REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DE EJECUCION DE SENTENCIAS
SANTIAGO DE CALI

Acción de Tutela
Radicación**:** 760014003-0002-2023-00009-00
Accionante: SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE
Accionado: COMFENALCO VALLE EPS - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A

Sentencia de primera instancia **# 009.**

Santiago de Cali, 30 de enero de 2.023.

Procede el despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela instaurada por SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE, contra COMFENALCO VALLE EPS y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES YCESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, por considerar que se le están vulnerando los derechos fundamentales a LA SALUD, MINIMO VITAL y SEGURIDAD SOCIAL.

HECHOS Y PRETENSIONES

La gestora de amparo inicialmente hace alusión a que nació el 11 de octubre de 1976.

Que padece los siguientes diagnósticos médicos:

> "CÁNCER DE MAMA ESTADIO 3, NEUROPATÍA MIEMBRO INFERIOR IZQUIERDO, HIPERTENSIÓN ARTERIAL y OBESIDAD".

Que con ocasión de las referidas patologías el médico tratante le ha expedido una serie de incapacidades que han superado los 540 días.

Que instauró acción de tutela en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, y COMFENALCO VALLE DELAGENTE EPS, que le correspondió al Juzgado Dieciocho Penal Municipal con

Funciones de Control de Garantías de Cali, quien mediante la Sentencia de Tutela No. 200 del día 21 de diciembre de 2021, dispuso:

PRIMERO.- TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital y a la seguridad social de la señora SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE identificada con cédula de ciudadanía No. 66.999.872, vulnerados por LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. que a través de su representante legal, o quien haga sus veces, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, si aún no lo hubiese hecho, **reconozca y pague** a la señora SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE identificada con cédula de ciudadanía No. 66.999.872, las incapacidades que continuación se relacionan:

Numero Incapacidad	Fecha Inicio	Fecha Fin	Días Incapacidad	Días Acumulados
55666875	20210720	20210818	30	471
55666873	20210620	20210719	30	441
90096476	20210521	20210619	30	411
90096475	20210421	20210520	30	381
55646643	20210322	20210420	30	351
55646642	20210220	20210321	30	321
90095391	20210121	20210219	30	291

TERCERO. - NEGAR las solicitudes de que se paguen incapacidades desde el 27 de octubre de 2021 hasta el día 15 de enero de 2021, por parte de COMFENALCO VALLE DELAGENTE EPS, y todas aquellas incapacidades que puedan llegarse a ocasionar, con posterioridad al fallo, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Que el citado estrado judicial en cuanto a las incapacidades que pudiesen ocasionarse indicó:

> Finalmente, frente a la solicitud de que se ordene a COMFENALCO VALLE EPS que pague todas aquellas incapacidades que puedan llegarse a ocasionar, en razón de su estado de salud, con posterioridad al fallo, la tutela no puede prosperar sobre la base de actos o hechos inexistentes o imaginarios, lo cual, por el contrario, conduce a congestionar la administración de justicia de modo innecesario y perjudicial para ésta, pues claro ha señalado la Corte Constitucional[8] en señalar que la amenaza debe ser entonces, contundente, cierta, ostensible, inminente y clara,

Frente a lo anterior expresa que aunque presentaba mora en el pago de los aportes al SGSS, con el pago efectuado por la AFP PROTECCIÓN S.A, posteriormente logró ponerse al día en el pago de las cotizaciones hasta julio de 2022.

Que el 10 de noviembre de 2022, radicó derecho de petición ante la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, **con el fin de obtener el pago de las incapacidades por enfermedad general causadas desde el 19 de agosto de 2021 hasta el 17 de octubre de 2022;** y, La AFP no resolvió de fondo, en forma clara, precisa y de manera congruente lo solicitado por la suscrita.

Que en la misma fecha 10 de noviembre de 2022, radicó derecho de petición ante COMFENALCO VALLE DELAGENTE EPS *con el fin de obtener información respecto del pago de las incapacidades por enfermedad general causadas desde el 18 de octubre de 2021 hasta el 11 de noviembre de 2022,* las cuales se encontraban debidamente radicadas y no se había obtenido el pago ni una respuesta de fondo a la solicitud; **y la EPS mediante oficio de fecha 18 de noviembre de 2022, resolvió que las incapacidades se registraban en estado no autorizado por la causal mora en aportes.** Con lo cual considera que las accionadas vulnera los derechos fundamentales invocados en el escrito de tutela, pues el pago de las incapacidades se convierte en el único

ingreso con el que cuenta para solventar todas sus necesidades básicas, pues es una persona de escasos recursos económicos.

Finalmente solicita se le amparen sus derechos fundamentales invocados, y se ordene que dentro del término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela.

Las incapacidades desde el 19 de agosto de 2021 hasta el 26 de octubre de 2022, que corresponden al periodo de los 181 a los 540 días por parte de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Las incapacidades desde el 27 de octubre de 2021 hasta julio de 2022, que corresponden al periodo posterior a los 540 días por parte de COMFENALCO VALLE DELAGENTE EPS.

ACTUACIÓN PROCESAL:

La presente acción de tutela es admitida el día 17 de en enero de 2023, mediante auto No. T- 014 contra COMFENALCO VALLE EPS y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y se ordenó notificar y oficiar a la parte accionante, accionada y a los vinculados SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA, SATEM, SERVICIOS DE AYUDA TEMPORAL y JUZGADO DIECIOCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS DE CALI -VALLE, para que en el término perentorio de un día (1) se sirvieran dar explicaciones que consideraran necesarias respecto a los hechos y pretensiones de la presente acción de tutela.

RESPUESTA DEL VINCULADO JUZGADO 18 PENAL MUN ICIPAL DE CALI

El Juzgado vinculado ejerció oportunamente su derecho de defensa y contradicción, anexando 64 archivos digitales en PDF, ubicados en el consecutivo 05 de la presente tutela.

RESPUESTA DEL ACCCIONADO COMFENALCO EPS

La entidad accionada ejerció oportunamente su derecho de defensa y contradicción, anexando contestación con 23 archivos digitales en PDF, ubicados en el consecutivo 06 de la presente tutela.

RESPUESTA DEL VINCULADO SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A. (ARL SURA)

El Juzgado vinculado ejerció oportunamente su derecho de defensa y contradicción, anexando consta de 15 archivos digitales en PDF, ubicados en el consecutivo 07 de la presente tutela.

RESPUESTA DEL ACCCIONADO PROTECCIÓN AFP

La entidad accionada guardó silencio frente al requerimiento que le hizo el juzgado en el presente asunto.

PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, éste Juez Constitucional deberá determinar si la acción de tutela es procedente para solicitar el pago de las incapacidades reclamadas en el presente asunto. Verificado lo anterior, deberá resolver: ¿si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales LA SALUD, MINIMO VITAL y SEGURIDAD SOCIAL de la accionante al negarse a reconocer y asumir el auxilio correspondiente a las incapacidades originadas desde el 19 de agosto del 2021 hasta el mes de noviembre del 2022, posteriores a los 540 días.

CONSIDERACIONES

Este juzgado es competente para conocer y adelantar la presente acción de tutela, con fundamento en lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, el cual indica en su artículo primero que: *"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este decreto".*

A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela, debemos detenernos en el derecho fundamental que se predica vulnerado, con ello se ubica el hecho en el derecho a la salud y a la vida, que se encuentra previsto constitucionalmente en los artículos 11 y 49 de la Constitución Política.

Mediante la acción de tutela se busca la protección inmediata de los derechos constitucionales de carácter fundamental, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión, de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la Ley, razón por la que la Constitución Política de Colombia en su artículo 86, faculta a todas las personas para reclamar ante los jueces, la protección de sus derechos, mediante la acción de tutela y de acuerdo a su Decreto Reglamentario (2591 de 1991).

Cuando una persona natural o jurídica, acude a la administración de justicia en aras de buscar la protección de sus derechos, no puede desconocer las etapas procesales contempladas en el ordenamiento jurídico para el caso específico, y pretender, a través del ejercicio de otra acción (como la tutela), una pronta resolución del conflicto planteado.

Así las cosas, los sujetos procesales están llamados a observar con diligencia y cuidado la Constitución y la ley.

En este sentido, las personas deben acudir al proceso que la ley haya determinado para dirimir los diferentes conflictos, de manera que sólo se podrá hacer uso de la acción de tutela, cuando no exista en el ordenamiento otro mecanismo judicial o, cuando existiendo, la misma se utilice para evitar un perjuicio irremediable.

De la legitimación en la causa y la inmediatez

Sobre la legitimación de las partes:

Legitimación en la causa por activa. De acuerdo con lo previsto en el artículo 86 de la Carta Política, toda persona tiene derecho a interponer acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre. En desarrollo de dicho mandato Constitucional, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la referida acción de amparo: "*podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos*".

En esta oportunidad, este presupuesto se encuentra acreditado en tanto que la señora SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE interpuso la presente acción de tutela en nombre propio con el fin de reclamar la protección de sus derechos fundamentales que considera amenazados y vulnerados por la parte accionada.

Legitimación en la causa por pasiva El mismo artículo 86 superior dispone que la acción de tutela procede frente a la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, cuando la transgresión de los mismos proviene de la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares cuando se cumplan las condiciones previstas en la ley. Dicho mandato guarda correspondencia con lo previsto en los artículos 5º y 13 del Decreto 2591 de 1991.

En el asunto de la referencia, las entidades que fungen como demandadas son particulares que forman parte del Sistema General de Seguridad Social y prestan los servicios públicos de salud y de seguridad social, por lo que se encuentran legitimadas por pasiva dentro del trámite de tutela que se revisa.

Sobre la inmediatez

En reiteradas oportunidades, la Corte Constitucional ha sido clara en señalar que la procedencia de la acción de tutela se encuentra sujeta al cumplimiento del requisito de inmediatez. Al respecto, ha precisado que la protección de los derechos fundamentales, vía acción constitucional, **debe invocarse en un plazo razonable y oportuno contado entre la ocurrencia del hecho generador de la transgresión y la interposición del amparo**. Lo anterior, en procura del principio de seguridad jurídica y de la preservación de la naturaleza propia de la acción de tutela.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que si bien es cierto la acción de tutela no tiene un término de caducidad, **ello no debe entenderse como una facultad para promover la misma en cualquier tiempo**. Lo anterior, por cuanto a la luz del artículo 86 superior, el amparo constitucional tiene por objeto la protección *inmediata* de los derechos fundamentales. De allí que le corresponda al juez constitucional verificar el cumplimiento del principio de inmediatez y en efecto constatar si el tiempo trascurrido entre la aparente violación o amenaza del derecho y la interposición de la tutela es razonable en punto a lograr la protección invocada.

No obstante lo anterior, la propia jurisprudencia en la materia ha considerado que "(…) *no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela, (i) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. Y (ii) cuando la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros".*

Así las cosas, la Corte Constitucional ha reconocido la posibilidad de flexibilizar el estudio de la configuración del presupuesto de inmediatez, cuando: (i) evidencie que la vulneración se ha prolongado indefinidamente o es continuada, independientemente de que el hecho a partir del cual se inició la aludida vulneración sea lejano en el tiempo, o (ii) cuando atendiendo a la situación de la persona no sea posible exigirle que acuda a un juez, so pena de imponerle una carga desproporcionada.

Conforme lo expuesto, encuentra este Juez de tutela que para el caso objeto de revisión, el requisito de inmediatez se encuentra superado. Ello, pese a que la vulneración de los derechos invocados por la actora aparentemente no es continuada ni persiste, toda vez que se habla de incapacidades de más de cuatro meses, incapacidades superiores a los 540 días, donde al parecer la última paga data del 18 de agosto del 2021.

Por lo anterior, se advierte la necesidad de dilucidar el fondo del asunto con el objeto de establecer si hay lugar a la protección invocada como consecuencia de probarse la violación de los derechos cuya garantía, en palabras de la Corte, *"(….) no se agota con el simple paso del tiempo, sino que continua vigente mientras el bien o interés que se pretende tutelar pueda seguir siendo tutelado para evitar que se consume un daño antijurídico de forma irreparable".*

Adicionalmente, ha precisado esta Corporación que la procedencia de la acción de tutela en relación con el pago de incapacidades expedidas mucho antes de la instauración del amparo **está condicionada a la diligencia del peticionario respecto de la omisión o respuesta negativa de las entidades responsables.**

Sobre la subsidiaridad

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

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

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

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

Así las cosas, observa este Juez de Tutela que el mínimo vital del señor SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE, ***se encuentra ante una amenaza inminente***. Lo anterior, por cuanto padece múltiples y complejas patologías y no dispone de los recursos económicos necesarios para cubrir sus gastos mínimos de subsistencia, como consecuencia del no pago de sus incapacidades.

En ese orden de ideas, este operador de justicia estima que aun cuando existen, para el caso objeto de estudio, otros medios de defensa judicial, tales como la acción ordinaria ante el juez laboral o el trámite administrativo ante la Superintendencia de Salud, estos resultan ineficaces para conjurar la situación de vulneración de derechos fundamentales que padece el accionante. Lo anterior, encuentra su fundamento en: (i) el deterioro progresivo y marcado del mínimo vital del tutelante, que fue explicado en precedencia y (ii) su condición de sujeto de especial protección constitucional, derivada no solo de su situación de discapacidad sino también, del estado de debilidad manifiesta que presenta en razón de sus problemas de salud.

Con fundamento en lo expuesto, se considera que mediante la presente acción de tutela se busca evitar la consumación de un perjuicio irremediable que se materializa en la amenaza grave e inminente sobre el mínimo vital del peticionario, la cual requiere de medidas urgentes e impostergables para evitar su configuración. En consecuencia, se concluye que la presente acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad, pues pese a la existencia de otros mecanismos judiciales para ventilar las pretensiones del actor, los mismos no resultan idóneos ni eficaces para su situación particular.

Establecida la procedencia de la presente acción constitucional, este Juez Constitucional continuará con el planteamiento del problema jurídico y el esquema de resolución del mismo.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN CON EL PAGO DE INCAPACIDADES SUPERIORES A 180 DÍAS Y 540 DÍAS. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

Antes de exponer el marco normativo que rige el presente asunto, conviene distinguir entre tres conceptos complementarios pero diferenciables:

El ***certificado de incapacidad temporal,*** el cual resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir que surge de *"un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica"* y, por tanto, en su emisión *"el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada"*. Éste 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.

Desde un primer momento, el Legislador estableció un apartado especial para la regulación de los auxilios económicos por incapacidad laboral. En el artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo, determinó que los mismos se ofrecerían *"en caso de incapacidad comprobada para desempeñar las labores, ocasionada por enfermedad no profesional"* y determinó tanto la cantidad por la que serían reconocidos como los sujetos obligados a otorgarlos. Igualmente, el Decreto 2351 de 1965, aún vigente, prevé en su artículo 16 la obligación del empleador de reinstalar al empleado que se hubiere encontrado incapacitado por causa de enfermedad común. En virtud de esta norma, los dictámenes médicos determinan si la reincorporación debe hacerse al mismo puesto de trabajo o a otro compatible con la capacidad física del trabajador.

Después, el Decreto 770 de 1975 sustrajo de la órbita de responsabilidad del empleador el pago del auxilio de incapacidad, para radicarlo en cabeza de un agente externo a la relación laboral. De este modo, el artículo 9º de dicha normativa asignó al Instituto de Seguros Sociales la responsabilidad del pago de *"un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de[l] (…) salario de base, subsidio que (…) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días"*.

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 contempló la figura de la incapacidad en su artículo 206, conforme al cual los afiliados al Régimen Contributivo en salud tienen derecho al reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común. Así mismo, el Decreto 2463 de 2001, dispuso que las AFP, previo concepto favorable de recuperación, tienen la potestad de postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los 180 que se encuentran a cargo de las EPS siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Esta disposición se mantuvo sustancialmente en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, norma que actualmente regula la materia.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL POSTERIOR A LA VIGENCIA DE LA LEY 1753 DE 2015 EN MATERIA DE INCAPACIDADES POSTERIORES A LOS 540 DÍAS.

En consonancia con el cambio normativo que se produjo con la introducción de la Ley 1753 de 2015 en el ordenamiento jurídico, las Salas de Revisión de la Honorable Corte Constitucional han obedecido este mandato legal y han aplicado la disposición que, con claridad, asigna a las EPS la responsabilidad en el reconocimiento y pago de las incapacidades que se prolongan más allá de los 540 días.

De este modo, en la sentencia **T-144 de 2016**, la Sala Quinta de Revisión estudió el caso de una ciudadana que sufrió un grave accidente de tránsito, el cual ocasionó que fuera incapacitada por más de 540 días. Sin embargo, se dictaminó que la tutelante tenía un porcentaje de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, por lo cual no cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, pese a que continuaba en incapacidad médica.

Posteriormente, mediante la sentencia **T-200 de 2017**, la Sala Novena de Revisión se pronunció en relación con dos procesos de tutela acumulados y amparó los derechos de cada uno de los accionantes. En ambos casos, se habían prescrito incapacidades ininterrumpidas que sumaban más de 540 días sin que los actores pudieran acceder a una pensión de invalidez, pues en el primer caso el porcentaje de pérdida de capacidad laboral era inferior al 50% y en el segundo el actor ni siquiera había sido calificado.

En el citado fallo, la Corte Constitucional entendió que *"la regla actual de incapacidades que superan 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, es que deben asumirlas las EPS".* De este modo, consideró que mediante la Ley 1753 de 2015 se superó el déficit de protección que había sido evidenciado por la jurisprudencia constitucional anterior a su vigencia.

LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE ACCIÓN DE TUTELA EN EL CASO EN CONCRETO Y EN ESPECIAL EL DE INMEDIATEZ.

Su apreciación se fundamenta en la valoración de las circunstancias del caso, para derivar razones justificatorias de la "inactividad" de quien pide la protección de sus derechos fundamentales. Entre otras, la jurisprudencia unificada de la Corte Constitucional ha considerado las siguientes, como razones válidas: **(i)** la especial situación personal del tutelante; **(ii)** si la vulneración de los derechos fundamentales, presumiblemente, se extiende en el tiempo; **(iii)** la entidad de la vulneración alegada; **(iv)** la actuación de la

persona o ente contra la que se dirige la tutela; y **(v)** los efectos de la eventual protección de los derechos.

CASO CONCRETO

La señora SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE presentó acción de tutela contra COMFENALCO VALLE EPS - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, por considerar que la negativa por parte de la AFP sobre el pago de las incapacidades prescritas por su médico tratante, desde el 19 de agosto del 2021 hasta el 17 de octubre del 2022 hasta julio de 2022, que corresponden al periodo posterior a los 540 días por parte de COMFENALCO VALLE DELAGENTE EPS, vulnera sus derechos fundamentales a MÍNIMO VITAL Y SEGURIDAD SOCIAL.

En el caso propuesto, si bien entre la actuación presuntamente violatoria de los derechos alegados (que corresponde al pago del último periodo de incapacidad a la tutelante, por la AFP PROTECCIÓN) y la interposición de la acción transcurrieron más de cuatro (04) meses, se está en presencia de una *persona vulnerable*, cuyos derechos, posiblemente, están actualmente afectados por la omisión de la entidad demandada.

Por una parte, la situación de la tutelante es la de una persona, *con un cuadro clínico complejo, con restricciones físicas para desempeñar una labor u oficio y cuya subsistencia y pago de la seguridad social, depende del pago de dichas incapacidades*.

De otro lado, se trata de una persona a la que, a pesar de que hasta ahora no se hace acreedora de una pensión de invalidez, tampoco se ha culminado su tratamiento y mucho menos proceso de atención médica; y a quien, en atención al vencimiento del término de ciento ochenta (180) días de incapacidad a cargo de la EPS, la entidad PROTECCIÓN no ha reconocido el pago de los días de incapacidad que a partir del 19 de agosto del 2021 se han generado, sin que la tutelante cuente con una fuente de ingreso alterna, esto teniendo en cuenta que en le escrito de tutela manifestó que con los periodos que le fueron amparados en el fallo proferido por el Juzgado 18 Penal Municipal de Cali, se puso al día con el pago de la seguridad social hasta el mes de julio del 2022; y, que el 10 de noviembre del 2022, radicó petición a la AFP solicitando el pago de las incapacidades del siguiente periodo, *dándole esta como respuesta que no era procedente debido a la mora que presentaba en el pago de la seguridad social.*

Son, pues, razones válidas para considerar que el requisito de inmediatez se cumple, las siguientes:

> En primer lugar, los efectos de las omisiones alegadas se mantienen en el tiempo; de un lado, la condición de enfermedad no ha desaparecido y, de otro, la falta de pago del auxilio de incapacidad, asociado a la imposibilidad de la tutelante de obtener un empleo, afecta su posibilidad de proveerse, de manera autónoma, los elementos materiales necesarios para una vida digna.
>
> En segundo lugar, la condición respecto a la patología de la tutelante la cual le impide un relacionamiento social idóneo, en especial, para proteger sus derechos y dar cumplimiento a los deberes exigidos por PROTECCIÓN, de manera escrita, para acceder al pago del auxilio de incapacidad.

El desconocimiento de estas razones supondría, para la tutelante, la imposición de una carga que conduce al sacrificio injustificado de sus derechos de acceso a la administración de justicia y a la seguridad social, expresamente reconocidos por el artículo 48 de la Constitución Política.

La salud, según se desprende del artículo 49 de la Constitución y de la jurisprudencia respecto de la salud como derecho social fundamental, ha precisado que dichos deberes incluyen dimensiones positivas y negativas. Las primeras implican, entre otras, que el Estado debe sancionar a quienes dilaten la prestación del servicio, así como adoptar medidas para proteger a los grupos vulnerables o marginados. En virtud de las segundas se imponen a los actores del sistema de salud el deber de abstenerse de denegar o limitar el acceso igualitario de todas las personas a los servicios de salud.

Para garantizar la calidad y la sostenibilidad financiera del servicio público de salud, el legislador dispuso, por un lado, que las personas pertenecientes al régimen contributivo debían asumir una parte de los costos, mediante el pago de cotizaciones al sistema, bien de forma directa o por intermedio de sus empleadores. La falta de contribución al sistema, según la normativa vigente, da lugar a la suspensión de la atención médica por parte de las entidades promotoras de salud.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, si la mora en el pago de las cotizaciones es justificada, y existe allanamiento a la mora por parte de la entidades prestadoras del servicio, resulta procedente la protección constitucional del beneficiario de la atención en salud. Esta garantía, se ha considerado, no resulta lesiva de la estabilidad financiera del sistema, si se tiene en cuenta que las entidades están llamada a proteger y garantizar los derechos constitucionales de sus beneficiarios, por encima de aquellos trámites administrativos e intereses de índole económico o patrimonial.

En ese orden, este juez constitucional encuentra demostrado que la señora SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE radicó ante LA ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN petición escrita en las que requería el pago de los auxilios por incapacidad General prescritos a su favor, demostrándose además, que la accionante ha sido incapacitada de manera continua por un término que supera ampliamente los 540 días, y que fue calificada con más del 40% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración 12 de octubre del 2021.

Así las cosas, se encuentra que la presente tutela, desde un punto de vista formal, resulta procedente, pues la tutelante ha actuado con notoria diligencia, pese a su estado de salud, radicó derecho de petición el 17 de octubre del 2022, y en un término inferior a los seis (6) meses interpuso la acción de tutela en un plazo razonable y su derecho fundamental al mínimo vital continúa afectado. ***En tal sentido, se considera que la presente acción de tutela cumple con el requisito de inmediatez.***

En ese orden, y para efectos de brindar una protección INTEGRAL efectiva a los derechos invocados por la actora, este juez de tutela ve necesario recordar que tratándose de un sujeto de especial protección constitucional, que padece de múltiples enfermedades degenerativas y complejas como:

> "CÁNCER DE MAMA ESTADIO 3, NEUROPATÍA MIEMBRO INFERIOR IZQUIERDO, HIPERTENSIÓN ARTERIAL y OBESIDAD".

Que se encuentra incapacitada desde hace más de 540 días, *y presenta un concepto desfavorable de rehabilitación y una pérdida de capacidad laboral superior al 40%*, que su actividad física en su vida diaria es muy limitada, y a pesar de contar con incapacidades prescritas por sus médicos tratantes desde 19 de agosto del 2021, no ha podido recibir el correspondiente pago por incapacidades médicas y que dicho pago remplaza no solo su salario y es indispensable para su subsistencia y manutención, sino que además de dicha fuente de ingreso depende el pago de su seguridad social para ponerse el día.

En el caso *sub examine* y teniendo como base la legislación y jurisprudencia en la materia, la cual fue expuesta en la parte considerativa del presente fallo, quienes están llamados a reconocer y cancelar las incapacidades superiores a los 540 días que fueron expedidas por los médicos tratantes de la señora SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE, es el FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN.

Expresamente las aquí denunciadas (desde el 19 de agosto del 2021 hasta el mes de noviembre del 2022) y las que se sigan causando conforme a las patologías descritas en el presente trámite, hasta obtener un concepto favorable de rehabilitación y /o una perdida de capacidad laboral que le permita acceder a la pensión de invalidez y evitar que a futuro tenga que presentar acciones de tutela por el no pago de incapacidades por las patologías aquí enunciadas.

Llama la atención que Protección no haya atendido el requerimiento efectuado por el juzgado, y que tampoco hubiese emito respuesta de fondo a la promotora de amparo, frente al derecho de petición presentado el 10 de noviembre de 2022, el cual según las voces de la accionante no fue claro, congruente ni resolvió lo solicitado por ella respecto a las incapacidades deprecadas en este asunto, dando así aplicación a lo dispuesto en el artículo 20 del decreto 2591 del 91, teniendo como consecuencia por ciertos los hechos referidos en el libelo genitor.

Revisada la base de datos de compensación de la EPS se identifica mora y niega el reconocimiento de prestación económica según:

Periodo	Identificación Afiliado	Nombre	Identificación Aportante	Aportante	Estado	Fecha Aporte
202211	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	1 - EN MORA	
202210	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	1 - EN MORA	
202209	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	1 - EN MORA	
202208	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	1 - EN MORA	
202206	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	1 - EN MORA	09/08/2022
202205	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	1 - EN MORA	09/08/2022
202204	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	1 - EN MORA	09/08/2022
202203	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	1 - EN MORA	09/08/2022
202202	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	1 - EN MORA	09/08/2022
202201	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	1 - EN MORA	09/08/2022
202112	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	1 - EN MORA	09/08/2022
202111	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	1 - EN MORA	09/08/2022
202110	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	1 - EN MORA	09/08/2022
202109	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	1 - EN MORA	09/08/2022
202108	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	1 - EN MORA	09/08/2022
202105	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	1 - EN MORA	16/07/2021
202104	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	66999872	SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE	1 - EN MORA	16/07/2021

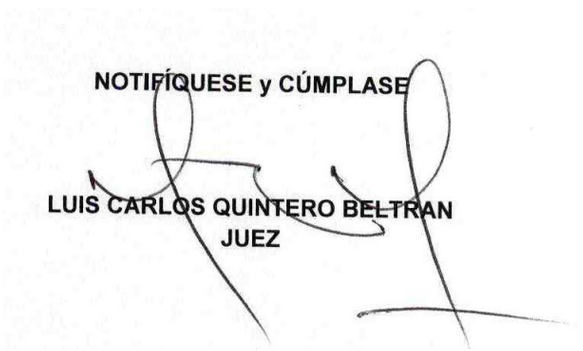
Por lo anteriormente expuesto, y sin otras consideraciones, el Juzgado Segundo civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1°.- TUTELAR el derecho fundamental a LA SALUD, MINIMO VITAL y SEGURIDAD SOCIAL, de la señora **SANDRA PATRICIA JIMENEZ ANDRADE** , identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 66.999.872**,** por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2°.- ORDENAR al representante legal del Fondo de Pensiones Protección que dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la presente sentencia y si aún no lo ha hecho, reconozca y pague las *"incapacidades superiores a los 540 días desde el 19 de agosto del 2021 hasta el mes de noviembre del 2022,* y las que se sigan causando conforme a las patologías descritas en el presente trámite, hasta obtener un concepto favorable de

rehabilitación y /o una pérdida de capacidad laboral que le permita acceder a la pensión de invalidez y evitar que a futuro tenga que presentar acciones de tutela por el no pago de incapacidades por las patologías aquí enunciadas.

3°.- NOTIFICAR ésta decisión a las partes, en los términos que consagra el artículo 30 del Decreto 2591/91.

4°.- REMITIR el expediente, en caso de no ser impugnado este fallo, a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (Art. 32 Decreto 2591/91).