



Rama Judicial
República de Colombia

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Radicado: 73001-33-33-005-2022-00071-00
Clase de Proceso: **Acción de Tutela**
Accionante: **Natalia Virgen Londoño**
Accionada: **Nueva E.P.S.**

Sentencia

Al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado e impida pronunciamiento de fondo sobre el particular, procede el Despacho¹ a proferir la decisión que en derecho corresponda dentro de la presente acción de tutela instaurada por la señora **Natalia Virgen Londoño** contra la **Nueva E.P.S.**

Antecedentes

La señora **Natalia Virgen Londoño** actuando en nombre propio, solicitó acceder a la siguiente pretensión:

“Tutelar sus derechos fundamentales al Mínimo Vital, la Salud, en Conexidad con la Seguridad Social y en consecuencia ordenar a la Nueva E.P.S., que, en el término de ley, proceda a liquidar y pagar a su favor la prestación económica por incapacidad médica de fecha de inicio del 8 de noviembre de 2019 y fecha final 7 de diciembre de 2019 (30 días) otorgada por la Dra. Zulma Sanabria Quintero con registro medico 2122/2012”.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la accionante narró los siguientes,

Hechos (fls. 3 a 7 reglón 3 expediente digital).

1. Que la señora Natalia Virgen Londoño nació el 3 de diciembre de 1986, contando actualmente con la edad de 36 años.
2. Que se encuentra afiliada al SGSSS por medio de la Nueva E.P.S. en el régimen contributivo, como cotizante desde el 1 de septiembre de 2016.
3. Que el día 8 de noviembre de 2019 sufrió un accidente de tránsito cuando manejaba moto, por lo que fue atendida en la Clínica Ibagué por la doctora Zulma Sanabria Quintero con registro médico 2122-2013.
4. Que la galena indicada en precedencia profirió orden de incapacidad médica por 30 días, con fecha de inicio el 8 de noviembre de 2019 al 7 de diciembre de 2019.

¹ Atendiendo las pautas establecidas desde el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, mediante el cual se imparten instrucciones en virtud del “Estado de Emergencia económico, social y ecológico” decretado en el territorio nacional, y con fundamento en los estragos de la pavorosa plaga clasificada como SARS-CoV-2 por las autoridades sanitarias mundiales de la OMS, causante de lo que se conoce como la enfermedad del Covid-19 o popularmente “coronavirus”; y desde el Acuerdo PCSJA20-11526 del 22 de marzo de 2020, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se tomaron medidas por motivos de salubridad pública, **la presente providencia fue aprobada a través de correo electrónico y se notifica a las partes por el mismo medio.**

Trámite Procesal

La acción de tutela fue presentada el día 23 de marzo de 2022 (renglón 2 expediente digital), por lo que, efectuándose el reparto de rigor correspondió a esta instancia conocer de la presente acción constitucional, la cual fue recibida de la oficina Judicial – reparto el mismo día (renglón 5 expediente digital).

Mediante auto del 24 de marzo de 2022 (renglón 6 expediente digital), se admitió la presente acción de tutela contra Nueva E.P.S., se requirió a la entidad accionada para que allegará informe donde consten los antecedentes de los hechos puestos en conocimiento en la presente acción de tutela (renglón 3 expediente digital).

En consecuencia y de conformidad con la constancia secretarial vista a renglón 10 del expediente digital, se advierte que, dentro del término de traslado concedido, la entidad accionada allegó contestación.

Contestación entidad accionada.

Nueva E.P.S.

Refiere que la señora Natalia Virgen Londoño se encuentra afiliada al SGSSS por medio de esa entidad en estado activo desde el 1 de septiembre de 2016.

Aduce que la incapacidad concedida a la accionante con fecha de inicio el 8 de noviembre al 7 de diciembre de 2019 fue radicada el 4 de noviembre de 2020 ante esta entidad para su transcripción, presentándose la novedad que; para el periodo en que se generó la incapacidad la cotizante no presentaba relación laboral vigente, por lo que la Nueva E.P.S. determina no reconocer la prestación económica (fl. 1 reglón 8 expediente digital).

N° Radicación	Identificación Cotizante	Fecha de Radicación	Nombre Cotizante	Fecha Inicio	Estado de la Solicitud	Causal de No Transcripción
EIB2002239	1088249570	4/11/2020	NATALIA VIRGEN LONDOÑO	8/11/2019	DEVUELTO	Para el periodo de la incapacidad no presenta relación laboral vigente. (Decreto 780 de 2016)

Adicionalmente allega la reseña de la afiliación de la señora Natalia Virgen Londoño a la Nueva E.P.S. para la fecha en que se produjo la incapacidad, aclarando que fue afiliada por la empresa Prestaciones de Servicios el 19 de noviembre de 2019 y retirada el 1 de agosto de 2021, adicionalmente hace saber que la empresa Comercializadora Agrícola la afilio el 1 de agosto de 2017 y la retiro el 12 de octubre de 2019.

Por lo que se demuestra que la señora Natalia Virgen Londoño para la fecha que se produjo la incapacidad, es decir el 8 de noviembre de 2019 no tenía relación laboral ni pago de seguridad social que le ampararán su incapacidad, por lo que si fue falla del empleador corresponde a este realizar el pago de la incapacidad y no a la Nueva E.P.S., como fundamento de lo anterior allego un registro de los aportes de cotización al SGSSS del 1 de enero de 2018 al 1 de marzo de 2022 de la señora Natalia Virgen Londoño, donde se evidencia que para la fecha que se produjo la incapacidad 8 de noviembre de 2019 no estaba cotizando o vinculada laboralmente, por lo que como se dijo antes es causal para no reconocer el pago de la prestación social de incapacidad médica que alega la accionante en la presente acción constitucional (fls. 4 y 5 reglón 10 expediente digital).

Sentencia de tutela de primera instancia
Radicado: 73001-33-33-005-2022-00071-00
Clase de Proceso: Acción de Tutela
Accionante: Natalia Virgen Londoño
Accionada: Nueva E.P.S.

01/09/2019	\$828,116	\$33,200	30	02/10/2019	NT	901051926	COMERCIALIZADORA AGRICOLA G	197732413110
01/10/2019	\$828,116	\$33,200	30	12/11/2019	NT	901051926	COMERCIALIZADORA AGRICOLA G	197736163992
01/11/2019	\$331,247	\$13,300	12	29/11/2019	NT	901051926	COMERCIALIZADORA AGRICOLA G	1197737483737
01/12/2019	\$331,247	\$13,300	12	11/12/2019	NT	901330736	PRESTACION DE SERVICIOS PROF	197738696531
01/01/2020	\$828,116	\$33,200	30	21/01/2020	NT	901330736	PRESTACION DE SERVICIOS PROF	197741836407

Por lo anterior solicita se deniegue por improcedente la acción de tutela, ya que este no es el medio idóneo para que se proceda al reconocimiento y pago de la incapacidad que indica la accionante Natalia Virgen Londoño Mahecha (fl. 2 reglón 8 expediente digital).

Pruebas

- a. Cédula de ciudadanía Nro. 1.088.249.570 expedida en Pereira de la accionante Natalia Virgen Londoño, en la que se da cuenta que nació el 3 de diciembre de 1986 y que en la actualidad cuenta con 36 años de vida (fl. 8 reglón 3 del expediente digital).
- b. Certificado ADRES de fecha 23 de marzo de 2022 de la señora Natalia Virgen Londoño, en la que se da cuenta que esta afiliada al SGSSS por medio de la Nueva E.P.S. en el régimen contributivo en estado activo desde el 1 de septiembre de 2016 (fl. 9 ídem).
- c. Incapacidad médica de fecha 12 de noviembre de 2019 concedida por la médica Zulma Sanabria Quintero, en la que consta que a la señora Natalia Virgen Londoño estuvo incapacidad durante de 30 días, desde el 8 de noviembre al 7 de diciembre de 2019 (fls. 12 y 13 ídem).
- d. Historia Clínica de fecha 8 de noviembre de 2019 emanada de la Clínica Ibagué, donde se observa la atención y diagnostico brindado a la señora Natalia Virgen Londoño por el accidente automovilístico que sufrió (fl. 15 ídem).
- e. Registro de aportes de cotización al SGSSS realizados por la señora Natalia Virgen Londoño del 1 de enero de 2018 al 1 de marzo de 2022, en la que se evidencia que a la fecha de concederse la incapacidad, la accionante no se encontraba con vinculo laboral y tampoco estaba aportando al SGSSS (fls. 4 y 5 reglón 10 expediente digital).
- f. Certificado de existencia y representación de la Nueva E.P.S., emanado por la cámara de comercio de Bogotá el 5 de enero de 2022 (fls. 8 a 35 reglón 8 expediente digital).

Consideraciones

La Competencia

En atención a lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 15 a 33 y 37 del Decreto 2591 de 1991, y el artículo 1º. del Decreto 1883 de 2017 -numeral 2-, es competente este Juzgado para conocer de la presente acción de tutela.

Problema jurídico

El problema jurídico a resolver consiste en determinar ¿si la Nueva E.P.S. ha vulnerado los derechos fundamentales al mínimo vital, salud en conexidad con la seguridad social de la señora Natalia Virgen Londoño, al no reconocer y pagar la incapacidad concedida por 30 días con fecha de inicio 8 de noviembre

y final 7 de diciembre de 2019? o ¿si en la presente solicitud de amparo constitucional se configuran los requisitos de procedibilidad de subsidiaridad e inmediatez que **la** rigen la acción de tutela?

Marco normativo y jurisprudencial de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política establece que quien se sienta amenazado o vulnerado por algún acto u omisión de la autoridad pública, aún de los particulares, en los casos expresamente previstos en la Constitución o la Ley, pueden invocar y hacer efectivos sus derechos a través de las acciones y recursos establecidos por el ordenamiento jurídico, incluyendo la acción de tutela, en aquellos casos en que no se cuente con ningún otro mecanismo de defensa judicial, o cuando existiendo éste, se interponga como transitorio para evitar un perjuicio irremediable, dándole de ésta manera la condición de procedimiento preferente y sumario.

Es menester anotar, que la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la trasgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces, a objeto de lograr la protección del derecho, es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias, en que por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos y omisiones de quien lesiona un derecho fundamental, de ahí que la acción no es procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado.

El derecho fundamental a la salud.

El constituyente de 1991 dispuso que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, cuya prestación se encuentra bajo el control del Estado, así:

***“Artículo 48.** La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.*

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. (...)

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.”

Ahora bien, la Ley 1751 de 2015 regula el derecho fundamental a la salud de las personas, para lo cual establece en su artículo 2: *“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.*

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo **49** de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la

indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.”

De igual manera, en lo que se refiere a la integralidad de la prestación del servicio de salud dispone en su artículo 8: “Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.”

Así, resulta pertinente indicar que el derecho fundamental a la salud ostenta una doble prerrogativa, en tanto es considerado como derecho fundamental autónomo e irrenunciable, que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación y la promoción de la salud y en segundo lugar, obedece a un servicio público esencial obligatorio frente al cual el Estado está obligado a brindar de forma eficiente, universal y solidaria.

En orden a lo cual, la Corte Constitucional² en control previo de constitucionalidad de la citada norma, precisó que la caracterización del derecho a la salud como fundamental, proviene del principio de dignidad humana, pues resulta ser un elemento estructural misma, en tanto que aquella implica la posibilidad de diseñar un plan de vida y de determinarse según sus características como quiere vivir, esto es, las condiciones materiales y concretas de existencia, incluyendo los bienes no patrimoniales, es decir la integridad física e integridad moral del ser humano.

De igual manera, en su artículo 11 dicha normativa enuncia quienes son los sujetos de especial protección: *“La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención.”*

Ahora bien, frente a la Ley 1751 de 2015 y las exclusiones al Plan de Beneficios en Salud, la H. Corte Constitucional ha decantado:

² Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-313 del 29 de mayo de 2014, Expediente: PE-040, Asunto: Revisión constitucional del Proyecto de Ley Estatutaria No. 209 de 2013 Senado y 267 Cámara, M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

“4.1. La entrada en vigencia de la Ley 1751 de 2015 representó un cambio trascendental en el acceso a la salud al estipular con claridad que la prestación del servicio público debe hacerse de manera completa e integral. No obstante, también estableció un límite a la faceta prestacional del derecho reflejado en los criterios de exclusión del artículo 15, que impiden la financiación de ciertos servicios y tecnologías con recursos públicos. Es decir, bajo la nueva concepción, el Plan de Beneficios en Salud –antes conocido como Plan Obligatorio de Salud (POS)– garantiza el cubrimiento de todos los servicios y tecnologías necesarios para proteger el derecho a la salud, salvo aquellos que sean expresamente excluidos con base en los mencionados criterios.

4.2. El Plan de Beneficios en Salud es el esquema de aseguramiento que define los servicios y tecnologías a los que tienen derecho los usuarios del sistema de salud para la prevención, paliación y atención de la enfermedad y la rehabilitación de sus secuelas. Es actualizado anualmente con base en el principio de integralidad y su financiación se hace con recursos girados a cada Empresa Promotora de Salud (E.P.S.) de los fondos del Sistema General de Seguridad Social en Salud por cada persona afiliada; los montos varían según la edad y son denominados Unidad de Pago por Capitación (UPC).

4.3. Por su parte, los criterios establecidos en el artículo 15 hacen referencia a los servicios y tecnologías que no podrán ser financiados a cargo de la UPC, los cuales serán excluidos por el Ministerio de Salud luego de un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente. Las exclusiones de servicios y tecnologías que no podrán ser financiadas a con recursos públicos están consagradas actualmente en dos resoluciones del Ministerio de Salud: (i) Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017 y (ii) Resolución 5267 del 22 de diciembre de 2017.

4.4. La primera Resolución, por la cual “se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”, parte del entendido de que el derecho fundamental a la salud es de contenido cambiante por lo que exige del Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio de Salud, una labor de permanente actualización, ampliación y modernización en su cobertura. En ella se consagran, para efectos del caso bajo análisis en esta providencia, dos exclusiones específicas: en primer lugar, el parágrafo 2° del artículo 59 se señala expresamente: “No se financian con recursos de la UPC sillas de ruedas (...); por su parte, el parágrafo del artículo 54 señala: “No se financian con recursos de la UPC las nutriciones enterales u otros productos como suplementos o complementos vitamínicos, nutricionales o nutracéuticos para nutrición”.

4.5. La segunda Resolución, por la cual “se adopta el listado de servicios y tecnologías que serán excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud” fue expedida luego de adelantado el procedimiento participativo establecido por el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015. Entre otras exclusiones, para efectos del presente caso, es importante destacar las descritas en el numeral 42 de su Anexo Técnico: “Toallas higiénicas, pañitos húmedos, papel higiénico e insumos de aseo”. Respecto al término “insumos de aseo” la Corte Constitucional ha catalogado los pañales desechables como elementos integrantes de este concepto.”³

³ Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, sentencia T-171 del 7 de mayo de 2018, Radicado T-6.406.033, Accionante: Margarita Porras Barragán, Accionado: Cafesalud E.P.S. (Ahora Medimás E.P.S.), M.P: CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

Marco normativo y jurisprudencial para el pago de las incapacidades.

El ordenamiento jurídico y la jurisprudencia han determinado una serie de disposiciones y consideraciones en torno a las incapacidades que deben reconocerse y pagarse al trabajador cuando ha sufrido un accidente o padece alguna enfermedad que le impiden laborar y percibir un salario que le garantice el desarrollo de su vida en condiciones dignas.

En ese sentido, debe señalarse que la enfermedad o accidente puede ser de origen laboral o de origen común, y será de origen laboral cuando ocurrió con causa o con ocasión al trabajo, común a contrario sensu, esto es importante porque de ahí será posible determinar a quién corresponde el pago de las incapacidades.

Por otra parte, la Honorable Corte Constitucional ha establecido que hay 3 tipos de incapacidades, que son las siguientes: *"(...) (i) temporal, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) permanente parcial, cuando se presenta una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) permanente (o invalidez), cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%"*⁴.

Así mismo, es oportuno manifestar que se denomina auxilio económico el pago que se hace por la incapacidad de los primeros 180 días luego del hecho generador que la ocasiona, posteriormente tendrá la denominación de subsidio de incapacidad⁵.

Dicho esto, debe hacerse referencia a la forma en la que se encuentra distribuida la obligación del pago de las incapacidades, lo cual dependerá del origen de la enfermedad o el accidente, como se mencionó previamente, así como del día acumulado de incapacidad ante el cual se esté, porque si entre la expedición de una incapacidad y la otra, ha habido una interrupción superior a 30 días calendario, no se estaría ante una prórroga, o sea no se acumularían los días, sino ante una nueva incapacidad según el artículo 2.2.3.2.3 del decreto 1333 de 2018, el cual establece: *"(...)Existe prórroga de la incapacidad derivada de enfermedad general de origen común, cuando se expide una incapacidad con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión o por otra que tenga relación directa con esta, así se trate de diferente código CIE (Clasificación Internacional de Enfermedades), siempre y cuando entre una y otra, no haya interrupción mayor a 30 días calendario"*⁶.

Por consiguiente, frente a incapacidades por accidente o enfermedad de origen laboral, el pago corresponderá a la Aseguradora de Riesgos Laborales a la que se encuentre afiliado, desde el día siguiente del hecho generador hasta que la

⁴ Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, Sentencia T-161 del 9 de abril de 2019, Radicado T-7059948, Accionante: Ricardo Barahona, Accionada: E.P.S. Servicio Occidental en Salud y Colpensiones, M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

⁵ Ibidem.

⁶ Decreto 1333 del 27 de julio de 2018, Por medio del cual se sustituye el Título 3 de la parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamentan las incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones.

persona se reincorpore al trabajo o se califique su estado de incapacidad parcial permanente y se indemnice o adquiera la pensión de invalidez por haber obtenido una pérdida de capacidad laboral superior al 50%⁷.

Entonces hay que indicar que el pago de las incapacidades por enfermedad o accidente de origen común se pagan al empleado de la siguiente manera: los primeros 2 días son pagas por su el empleador, del día 3 al 180 son pagas por su Entidad Promotora de Salud⁸, del día 181 al 540 por su Fondo de Pensiones⁹ y del día 541 en adelante por la E.P.S. siempre y cuando cuente con concepto favorable de rehabilitación, de conformidad al siguiente cuadro;

Periodo	Entidad Obligada	Fuente Normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1° del decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 41 Ley 100 de 1993
Día 181 hasta 540	Fondo de Pensiones	Artículo 142 Decreto Ley 19 de 2012
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y Sentencia T-144 de 2016

Sin embargo, para que proceda el pago de las incapacidades indicado en el párrafo anterior, las Entidades Promotoras de Salud deben emitir un concepto de rehabilitación (favorable o desfavorable) desde el día 120 de incapacidad, notificarlo al Fondo de Pensiones antes del día 150, de no cumplir la E.P.S. con esta disposición, deberá seguir pagando al trabajador las incapacidades con cargo a sus propios recursos, hasta tanto sea emitido dicho concepto, según dispone el artículo 142 del Decreto 19 de 2012¹⁰.

Improcedencia de la acción de tutela para el pago de incapacidades laborales.

El reconocimiento y pago de las incapacidades laborales permiten la subsistencia del trabajador y su familia ante un inconveniente de origen común o profesional, por el cual no pueda realizar sus actividades profesionales, de igual forma facilitan el proceso de reposo y recuperación por el periodo de tiempo que se requiera según el concepto médico.

⁷ Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, sentencia T-161 del 9 de abril de 2019, Radicado T-7059948, Accionante: Ricardo Barahona, Accionada: E.P.S. Servicio Occidental en Salud y Colpensiones, M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

⁸ Decreto 2943 del 17 de diciembre de 2013, Por medio del cual se modifica el parágrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, artículo 1: “*En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a 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*”.

⁹ Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión de Tutelas, sentencia T-161 del 9 de abril de 2019, Radicado T-7059948, Accionante: Ricardo Barahona, Accionada: E.P.S. Servicio Occidental en Salud y Colpensiones, M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

¹⁰ Decreto 19 del 10 de enero de 2012, Por medio del cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela se torna improcedente cuando:

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

En este sentido la Corte Constitucional ha reiterado que, en razón a la naturaleza jurídica de la acción de tutela, en principio no es el medio idóneo para tramitar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales al señalar:

“La Corte ha sostenido que cuando se trate de controversias relativas al derecho al trabajo, la acción de tutela en principio no es el mecanismo adecuado para debatirlas pues en el ordenamiento jurídico colombiano prevé para el efecto acciones judiciales específicas cuyo conocimiento ha sido atribuido a la jurisdicción ordinaria laboral y a la de lo contencioso administrativo, según la forma de vinculación de que se trate, y afirmar lo contrario sería desnaturalizar la acción de tutela, concretamente su carácter subsidiario y residual¹¹”.

Sin embargo, debe estudiarse la correlación entre la omisión en el pago de las prestaciones económicas derivadas de incapacidades médicas y otros derechos fundamentales que se pueden ver afectados como el mínimo vital, la salud y la vida en condiciones dignas, para que de manera excepcional se torne procedente.

De la subsidiariedad de la acción de tutela.

Es del caso señalar que la tutela está instituida como un mecanismo subsidiario y residual, quiere decir ello que el Juez constitucional podrá amparar los derechos invocados siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese de forma inmediata la vulneración. Al respecto, a través de sentencia T-753 de 2006¹² la Corte constitucional precisó:

“Frente al a necesidad de preservar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional. Ello por cuanto que, a la luz de la jurisprudencia pertinente, los recursos judiciales ordinarios son verdaderas herramientas de protección de los derechos fundamentales, por lo que deben usarse oportunamente para garantizar su vigencia, so pena de convertir en improcedente el mecanismo subsidiario que ofrece el artículo 86 superior.”

Pues no se puede dejar de lado que le está vedado al Juez Constitucional convertir la tutela en otro escenario de debate y decisión de litigios, pues solo está instituida para la protección de los derechos fundamentales.

Al respecto, en la sentencia T-406 de 20056, la Corte indicó:

“Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional, en este

¹¹ Sentencia T-041/14

¹² Magistrada ponente, doctora Clara Inés Vargas Hernández

ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales, sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese cómo de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo."

Es claro entonces que el juez de tutela deberá verificar que el perjuicio sea inminente, quiere decir que amenaza o está por suceder prontamente; que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; además el perjuicio debe ser grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; por tanto la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad¹³.

De la inmediatez de la acción de tutela.

La Corte Constitucional ha realizado múltiples pronunciamientos sobre el requisito de inmediatez para la procedencia de la acción de tutela, ha discutido acerca de la necesidad de estudiar un plazo razonable¹⁴ en la interposición del amparo.

Mediante la Sentencia SU-961 de 1999¹⁵ dio origen al principio de la inmediatez, no sin antes reiterar, como regla general, que la posibilidad de interponer la acción de tutela en cualquier tiempo significa que esta no tiene un término de caducidad, la consecuencia de ello es que el juez constitucional, en principio, no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y tiene la obligación de entrar a estudiar el asunto de fondo:

"Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros.

Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que

¹³ Sentencias T-136, T-331 y T-660 de 2010; T-147, T-809 y T-860 de 2009; T-409 y T-629 de 2008; T-262 y T-889 de 2007; T-978 y T-1017 de 2006; T-954 y T-1146 de 2005; providencias en las que la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela por la no ocurrencia del perjuicio irremediable.

¹⁴ *"La razonabilidad en la interposición de la acción de tutela está determinada, tanto en su aspecto positivo, como en el negativo, por la proporcionalidad entre medios y fines. El juez debe ponderar una serie de factores con el objeto de establecer si la acción de tutela es el medio idóneo para lograr los fines que se pretenden y así determinar si es viable o no. Dentro de los aspectos que debe considerarse, está el que el ejercicio inoportuno de la acción implique una eventual violación de los derechos de terceros. Para hacerlo, el juez debe constatar: 1) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; 2) si esta inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión y 3) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados".* SU-961/99.

¹⁵ M. P. Vladimiro Naranjo Mesa

se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción."

Al respecto la Corte Constitucional indicó que:

"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 actual¹⁶."

La inactividad del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que se conceda la acción de tutela, del mismo modo, es necesario aceptar que la inactividad para interponer esta última acción durante un término prudencia, debe llevar a que no se conceda.

Bajo estos presupuestos procede el Despacho a resolver el caso en concreto.

Caso concreto

Corresponde a este Despacho de acuerdo con el supuesto fáctico y el acervo probatorio que se pone en conocimiento, determinar si se encuentra acreditada la amenaza o la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, salud en conexidad con la seguridad social que la señora **Natalia Virgen Londoño** considera vulnerados por la omisión por parte de la Nueva E.P.S. en reconocer y pagar la incapacidad médica concedida a ella del 8 de noviembre al 7 de diciembre de 2019.

Así las cosas, conforme a lo expuesto en los antecedentes y al marco jurídico correspondiente, se evidencia lo siguiente:

La parte accionada Nueva E.P.S. ha indicado que para el momento que se le otorgó la incapacidad a la accionante Natalia Virgen Londoño, esta no presentaba relación laboral vigente, ya que su afiliación corresponde a trabajador dependiente y la empresa Comercializadora Agrícola la retiro el 12 de octubre de 2019 y la empresa Prestación de Servicios la afilió nuevamente el 19 de noviembre 2019, por lo que es evidente que para la fecha del 8 de noviembre de 2019 la señora Natalia Virgen Londoño no le nace el derecho de reclamar el beneficio al reconocimiento económico del pago de la incapacidad que reclama por la presente acción constitucional.

Asimismo, es de resaltarse por parte de este Despacho la existencia de un mecanismo judicial ordinario con el que cuenta la accionante para resolver la controversia planteada por ella en calidad de cotizante del sistema general de seguridad social en salud, indicando al respecto lo emanado por la Corte Constitucional en sentencia T-140 de 2016, al señalar:

¹⁶ Sentencia T-246 de 2015, M. P. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

“De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social le corresponde a la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, conocer de “Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan”[17]. Por lo anterior, las reclamaciones relativas al reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, en principio, no podrían ser ventiladas por vía de tutela.”

Así las cosas, el Despacho no encuentra acreditado el requisito de subsidiariedad, teniendo en cuenta lo esbozado en la parte motiva de este proveído, la presente acción de tutela se tornaría improcedente para el pago de la incapacidad solicitada por la accionante **Natalia Virgen Londoño**, toda vez que cuenta con otro mecanismo judicial ordinario para resolver su inconformidad, asimismo no probó la afectación inmediata a su mínimo vital, y tampoco se configuran los presupuestos legales del requisito de procedibilidad de inmediatez, ya que no justifico la mora para elevar la presente acción de tutela, teniendo en cuenta que la incapacidad médica data del mes de noviembre del año 2019, razones suficientes para que este Despacho declare la improcedencia de la presente acción de tutela por no configurarse los requisitos de subsidiariedad e inmediatez que la rigen.

Por lo anterior este Despacho declarará improcedente la presente acción de tutela como mecanismo para obtener el reconocimiento y pago de la incapacidad médica señalada por la accionante Natalia Virgen Londoño.

Decisión

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Resuelve:

PRIMERO: Declarar improcedente la presente acción de tutela promovida por Natalia Virgen Londoño en contra de la Nueva E.P.S., por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notificar por el medio más expedito a las partes del contenido de esta decisión.

TERCERO: De no ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes, remítase la actuación a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase¹⁷

¹⁷ **NOTA ACLARATORIA:** La providencia se tramitó y suscribió por los canales electrónicos oficiales del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué y de la misma manera fue firmada.

Sentencia de tutela de primera instancia
Radicado: 73001-33-33-005-2022-00071-00
Clase de Proceso: Acción de Tutela
Accionante: Natalia Virgen Londoño
Accionada: Nueva E.P.S.

El Juez,


José David Murillo Garcés

Firmado Por:

Jose David Murillo Garces
Juez
Juzgado Administrativo
Oral 005
Ibague - Tolima

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

Código de verificación: **a836860aa9539ea468bef24180b6257881047f1d8b2b43346b34249175da578e**

Documento generado en 30/03/2022 06:34:58 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>