calificación del estado de invalidez, donde se estableció en su inciso segundo cuales eran las autoridades competentes para determinar la pérdida de capacidad laboral, correspondiendo ésta a COLPENSIONES, La Administradora de Riesgos Profesionales –ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias.

Con fundamento en lo expuesto, expone que, es la AFP la obligada a realzar el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, teniendo en cuenta que ya se determinó como de origen laboral la patología del accionante.

Conforme lo anterior, solicita la Accionada, denegar la acción de tutela o en su defecto desvincularla d este trámite constitucional.

Vincular al Fondo de Pensiones del accionante para que se pronuncie respecto de las incapacidades posteriores a 180 días, el dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral, de no existir, se ordene la expedición de este.

Como petición subsidiaria, solicita que, en caso de acceder a la solicitud de amparo, de manera atenta solicita revisar si se efectuaron los pagos a seguridad social de manera oportuna, so pena de ordenar el pago de la respectiva mora de la cotización tardía.

Anexa como pruebas:

- Poder especial.
- Certificado de existencia y representación legal de la NUEVA EPS
- Comunicación y remisión de rehabilitación a la AFP PROTECCION.

RESPUESTA DE LA ACCIONADA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

El representante legal judicial de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. indica que el señor NELSON ANTONIO RODRÍGUEZ AMAYA, presenta afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por esa entidad, desde el 2 de octubre de 2014, como vinculación inicial al Sistema General de Pensiones.

Expone que, en los hechos que fundamentan la presente demanda de tutela, indica que el señor RODRÍGUEZ AMAYA presentó ante ese Fondo, solicitud de subsidio por incapacidad y/o calificación de pérdida de capacidad laboral.

Que con el fin de resolver la referida solicitud, el caso del citado señor fue remitido ante la Comisión Médico Laboral, con quien la Nueva EPS tiene celebrado contrato de prestación de servicios, a fin de evaluar su estado de salud y poder determinar si en el evento de contar con un pronóstico favorable de recuperación debía procederse con la suspensión del trámite de calificación, habiendo lugar al pago de las incapacidades posteriores al día 181; o en caso de contar con un pronóstico desfavorable de recuperación, se debía proceder de inmediato con la calificación de su pérdida de capacidad laboral y determinar si generaría el derecho al pago de alguna de las prestaciones económicas consagradas para el régimen de Ahorro Individual en caso de invalidez.

Igualmente agrega, que en el presente caso a PROTECCIÓN S.A. le correspondió reconocer y pagar las incapacidades que relaciona en el cuadro obrante a folios 41 vto del expediente, por cuanto la EPS no cumplió con la obligación legal de realizar la remisión formal de su caso, a la AFP PROTECCIÓN S.A., antes de cumplirse el día 150 de incapacidad, y, por tanto esa entidad debe asumir el pago de las incapacidades generadas debido a su conducta morosa, con base en la sanción establecida, para la EPS, en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 (lo transcribe).

Además agrega, que revisado el certificado de rehabilitación enviado por la EPS y que corresponde al accionante, se pudo constatar que el día 181 de incapacidad fue el **día 30 de abril de 2020**, sin embargo la EPS, solo para el 21 de octubre de 2020, realizó la remisión a PROTECCIÓN S.A. del concepto de rehabilitación de la citada, por tanto, corresponde a dicha EPS efectuar el pago de las incapacidades, **desde el día 181 (30 de abril de 2020) y hasta la fecha de remisión ocurrida el 21 de octubre de 2020**, con base, en la sanción establecida en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012. Fls. 42 fte. (Negritas del Despacho)

En cuanto a la entidad obligada a pagar, argumenta, que en el evento de se continúen generando incapacidades con posterioridad a día 540, en el favor del señor RODRÍGUEZ AMAYA, es importante manifestar que su pago no procede con cargo a Protección S.A. en razón que las mismas, conforme a la legislación que regula la materia, deben ser canceladas por las Entidades Promotoras de Salud.

Sustenta lo anterior, haciendo referencia al artículo 67 de la Ley 1753 de junio 9 de 2015 y las Sentencia T- 144 de 2016 y T- 200 del 3 de abril de 2017.

Por lo anteriormente expuesto, considera que no ha existido por parte de esa Administradora conducta alguna que constituya o se erija en violación de algún derecho fundamental o legal del accionante, tal como se informó, Protección S.A., cumplió con su obligación legal de reconocer al señor NELSON ANTONIO RODRÍGUEZ AMAYA las incapacidades generadas con posterioridad al 21 de octubre de 2020, fecha en que la EPS remitió concepto de rehabilitación, tal como lo ordena el Decreto 019 de 2012, las cuales fueron canceladas por esa Administradora de Pensiones hasta el día 360. Fls. 50 fte.

Así las cosas, manifiesta que la EPS accionada, es la responsable de cancelar las incapacidades generadas entre el día 181 (30 de abril de 2020 y la fecha en que remitió el concepto a ese Fondo (21 de octubre de 2020), en virtud de la sanción establecida en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

Además expone que, ya no es posible invocar el presente Constitucional que facultaba al Juez de tutela para asignar como responsable provisional del pago de incapacidades al Fondo de Pensiones, toda vez, que la Corte Constitucional mediante Sentencia T-144 de 2016 y T 200 de 2017, explicó la obligación a las EPS de asumir y pagar las incapacidades posteriores al día 540.

Y agrega que, en el evento de llegar a condenar a esa Administradora a pagar alguna prestación económica a favor del accionante, se solicita al Despacho conceder la Tutela con efectos transitorios por el termino de 4 meses, mientras que el citado señor presenta demanda ordinaria laboral, para que resuelva definitivamente si tiene derecho o no al pago de las incapacidades.

Anexa como documentos, certificado de existencia y representación legal, copia del concepto de rehabilitación, copia del pago de incapacidades.

La vinculada EMPRESA FLORES DEL AMANECER y/o DARWIN COLOMBIA SAS, guardo silencio.

CONSIDERACIONES

La Constitución Política de Colombia en su art. 86 consagra la acción de tutela como un mecanismo sui generis para que todo ciudadano acuda cuando detecte que se le han vulnerado derechos constitucionales fundamentales o que estos estén siendo amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o por particulares en los casos determinados por la ley. Se trata entonces de un procedimiento preferente, sumario, específico y directo que solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, pero excepcionalmente se autorizará como mecanismo transitorio si existe de por medio un perjuicio irremediable.

En ese orden de ideas y revisado el fundamento fáctico de la acción, se observa que el accionante NELSON ANTONIO RODRÍGUEZ AMAYA, pretende, que se tutelen los derechos fundamentales a la vida, en condiciones dignas, dignidad humana, a la seguridad social, al mínimo vital, derecho a la igualdad y a la seguridad social, y como consecuencia se ordene a quien corresponda realizar el pago de las incapacidades medicas generadas desde el 27 de abril de 2020 hasta el 20 de octubre del mismo año, tal como lo estable el art. 67 de la Ley 1753 de 2015.

Para efectos de resolver lo anterior y teniendo en cuenta, que la pretensión principal va encaminada a obtener el pago de unas incapacidades, la H. Corte ha realizado varias manifestaciones con el fin que este mecanismo no solo protege derechos fundamentales, sino que el mismo proceda en casos excepcionales así como lo da a conocer en su sentencia T 200 de 2017;

Procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar pago de incapacidades laborales. Reiteración de jurisprudencia.

(...)

“...El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales. No obstante, se afirma que dicha acción tiene un carácter subsidiario, en tanto que, por regla general, solo procede cuando quien considere vulnerados sus derechos no disponga de otro mecanismo judicial para su protección. De esta manera lo ha entendido la Corte Constitucional, cuando ha sosteniendo que “[l]a acción de tutela como mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales, en términos del artículo 86 de la Constitución, debe ceder, en su aplicación, si existen medios judiciales ordinarios, a través de los cuales, pueda obtenerse la protección requerida por esta vía excepcional.”[6] Posición que ha reiterado a lo largo del tiempo. Sin embargo, el principio de subsidiariedad tiene dos excepciones, a saber: (i) Que a pesar de la existencia de otro mecanismo judicial, este no sea eficaz o idóneo para la protección de los derechos transgredidos; o (ii) que la acción sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.[7] En consecuencia, al evaluar la procedencia de la tutela, el juez debe tener en cuenta, no solamente si existe un mecanismo alternativo para la protección de los derechos afectados, sino también hacer un análisis robusto sobre la idoneidad tal medio respecto a la situación del solicitante, y sobre la inminencia de la ocurrencia de un perjuicio irremediable. ...

Concretando y recogiendo las disposiciones y jurisprudencia señaladas en párrafos anteriores, la Corte Constitucional afirmó, en sentencia T-144 de 2016, que la acción de tutela es procedente para la reclamación de acreencias laborales cuando: “ i) no existe otro medio de defensa judicial, o de existir, éste no es apto para salvaguardar los derechos fundamentales en juego; o ii) cuando se pruebe la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, con las características de grave, inminente y cierto, que exija la adopción de medidas urgentes y necesarias para la protección de derechos fundamentales.” ... En este caso como quiera que se trate de una persona en estado de debilidad manifiesta por su prolongado estado de incapacidad, someter su pago a un proceso ordinario, cuyos términos, claramente exceden los de la presente acción, haría más gravosa la situación del accionante. Por lo que la tutela se convierte en el mecanismo idóneo para amparar los derechos reclamados.

Sobre el principio de inmediatez que opera en la acción de tutela, para este Juzgador se ajusta, como quiera que sobre este la Corte Constitucional en sentencia T 246 de 2015 , expreso:

“La acción de tutela sería procedente cuando fuere promovida transcurrido un extenso espacio entre el hecho que generó la vulneración, siempre que: i) exista un motivo válido para la inactividad de los accionantes, por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; ii) la inactividad injustificada vulnere el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; iii) exista un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados; o iv) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó 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.

Entonces, en el presente se tiene que aunque han pasado 177 días sin que se le hayan reconocido las incapacidades a la parte actora, la omisión de las entidades a cargo del pago de las mismas continua vigente, puesto que a la fecha de presentación de la acción de tutela no se han cancelado las mismas y aunado a lo

anterior, se encuentra que el accionante ha realizado gestiones ante las entidades de seguridad social de pensiones y salud a las que se encuentra afiliada con el fin de recibir el pago de estas, pero las respuesta dadas por las aquí accionas se toman evasivas

Ahora bien, sobre el problema jurídico planteado del pago de las incapacidades cuando son superiores a 540 días la H. Corte Constitucional, en la sentencia T 401 de 2017, puntualizo:

(...)

Reconocimiento de incapacidades laborales posteriores al día 2. ...

32. Ahora bien, debido al déficit de protección legal que afrontaron los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, ya sea porque no ha sido calificado su porcentaje de pérdida de capacidad laboral o porque su disminución ocupacional es inferior al 50%, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la Ley 1753 de 2015 –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, atribuyó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las entidades promotoras de salud (EPS) y radicó en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, para solucionar los dos puntos de vista analizados en los fundamentos jurídicos 28 y 29 de esta sentencia. En efecto, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, indicó: “ARTÍCULO 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:

(...) Estos recursos se destinarán a:

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

Ahora bien, respecto de la obligación del pago de incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, la Corte constitucional en sentencia T -161 de 2019, sintetizo sobre el particular lo siguiente: “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[81] para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS[82]”.

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”

Con relación a las incapacidades superiores a los 540 días, en esta sentencia la Corte se tuvo a lo manifestado en el artículo 67 de la ley 1753 de 2015, que le atribuyo el pago de las incapacidades a las EPS, indicando la sentencia.

“... 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[87], 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 de autos, en el presente asunto, conforme lo dicho por el accionante, en los hechos de esta acción y petición radicada ante la Nueva EPS (folios 11-12), cuenta con incapacidades consecutivas, cuyos registros datan desde el día 27 de abril de 2020 hasta el 19 de octubre de 2020, sin que hasta la fecha le hayan sido pagadas, circunstancia que no desmiente ninguna de las accionadas.

Pago respecto del cual argumenta la Nueva EPS (accionada), corresponde al fondo de pensiones Protección, por superar el término de los 180 días de incapacidad inicial, sin embargo revisadas las piezas procesales que se allegan por parte de las accionadas, no hay evidencia de que la EPS en cita, hubiese dado cumplimiento a lo dispuesto en el ARTÍCULO 142. Calificación del estado de invalidez. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, que cita:

...Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto...”

Aunado a lo anterior, se estaría frente a un perjuicio irremediable, toda vez que vez, que ante la incapacidad de trabajar por parte del accionante, el valor de estas incapacidades serian su único recurso para solventar sus necesidades básicas y de su familia, pues no se prueba en el expediente que cuente con recurso alguno adicional.

Conforme lo anterior, se dispondrá concederá el amparo constitucional al mínimo vital y seguridad social, consecuencia de ello, se ordenara a la Nueva EPS, proceda al pago de las incapacidades registradas en el sistema de la Nueva EPS y prescritas al señor NELSON ANTONIO RODRIGUEZ AMAYA c.c. No. 1.074.576.516, para el

periodo comprendido entre el 27 de abril de 2020 hasta el 19 de octubre de 2020, un total de 177 días (según documentales a folios 14-15 y 32 reverso y 33).

Frente a la petición subsidiaria, a folio 29, suscrita por la accionada, aquí obligada, en lo que corresponde a la verificación del pago de la seguridad social, so pena de ordenar el mismo con intereses; dicha actuación corresponde a la NUEVA EPS, quien cuenta con los medios tecnológicos y acciones judiciales, para que en caso de mora en el pago de los aportes, inicie las acciones pertinentes. Lo que no podrá ser argumento para abstenerse del cumplimiento de esta providencia.

En merito lo expuesto, el **JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE EL ROSAL CUNDINAMARCA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales seguridad social y mínimo vital, en favor del señor **NELSON ANTONIO RODRÍGUEZ AMAYA**, identificado con la cédula de ciudadanía No 1.074.576.516, conforme lo dicho en la parte sustantiva de esta decisión.

SEGUNDO: ORDENAR a la NUEVA EPS, proceda al pago (de no haber realizado a la fecha) en favor accionante, **NELSON ANTONIO RODRÍGUEZ AMAYA**, de las incapacidades emitidas desde el 27 abril de 2020 al 20 de octubre 2020; para lo cual se concede un término improrrogable de 10 días calendario, siguientes a la notificación de esta decisión.

TERCERO: NOTIFÍQUESE a las partes de la presente determinación. Contra la presente providencia procede el recurso de **IMPUGNACIÓN**, el cual debe ser interpuesto dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación.

CUARTO: En caso de no ser impugnada, **REMÍTASE** por secretaria el expediente a la H. **CORTE CONSTITUCIONAL** para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,


CLAUDIA MARCELA LEÓN RAIRÁN

