

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**JUZGADO OCTAVO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE
CALI
SENTENCIA DE TUTELA No.003**

Santiago de Cali, treinta (30) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Asunto: ACCIÓN DE TUTELA

Accionante: NYDYA ANGELICA ZUÑIGA ZUÑIGA.

Accionado: COMFENALCO VALLE EPS y FUNDACIÓN CLINICA INFANTIL CLUB NOEL.

Radicación: 008-2023-00003

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el despacho a resolver sobre la solicitud de amparo constitucional elevada por **NYDYA ANGELICA ZUÑIGA ZUÑIGA** en nombre propio contra **COMFENALCO VALLE EPS y FUNDACIÓN CLINICA INFANTIL CLUB NOEL**, por la presunta vulneración del derecho fundamental de la vida en condiciones dignas en relación con la salud, la seguridad social y mínimo vital.

II. ANTECEDENTES

A. HECHOS

Manifiesta el accionante que, se encuentra afiliada a la EPS Comfenalco EPS en calidad de trabajadora de la Fundación Clínica Infantil Club Noel.

Que el día 20 de agosto de 2015, sufrió accidente de caída de escaleras que ocasiono SINOVITIS Y TENOSINOVITIS, ARTROSIS, HALLEUX VALGUS, ESCOLIOSIS con ruptura de ligamentos a nivel del tobillo del pie IZQUIERDO

Por lo anterior, el médico tratante le ha otorgado incapacidad desde el día 20 agosto de 2015 de hasta la fecha, incapacidad continua e ininterrumpida.

Expone que la EPS como la fundación están retardando el pago de las incapacidades de los meses de noviembre y diciembre del año 2022, y enero del año 2023.

Agrega que, al momento de presentar las incapacidades al punto de autorización de pago de la EPS, le informan que no le realizarían el pago, que debían ser pagadas por la Fundación Clínica Club Noel y la Fundación Clínica Club Noel, manifestó que tampoco las paga hasta que la EPS no les pague ellos tampoco las pagaran.

En consecuencia, de lo anterior, el no pago de las incapacidades ha generado una afectación gravísima a su mínimo vital.

B. DERECHO VULNERADO Y PRETENSIONES

La parte actora reclama el amparo constitucional de los derechos fundamentales de la vida en condiciones dignas en relación con la salud, la seguridad social y mínimo vital, pretendiendo que se ordene a **COMFENALCO VALLE EPS y FUNDACIÓN CLINICA INFANTIL CLUB NOEL**, realicen el pago de las incapacidades desde el 05 de noviembre de 2022 al 04 de diciembre de 2022 por 30 días, 05 de diciembre de 2022 al 03 de enero de 2023 y del 04 de enero de 2023 al 02 de febrero de 2023.

C. INTERVENCIÓN DE LA PARTE ACCIONADA

C.1. COMFENALCO VALLE E.P.S.

Mediante escrito presentado el 20 de enero de 2023, el apoderado judicial de **COMFENALCO VALLE EPS**, manifiesta que, procede a validar el estado de las incapacidades de la usuaria NYDYA ANGELICA ZUÑIGA ZUÑIGA las cuales se encuentran AUTORIZADAS a cargo del Empleador FUNDACION CLINICA INFANTIL CLUB NOEL.

El usuario se encuentra afiliado a la EPS Comfenalco Valle en calidad Cotizante Dependiente y indica que la obligación del empleador cancelar las incapacidades en la periodicidad de la nómina sin que se vea afectado el trabajador.

C.2. FUNDACIÓN CLINICA INFANTIL CLUB NOEL

Manifiesta que, es cierto es que accionante está vinculada con dicha entidad desde el 10 de marzo de 2014.

Agrega que, de acuerdo a las incapacidades presentadas, la accionante se encuentra incapacitada por el diagnóstico S924 FRACTURA DE LOS HUESOS DEL DEDO GORDO DEL PIE con concepto de rehabilitación FAVORABLE desde el 20 de agosto de 2015 hasta el 18 de abril de 2020 e inició un nuevo ciclo de incapacidades desde el 05 de agosto de 2020 a la fecha por este mismo diagnóstico, lo que significa que en este nuevo ciclo lleva más de 860 días de incapacidad.

Expresa que, realizó el pago de las incapacidades desde el día 5 de agosto de 2020 hasta el 15 de octubre de 2022 y ha continuado el pago de la seguridad social y las prestaciones sociales sin interrupción a la fecha.

El pago de las incapacidades fue suspendido ya que la responsabilidad, está en cargo de las entidades de la seguridad social, se decidió suspender los pagos de las incapacidades a partir del 16 de octubre de 2022 con previa notificación a la colaboradora hasta que se reciba por parte de la EPS la acreencia para hacer el respectivo reintegro a la colaboradora que al momento no se ha recibido ningún pago por este concepto por parte de la EPS Comfenalco.

Indica que, existen esas dos incapacidades las cuales fueron radicadas a Comfenalco, para su respectivo pago y hasta la fecha no se ha recibido el pago.

III. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

En el presente caso, es competente el Juzgado para dictar sentencia de primer grado de conformidad con el Art. 86 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 27 a 30 del Decreto 2591 de 1991.

B. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que debe resolver esta instancia se contrae en determinar si **COMFENALCO VALLE EPS y FUNDACIÓN CLINICA INFANTIL CLUB NOEL**, se encuentran vulnerando los derechos fundamentales de la vida en condiciones dignas en relación con la salud, la seguridad social y mínimo vital de la señora **NYDYA ANGELICA ZUÑIGA ZUÑIGA**.

C. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

a. Marco legal. La Carta Política de 1991 albergó en su articulado, entre otros mecanismos que desarrollan el Estado Social de Derecho, la acción de tutela, como la herramienta adecuada para la defensa de los derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que la acción o la omisión de una autoridad pública los amenace o los vulnere y excepcionalmente frente a los particulares.

En cumplimiento de sus fines, la acción de tutela ha sido reglamentada para que tenga prevalencia sobre otros asuntos, creando un trámite preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales de los coasociados.

b. Derecho a la salud. En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional, ha establecido que esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. También fue copiosa la jurisprudencia, referida a que el derecho a la salud debía considerarse como fundamental por conexidad¹, cuando en determinados casos, su protección recae directamente en otro derecho fundamental como la vida digna, procediendo a ordenar la práctica de tratamientos, en virtud de la primacía de la Constitución al amparar el citado derecho fundamental.

Posteriormente la misma Corte moduló sobre la salud como derecho fundamental de aplicación directa, manifestando en la sentencia T-540 de 2009:

“En reiteradas ocasiones, durante los últimos años esta Corporación enfatizó la garantía por parte del Estado del derecho a la salud, en vista de las constantes situaciones y reclamos presentados respecto a su efectivo cumplimiento, puesto que en la gran mayoría de los casos los accionantes se

¹ Ver entre otras las sentencias la SU-180 de 1997 y T-1255 M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, T-488 de 2001, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentarúa.

vieron afectados a causa de la inobservancia por parte de las entidades prestadoras del servicio, en temas recurrentes como la negación de un medicamento o la realización de tratamientos. Recientemente, ésta Corte en la Sentencia T- 760-08² se refirió, en forma general, a la necesidad de dar a los ciudadanos acceso preferente al servicio de salud, teniéndose éste como un derecho fundamental de aplicación directa, cuya protección no sólo se logra invocándolo como derecho conexo con el derecho fundamental a la vida digna (como se venía estableciendo anteriormente), sino estatuyendo que en ciertas circunstancias goza de un carácter “autónomo”. De dicha Sentencia, se destaca lo siguiente:

*“Al respecto la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el **derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’**, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.³ Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. **En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud**, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.⁴ La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.⁵”*

² T-760-08 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

³ En la sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) se dice al respecto: “Así las cosas, puede sostenerse que tiene *naturaleza de derecho fundamental*, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos. || 13. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.” Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-060 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

⁴ Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en la sentencia T-076 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-631 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-837 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) en este caso la Corte consideró que “(...) *tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela (...)*”. En este caso se tuteló el acceso de una persona beneficiaria del régimen subsidiado a servicios de salud incluidos en el POSS (Histerectomía Abdominal Total y Colporrafia posterior) pero cuya cuota de recuperación no podía ser cancelada por el accionante.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto) se autorizó la práctica de la cirugía plástica ordenada por el médico cirujano, con el propósito de extraer el queloide que tenía la menor beneficiaria de la tutela en el lóbulo de su oreja izquierda, aun cuando la función auditiva de la menor no se veía afectada. Para la Corte “[n]o se trata de una cirugía cosmética o superflua sino de una intervención necesaria y urgente recomendada por el médico cirujano y relacionada con la posibilidad de superar problemas de cicatrización que presenta la niña. (...) de manera que pueda recuperar su apariencia normal y restablecer de manera integral su salud.”

En la misma Sentencia, se hace aclaración expresa de las vías por las cuales la Corte estableció que se protege el derecho a la salud, haciendo énfasis en su carácter de fundamental. Respecto de lo cual señala lo siguiente:

“El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna”

Así pues, la jurisprudencia constitucional superó la concepción indicada por muchos años, según la cual, la salud solo adquiere carácter de fundamental estando en conexidad con otros derechos fundamentales, y en la actualidad lo protege como derecho fundamental ‘autónomo’.⁶ La Corte también consideró explícitamente que el derecho a la salud es fundamental y tutelable, en aquellos casos en los que la persona que requiere el servicio de salud es un sujeto de especial protección constitucional.”

c. incapacidades médicas. ha sostenido la jurisprudencia constitucional que el amparo de tutela prospera en el evento en que se encuentre afectado el mínimo vital a que tiene derecho el accionante, sea este dependiente o independiente; en lo tocante expuso en la Sentencia T-195 de 2014 (M.P. Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO):

“4. Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de acreencias laborales:

El ordenamiento jurídico colombiano ha establecido determinados mecanismos judiciales para resolver aquellas controversias que tengan como objetivo obtener el reconocimiento de prestaciones sociales. Por tal razón, la Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades, ha manifestado que, en principio, la acción de tutela no es la vía adecuada para resolver este tipo de asuntos, en razón a su carácter subsidiario.

Sin embargo, cuando los medios ordinarios establecidos para la solución de esta clase de solicitudes no resulten eficaces o idóneos, cuando se esté en presencia de un perjuicio irremediable, o cuando el peticionario es considerado como un sujeto a quien el Estado le debe brindar un amparo especial, la corporación ha señalado que la acción de tutela se torna procedente de manera excepcional.

⁶ Así por ejemplo, en la sentencia T-845 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) se resolvió “(...), tutelar la salud como derecho fundamental autónomo (...)”.

De igual manera, la jurisprudencia de este tribunal ha sostenido que dado el carácter excepcional de la acción de tutela, cuando esta se presenta para reclamar el pago de prestaciones sociales, deben concurrir ciertos supuestos para que la misma proceda, a saber: "(i) que sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público".⁷

Ahora bien, **las incapacidades son entendidas como una prestación social** consistente en el reconocimiento económico a favor de un afiliado cuando este ha sufrido una pérdida de capacidad temporal y, por ende, no puede desarrollar su oficio habitual. Estas prestaciones pueden ser generadas como consecuencia de una enfermedad común o profesional o por la ocurrencia de un accidente de trabajo, correspondiéndole a las EPS cubrir el pago en el primer caso y a las ARP en los dos últimos.

Bajo ese entendido, dado el carácter económico que tiene el reconocimiento de las incapacidades, en principio, cuando alguna de las entidades mencionadas niega su pago, el amparo por vía de esta acción constitucional no resultaría procedente. No obstante, en el evento en que se vean conculcados los derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital del afiliado, cabría la protección por medio de tutela.

Así, cuando lo pretendido es el pago de incapacidades, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, aunque ello guarda relación con una faceta económica, su no reconocimiento puede conllevar la vulneración de los derechos fundamentales del solicitante pues, en la mayoría de los casos, esta prestación se convierte en la única fuente de ingresos del afectado, permitiéndole atender sus necesidades básicas y las de su familia durante el periodo en el cual, involuntariamente, se tiene que apartar de su actividad laboral."

Al respecto la Corte ha manifestado que:

"De esta manera, el pago de las incapacidades laborales adquiere especial importancia y se justifica, por cuanto sustituye el salario del trabajador durante el tiempo en el que éste, en razón de su enfermedad, se encuentra imposibilitado para ejercer su profesión u oficio. Por tanto, hay lugar a su protección por vía de tutela, cuando su no reconocimiento y pago, afecta el derecho al mínimo vital, al constituir aquel la única fuente de ingresos para garantizar su subsistencia y la de su familia, y no es posible que dicha protección se logre de manera oportuna, a través de los mecanismos ordinarios de defensa."⁸

⁷ Sentencia T-920 de 2009.

⁸ Sentencia T-498 de 2010.

A la luz de lo expuesto, se encuentra que, en principio, la acción de tutela no es procedente para obtener el reconocimiento y pago de acreencias laborales como las incapacidades generadas por enfermedades comunes, laborales o accidentes de trabajo, pues existen otros mecanismos de defensa para lograr dicho fin. Sin embargo, la idoneidad y eficacia de esas opciones jurídicas deben ser analizadas en cada caso, toda vez que el requisito de subsidiariedad adquiere cierta flexibilidad cuando se trata de personas que por sus condiciones de vulnerabilidad merecen una especial protección constitucional, como es el caso de quienes padecen una condición de salud delicada por causa de una enfermedad grave.

Aunado a lo anterior, dado que las incapacidades generadas en la mayoría de los casos sustituyen el medio de subsistencia del afectado **“se presume que las mismas son la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizarse su mínimo vital y el de su familia, como ocurre con su salario.”**⁹ Por ende, una negativa en su reconocimiento tendría como consecuencia la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital, razón por la cual la tutela se torna procedente”.

Por último, en la Sentencia T-956 de 2008, la H. Corte Constitucional, precisa el uso de **la teoría del allanamiento a la mora** al reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad general, en los siguientes términos:

“(…) En la oportunidad que se trae a colación, recordó también la Sala la línea jurisprudencial elaborada **“con apoyo en la teoría del allanamiento y el principio de buena fe”**, a cuyo tenor, pese a la mora de los empleadores o trabajadores independientes en el pago de sus cotizaciones a la Seguridad Social, las Empresas Prestadoras de Salud están obligadas a reconocer y pagar las prestaciones económicas por incapacidad, “por haber incumplido también su deber de adelantar las acciones de cobro correspondientes y no oponerse oportunamente al pago extemporáneo.”¹⁰

2. La Corte Constitucional ha sostenido que cuando se presenta el fenómeno del allanamiento a la mora, es decir, cuando hay un pago extemporáneo por parte del empleador, pero la entidad prestadora de servicios de salud lo recibe, es ésta la responsable de cancelar la incapacidad por enfermedad general del trabajador:

“Bajo esta línea argumentativa, aun cuando el empleador o el trabajador independiente hayan cancelado de manera tardía o de manera incompleta las cotizaciones en salud, pero la EPS no lo haya requerido para que lo hiciera, ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que la EPS se allanó en la mora por la mera aceptación del dinero, y

⁹ Sentencia T-680 de 2008.

¹⁰ Sentencia T-956 de 2008.

por tanto se encuentra obligada a pagar la incapacidad laboral del trabajador o cotizante independiente.”¹¹

IV. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

De la narración vertida en el libelo, encuentra la instancia que, la presunta violación de derechos se atribuye al no pago de la incapacidad otorgada a la afiliada por el médico tratante, por 30 días desde el 05/11/2022 hasta 04/12/2022, por 30 días desde el 05/12/2022 hasta 03/01/2023 y por 30 días desde el 04/01/2023 hasta 02/02/2023, justificando la defensa de la accionada que, el “*empleador*” se encuentra en la obligación de cancelar las incapacidades en la periodicidad de la nómina sin que se vea afectado el trabajador.

Sin embargo, en su respuesta manifiesta que la incapacidad se encuentra en estado autorizada, mas no se encuentra liquidada, ni pagada.

En consecuencia, es claro para este estrado judicial que COMFENALCO VALLE EPS se encuentra vulnerando los derechos fundamentales de la vida digna y afectación al mínimo vital a la actora, pues la señora ZUÑIGA ZUÑIGA requiere del dinero de las incapacidades para cubrir sus gastos y mientras pase el tiempo sin recibir dicho pago, sus derechos fundamentales continúan siendo conculcados.

En vista de las anteriores consideraciones, se protegerán a la afectada sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordenará a la empresa COMFENALCO VALLE EPS, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo hubiere hecho, disponga sobre el reconocimiento, liquidación y pago, de las incapacidades otorgadas y reclamadas por la beneficiaria.

V. DECISIÓN

*En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS DE SANTIAGO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.*

VI. RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER el amparo constitucional solicitado por la señora **NYDYA ANGELICA ZUÑIGA ZUÑIGA**, respecto de los derechos fundamentales de la vida digna, por afectación de mínimo vital y seguridad social, los cuales están siendo violados por **COMFENALCO VALLE EPS**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

¹¹ Respecto del allanamiento de la EPS a la mora del empleador o del trabajador independiente, ver entre otros, los siguientes fallos, referentes al pago de incapacidades laborales: T-972 de 2003, T-413 de 2004, T-855 de 2004, T-1059 de 2004, T-789 de 2005, T-094 de 2006, T-274 de 2006, T-761 de 2006, T-956 de 2006, T-466 de 2007 y T-483 de 2007.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal de **COMFENALCO VALLE EPS**, o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, sin aún no lo hubiere hecho, disponga conforme a derecho el reconocimiento, liquidación y pago de las incapacidades prescritas a la señora **NYDYA ANGELICA ZUÑIGA ZUÑIGA**, con fecha de inicio 05/11/2022 hasta 04/12/2022 por 30 días, desde 05/12/2022 hasta 03/01/2023 por 30 días, desde 04/01/2023 hasta 02/02/2023 por 30 días, debiendo reportar al Juzgado los respectivos soportes de pago.

TERCERO: Desvincular de este trámite constitucional a la **FUNDACIÓN CLINICA INFANTIL CLUB NOEL**, toda vez que no está incurso en los hechos denunciados como violatorios de los derechos fundamentales de la accionante, sin embargo, se insta a su representante legal como al aportante independiente, realizar los pagos oportunos al SGSSS, a fin de evitar situaciones como la que argumentó la EPS.

CUARTO: NOTIFICAR inmediatamente de éste fallo a las partes, quienes podrán impugnarlo dentro de los tres (3) días siguientes, quien para ello deberá acreditar la fecha exacta en que fueron notificados. De no hacerlo, remitir el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
EL JUEZ,**



CESAR AUGUSTO MORENO CANAVAL