

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

Cartagena de Indias D. T. y C., primero (1) de junio de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Acción de Tutela
Radicado	13001-33-33-015-2021-00075-01
Accionante	Wilfrido Díaz Polo
Accionada	Sanitas EPS, Colpensiones, ARL Sura y Sittca Construcciones S.A.S.
Tema	Pago incapacidades por enfermedad general y laboral/ vulneración de derechos al mínimo vital.
Magistrada Ponente	Digna María Guerra Picón

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la parte accionante, contra la sentencia de fecha 13 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por la cual se negó el amparo de los derechos invocados por el accionante.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. Pretensiones

El demandante solicitó:

“ÚNICA: Se ordene al representante legal de EPS SANITAS o al representante legal de COLPENSIONES o al representante legal de ARL SURA o al representante legal de SITTCA, o quienes hagan sus veces respectivamente que en un término no superior a 48 horas, autorice conforme a derecho y responsabilidad por los días causados, EL PAGO y la liquidación de las incapacidades comprendidas, 25 de febrero de 2019 hasta el 15 de marzo de 2021, así como 26 días de incapacidad desde el 29 de septiembre de 2017 hasta el 24 de octubre de 2017 y a su vez las incapacidades futuras que le sean otorgadas a mi poderdante, para que se conceda el amparo integral sus derechos fundamentales a la salud, trabajo, seguridad social,

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

mínimo vital, protección de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos así como la dignidad humana y demás derechos conexos, objetivo que se materializará con la autorización permanente y futura de todas los derechos prestaciones que se requieran para atender la vulneración de la que hoy es víctima, sin necesidad de que deba acudir nuevamente a la tutela para tal efecto".

3.1.2. Hechos

Como supuestos fácticos expuso:

El señor Wilfrido Diaz Polo, manifestó que era una persona de 51 años, se encuentra afiliado al sistema general de seguridad social en salud a través de SANITAS E.P.S., actualmente en calidad de cotizante independiente, pero estuvo en calidad de dependiente, habiendo tenido como empleador directo SITCA CONSTRUCCIONES S.A.S., cuya relación laboral empezó el 13 de abril de 2015, desempeñando funciones de ayudante de andamio en las INSTALACIONES DE LA REFINERÍA DE ECOPETROL S.A, de la ciudad de Cartagena y reportando al sistema general de seguridad social un IBC de 3'919.000 M/CTE.

Indicó que en el mes de septiembre de 2015 sufrió un accidente laboral que generó gravosas lesiones de consideración en su hombro izquierdo y columna cervical, tal accidente laboral no fue reportado el mismo día de los hechos, ni por La Refinería de Cartagena, ni por su empleador; accidente que junto a otras afectaciones de salud por el movimiento repetitivo y fuerte al que siguió sometido en ejercicio de sus funciones como ayudante de andamio, causaron lesiones irreversibles que no le han permitido volver a trabajar y que fueron el motivo por el cual SITCA, terminó de manera ILEGAL el contrato de trabajo.

Precisó que el accidente de trabajo generó de forma permanente, los siguientes diagnósticos:

- DISCOPATIAS DEGENERATIVAS EN LA COLUMNA CERVICAL DE PREDOMINIO C3, C4 Y C4, C5 CON FENOMENO DE MODIC C4, C5, HERNIA DISCAL C4, C5 QUE OBLITERA EL FOREMAN IZQUIERDO, CON COMPRESIÓN RADICULAR IZQUIERDA.
- DISCOPATIAS CERVICALES INFERIORES CON RECTIFICACIÓN DE LORDOSIS CERVICAL Y CERVICO ARTROSIS CODIGO DE DIAGNOSTICO M542, M501 Y M502. Tal y como se evidencia en la historia clínica de neurocirugía. Las citadas patologías fueron calificadas como enfermedad de ORIGEN COMÚN por LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

dejándolas en FIRME mediante DICTAMEN N° 73141442 – 11268. De fecha AGOSTO 17 DE 2017.

- *BURSITIS DE HOMBRO IZQUIERDA.*
- *EPICONDILITIS LATERAL BILATERAL.*
- *SÍNDROME DE MANGUITO ROTADOR IZQUIERDO.*
- *SÍNDROME DE ABDUCCIÓN DOLOROSA DE HOMBRO IZQUIERDO Y TENDINITIS DE HOMBRO IZQUIERDO CÓDIGOS. CÓDIGO DE DIAGNOSTICO M754 Tal y como se evidencia en la historia clínica de neurocirugía. Las citadas patologías fueron calificadas como enfermedad de ORIGEN PROFESIONAL por LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ dejándolas en FIRME mediante DICTAMEN N° 73141442 – 16711, de fecha DICIEMBRE DE 2017.*

Sostuvo que el contrato de trabajo fue terminado, supuestamente, por la expiración del plazo pactado, cuando la realidad es que el móvil principal estuvo en que no podía laborar al 100% de su capacidad, por las lesiones y enfermedades que tenía.

Indicó que el 12 de mayo de 2016 presentó acción de tutela contra la empresa SITCA, la cual fue conocida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartagena, quien ordenó su reintegro y dejó sin efectos la terminación del contrato de trabajo por ser ilegal. No obstante, señaló que, en la impugnación, dicha decisión fue revocada por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena.

Señaló que, como consecuencia de esa decisión, la empresa decidió desvincularlo nuevamente, dejándolo desprotegido y sin afiliación a seguridad social que permitiera la continuidad de su tratamiento. Preciso que la empresa demandada, en la carta de despido, manifestó que la relación laboral finalizó el 31 de marzo de 2016, pero en realidad no culminó en dicha fecha ya que fue reintegrado el 21 de mayo 2016, lo que significó la continuidad hasta el 14 de julio de 2016. La empresa SITCA CONSTRUCCIONES S.A.S pagó los aportes a seguridad social en salud a la EPS SANITAS, hasta el 09 de agosto de 2016.

A partir del 1 de octubre de 2016, siguió cotizando en calidad trabajador independiente, bajo la continuidad de la misma EPS SANITAS S.A y AFP COLPENSIONES sobre el salario mínimo actual y de la época, por no poder asumir por su cuenta la totalidad del IBC con el que cotizaba. Sin embargo, adujo que dichas cotizaciones las realizó hasta el mes de diciembre de 2019, por no contar con recursos económicos.

Señaló que, durante el tiempo que empezó a cotizar como independiente, tanto la E.P.S SANITAS S.A, como la ADMINISTRADORA DE FONDO DE

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

PENSIONES APF-COLPENSIONES, a partir del 01 de octubre de 2016, siguieron pagando las incapacidades, de acuerdo con el salario base de cotización de un mes anterior al momento de generarse la primera incapacidad, cuando él ostentaba la calidad de trabajador dependiente, conforme lo dispone el decreto 770 DE 1975.

Expuso que fue calificado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictámenes de fecha 17 de agosto de 2017 y 6 de diciembre de 2017 con patologías de origen laboral y común, generándose la obligación del pago de incapacidades, dependiendo del origen de las mismas, por parte de las administradoras del sistema de seguridad social.

Señaló que ninguna de las entidades quiso asumir las incapacidades, por lo que tuvo que presentar sendas acciones de tutelas para el pago de estas, hasta lograr, el pago de todos los periodos del año 2017, enero a agosto de 2018 y especial los comprendidos entre el 29 de septiembre de 2018 hasta el 24 de febrero de 2019; con excepción de 26 días que Colpensiones aun adeuda, comprendidos entre el 29 de septiembre de 2017 hasta el 24 de octubre de 2017, alegando que no los paga porque la EPS expidió concepto desfavorable de rehabilitación a favor del accionante.

Que, en la actualidad, no le han pagado las incapacidades comprendidas entre el 25 de febrero de 2019 hasta el 15 de marzo de 2021 y señala que COLPENSIONES se encuentra haciendo cobros por mora, exigiéndole el pago de las cotizaciones adeudadas.

Que ha hecho más de 4 requerimientos de pago los días 18 de marzo, 22 de abril y 10 de julio 2019, 2 de septiembre y 21 de octubre de 2020, obteniendo respuestas negativas por parte de la EPS SANITAS.

Considera que no es cierto que haya perdido continuidad en las incapacidades, solo por el hecho de haberse generado 272 días de incapacidad con origen en enfermedad común iniciadas el 30/11/2017 hasta 28/08/2018 por concepto de la CIRUGÍA DEL HOMBRO IZQUIERDO, periodos que pagó ARL SURA, entre otras cosas, con un IBC inferior al que realmente reportó SITCA, en su momento.

Que el neurocirujano tratante Luis Fernando Ponce Iglesias, adscrito a E.P.S SANITAS S.A. dado el agravante, crónico y deteriorado estado de salud que tiene desde el accidente, ha prescrito por los diagnósticos ya citados en el acápite anterior, incapacidad prolongada de 1.958 DÍAS DE PRORROGAS ININTERRUMPIDAS SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD DEBIDAMENTE CERTIFICADAS, que tienen como origen o causa única el accidente laboral

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

ocurrido en las instalaciones de LA REFINERÍA DE CARTAGENA ECOPETROL S.A en SEPTIEMBRE DE 2015, las cuales se aportan en certificado de incapacidades para mayor claridad.

Estima que la EPS SANITAS, con el NO pago de las incapacidades, con origen en enfermedad común debidamente certificada, ha contribuido a la alteración y deterioro de su salud mental y psíquica, generándose además los siguientes DIAGNÓSTICOS; TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE, CON EPISODIO DEPRESIVO GRAVE PRESENTE, CON SÍNTOMAS PSICÓTICOS CON IDEAS SUICIDAS (f331), TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN (f412), PROBLEMAS NO ESPECIFICADOS RELACIONADOS CON LA VIVIENDA Y LAS CIRCUNSTANCIAS ECONÓMICAS (Z599).

A su vez se informó que, por indicaciones de anestesiología y el neurocirujano tratante, en fecha 27 DE JUNIO DE 2017 WILFRIDO inició tratamiento médico en LA CLÍNICA RESPIRATORIA Y DE ALERGIAS, por presentar una grave situación crónica de HIDRORREA NASAL, CONGESTIÓN, RINITIS ALÉRGICA que no ha permitido que se le realice la CIRUGÍA EN LA COLUMNA CERVICAL DE MICRODISCECTOMIA C4-C5 + ARTRODESIS C4 - C5 CON ZERO P E INJERTO ÓSEO EN PUTTY, solicitada por el neurocirujano, Dr. FERNANDO PONCE IGLESIAS. Actualmente se encuentra con la intervención inmunoterapia (HIPOAENSIBILIZACION CON ANTÍGENOS), ESPECÍFICA PARA ALÉRGENOS CON DOSIS DE 0.5 ML, BECLOMETASONA INHALADOR BUCAL 50 MCG, MOTELUKAST (XALAR) DE 10 MG, LEVOCETIRIZINA DICLORHIDRATO (LEVOTREX) CAPSULAS POR 5MG, FURATO DE FLUTICAONA (AVAMYS) SPARY NASAL DE 27,5 MCG.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. EPS SANITAS

En su informe, manifestó lo siguiente:

Reconoció que el demandante se encuentra afiliado a la EPS SANITAS, en el régimen contributivo, como cotizante independiente. El ingreso base de cotización reportado corresponde a \$908. 526.00, y encontrándose a la fecha en estado: activo.

Que le ha brindado al demandante todas las prestaciones médico – asistenciales que ha requerido debido a su estado de salud, a través de un equipo interdisciplinario, y acorde con las respectivas órdenes médicas emitidas por sus médicos tratantes.

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

Indicó que, luego de revisada su base de información, en la actualidad no se registra ninguna solicitud pendiente de gestión, ni antecedente de reporte de accidente, ni enfermedad laboral por parte del área de medicina laboral regional Barranquilla.

Que el área de prestaciones económicas de la EPS, informó que al accionante le han validado y expedido incapacidades en las siguientes fechas:

i) 30 días de incapacidad laboral por el diagnóstico DESGARRO DE HERIDA OPERATORIA, NO CLASIFICADO EN OTRA PARTE T813; ULCERA DEL MIEMBRO INFERIOR, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE L97X durante el periodo comprendido entre el 23 de julio del 2015 y el 28 de agosto del 2015, los cuales fueron liquidados sobre un IBC de \$2.477.000; en concordancia con lo establecido en Decreto 780 de 2016 Artículo 3.2.1.10 y el Código Sustantivo del Trabajo Artículo 226.

ii) 576 días de incapacidad laboral por el diagnóstico TRASTORNO DE DISCO CERVICAL CON RADICULOPATIA M501; SINDROME DE ABDUCCIÓN DOLOROSA DEL HOMBRO M754; CERVICALGIA M542; OTROS DESPLAZAMIENTOS DEL DISCO CERVICAL M502, durante el periodo comprendido entre el 14 de abril del 2016 y el 29 de noviembre del 2017, los cuales fueron liquidados sobre un IBC de \$2.389.000.

Los primeros 180 días se cumplieron el 29 octubre del 2016, los cuales fueron autorizados y liquidados a favor del empleador SITTCA LTDA_ Nit 900206662 y a la vez como cotizante independiente; los 270 días restantes comprendidos entre el 28 enero de 2017 y el 24 de octubre del 2017 fueron validados y expedidos sin prestación económica y con cargo a la administradora de fondo de pensiones.

Precisó que señor Díaz Polo, presentó afiliación como cotizante independiente en octubre del 2016, mediante la cual reportó un ingreso base de cotización de un salario mínimo, pese a que las incapacidades se pagaron sobre un IBC de \$2.389.000.

El día 14 de febrero de 2017, la EPS Sanitas fue notificada del fallo de tutela del juzgado Primero Penal Municipal de Cartagena con Funciones de Conocimiento, ID 56970. Dando cumplimiento al fallo, la EPS Sanitas autorizó el pago de las incapacidades No.1527699, No. 20, No. 21 y No. 22, No. 54792434, No. 54792471, No. 54813651, No. 54836160 y No 54838852, y ajustó los valores liquidados con el IBC de \$2.389.000, que corresponde al IBC que se tomó como liquidación de la incapacidad inicial (14 abril 2016). El pago

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

se realizó mediante giro empresarial en el banco de Bogotá el día 8 de marzo del 2017 por valor de \$1.035.033 y mediante cheque No. 76510-1 de Davivienda por valor de \$3.698.967.

El primer corte e inicio de acumulado se dio a partir del 30 de noviembre de 2017, con diagnóstico de SÍNDROME DE ABDUCCIÓN DOLOROSA DEL HOMBRO, M754, por tratarse de un diagnóstico calificado en origen laboral de acuerdo al dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con fecha del 06 de diciembre del 2017, cuyo reconocimiento y pago es competencia del sistema general de riesgos laborales, motivo por el cual no podían prorrogarse las incapacidades del acumulado previo que correspondía a patologías de origen común. Dicha acumulación corresponde a 272 días de incapacidad laboral por el diagnóstico SINDROME DE ABDUCCION DOLOROSA DEL HOMBRO M754 durante el periodo comprendido entre el 30 de noviembre del 2017 y el 28 de agosto del 2018, se expiden con cargo a la administradora de riesgos laborales (ARL), dado que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó el origen laboral de ese diagnóstico.

En conclusión, no se continuaron prorrogando los días de incapacidad que el afiliado traía hasta el 29 de noviembre de 2017, tomando en consideración que se trataba de enfermedades de diferente origen y etiología (cervicalgia y hernia discal de origen común vs síndrome de abducción dolorosa del hombro de origen laboral), lo que hace imposible establecer una relación directa entre los diagnósticos, motivo por el cual no entran dentro de la definición de prórroga que establece la normatividad legal vigente contemplada en el Decreto 1333 de 2018.

Como complemento de lo anterior, en su momento, se dio alcance al área de Medicina laboral, quienes conceptuaron que se debía iniciar un nuevo acumulado a partir del día 30 de noviembre del 2017 teniendo en cuenta que, al validar las historias clínicas de la IPS Clínica Nuestra Señora del Rosario, no se evidenciaron atenciones relacionadas con el dx de columna.

El segundo corte de inicio de acumulado se dio a partir del 29 de agosto de 2018 cuando se otorgaron 810 días de incapacidad laboral por el diagnóstico CERVICALGIA M542; TRASTORNO DE DISCO CERVICAL CON RADICULOPATIA M501, hasta el 15 de noviembre del 2020, los cuales fueron liquidados sobre un IBC de \$781.242.

Los primeros 180 días se cumplieron el 24 febrero del 2019, los cuales fueron autorizados y liquidados a favor del señor Wilfrido, dado su condición de cotizante independiente, así mismo, los 330 días restantes comprendidos

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

entre el 25 febrero de 2019 y el 20 de enero del 2020 fueron validados y expedidos sin prestación económica y con cargo a la administradora de fondo de pensiones.

Por los mismos argumentos expuestos anteriormente, se inició un segundo acumulado a partir del 29 de agosto de 2018, toda vez que corresponde nuevamente a las patologías de origen común y por lo tanto no podían prorrogarse las incapacidades del acumulado previo que correspondía a patologías de origen laboral, sin poder establecer clínicamente una relación directa entre las enfermedades, como lo establece la norma. También es importante puntualizar que la norma determina claramente cuando un evento corresponde a una prórroga; por lo tanto, dado que, en este caso, entre la finalización del acumulado inicial por el diagnóstico de origen común (OTROS DESPLAZAMIENTOS DEL DISCO CERVICAL M502) y el inicio del nuevo acumulado por el mismo diagnóstico (CERVICALGIA M542) transcurrieron más de 30 días (en este caso puntual pasaron 9 meses), no pueden sumarse los días ni considerarse por tanto que deban formar parte del mismo acumulado ni de la misma liquidación inicial.

Por lo anterior, indicó que no era viable acceder a las pretensiones del señor Díaz, en el sentido de liquidar este acumulado sobre el ingreso base de cotización de \$2.389.000 porque se trata de dos momentos y acumulados diferentes, en los que claramente el ingreso sobre el que se fundamenta la liquidación no debe ser el mismo.

El día 08 de febrero del 2019 mediante el oficio LM1DG-82234, el caso del señor Wilfrido fue remitido ante COLPENSIONES, notificando el estado de incapacidad laboral prolongada, se anexo al mismo el concepto de rehabilitación desfavorable expedido por médico de la EPS, dando cumplimiento a lo ordenado en el Decreto Ley 019 de 2012. Para que con base en dicho dictamen la respectiva administradora asuma el subsidio temporal por incapacidad laboral a partir del día 181, o bien proceda a calificar la pérdida de capacidad laboral.

También es importante considerar lo establecido en el concepto 201511401799501 del 26 de octubre de 2015, donde se indica que la responsabilidad del pago de incapacidades posteriores al día 180 recae ante a Administradora de Fondo de Pensiones.

Respecto a la solicitud del afiliado en esta tutela, consideró que no era posible el pago de incapacidades con fecha de inicio el 25 de febrero de 2019 al 19 de febrero de 2020, dado que son incapacidades posteriores al

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

día 180, como ya se **informó cambio el origen** de las mismas y por lo tanto **interrumpió prorroga**.

Ahora bien respecto a la pretensión del afiliado que le sean reconocidas las incapacidades posteriores al día 540 (20 de febrero de 2020), tampoco es viable, dado que para recibir este beneficio que ofrece el Plan Obligatorio de Salud para usuarios dependientes e independientes, debe realizar aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, y esto NO se ha dado por parte del afiliado, pues se evidencia que el señor Wilfrido realizó aportes solo hasta el periodo de diciembre de 2019 mediante planilla de pago No 33446622, así se puede evidenciar en la página Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud ADRES.

“(…)”.

Dado lo anterior el afiliado no puede exigir algo a lo cual no tiene derecho, aun cuando presenta más de 1 año en mora ante el sistema General de Seguridad Social, si bien viene siendo atendido es en atención a la emergencia Sanitaria que presenta el país; pero no porque este cumpliendo con la realización de los aportes.

3.2.2. Sittca Construcciones S.A.S.

La sociedad demandada, esgrimió la falta de legitimación por pasiva, aduciendo que no existe fundamento fáctico ni jurídico para determinar que la empresa, en su calidad de antigua empleadora, tenga la carga o el deber de sufragar el pago de estas incapacidades correspondientes a un trabajador que fue desvinculado en el año 2016, y cuya desvinculación goza de toda legalidad, pues así fue declarado por un Juez Constitucional, tal como lo señaló el propio accionante y, no existe una decisión judicial que determine lo contrario.

Solicita que se declare la existencia de una cosa juzgada frente a la vulneración al derecho fundamental al trabajo, pues este en particular ya fue discutido en anterior oportunidad, declarándose improcedente la acción de tutela en contra de SITTCA CONSTRUCCIONES S.A.S.

El accionante, a pesar de que solo presenta una pretensión en su acción de tutela, relacionada al pago de incapacidades. Sin embargo, en su relato de los hechos, pretende sembrar y restarle legalidad a la desvinculación realizada por SITTCA CONSTRUCCIONES S.A.S.

3.3.3. COLPENSIONES

No rindió informe.

3.4.4. ARL SURA

No rindió informe.

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

Por auto de fecha 24 de marzo de 2021, el Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena admitió la presente acción de tutela, ordenando a las accionadas rendir informe sobre los hechos en cuestión, concediéndole un término de dos días a partir de la notificación del auto de admisión. Se dispuso, además, que se tuvieran como pruebas las documentales aportadas por la parte accionante.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de fecha 13 de abril de 2021, el Juzgado Décimo Quinto Administrativo de Cartagena resolvió negar el amparo de los derechos invocados por el accionante Wilfrido Díaz Polo.

Como fundamento de su decisión, sostuvo la A quo que, en lo atinente al pago de incapacidades del 29 de septiembre de 2017 al 24 de octubre de 2017, ese periodo se encuentra comprendido en la orden proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Cartagena, razón por la cual consideró que lo procedente era la presentación de un incidente de desacato para que se cumplan las órdenes impartidas en la sentencia del 03 de noviembre 2017 proferida por este mismo.

Frente a la pretensión del accionante de la liquidación y pago de las incapacidades comprendidas entre el 25 de febrero de 2019 hasta el 15 de marzo de 2021, negó dicha solicitud porque el accionante Wilfrido Díaz Polo, cotiza como independiente y se encuentra en mora de pagar los aportes.

3.5. IMPUGNACIÓN

El demandante inicialmente en el trámite de la primera instancia, dentro de la oportunidad procesal correspondiente envió un correo electrónico en el cual manifestaba que impugnaba la sentencia.

Luego, en el trámite de la segunda instancia, mediante correo enviado el 24 de mayo del año en curso, adjunto memorial mediante el cual expuso las siguientes consideraciones:

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

Estimó que no se dio cumplimiento al artículo 20 del decreto ley 2591 de 1991, que dispone la presunción de veracidad de los hechos. Consideró que el juzgado debió, al menos para el caso de los hechos narrados frente a COLPENSIONES y ARL SURA, tenerlos como ciertos, habida cuenta de que estos no rindieron el informe solicitado, ni mucho menos hicieron presencia en el proceso, pese a haber sido notificados.

Considera que, en el análisis del caso concreto, el juzgador de primera instancia se limita a indicar lo que, en su concepto, sustenta la negación del derecho del accionante, sin analizar de manera profunda, o al menos objetiva, todas las pruebas anexas a la acción de tutela.

Argumenta que las consideraciones esgrimidas por la juez de primera instancia no son ciertas, pues no existe fallo del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha 3 de noviembre de 2017 que concedió el periodo de incapacidad comprendido 29 de septiembre de 2017 hasta el 24 de octubre de 2017.

3.5.1. Trámite de la impugnación

Por auto de fecha 29 de abril de 2021, el Juzgado Décimo Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena concedió la impugnación interpuesta oportunamente por la apoderada del accionante contra el fallo de tutela. La tutela fue repartida en la segunda instancia el 5 de mayo de 2021.

IV. -CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que, en el desarrollo de las etapas procesales, no existen vicios que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA

Conforme lo establecen el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver las impugnaciones presentadas contra las sentencias proferidas en primera instancia por los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo a los argumentos planteados en el escrito de tutela, corresponde a la Sala determinar:

¿Resulta procedente la acción de tutela en este caso para ordenar el pago de las incapacidades?

En caso de ser afirmativa la respuesta al anterior interrogante, se determinará si:

¿La EPS SANITAS y COLPENSIONES, vulneran el mínimo vital del accionante, al negarse a pagar las incapacidades que los médicos tratantes le han dado con ocasión de la patología que padece?

¿Tiene derecho el accionante al pago de incapacidades a pesar de encontrarse en mora en las cotizaciones al sistema de seguridad social?

¿A qué entidad le asiste la obligación de pagar al accionante las incapacidades expedidas a su favor?

5.3. TESIS

La Sala considerará que la tutela interpuesta por la accionante resulta procedente, dado que el reconocimiento y pago de las incapacidades se convierte en el sustento del demandante, lo que guarda relación con el derecho al mínimo vital.

En cuanto a los periodos reclamados, no se accederá al pago de incapacidades del 29 de septiembre al 24 de octubre de 2017, por cuanto se considera que dicha solicitud incumple el requisito de la inmediatez.

Con relación a los periodos de incapacidades causados desde el 25 de febrero de 2019 hasta el 13 de junio de 2021, se dispondrá que COLPENSIONES tiene la obligación de cancelar las incapacidades comprendidas entre el 25 de febrero y el 31 de diciembre de 2019. Se niegan la orden de pago de las causadas entre el 1 de enero y el 24 de febrero de 2020, porque se evidenció que en esos periodos el Fondo de Pensiones realizó actuaciones tendientes a que el accionante cumpliera con la obligación de realizar las respectivas cotizaciones.

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

En lo atinente a las incapacidades causadas entre el 25 de febrero de 2020 y el 13 de junio de 2021 y en adelante, se advertirá que ello es obligación de la EPS SANITAS al superar más de los 540 días. En cuanto a la mora en el pago de la seguridad social, se señalará que la EPS se allanó a la mora, al no ejercer las acciones pertinentes para efectuar el respectivo recaudo.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Generalidades de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que, de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

- Está instituida para proteger derechos fundamentales.
- La subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable.
- La inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

5.4.2. Procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de incapacidades.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y la doctrina constitucional vigente, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para reclamar el pago de acreencias laborales, específicamente de incapacidades, salvo que i) se vean afectados o amenazados los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y subsistencia del interesado, ii) en tanto el medio ordinario, atendiendo las circunstancias del caso particular, resulta ineficaz y iii) siempre que quien acciona carezca de

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

fuentes de ingresos adicionales que le permita sufragar sus gastos y los de su núcleo familiar¹.

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha identificado tres situaciones en las que resulta procedente la acción de tutela para efectos de obtener el pago que, por concepto de incapacidades laborales correspondiente, a saber:

1. Cuando las sumas recibidas por incapacidades constituyen el único medio de subsistencia del accionante, cuestión que debe determinarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular, debiéndose ponderar los ingresos respecto de las necesidades.

2. Cuando se produce un menoscabo en la salud del interesado, en tanto la falta de recursos impide su recuperación satisfactoria, por cuanto puede verse obligado a reincorporarse a sus labores de manera prematura.

3. Cuando las EPS no cancelan el valor de las incapacidades alegando el pago tardío o extemporáneo, por parte del empleador o del trabajador independiente, de los respectivos aportes², caso en el cual se configura lo que se ha denominado allanamiento a la mora, sin que le sea dable transferir la carga a quien efectúa la cotización.

5.4.3. Marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades

La Corte Constitucional ha reiterado las siguientes reglas jurisprudenciales:

1. El **certificado de incapacidad temporal** resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, el cual genera durante los primeros 180 días un **auxilio económico** a cargo de la EPS, que desde el día 181 se sustituye por un **subsidio de incapacidad** equivalente al auxilio, pero asumido por el Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador.

2. El lapso que hay entre el **primer y el segundo día de la incapacidad**, competen económicamente al empleador, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999. En virtud de dicha disposición “*[e]n el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a*

¹ La Corte Constitucional, Sentencia T-485 de 2010, Referencia: expediente T-2550566 - Acción de tutela instaurada por Sandra Silva Bustamante contra Techno Digital S.A. y Fondo de Pensiones Porvenir S.A. - Magistrado Ponente: - Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ. Pág. 6. Ver también Corte Constitucional sentencia T- 200 de 2017

² Ver Sentencia T-1242 de 2008.

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

*cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes **a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general** y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente".*

Las **incapacidades expedidas del día 3 al 180** están a cargo de las EPS, y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. Tal obligación está sujeta a la afiliación del trabajador por parte del empleador o del propio independiente.

3. **El reconocimiento de incapacidades laborales superiores a 180 días**, es decir, a partir del día 181, ha suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de estos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001.

Sobre la responsabilidad del pago, la Corte Constitucional 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 (T-401 de 2017), **ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación**.

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

Solo cuando la EPS incumple el plazo de remitir el concepto favorable o desfavorable de rehabilitación al Fondo de Pensiones, la EPS asume el pago del subsidio por incapacidad, pues de lo contrario le corresponde a las AFP.

En este orden, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

4. Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación es desfavorable se debe empezar sin dilación el trámite de la pérdida de la capacidad laboral.

5. Cuando el concepto de rehabilitación es FAVORABLE, el fondo de pensiones podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral *“hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS”*. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador.

Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, *“el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello”*.

No obstante, lo anterior, es factible que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, pese a haber sido evaluada por la junta de calificación de invalidez y a habersele dictaminada una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%. Por tanto, es indispensable determinar cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe encargarse del pago de dichas incapacidades.

Al respecto, cabe indicar que la norma legal referida no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional (T- 920 de 2009) indicó que deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones.

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente.

6. En conclusión, los responsables en el pago de las incapacidades son los siguientes:

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 181 hasta 540	Fondo de Pensiones (T-401 de 2017)	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos relevantes probados.

- Consta copia de la historia clínica³ del señor Wilfrido Díaz Polo, en la que se evidencia que el 21 de junio de 2016 se le diagnosticó: "Cervicalgia secundaria a Hernia discal C4-C5 centro lateral izq. Discopatía C3 - C4; 2- Tendinitis y bursitis hombro izq. 3- Lipoma no encapsulado clavicular izq. 4- Neuropatía de nervio mediano en túnel del carpo bilateral". En los años 2017, 2018, 2019 y 2020, también recibió atenciones, por cuadro de hidrorrea, congestión nasal, prurito nasal, rinitis alérgica.

-También consta que el demandante el 21 y 28 de febrero de 2018, recibió atención médica por cuadro depresivo.

-El 8 de mayo y el 26 de noviembre de 2019, se le practicó cita de control por las patologías del síndrome del tuner carpiano, radioculopatía, cervicalgia, síndrome del manguito rotador (fl. 134-137). También recibió consulta por estas patologías los días 15 de junio, 16 de julio, 19 de octubre de 2019; lo mismo que el 4 de marzo, 28 de mayo y 11 de noviembre de 2020.

- En el certificado que expidió la EPS SANITAS, se manifiesta que el accionante se encuentra afiliado desde el 25 de febrero de 2005.

- Copia de teleconsulta médica de control al señor Wilfrido Díaz Polo de fecha 20 de octubre de 2020, en la cual el médico tratante le ordenó una incapacidad por 30 días, contada a partir del 17 de octubre hasta el 15 de noviembre de 2020. Se estableció, además, que requería cirugía de columna cervical una vez tuviera concepto favorable del alergólogo.

³ Fls 21- 153.

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

-El 13 de febrero de 2019, al demandante se le concedió una incapacidad por 60 días desde el 26 de enero hasta el 24 de febrero de 2019 y del 25 de febrero al 26 de marzo de 2019 por hernia discal (fl 165-167). Luego, se le concedió una incapacidad desde el 27 de marzo al 25 de abril de 2019, prorrogándose desde el 26 de abril al 25 de mayo de 2019, del 26 de mayo al 24 de junio de 2019, del 25 de junio al 24 de julio de 2019, del 25 de julio al 23 de agosto de 2019, del 24 de agosto al 22 de septiembre de 2019, del 23 de septiembre al 22 de octubre de 2019, del 23 de octubre al 21 de noviembre de 2019, del 21 de noviembre al 21 de diciembre de 2019, del 22 de diciembre de 2019 al 21 de enero de 2020, del 21 de enero al 20 de febrero de 2020, del 20 de febrero al 20 de marzo, del 21 de marzo al 19 de abril de 2020, del 20 de abril al 19 de mayo de 2020, del 20 de mayo al 18 de junio de 2020, del 19 de junio al 18 de julio de 2020, del 19 de julio al 17 de agosto de 2020, del 18 de agosto al 16 de septiembre de 2020, del 17 de septiembre al 16 de octubre de 2020.

- Consta copia de la cita de control con neurocirujano del señor Wilfrido Díaz Polo, de fecha 22 de febrero de 2021, en la que el médico tratante le ordenó una incapacidad del 14 de febrero al 15 de marzo de 2021.

-Consta copia del certificado de aportes en línea al sistema de seguridad social a nombre del señor WILFRIDO DIAZ POLO, que se efectuó en los años 2015 y 2016.

-Por medio de escrito de fecha 31 de marzo de 2016 la empresa SITCA S.A.S dio por terminado contrato de trabajo al señor Wilfrido Diaz Polo.

-Consta la sentencia de tutela de fecha 12 de mayo de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Cartagena dentro de la acción de tutela impetrada por WILFRIDO DIAZ POLO contra SERVICIOS INDUSTRIALES SIMONETTI COLOMBIA S.AS (fl 347-360). Por medio de la sentencia de fecha 1 de julio de 2016 proferida en segunda instancia por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena, se revocó la decisión de primera instancia y en consecuencia se declaró improcedente la tutela presentada.

-Copia del Oficio de fecha 14 de julio de 2016 por medio de la cual SITCA S.A.S le notificó al señor Wilfrido Diaz Polo, la terminación del vínculo laboral debido a que el fallo de tutela se revocó.

- La EPS SANITAS certificó las incapacidades laborales que se le han concedido al accionante desde el año 2016.

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

-Consta copia del correo electrónico de fecha 2 de septiembre de 2020, por medio del cual el accionante solicitó ante la EPS el reconocimiento y pago de 7 periodos de incapacidad, inicia 21 de marzo de 2020 termina 16 de octubre de 2020 (fl. 394-395). El 23 de octubre de 2020, el actor, volvió a solicitar el reconocimiento y pago de incapacidades presentada ante EPS SANITAS, las cuales iniciaron desde el 19 de febrero de 2019 hasta el 15 de noviembre de 2020 (fl 398-401). Luego, el 25 de enero de 2021, solicitó el pago de las incapacidades causadas desde el 19 de febrero de 2019 hasta el 13 de febrero de 2021.

-Consta la petición que presentó el accionante el 18 de marzo de 2019, solicitando el pago de las incapacidades comprendidas entre el 26 de enero y el 26 de marzo de 2019.

-La EPS SANITAS dio respuesta a la petición que presentó el accionante el 18 de marzo de 2019, en la cual le informan el trámite interno que se surtió para el reconocimiento de las incapacidades y que el pago correspondiente a los periodos del 26 de enero al 24 de febrero de 2019 y del 25 de febrero al 26 de marzo, fueron programados para el 2 de abril de 2019.

- El demandante, mediante escrito de fecha 10 de julio de 2019, solicitó el pago de cinco periodos de incapacidad, desde el 25 de febrero de 2019 hasta el 24 de julio de 2019.

-La EPS SANITAS mediante escrito de fecha 19 de julio de 2019, le indicó al demandante que las incapacidades advertidas desde el 29 de agosto de 2019 tienen un origen común, por lo que debía entenderse que se inició un nuevo periodo acumulado. Indicó que, de este último proceso, los primeros 180 días se cumplieron el 24 de febrero de 2019, los cuales fueron autorizados y liquidados. Los 150 días restantes, comprendidos entre el 25 de febrero y el 24 de julio de 2019, fueron validados y expedidos sin prestación económica, con cargo al fondo de pensiones. Finalizó señalando que la EPS no tenía ninguna obligación a cargo.

-Consta la relación de las incapacidades que el accionante le ha solicitado a la EPS desde el 25 de febrero de 2019 hasta el 15 de enero de 2021.

-Consta el total de incapacidades que autorizó la EPS desde el 14 de abril de 2016 hasta el 26 de marzo de 2019. De estos periodos canceló el que va del 14 de abril de 2016 hasta el 27 de enero de 2017 y del 25 de octubre de 2017 hasta el 24 de febrero de 2019.

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

-Mediante respuesta emitida por la EPS el día 28 de enero de 2021, le indicó al demandante que los periodos reclamados entre el 21 de enero de 2020 y el 17 de octubre de 2020, fueron rechazados por mora en el pago de las cotizaciones como independiente (fl. 586). La EPS por medio de oficio de fecha 2 de febrero de 2021, le reiteró el rechazo de las incapacidades por presentar mora en las cotizaciones de los meses de enero a diciembre de 2020.

-Por medio de oficio de fecha 11 de febrero de 2021, la EPS SANITAS le informó al demandante que las incapacidades pagadas en el periodo del 29 de agosto de 2018 y el 24 de febrero de 2019 se liquidaron con el IBC reportado en el mes anterior por valor de \$781.242. a su vez le indicó que los periodos causados desde el 25 de febrero en adelante debe ser tramitado ante el fondo de pensiones, por comprender el periodo entre los 180 y 540 días y las incapacidades causadas entre el 20 de febrero de 2020 y el 15 de noviembre de 2020 se rechazaron por mora en el pago de las cotizaciones.

-Consta el reporte de semanas cotizadas en pensiones, acumulando un total de 447,71.

-Por medio de oficio de fecha 17 de mayo de 2020 COLPENSIONES requirió al demandante con el fin de que se pusiera al día en el pago de las cotizaciones como independiente (fl. 635-636). En julio 13 de 2020, COLPENSIONES lo volvió a requerir (fl. 638-639) y el 28 de octubre de 2020 lo requirió para notificarlo personalmente de la liquidación certificada de la deuda por concepto de aportes pensionales.

-El demandante, en el trámite de la impugnación, aportó copia de las piezas procesales correspondiente a la acción de tutela identificada con el radicado 13001333300820170026700, la cual fue negada por improcedente por parte del Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena y cuya impugnación presentada por la parte actora, fue rechazada por extemporánea.

-El demandante también aportó copia de las nuevas incapacidades que le dieron por concepto de la patología de hernia discal. La prórroga comprende el periodo del 16 de marzo al 14 de abril de 2021, del 15 de abril al 14 de mayo de 2021 y del 15 de mayo al 13 de junio de 2021.

- Analizada certificación de incapacidades expedidas por EPS sanitas, las solicitudes que ha presentado el accionante y la historia clínica, se evidencia que al actor ha tenido los siguientes periodos de incapacidad:

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

Periodo	Origen	Diagnostico
23 de julio del 2015 y el 28 de agosto del 2015	Laboral	DESGARRO DE HERIDA OPERATORIA, NO CLASIFICADO EN OTRA PARTE T813; ULCERA DEL MIEMBRO INFERIOR, NO CLASIFICADA EN OTRA PARTE L97X
14 de abril de 2016 hasta el 29 de noviembre de 2017	Laboral	TRASTORNO DE DISCO CERVICAL CON RADICULOPATIA M501; SINDROME DE ABDUCCION DOLOROSA DEL HOMBRO M754; CERVICALGIA M542; OTROS DESPLAZAMIENTOS DEL DISCO CERVICAL M502.
30 de noviembre de 2017 al 28 de agosto de 2018 lo que comprende un total de 272 días de incapacidad.	Laboral	M754 (SINDROME DE ABDUCCION DOLOROSA DEL HOMBRO.
29 de agosto de 2018 en adelante	Común General	CERVICALGIA M542; TRASTORNO DE DISCO CERVICAL CON RADICULOPATIA M501, Hernia Discal C4-C5 (M502).

4.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Con fundamento en el marco normativo y jurisprudencial expuesto, procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados. En ese orden, se precisa que, en el caso bajo estudio, pretende el demandante que se reconozcan y paguen las incapacidades comprendidas, en los siguientes periodos: i) 25 de febrero de 2019 hasta el 15 de marzo de 2021, ii) 26 días de incapacidad desde el 29 de septiembre de 2017 hasta el 24 de octubre de 2017 y iii) las incapacidades futuras que se causen.

Si bien es cierto que en el presente caso se pretende el reconocimiento de una obligación dineraria, y que el accionante cuenta con un medio judicial ordinario para reclamar el pago de dichas incapacidades; pese a ello, se estima procedente el ejercicio de la acción de tutela como mecanismo idóneo para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante, toda vez que, el retraso en el pago, o la falta de reconocimiento de esta prestación, afecta el mínimo vital, en tanto que, dicha asistencia económica se constituye en el medio que tiene la persona para suplir sus necesidades.

Con base a lo anterior, considera esta Corporación que la acción constitucional sí es procedente en éste asunto, para proteger los derechos e intereses constitucionales del tutelante, tomando en consideración, que de no otorgársele el pago de las incapacidades que pretende, se le ocasionaría un perjuicio irremediable, que dadas las condiciones en las cuales se encuentra, no está en la posibilidad de soportar; aún más, si se tiene en cuenta que a la fecha de presentación de la tutela se le han seguido generando incapacidades que no han sido pagadas por las

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

entidades encargadas de ello; lo que demuestra que la vulneración continua produciéndose.

Hecha la anterior precisión en torno a la procedencia de la tutela, se procederá a emitir pronunciamiento en referencia a los periodos reclamados por el accionante.

La juez de primera instancia negó el amparo solicitado por el demandante, fundamentándose en que, respecto de los periodos de incapacidades comprendidos entre el 29 de septiembre de 2017 hasta el 24 de octubre de 2017, el demandante debía presentar un incidente de desacato ante el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, por cuanto, allí se resolvió una tutela a su favor en la cual se ordenó el pago de *"incapacidades médicas comprendidas entre los períodos del 27 de julio de 2017 hasta el 25 de agosto de 2017, del 26 de agosto de 2017 al 24 de septiembre de 2017, del 25 de septiembre de 2017 al 24 de octubre de 2017 y del 25 de octubre de 2017 al 23 de noviembre de 2017"*.

Respecto de los demás periodos de incapacidades reclamados, la juez de primera instancia negó la solicitud de amparo al considerar que el demandante se encontraba en mora de pagar las cotizaciones al sistema de seguridad social como independiente.

Conforme lo expuesto, es menester precisar que, con relación al pago de incapacidades desde el 29 de septiembre de 2017 hasta el 24 de octubre de 2017, la Sala considera que es improcedente dicha petición, porque transgrede el principio de inmediatez de la acción de tutela.

La Sala, desestima las razones que esgrimió la juez de primera instancia relativa a la existencia de un fallo de tutela que ordenaba el pago de esos periodos, ya que, conforme los documentos que aportó el demandante en la impugnación, es dable determinar que se declaró improcedente la solicitud de amparo presentada.

No obstante, se sostiene que la solicitud desconoce el principio de la inmediatez de la tutela, dado que desde la fecha en que se hizo exigible dicho pago, han transcurrido un poco más de tres años, sin que el interesado o beneficiado acudiera a las vías judiciales en aras de que se le ampararan sus derechos. Se considera que el pago de estas prestaciones económicas comporta una relación intrínseca con el mínimo vital del cotizante, por lo tanto, el reclamo de dicho pago debió ser inminente y no después de un largo tiempo, en donde incluso, se reconocieron y cancelaron otros periodos de incapacidades.

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

En consecuencia, sobre este periodo reclamado la Sala declarará improcedente la solicitud de amparo, advirtiéndose que el demandante bien puede hacer uso de los medios ordinarios judiciales, con el fin de controvertir la decisión que haya adoptado Colpensiones de no pagar dichos periodos.

Hecha la anterior precisión, es necesario emitir pronunciamiento en torno a las incapacidades que reclama el accionante, a partir del 25 de febrero de 2019 hasta el 15 de marzo de 2021.

Pues bien, de lo probado se tiene que, los periodos reclamados por el accionante están relacionados con las incapacidades que los médicos tratantes le han dictado desde el 29 de agosto de 2018 por el diagnóstico CERVICALGIA M542; TRASTORNO DE DISCO CERVICAL CON RADICULOPATIA M501. Esto indica que el actor está reclamando el pago de las incapacidades que se gestaron desde el día 181 en adelante.

Sobre esta pretensión, la juez de primera instancia negó el amparo solicitado, advirtiéndole que dicho reconocimiento resultaba improcedente, porque el demandante presentaba una mora en el pago de las cotizaciones por seguridad social.

En el proceso está probado, incluso lo reconoce el mismo accionante, que la última cotización que efectuó fue el 31 de diciembre del año 2019.

Conforme lo decidido en la A-quo, considera la Sala que en esta instancia se debe determinar si el demandante, a pesar de encontrarse en mora en el pago de las cotizaciones a seguridad social, tiene derecho a que se le reconozca y paguen las incapacidades causadas.

Para dilucidar este problema, es necesario hacer mención o referirse a la teoría desarrollada por la Corte Constitucional, denominada como allanamiento de la mora.

El allanamiento a la mora es una figura jurídica consistente en que el acreedor, de forma tácita, debido a su silencio e inacción ante el incumplimiento del deudor, termina por aceptar dichos incumplimientos como normales. Es decir, se configura *“cuando a pesar de que el pago fue tardío e ininterrumpido, la entidad no rechaza la cotización ni hace requerimiento alguno, y sólo al momento de la reclamación del pago de la*

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

licencia de maternidad, aduce que las cotizaciones fueron extemporáneas⁴".

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional⁵, ha sido reiterada en extender la figura del allanamiento a la mora a los casos de trabajadores independientes, entendiendo que, si la entidad accionada no actuó de forma clara a través de las acciones que tiene a su disposición en el ordenamiento jurídico, con el fin de requerir el pago oportuno de los aportes, o no rechazó los pagos realizados por el cotizante fuera del término, no puede oponerse al pago de lo debido.

En el caso bajo estudio, conforme las incapacidades por la patología de CERVICALGIA M542; TRASTORNO DE DISCO CERVICAL CON RADICULOPATIA M501, Hernia Discal C4-C5 M502, que se le han dado al accionante desde el 29 de agosto de 2018, se determina lo siguiente:

- i) Los primeros 180 días de incapacidad se cumplieron el 24 de febrero de 2019, los cuales fueron cancelados por la EPS Sanitas.
- ii) Desde el 25 de febrero de 2019 hasta el 24 de febrero de 2020 (cumplimiento de los 540 días), dicha obligación estaba a cargo de COLPENSIONES.
- iii) Desde el 25 de febrero de 2021 en adelante le corresponde efectuar los pagos a la EPS.

Luego de esta precisión, se tiene que el accionante realizó cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 2019. En cuanto a las gestiones realizadas por el fondo de pensiones y la EPS para recaudar o conminar al cotizante para que realice los respectivos pagos, se encuentra probado que Colpensiones, en el año 2020, requirió al accionante para que cumpliera la obligación respecto de los periodos causados en esa vigencia. En ese sentido, se evidencia que dicha entidad le envió un oficio en el que lo citó para notificarle personalmente la liquidación que adeudaba.

En razón de lo anterior, considera la Sala que el demandante sí tendría derecho a que COLPENSIONES le pague las incapacidades causadas entre el 25 de febrero y el 31 de diciembre de 2019, por cuanto en ese tiempo el demandante estaba al día en el pago de sus cotizaciones.

⁴ T-1019 de 2005

⁵ T-643 de 2014.

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

Respecto de las incapacidades causadas desde el 1 de enero de 2020 hasta el 24 de febrero de ese mismo año, no ordenará su pago, toda vez que, en el expediente hay evidencias probatorias que demuestran que COLPENSIONES, en mayo de 2020, realizó actuaciones tendientes a solicitarle al accionante que se pusiera al día en los respectivos pagos de los meses anteriores, razón por la cual no es dable señalar que se allanó a la mora.

Con relación a las incapacidades que se causaron con posterioridad al 25 de febrero de 2020, es decir, después del día 540, dicha obligación le compete a la EPS. En el presente caso, con relación a la falta de cotización por parte del accionante, se evidencia que la EPS SANITAS, no ha demostrado haber ejercido las actuaciones y potestades que le atribuye la ley, para conminar al cotizante a que realice los respectivos pagos de cada uno de los periodos adeudados.

Por esa razón, se estima que, frente a las incapacidades causadas desde el 25 de febrero de 2020 hasta el 13 de junio de 2021, se ha configurado la teoría desarrollada por la Corte Constitucional del allanamiento a la mora.

En ese sentido, se destaca que, como se expuso en párrafos anteriores sobre esta teoría, en este caso, SANITAS E.P.S. se encuentra imposibilitada para negarse a efectuar el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales reclamadas por el accionante, pues admitir dicha conducta implicaría transferir al actor las consecuencias negativas que se derivan de la falta de diligencia de la E.P.S. y desconocer de esa manera tanto la efectividad de la seguridad social, como el principio de buena fe.

En consecuencia, se considera que, si bien el actor incurrió en mora en el pago de varias de sus cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el presente caso resulta que la E.P.S. accionada omitió desplegar conducta alguna al respecto, ya fuera **(i)** reclamar su desembolso a través de los mecanismos que para el efecto le otorgó la Ley 100 de 1993, o **(ii)** rechazar el pago extemporáneo; motivo por el cual no puede pretender ahora abstenerse de efectuar el desembolso que le es reclamado, pues, como ha expresado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, aceptar dicha posibilidad sería equivalente a permitir que las E.P.S. se beneficiaran de su propia negligencia en perjuicio del afiliado.

Por estas razones, la Sala revocará la decisión de primera instancia que negó el amparo solicitado. En consecuencia, se tutelarán los derechos fundamentales al mínimo vital del señor Wilfrido Diaz Polo y se le ordenará a COLPENSIONES, pagar las incapacidades causadas entre el 25 de febrero y el 31 de diciembre de 2019 y a la EPS SANITAS pagar las incapacidades

Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

causadas desde el 25 de febrero de 2020 hasta el 13 de junio de 2021 y las que adelante se sigan causando por esta misma patología; siempre y cuando la EPS siga en el estado de allanamiento a la mora. Cesará la obligación en el momento en el que requiera al actor para constituirlo en mora, siempre que en ese instante el actor no se haya puesto al día en sus obligaciones de seguridad social.

Esta prestación económica se liquidará conforme el valor cotizado por el accionante en el año 2019 y en los demás años, conforme el salario mínimo legal mensual vigente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la motivación de esta sentencia. En su lugar se ampara el derecho fundamental al mínimo vital del señor Wilfrido Díaz Polo.

SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES que, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del presente fallo, realice las actuaciones administrativas pertinentes, tendientes a pagar las incapacidades causadas a favor del accionante, entre el 25 de febrero y el 31 de diciembre de 2019.

TERCERO: ORDENAR a la EPS SANITAS que, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del presente fallo, realice las actuaciones pertinentes, tendientes a pagar las incapacidades que se causaron- después del día 540- a favor del accionante, esto es, desde el 25 de febrero de 2020 hasta el 13 de junio de 2021 y las que adelante se sigan causando por esta misma patología; siempre y cuando la EPS siga en el estado de allanamiento a la mora. Cesará la obligación en el momento en el que requiera al actor para constituirlo en mora, siempre que en ese instante el actor no se haya puesto al día en sus obligaciones de seguridad social.

CUARTO: Esta prestación económica se liquidará conforme el valor cotizado por el accionante en el año 2019 y en los demás años, conforme el salario mínimo legal mensual vigente.

QUINTO: Negar las demás pretensiones, conforme las razones previamente expuestas.

SEXTO: Comuníquese la presente providencia al juzgado de origen y todas las partes.

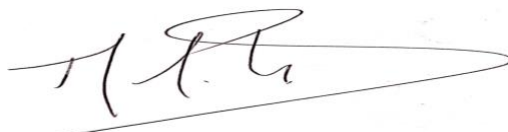
Rad. 13001-33-33-015-2021-00075-01

SÉPTIMO: Remítase el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión virtual de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado