

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
PALMIRA VALLE DEL CAUCA**

Palmira (V.), diecinueve (19) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia TUTELA 2a. Instancia No. 031.
Rad. 76-130-40-89-002-**2021-00199**-01

OBJETO DE LA PROVIDENCIA:

Procede el despacho a resolver el recurso de **IMPUGNACIÓN** presentado por la entidad vinculada EMSSANAR EPS contra la **sentencia No. 052 del 09 de junio de 2021** proferida por el **Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Candelaria, (V.)**, dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** formulada por **JACKELINNE HURTADO RIASCOS** identificada con cédula No. **1.113.513.286** de Candelaria (Valle), actuando mediante apoderada judicial **contra EPS EMSSANAR SAS, ARL AXA COLPATRIA, CARGILL y/o POLLOS BUCANERO y FONDO DE PENSIONES PORVENIR y vinculados** a la parte pasiva **ADRES y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN SECCIONAL PASTO.**

DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

La accionante solicita el amparo de sus derechos fundamentales al **mínimo vital, seguridad social, salud y vida digna.**

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Mediante el escrito de tutela, expone la apoderada de la señora Jackelinne Hurtado Riascos, que tiene contrato laboral con la empresa Pollos Bucanero S.A.S desde el 23 de febrero de 2016, en el cargo de operaria de producción, con un IBC de un salario mínimo legal mensual vigente, y está afiliada como cotizante a la EPS EMSSANAR, a la AFP PORVENIR S.A., y a la ARL AXA COLPATRIA Agrega que su poderdante fue diagnosticada

J. 2 C.C. Palmira
Sentencia 2a. Inst. Tutela
Rad. 76-130-40-89-002-**2021-00199-01**

el 7 de febrero de 2019 con SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO y recibe tratamiento hasta la fecha.

Dice que por su diagnóstico ha permanecido incapacitada desde el 3 de febrero de 2020, superando los 180 días de incapacidad, enfermedad que siempre ha sido catalogada como de origen común, sin que se haya determinado el origen de la enfermedad mediante dictamen, sin embargo, menciona que se adelanta proceso en ese sentido por existir una tutela previa.

Aduce la apoderada que la EPS Emsanar reconoció las prestaciones económicas por incapacidad desde el 3 de febrero 2020 hasta el 9 de septiembre de 2020, fecha en que se cumplieron los 180 días, por lo que, mediante comunicación del 9 de marzo de 2021, le informaron que debía dirigirse ante su fondo de pensiones para el reconocimiento de las siguientes incapacidades.

Explica que se han presentado ante su empleador todas las incapacidades prescritas después de los 180 días para el trámite de transcripción ante la EPS y así se han transcrito las incapacidades entre el 11 de septiembre de 2020 y el 8 de abril de 2021, empero, las incapacidades entre el 9 de abril y el 7 de junio de 2021 aún no han sido transcritas.

Informa que la señora Jackelinne fue a Porvenir para radicar las incapacidades prescritas con posterioridad a los 180 días, desde del 11 de septiembre de 2020 al 8 de abril de 2021, y fueron rechazadas verbalmente aduciendo que la incapacidad No. 2078671 generada para el periodo 11/ago./2020 al 9/sept./2020 se traspone a la anterior en el día 11 de agosto y deja el 10 de septiembre sin cobertura.

Explica que fue a la EPS EMSSANAR para subsanar lo ocurrido y el médico tratante volvió a emitir la incapacidad, pero la EPS no realizó la transcripción porque ya existe una incapacidad registrada y pagada por parte de la entidad. Informa que, nuevamente acudió a la AFP a radicar las incapacidades y de nuevo fueron rechazadas.

Indicó que, con anterioridad, Porvenir señaló que la EPS había remitido concepto favorable de rehabilitación por enfermedad de origen común el 21 de agosto de 2020, aduce también que la accionante es una persona de escasos recursos económicos, madre cabeza de familia, con un hogar integrado por su hija de 11 años y su esposo quien se encuentra desempleado desde el 1 diciembre de 2018 y en rehabilitación por un accidente laboral que generó una PCL del 22.80% que le ha impedido conseguir empleo, por lo cual el único ingreso del hogar era su salario y éste fue suspendido desde el 15 de enero de 2021, sin que a la fecha le cancelen sus incapacidades dado que las entidades se endilgan la

J. 2 C.C. Palmira
Sentencia 2a. Inst. Tutela
Rad. 76-130-40-89-002-**2021-00199**-01

responsabilidad entre ellas, ocasionándole una situación económica apremiante y la imposibilidad de cumplir con el pago de la cuota del crédito de su vivienda, por lo que le están adelantando proceso de embargo por la mora del crédito.

Aunado a lo anterior, reporta que, en enero de 2021 le fue diagnosticado EPISODIO DEPRESIVO como consecuencia de su condición de salud, el dolor crónico que padece y la precaria situación económica que atraviesa, pues a la fecha le adeudan 267 días de incapacidad comprendidos entre el 11 de septiembre de 2020 y el 7 de junio de 2021.

Por los hechos expuestos, acude a la presente acción para que se tutelen sus derechos y en consecuencia se ordene a PORVENIR S.A., EPS EMSSANAR S.A.S y A LA ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., el reconocimiento y pago de las incapacidades expedidas desde el 11 de septiembre de 2020 al 7 de junio de 2021.

LAS RESPUESTAS DE LOS ACCIONADOS

POLLOS EL BUCANERO S.A., indicó que, existe relación laboral vigente entre la entidad y la accionante, que data desde el 16 de agosto de 2016, aclarando que ha garantizado la afiliación al sistema de seguridad social integral, tanto en pensiones, salud y riesgos laborales de la actora, dijo que, la empresa ha realizado la gestión de transcripción de incapacidades ante la EPS, sin embargo, frente a la incapacidad que comprende del 09 de abril al 07 de junio de 2021, la accionante no ha presentado documento legible, sobre las declaraciones de la accionante, dijo que no le constan y pidió desvincular a la sociedad POLLOS EL BUCANERO S.A. de la presente acción constitucional.

A su turno **ADRES** manifestó que, no se legitima por pasiva en la presente acción, dado que el pago de incapacidades por enfermedad general de origen común inferiores a 540 días continuos, corresponde ser cancelados por la AFP, por lo que hizo un recuento de la normatividad vigente, y finalmente solicitó ser desvinculado de la tutela.

El **DIRECTOR SECCIONAL DE FISCALÍAS NARIÑO** indicó que la vinculación de la Fiscalía deviene innecesaria, toda vez que los hechos referidos por la accionante, no guardan relación con un actuar de esa entidad, por lo que no ha vulnerado, ni pudo vulnerar derecho fundamental de la actora y en tal sentido, solicitó la desvinculación inmediata de la Fiscalía.

PORVENIR S.A. indicó en su respuesta que, la accionante cuenta con concepto de rehabilitación integral de pronóstico FAVORABLE por enfermedad de origen común, por lo que procede el pago de las incapacidades hasta completar 540 días de incapacidad

J. 2 C.C. Palmira
Sentencia 2a. Inst. Tutela
Rad. 76-130-40-89-002-**2021-00199-01**

continua, una vez radique la documentación pertinente, e indicó que para el pago de las incapacidades a la señora Hurtado Riascos, es necesario demostrar que ya superó los 180 días de incapacidad continua, siendo imprescindible contar con la correcta transcripción de las incapacidades por parte de su EPS.

Manifestó que actualmente se está generando inconsistencia por la cual no es posible establecer el día 181 de incapacidad, informó sobre el trámite de transcripción y el responsable de hacerlo, y finalmente dijo que existe falta de legitimación por pasiva, y la responsable es la EPS EMSSANAR, ya que es la única entidad competente para expedir y certificar todas las incapacidades expedidas a la accionante, por lo que pidió desvincular de la presente acción de tutela a PORVENIR S.A.

A su turno **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, dijo que no es procedente pronunciamiento alguno, toda vez que es un tercero el llamado a garantizar los derechos de la actora, dado que su responsabilidad es amparar las contingencias derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad laboral, y como quiera que las incapacidades de la parte accionante no son de origen laboral, no le corresponde realizar el pago de dichas prestaciones económicas, por tanto, solicitó ser desvinculada de la tutela.

Finalmente, **EMSSANAR EPS** manifestó que la señora Hurtado Riascos se encuentra afiliado en el régimen subsidiado y, una vez revisado el caso, el sistema reporta 405 días de incapacidad con fecha fin 08/04/2021, que la accionante cuenta con concepto favorable de rehabilitación radicado en el fondo de pensiones, por lo que la EPS no tiene obligatoriedad de reconocimiento.

Indicó que se debe determinar en primera oportunidad el origen de la enfermedad por ser de presunto ORIGEN LABORAL, para lo cual se envió solicitud a su empleador vía correo electrónico y en físico documentación requerida para valorar la patología, indicando que ha remitido varias solicitudes a la empresa sin recibir respuesta, así mismo, dijo que se encontró inconsistencias con una de las incapacidades y explicó las implicaciones de dicha situación, indicando que se suspenderá el pago de prestaciones económicas para la usuaria entre tanto el ente competente realice la investigación correspondiente. Alegó falta de legitimación por pasiva y pidió declarar improcedente la presente acción de tutela por no existir prueba de que haya negado el pago de las prestaciones económicas, como quiera que no se ha recibido los soportes para la calificación y se está adelantando un proceso de investigación por abuso del derecho.

EL FALLO RECURRIDO

J. 2 C.C. Palmira
Sentencia 2a. Inst. Tutela
Rad. 76-130-40-89-002-**2021-00199**-01

La señora Juez Promiscuo Municipal de Candelaria (V.) consideró necesario tutelar los derechos fundamentales invocados por la accionante, pues las omisiones de las accionadas, afectan el derecho fundamental de la actora, ya que sus incapacidades son el único recurso con el que contaba para su subsistencia, por lo que deben realizar el pago pues no puede quedar desprotegida mientras se adelanta un trámite administrativo.

LA IMPUGNACIÓN

La parte accionada **EMSSANAR impugnó** el fallo y dijo que, la incapacidad con fechas 09/05/2021 al 07/06/2021 fue radicada el día 11 de junio de 2021, por lo que no existe vulneración de derechos fundamentales.

CONSIDERACIONES

LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA: Debemos tener presente que la acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 como mecanismo de defensa para que las personas puedan reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, por medio de un procedimiento preferente y sumario la protección inmediata de sus derechos constitucionales de carácter fundamental, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en los casos señalados por el art. 42 del decreto 2591, reglamentario de aquél. Por este motivo resulta viable que la presente acción haya sido interpuesta por **JACKELINNE HURTADO RIASCOS** titular de los derechos que se dicen afectados. Por pasiva lo están las entidades accionadas como partícipes del sistema general de seguridad social vigente en Colombia.

LA COMPETENCIA: Le asiste al despacho de conformidad con el artículo 1 del decreto 1382 de 2000, en atención al factor funcional.

EL PROBLEMA JURÍDICO. Conocidos los planteamientos de las partes involucradas en el presente asunto, conocida también la decisión y fundamentos obrantes en el fallo de primera instancia y el motivo de impugnación, le corresponde a esta instancia valorar y determinar si se debe revocar o no, la providencia de primera instancia en lo que fue motivo de inconformidad?, para contestar lo pertinente resulta oportuno hacer las siguientes precisiones:

1. Para avocar el conocimiento de la presente acción constitucional se tiene que la señora **JACKELINNE HURTADO RIASCOS** pretende por vía de tutela la protección de los derechos constitucionales fundamentales a la **seguridad social**

J. 2 C.C. Palmira
Sentencia 2a. Inst. Tutela
Rad. 76-130-40-89-002-2021-00199-01

(art. 48 constitucional) y mínimo vital invocados bajo el entendido que resultan afectados por la falta de pago de las incapacidades de **origen común**¹ comprendidas entre el día 3 de febrero de 2020 hasta la fecha, superando los 180 días de incapacidad emitidas por médicos de la EPS a la cual se encuentra afiliada, lo cual nos ubica en el campo de la legislación laboral.

2. Jurisprudencialmente la Corte Constitucional ha previsto como regla general que, las reclamaciones de índole laboral no deben ser resueltas por la vía de la tutela, ni por cuenta del juez constitucional, dado el carácter subsidiario de esta acción, tal como se deriva de la lectura del decreto 2591 de 1991, artículo 6, numeral 1 que así lo dispone, habida consideración además de la existencia del juez natural como lo es el laboral, y de la regulación laboral que rige dicha jurisdicción. Sin embargo por excepción ha admitido su procedencia cuando esté en riesgo o vulnerado el **mínimo vital** del accionante trabajador entendido así:

*“Respecto al derecho al mínimo vital esta Corporación ha señalado que éste presenta dos dimensiones de desarrollo. Una dimensión positiva, que se relaciona con la obligación a cargo del Estado y excepcionalmente de los particulares, de suministrar a la persona que se encuentra en **un estado de discapacidad o de debilidad manifiesta las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano, con lo cual se puedan mantener unas condiciones mínimas de vida digna.** Por otra parte, la dimensión negativa establece un límite mínimo de las condiciones dignas y humanas que merece todo ser humano, en los términos de la Constitución y de la ley. **Entonces, cuando una persona discapacitada ve afectado su derecho al mínimo vital y a su vez le resulta imposible protegerlo o garantizarlo, la acción de tutela surge como el mecanismo definitivo y adecuado para ello, a pesar de la existencia de otros medios judiciales ordinarios, toda vez que este derecho se encuentra en estrecha relación con otros derechos constitucionales como la dignidad y la vida en condiciones dignas**”.* Negrillas nuestras.

En Colombia se ha previsto que, la seguridad social reconocida en el artículo 48 constitucional de acuerdo con su carácter prestacional, asistencial, y universal, busca cobijar a todas las personas, no obstante, para su efectividad es necesario que se lleve a cabo de forma progresiva, continua e ininterrumpida para poder cubrir estos casos de manera efectiva.

A su vez el pago de incapacidades se ha asumido como un derecho económico del trabajador, y la ausencia de pago puede involucrar la vulneración de derechos fundamentales, cuando éste se constituye como la única fuente de recursos indispensables para atender las necesidades básicas, personales y familiares³, situación que se puede dar por cumplida en este caso, en el que la base de cotización de **JACKELINNE HURTADO**

¹ Así se lee en cada una de sus incapacidades anexas a la presente acción

² Sentencia T- 007/15 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

³ sentencia T-154 de 2011

J. 2 C.C. Palmira
Sentencia 2a. Inst. Tutela
Rad. 76-130-40-89-002-2021-00199-01

RIASCOS es un salario mínimo legal mensual vigente, lo cual permite ubicarlo en un estrato socioeconómico bajo, sin que en el expediente aparezca acreditada otra fuente de ingreso para su sostenimiento personal, y según su declaración es madre cabeza de familia, con un hogar integrado por su hija de 11 años y su esposo quien se encuentra desempleado desde el 1 diciembre de 2018 y en rehabilitación por un accidente laboral, por tanto el pago oportuno de las incapacidades sustituye el ingreso salarial que como trabajadora producía, por tanto al no recibirlo, se amenaza y afecta su mínimo vital.

3. Consecuentes con estas apreciaciones resulta viable que, en sede de tutela se atienda la solicitud de la accionante, quien pretende que se le paguen las incapacidades insolutas desde el 11 de septiembre de 2020 al 7 de junio de 2021, para evitar la continuidad en la afectación de su mínimo vital, toda vez que lleva varios meses reclamando la cancelación de las mismas sin haber obtenido un resultado favorable, obteniendo como respuesta que las entidades se endilguen entre ellas la responsabilidad.

Bajo estos fundamentos, enfocándonos en el caso concreto, se tiene que la señora **JACKELINNE HURTADO RIASCOS** es aportante al sistema de seguridad social en salud, a través de la empresa **CARGILL y/o POLLOS BUCANERO** con una base equivalente a un 1 SMLMV, a quien le adeudan la incapacidad No. 2116257 desde 11/09/2020 al 10/10/2020, No. 2132746 de 11/10/2020 a 09/11/2020, No. 2170808 desde 10/11/2020 hasta 09/12/2020, No. 2163298 del 10/12/2020 al 08/01/2021, No. 2163152 desde 09/01/2021 hasta 07/02/2021, No. 2194554 del 08/02/2021 al 09/03/2021 y No. 2209344 de 10/03/2021 al 08/04/2021, sumando incapacidades por más de 180 días, por motivo de una enfermedad de origen común según se lee en cada una de las incapacidades aportadas. Que por esa causa al momento de iniciar esta tutela se le adeudaban varias de las incapacidades expedidas con posterioridad a los primeros 180 días.

Ahora, cabe poner de presente la Sentencia T-401 de 2017 de la M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado en la cual se expone: *"Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, como se expondrá a continuación. Respecto del concepto favorable de rehabilitación conviene destacar que, conforme al Decreto Ley 019 de 2012, **las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda.** No obstante, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá*

J. 2 C.C. Palmira
Sentencia 2a. Inst. Tutela
Rad. 76-130-40-89-002-**2021-00199-01**

de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención".

Así las cosas se llega al punto en que se debe recordar que a las EPS les corresponde cubrir las prestaciones económicas cuando tengan como origen la **enfermedad común** según el art. 206 de la ley 100 de 1993, **por los primeros 180 días**. Desde el día 181 en adelante le corresponde a la AFP cubrir las incapacidades laborales de origen común equivalente a un auxilio monetario hasta por 360 días más, hasta alcanzar los 540 días, lo cual tiene su razón de ser porque se trata de un lapso en el cual la EPS debe determinar si se le da o no un concepto favorable de reintegro, la EPS y la AFP debe realizar el trámite necesario para determinar el origen laboral o común de la enfermedad **y un eventual porcentaje de pérdida de la capacidad laboral para efectos de reconocer o no una pensión**.

Si cumplido dicho término (360 días) se determina como de **origen común** el suceso en el cual resultó lesionado el accionante y se le siguen expidiendo más incapacidades éstas deberán ser pagadas por la EPS como lo manda el Ministerio de Salud mediante **decreto No. 1333 del 27 de julio de 2018** en el que dictó unas reglas para el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días en el capítulo III Artículo 2.2.3.3.1 estableciendo que:

Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:

1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.
2. 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, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.
3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

De presentar el afiliado **cualquiera** de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541). Negrillas y subrayas del Juzgado.

Con fundamento en lo expuesto⁴, y una vez revisado el caso que nos ocupa y las respuestas de las entidades, encuentra la instancia que la información allegada por EMSSANAR EPS, se acreditó que la entidad le remitió a la AFP el concepto de

⁴ No se hace mención del artículo 67 literal a de la ley 1753 de 2015 por cuanto los cuatro años de vigencia ya pasaron

J. 2 C.C. Palmira
Sentencia 2a. Inst. Tutela
Rad. 76-130-40-89-002-**2021-00199**-01

rehabilitación, **que tiene concepto de recuperación favorable**, por tanto, debe asumirse que no procede que la EPS asuma tales pagos.

Así las cosas, se tiene que si bien existe un salto en la incapacidad de fecha 10/09/2020, sin embargo, lo cierto es que se observa la incapacidad emitida desde la fecha 12/08/2020 hasta el 10/09/2020, en remplazo de la presunta incapacidad número 82891, por lo cual, la señora Juez constitucional determinó que se debe amparar el mínimo vital de la accionante por eso determinó el pago de incapacidades a cargo de la referida AFP.

De acuerdo a lo anterior, es pertinente indicar que, en todo caso, la inconsistencia o trámite administrativo que se presentó por la incapacidad que se saltó el día 10/09/2020, la cual pese a que fue reemplazada, siguió siendo un obstáculo o inconveniente, no puede ser endilgada esa responsabilidad a la accionante, pues con ello está más que probado que se ha vulnerado el mínimo vital a la actora y su núcleo familiar, máxime cuando no es de su resorte resolver ese tipo de situaciones y que no fue probado de manera alguna que la actora tenga otro medio de subsistencia o de ingreso para el sostenimiento de su familia.

Corolario, debe asumirse desde la óptica del derecho constitucional que éste debe prevalecer sobre las normas de rango legal, por eso resulta razonable que se haya protegido el mínimo vital de la acá accionante. Que estamos ante un hecho dañino de origen común por tanto el reconocimiento de las incapacidades comprendidas entre el 10 de septiembre de 2020 al 08 de abril de 2021 superiores a los 180 primeros días, si están a cargo de PORVENIR, como quiera que la EPS acreditó que le remitió el concepto de rehabilitación, lo cual justifica la orden contenida en el fallo impugnado, por lo que decisión de primera instancia no merece reparo.

Sin más comentarios con base en lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la **sentencia No. 052 del 09 de junio de 2021**, proferida por el **Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Candelaria**, Valle del Cauca, dentro de la ACCIÓN DE TUTELA instaurada por **JACKELINNE HURTADO RIASCOS** identificada con cédula No. **1.113.513.286** de Candelaria (Valle), **contra EPS EMSSANAR SAS, ARL AXA COLPATRIA, CARGILL y/o POLLOS BUCANERO y FONDO DE PENSIONES PORVENIR** y **vinculados** a la parte pasiva **ADRES y la**

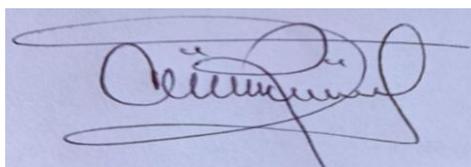
J. 2 C.C. Palmira
Sentencia 2a. Inst. Tutela
Rad. 76-130-40-89-002-**2021-00199-01**

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN SECCIONAL PASTO, con sujeción a lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE conforme a lo previsto en el art. 32 del Decreto 2591 de 1.991, al accionante, a los accionados y al Juzgado de primera instancia lo acá dispuesto.

TERCERO: REMÍTANSE estas diligencias oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual **REVISIÓN** conforme a lo previsto en el art. 32 del Decreto 2591 de 1.991

CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink on a light blue background. The signature is cursive and appears to read 'Consuelo Rodríguez Iturres'.

CONSUELO RODRÍGUEZ ITURRES
Juez