



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, Tres (03) de Marzo de dos mil Veinte (2020)

**RAD: 20001 40 03 007 2019 01278 00** Acción de tutela de segunda instancia promovida por **ROSALIA OSPINO MOLINA** contra **SALUD TOTAL EPS**. Derecho Fundamental al Mínimo Vital y a la salud.

**ASUNTO A TRATAR:**

El Despacho procede a resolver la impugnación interpuesta por la parte accionada SALUD TOTAL EPS contra la sentencia de primera instancia de fecha 15 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Valledupar, Cesar, dentro de la acción de tutela de la referencia.

**HECHOS:**

Como fundamento fáctico de la acción constitucional la parte accionante adujo, en síntesis, lo siguiente:

1. Se encuentra vinculado al Sistema General de Seguridad Social en el régimen contributivo, afiliado como cotizante cabeza de familia a la entidad SALUD TOTAL EPS.
2. Que, se encuentra padeciendo diversas patologías, entre estas, cáncer de colon, diabetes y la ausencia de 2 dedos de la mano izquierda lo cual genera incapacidades que la EPS no transcribe.
3. Posteriormente, ha transcrito a través de la asociación de madres comunitarias, por medio de la cual, está afiliada al sistema de Salud, todas las incapacidades con un total de 80 días sin que la EPS haya procedido al pago.
4. Que desde hace dos meses solicita el pago de las incapacidades médicas por escrito y de manera verbal, teniendo en cuenta que estas se encuentran transcritas y listas para el pago.
5. En consecuencia, se ha generado una afectación grave al mínimo vital de la accionante, de modo que se encuentra en dependencia de la transcripción, reconocimiento y pago de la incapacidad médica, por medio de la cual, solventa necesidades básicas de esta y su familia.

### **PRETENSIONES:**

En virtud de lo anterior, la parte accionante solicitó que se le tutelén los derechos fundamentales al Mínimo Vital, a la Seguridad Social, a la salud, al derecho de petición, a la igualdad y al debido proceso y, en consecuencia, se le ordene a SALUD TOTAL EPS realizar el pago de manera inmediata sin dilaciones de las incapacidades correspondientes a los siguientes periodos: Del 7 de Julio de 2019, al 5 de Agosto de 2019, del 6 de Agosto de 2019 al 4 de Septiembre de 2019, del 5 de Septiembre de 2019 al 25 de Septiembre de 2019, del 4 de Octubre de 2019, al 3 de Noviembre de 2019, para un total de 110 días de incapacidad

Así mismo conminar que la presente orden impartida por el Juez sea de inmediato cumplimiento.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El *iudex a quo* finalmente con sentencia de 15 de enero de 2020, tuteló los derechos fundamentales a la Salud y a la Vida Digna de ROSALIA OSPINO MOLINA, conculcado por SALUD TOTAL E.P.S.

En consecuencia, ordenó a SALUD TOTAL EPS, que, dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la comunicación de esta providencia, se sirva transcribir y cancelar a favor de ROSALINA OSPINO MOLINA, las incapacidades con fecha de inicio:

- Del 7 de Julio de 2019, al 5 de agosto de 2019.
- Del 6 de agosto de 2019 al 4 de septiembre de 2019.
- Del 5 de septiembre de 2019 al 25 de septiembre de 2019.
- Del 4 de octubre de 2019, al 3 de noviembre de 2019.

Para un total de 110 días de incapacidad.

Así mismo, se indicó que, una vez cumplida la orden proferida, la accionada sea prevenida de comunicar de inmediato al juzgado, en caso de no hacerlo, se dará la aplicación a los dispuesto en el artículo 27 de Decreto 2591 de 1991.

Al considerar que revisado el expediente se observa que efectivamente la EPS notificó el 29 de octubre de 2019 respecto a una incapacidad superior a 120 días, es decir, lo hizo antes de cumplirse los 120 días de incapacidad y como señala la norma que aun así son ellos los competentes hasta los 180 días quienes deben cancelar el pago de las incapacidades descritas durante ese periodo.

### **FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:**

Dentro del término legal, el accionado impugnó el fallo de primera instancia para manifestar lo siguiente:

Alega que, el Juzgado primero concede el amparo de los derechos de ROSALIA OSPINO MOLINA, sin tener en cuenta que SALUD TOTAL EPS no ha incurrido en la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, así mismo, manifiesta que la presente orden incurre en un "yerro" debido a que el pago de prestaciones económicas exigidas podrían incurrir en doble pago ya que la actora cuenta con Concepto de Rehabilitación Integral Desfavorable y es deber de la Administración del Fondo de Pensiones proceder con la calificación de la pérdida de capacidad laboral dentro de los 30 días siguientes a dicho concepto, sin embargo, dicho cumplimiento ha sido omitido por el fondo de Pensiones y no fue tenido en cuenta por el juzgador.

Argumentan que el agente judicial no precisó la correspondencia de la administradora del Fondo de Pensiones en cuanto al pago de incapacidades en las que se podría llegar al porcentaje exigido para la pensión de invalidez, es así como también se alude que es la empleador quien no ha cumplido con el pago de los emolumentos frente a su trabajadora, siendo esta COTIZANTE DEPENDIENTE y por ende su empleador es quien tiene el deber legal frente al pago reclamado.

Manifiestan, frente a la solicitud de recobro ante el ADRES por la totalidad de las prestaciones ordenadas, el sentenciador omite pronunciarse pese a que es de conocerse que dichos pagos no le corresponden a la EPS.

Así las cosas, frente a la presente acción, se está ante PRETENSIONES DE CARÁCTER NETAMENTE ECONOMICAS por lo que corresponde a la actora acudir ante la Justicia Ordinaria Laboral al ser esta la jurisdicción competente para fallar este tipo de pretensiones.

En virtud de lo anterior, solicita revocar y declarar que el presente caso se encuentra ante una clara inexistencia de vulneración de derecho fundamental alguno, se desvincule a SALUD TOTAL EPS por la falta de LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, requerir a la accionante a que acuda ante la Justicia Ordinaria Laboral por falta del requisito de subsidiaridad en el presente caso y en el evento en que se acceda a las pretensiones de la accionante de forma total o proporcional solicitar que en subsidio se incluya la orden de recobrar a la Nación Ministerio de Salud y Protección Social - Administradora de Recursos en Seguridad Social (ADRES), en favor de SALUD TOTAL EPS, por el 100% de los pagos que deban ser efectuados a la accionante, los cuales, deberán ser reembolsados en un término de quince (15) días a la fecha de prestación de las respectiva cuenta de cobro.

**CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:**

## **FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL:**

La acción de tutela es un mecanismo de defensa establecido por la constitución a favor de todas personas cuyos derechos fundamentales sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente previstos por la constitución y la ley, cuyo amparo inmediato puede ser reclamado ante los jueces de la república. Esta acción constitucional es de carácter preferente, sumario y subsidiario, por cuanto a él se recurre cuando no estén contemplados otros medios de defensa judicial, tal como indica el artículo 86 de la constitución nacional en su inciso tercero: esta acción solo 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, limitación esta que fue reiterada en el numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991.

De lo anterior se colige que la acción de tutela sólo procede para amparar derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o en casos especiales por particulares, cuando estos tengan entre sus funciones la prestación de servicios públicos o cuando entre accionante y accionado exista una relación de subordinación o indefensión.

De acuerdo con la impugnación promovida, el problema jurídico a resolver se reduce a establecer, ¿si la decisión del juez de primera instancia está ajustada a los lineamientos normativos y jurisprudenciales vigentes para conceder el amparo a los derechos fundamentales de la actora?

**Frente a las incapacidades la jurisprudencia constitucional ha señalado en Sentencia T-312/18:**

**El pago recibido por las incapacidades laborales es un sustituto del salario. Reiteración de jurisprudencia:**

"Como se observó en párrafos anteriores, el ordenamiento jurídico contempla una serie de medidas que permiten garantizar la protección de aquellos trabajadores que se ven inmersos en una situación que les impida desarrollar sus labores, como consecuencia de un accidente o enfermedad, lo que a su vez deriva en la imposibilidad de recibir los recursos necesarios para su subsistencia. Por tal motivo, se ha previsto el reconocimiento del pago de incapacidades laborales, seguros, auxilios económicos y la pensión de invalidez.

Lo anterior cobra relevancia, toda vez que lo señalado se identifica aquellas medidas encaminadas a proteger el mínimo vital de quien se ve en imposibilidad de percibir un salario por sus condiciones de salud. Así, de no reconocer la importancia de proveerse sus propios recursos, el sistema no se ocuparía de garantizar el pago de las incapacidades laborales, puesto que no tendrían una

6

relación con el derecho mencionado y los que guardan conexión con el mismo.

Bajo ese orden, esta Corte a través de distintos pronunciamientos, por ejemplo, la **sentencia T-200 de 2017** ha reconocido el pago de incapacidades laborales como el ingreso que permite sustituir el salario durante el periodo en el cual el trabajador no puede desarrollar sus labores, a causa de su condición de salud. En efecto, dicha providencia trajo de presente lo señalado por este Tribunal en el **fallo T-876 de 2013**, en el que se advirtió que los mecanismos para el pago de estos auxilios fueron implementados "(...) **en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada**".

En igual sentido, la **sentencia T-200 de 2017** antes citada, recordó que en **fallo T-490 de 2015**, este Tribunal, a fin de proveer un mejor entendimiento de la naturaleza y objetivo del pago de incapacidades, estableció una serie de reglas, a saber:

*"i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;*

*ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y*

*iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta."*

Con base en ello, esta Corte concluyó que la incapacidad laboral garantiza el derecho a la vida digna, a la salud y al mínimo vital durante el tiempo en que el trabajador no se encuentra en la posibilidad de desarrollar las labores, pues permite que este reciba el ingreso necesario para satisfacer sus necesidades básicas".

**En este caso concreto, al demandante se le violó el derecho al mínimo vital. Es deber del juez definir provisionalmente al responsable del pago de incapacidades, cuando la violación del derecho es cierta Sentencia T-404/10:**

"En este caso, la Corte constata que aun cuando el señor José Leovigildo Cuadrado Angulo tenía derecho al pago de incapacidades, ninguna entidad se las canceló. Dado que, como lo ha señalado la Corte, "se presume que las incapacidades son la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar",<sup>1</sup> debe presumirse también que el trabajador dependía de ese pago para satisfacer las necesidades de una existencia verdaderamente digna (como las de alimentarse, asearse, vestirse y proveerse una

---

<sup>1</sup> Sentencia T-789 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

vivienda digna), y que como no tenía otros ingresos como salarios, mesadas pensionales, ni rentas probadas en el expediente, fue sometido a una situación de apremio y precariedad innecesaria, que resulta inconstitucional. En consecuencia, la Sala concederá la tutela del derecho al mínimo vital del tutelante, y así lo dispondrá en la parte resolutoria. La pregunta siguiente sería quién debe pagar las correspondientes incapacidades, para que cese la violación de sus derechos.

Al respecto, en la sentencia T-786 de 2009, se sostuvo que cuando no se sabe quién es el responsable de cubrir determinadas incapacidades laborales, pero se tiene certeza que alguien debe pagarlas o de lo contrario se le ocasionaría al trabajador una afectación inconstitucional en su derecho al mínimo vital, el juez de tutela debe obrar con la misma prontitud y señalar un responsable provisional del cumplimiento de esa obligación, dejando a salvo para este último la facultad de repetir contra quien crea es el verdadero obligado, de acuerdo con la ley y los reglamentos correspondientes. En palabras textuales, dijo:

**"La tutela es, entonces, procedente en ciertos casos para obtener el pago de incapacidades laborales. Cuando lo es, la tutela debe ser resuelta con una definición provisional acerca del sujeto que en principio está obligado al pago de las referidas incapacidades. Pero, la definición que al respecto pueda dar el juez de tutela en nada determina el verdadero y real origen que, de acuerdo con la ley y los reglamentos correspondientes, tienen la enfermedad o el accidente sufrido por el tutelante. Si alguna provisión se adopta en ese sentido, está justificada porque del pago de las incapacidades depende la garantía del mínimo vital del peticionario y de su familia. De manera que si el sujeto destinatario de las órdenes con las que concluyan las sentencias de tutela en esta materia, estima que es otro sujeto el que debe correr con ellas, debe iniciar el correspondiente trámite regular que el ordenamiento dispone para la definición del origen de las enfermedades o los accidentes, y para la consecuente determinación del sujeto legal y reglamentariamente obligado al pago de la prestación".**

Esa no es más que la aplicación concreta de una regla más general, empleada por la Corte en casos en los cuales se decide quién debe ser el responsable de cubrir una determinada prestación laboral o pensional, regulada por la ley. En efecto, en diversas ocasiones, referidas a solicitudes de orden pensional, la Corte Constitucional ha sostenido que las controversias administrativas acerca de cuál es, en definitiva, la entidad obligada y con competencia para realizar el reconocimiento o la devolución de aportes, no es una razón legítima para negarle o postergarle a una persona la protección que merece, a quien se le están limitando o desconociendo derechos fundamentales de un modo sensible y que justifica en últimas la existencia de todas las instituciones públicas (art. 2, C.P.). Así se afirmó en la sentencia T-418 de 2006,<sup>2</sup> al decidir que no era constitucionalmente posible postergar el pago de mesadas pensionales debidamente reconocidas, mientras se resuelve una controversia administrativa sobre quién era el legal y reglamentariamente obligado a hacerlo. Se dijo, entonces:

**"(...) la Corte ha considerado que la carga que conlleva la incertidumbre entre distintas entidades sobre cu[á]l de ellas debe asumir el pago de obligaciones pensionales ciertas e indiscutibles, no puede ser**

---

<sup>2</sup> (MP Jaime Córdoba Triviño). En sentido similar, al resolver casos semejantes, se ha pronunciado la Corte, entre otras, en las Sentencias T-328 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño) y T-912 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

7

trasladada al titular del derecho. Menos aún, como se ha manifestado, cuando dicho titular depende del pago de la mesada a la que tiene derecho, para satisfacer el derecho al mínimo vital suyo y de su familia".

Naturalmente, esa consideración no sólo es válida para quienes sufren la desprotección de sus derechos, a causa del incumplimiento en el pago de una obligación pensional. Ella es también extensible a todos los casos en los cuales una persona tiene indudablemente un derecho fundamental amenazado o violado de forma decisiva, y tras solicitar la concurrencia a diversas autoridades con competencias funcional o temáticamente tangentes, éstas se enlazan en una controversia que dilata o entorpece el goce efectivo del derecho fundamental. Por lo tanto, lo que corresponde en esos casos es resolver la solicitud ciudadana con la salvedad de no tener certeza acerca de quién debía pagar la correspondiente prestación, y luego repetir contra quien se considera que es el realmente responsable de satisfacer los derechos invocados.

De hecho, cuando un caso de esa naturaleza se presenta ante el juez de tutela, no debe ser él quien defina con carácter inmodificable el conflicto de competencias, aunque para proteger los derechos fundamentales del peticionario puede definir de forma provisional y transitoria cuál es la entidad obligada a responder y a adelantar las gestiones necesarias para conjurar la amenaza y hacer cesar la violación fundamental. Por lo tanto, y si existe desacuerdo en ese punto, la entidad que considere no ser la legal y reglamentariamente obligada a ello, debe brindar la protección requerida y luego puede repetir contra quien estime que sí lo es, de conformidad con el ordenamiento jurídico. En el mismo sentido ha sostenido la Corte, por ejemplo en la precitada sentencia T-418 de 2006, que:

"En casos como el descrito, la tutela procede, de manera transitoria, para ordenarle el pago a la entidad que, en principio, aparezca como responsable de la obligación. Esta entidad, sin embargo, queda autorizada para repetir contra la otra o las otras entidades que, en su criterio, deben asumir, total o parcialmente, la respectiva obligación. En un proceso posterior, el juez competente puede reasignar la responsabilidad por el pago de la obligación y condenar a la entidad responsable al pago de los perjuicios causados. Sin embargo, la disputa entre estas entidades no puede afectar a quien tiene, de manera indiscutible, el derecho a su pensión de jubilación. Como lo ha señalado la Corte, esta disputa y la carga que ella conlleva, debe ser asumida por las entidades que, por su estructura administrativa y financiera tienen capacidad para asumir transitoriamente la carga pensional en discusión, y no por el titular del derecho de cuya satisfacción depende la realización de su derecho fundamental al mínimo vital".<sup>3</sup>

Ahora bien, el hecho de que la definición sea provisional, no significa que pueda ser caprichosa o irrazonable. La ley y los reglamentos, tal como han sido interpretados por la jurisprudencia constitucional, ofrecen todo un haz de reglas para determinar *prima facie* cuáles sujetos están obligados al pago de las incapacidades laborales de los *trabajadores dependientes*. En esta sentencia no se pretende hacer una referencia exhaustiva de las mismas.

**Procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de incapacidades laborales siempre y cuando se esté frente a un derecho cierto e indiscutible.**

---

<sup>3</sup> Sentencia T-418 de 2006 (MP Jaime Córdoba Triviño), ya citada.

"Esta corporación ha reconocido en reiterada jurisprudencia, que corresponde a la jurisdicción ordinaria, mediante el ejercicio de la acción laboral respectiva, resolver reclamaciones de naturaleza laboral. Sin embargo, excepcionalmente, cuando la falta de pago de acreencias de origen laboral vulnere o amenace los derechos fundamentales a la vida digna, el mínimo vital y la subsistencia, la tutela procede para la reclamación efectiva de aquellas acreencias que constituyan la única fuente de recursos económicos indispensables para atender las necesidades básicas, personales y familiares del actor.

Así entonces, ante la falta de desembolso oportuno y completo de lo debido a raíz de incapacidades laborales, es indudable que la acción de tutela que se interponga para reclamarlo, habrá de ser procedente, siempre y cuando esté afectando el mínimo vital del actor. Así lo ha señalado esta corporación

*El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales.*

*Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia.*

... ..

*Ahora bien, 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."*

Debe entonces demostrarse también que el perjuicio sufrido afecta o coloca en inminente riesgo derechos fundamentales de especial magnitud, como, para el caso, la dignidad humana, la seguridad social, la salud y el mínimo vital, a tal punto que la demora que suele afectar el trámite de los procedimientos ordinarios haría ineficaz, por tardío, el amparo específico.

Sólo en tales eventos, cuando se tiene la certeza que la incapacidad es un derecho cierto e indiscutible, la acción de tutela desplaza el mecanismo ordinario de defensa, por no resultar eficaz en tal medida y oportunidad, frente a lo irrefragable de la prestación y las circunstancias particulares del caso concreto, por lo cual tampoco procederá como meramente transitoria, sino definitiva.

8

**Estado Social de Derecho y derecho al mínimo vital en Sentencia T-716/17:**

"Según la Corte Constitucional, el derecho al mínimo vital tiene dos dimensiones: (i) la positiva, presupone que el Estado y en algunas ocasiones los particulares, cuando se reúnen las condiciones establecidas, "están obligados a suministrar a la persona que se encuentra en una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano"; (ii) la negativa, es un límite que no puede ser traspasado por el Estado, en materia de disposición de los recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna. En palabras de la Corte, "el Estado debe asegurar, en primer lugar, las condiciones para que las personas, de manera autónoma, puedan satisfacer sus requerimientos vitales y ello implica que, mientras no existan razones imperiosas, no puede el Estado restringir ese espacio de autonomía de manera que se comprometa esa posibilidad de las personas de asegurar por sí mismas sus medios de subsistencia".

**SOLUCION DEL CASO CONCRETO**

Para comenzar, la respuesta al problema jurídico es de carácter positivo puesto que efectivamente se encuentra vulnerado el derecho fundamental al mínimo vital de la accionante, quien depende del reconocimiento y pago de la incapacidad laboral para solventar las necesidades de esta, así como lo puntualizó el juez fallador, pues, le asiste la obligación por disposición normativa y jurisprudencial a SALUD TOTAL EPS, de cancelar las incapacidades generadas a favor de ROSALIA OSPINO MOLINA.

Ahora bien, la acción de tutela no es el mecanismo para reclamar acreencia laborales como lo es en el presente caso, pues, la misma goza de una características que es preferente y sumaria, y deben cumplirse con el requisito de subsidiaridad, por lo tanto, solo es procedente cuando se configure un perjuicio irremediable, sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido frente al pago de incapacidades una excepción para la viabilidad de la presente acción, es que, el no pago de las incapacidades se le vulnera el derecho fundamental al mínimo vital a la actora de la tutela, pues al no estar trabajando la incapacidad suple al salario.

**La procedencia excepcional de las tutelas instauradas para reclamar el pago de las incapacidades laborales. Reiteración de jurisprudencia, sentencia T - 333 de 2018 dice:**

"La existencia de unos mecanismos judiciales específicamente diseñados para resolver las controversias relativas al pago de las acreencias laborales y a la cobertura de las contingencias amparadas por el Sistema General de Seguridad Social Integral (SGSSI) impide, en principio, que las discusiones sobre el reconocimiento y pago de derechos pensionales, salarios, indemnizaciones o incapacidades sean sometidos a consideración del juez de tutela.

La posibilidad de discutir esos asuntos en sede constitucional ha sido admitida en situaciones excepcionales, en las que exigirle al

petionario el agotamiento de los medios ordinarios de defensa puede resultar excesivo, bien sea porque se trata de un sujeto de especial protección constitucional o porque, por distintas razones, tal trámite lo expone a un perjuicio irremediable. La necesidad de asegurar la materialización efectiva de las garantías fundamentales de quienes se ven enfrentados a situaciones que los hacen especialmente vulnerables y la imposibilidad de lograr ese objetivo en las instancias judiciales ordinarias es lo que, en últimas, hace procedente la acción de tutela.

Por eso, la Corte ha insistido ampliamente en que el examen de subsidiariedad de la acción constitucional debe establecerse a partir de un análisis exhaustivo del panorama fáctico que sustenta la pretensión de amparo. La edad, el estado de salud, las condiciones económicas y la forma en que está integrado el grupo familiar de quien reclama la protección son algunos de los aspectos relevantes a la hora de determinar si debe acudir al juez laboral o si, en realidad, las dilaciones y complejidades que caracterizan esos procesos judiciales podrían conducir a que la amenaza o la vulneración iusfundamental denunciada se prolongue injustificadamente.

Frente al caso específico de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia

Cuando eso ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, puede conducir a que se trasgredan derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del petionario. En ese contexto, es viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente"

Habida cuenta, la **Sentencia T 404 de 2010**, establece "**se presume que las incapacidades son la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar**", debe presumirse también que el trabajador dependía de ese pago para satisfacer las necesidades de una existencia verdaderamente digna (como las de alimentarse, asearse, vestirse y proveerse una vivienda digna), y que como no tenía otros ingresos como salarios, mesadas pensionales, ni rentas probadas en el expediente, fue sometido a una situación de apremio y precariedad innecesaria, que resulta inconstitucional".

Además de ello, la **sentencia T-339 de 2017, la Corporación dice:**

"Conforme a una vasta línea jurisprudencial, las personas de la tercera edad, dadas las condiciones fisiológicas propias del paso del tiempo, se consideran sujetos de especial protección constitucional (i) cuando los reclamos se hacen en el plano de la dignidad humana, o cuando está presuntamente afectada su "subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital, (...) o cuando resulta excesivamente gravoso someterlas a los trámites de un proceso judicial ordinario". Recalcó que no solo el Estado debe proveer un trato diferencial, sino que el principio de solidaridad impone incluso a los particulares esforzarse para apoyar a los adultos mayores, y lograr los fines protectores que impone el ordenamiento superior respecto de ellos".

**Protección legal y constitucional de los adultos mayores en estado de extrema pobreza o en situación de discapacidad. Reiteración jurisprudencial, Sentencia T-193/19 dice:**

"Del artículo 13 de la Carta Política se desprende un mandato constitucional de proteger a las personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta; asimismo, en el caso de sujetos en condición de discapacidad, el artículo 47 superior conmina al Estado a promover "una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran". Lo anterior demuestra el espíritu garantista del constituyente al incitar una mejor calidad de vida de los que padecen algún tipo de limitación, promoviendo así, un verdadero Estado Social de Derecho.

De esta manera, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la igualdad es un derecho de todos los ciudadanos; sin embargo, algunos grupos más vulnerables se encuentran con mayor frecuencia en situaciones que involucran ese derecho. Grupos tales como las personas de la tercera edad que son "personas indefensas que merecen una particular protección del Estado para que puedan desplegar su autonomía en condiciones de igualdad con los restantes miembros de la sociedad, y no se vean reducidos, con grave menoscabo de su dignidad, a organismos disminuidos y oprimidos por las necesidades de orden más básico".

Esta protección es reforzada por lo establecido en el artículo 46 constitucional, que dice:

"El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad (...) así como garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia"

De acuerdo con lo expuesto, se puede manifestar que el cuidado de las personas de la tercera edad es una obligación constitucional del Estado, de su familia y de la sociedad, y que existan unas políticas públicas de protección a dicho grupo poblacional son prerrogativas para la correcta preservación de ese mínimo vital dentro de un verdadero Estado Social de Derecho.

Ahora bien, frente al examen de subsidiaridad el presente caso pasa con creces el examen de procedibilidad, para el estudio de fondo del presente mecanismo, puesto que la actora es una persona de 61 años de edad, con cáncer de colon, enfermedad catastrófica y ruinosa, encasillándose como un sujeto de especial protección constitucional, discapacitada, dado a que le amputaron su mano izquierda, y trabaja para la ASOCIACIÓN DE PADRES DE HOGARES DE BIEN SEC DE DIC, y según las incapacidades aportadas no superan ni siquiera el Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, lo cual indica, que es una persona vulnerable, dado a sus condiciones de salud, económica y social, para lo cual, a todas luces, sin ningún reparo hace procedente el estudio de fondo de la acción de tutela.

Sin embargo, la entidad accionada no paga las incapacidades por razones que ya generó el concepto de rehabilitación desfavorable a la AFP COLPENSIONES, por ende, le corresponde a esta última cancelar las incapacidades dado a que si genera una calificación superior al 50% se estaría generando un doble pago, argumento éste que no es de recibo para éste juez constitucional, puesto que analizando la situación fáctica y probatoria obrante dentro del presente juicio constitucional, SALUD TOTAL EPS, no ha cancelado los días de incapacidad del día 03 al 180, y se justifica que como ya emitió concepto desfavorable le compete a la AFP referida cancelar dichas prestación y/o esperar que COLPENSIONES califique a la actora para determinar si tiene derecho o no la pensión de invalidez y evitar un doble pago.

Argumentos estos que a todas luces para este juez de tutela no son acogidos por carecer de fundamentos normativos y jurisprudenciales, puesto que SALUD TOTAL EPS, según la situación fáctica y probatoria, no ha cancelado ni un día de incapacidad a la actora de la tutela, dado a sus condiciones de salud y económica en la que se encuentra OSPINO MOLINA, pues, al ser madre comunitaria o sustituta y tener diagnosticado CANCER DE RECTO, (secuelas de colitis actínica) DIABETES (con secuelas de INSUFICIENCIA RENAL) y ARRITMIA CARDIACA (Con secuelas de AMPUTACION DE DEDOS) la hace una persona vulnerable, que debe dársele una protección especial, y reconocerle dichas prestaciones sin ninguna barrera administrativa o dilatación alegando que no le corresponde el pago.

En este orden de ideas, así como indicó el juez fallador, haya emitido o no el concepto favorable o desfavorable, es a SALUD TOTAL

10

EPS, por mandato legal y jurisprudencial, quien tiene la obligación de transcribir, liquidar y cancelar las incapacidades del día 03 al 180. Así entonces, habiendo expedido dicho concepto desfavorable, eso no la exonera que le cancela el subsidio de incapacidades generadas a favor de la actora, dado a que ese ingreso suple el salario de ella, máxime cuando es una persona que solo devengan el Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, según como se demuestra la incapacidad transcrita aportadas como pruebas.

Entonces, escudarse SALUD TOTAL EPS, para no pagar las incapacidades generadas, es decir, los 110 días de incapacidad por enfermedad común, las cuales son generadas ante que se emitiera el concepto de rehabilitación desfavorable, dado a que el mismo se percibe que se realizó con fecha 29 de octubre de 2019, y recibido y/o notificado por COLPENSIONES el 31 de octubre de 2019, cuando a todas luces tienen el derecho de pagarlas por mandato legal. (fol. 30)

Así mismo, cabe destacar que la **Sentencia T-401 de 2017**, enuncia lo siguiente:

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

*Es pertinente señalar que, respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181, se han suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001.*

Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, como se expondrá a continuación."

"A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable".

*"A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.*

*(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.*

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

Descendiendo al caso concreto, tenemos que al art. 1 del decreto 2943 - art. - 142 del decreto ley 019 de 2012, le corresponde a SALUD TOTAL EPS, cancelar las incapacidades del día 03 al 180, siempre y cuando haya emitido el concepto de rehabilitación favorable y notificado a la AFP, así también lo ha indicado la jurisprudencia citada, que a ésta, le corresponde cancelar las incapacidades del día 181 al 540, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable, por lo tanto, el hecho que SALUD TOTAL EPS haya emitido dicho concepto desfavorable, eso no indica que el tutelante no tenga derecho a que no le cancelen sus incapacidades, por lo tanto, los argumentos de la EPS accionada utilizados para no cancelar las incapacidades, se consideran irrazonables y desproporcionado ante la situación de salud y económica en la que se haya hoy la actora de la tutela. Para mayor ilustración hacemos la siguiente ilustración:

PERIODO	ENTIDAD OBLIGADA	FUENTE NORMATIVA
Día 01 a 02	Empleador	Art. 1° del Dto. 2943 de 2013.
<b>Día 03 al 180</b>	<b>EPS</b>	<b>Art. 1 decreto 2943 -art. 1 del decreto ley 019 de 2012.</b>
Día 181 hasta 540	Fondo de pensiones	Art. 142 del decreto ley 019 de 2012.
Día 541 en adelante	EPS	Art. 67 de la ley 1753 de 2015 y sentencia T-144 de 2016.

Así las cosas, es aceptada la decisión del juez sentenciador al ordenar el pago de las incapacidades, puesto que una persona como madre sustituta y tan solo se gana el salario mínimo legal vigente, con una enfermedad catastrófica, con unas limitantes físicas, por su amputación de la mano izquierda, no se le puede agravar más su situación económica, puesto que, como lo ha sostenido la jurisprudencia citada, la incapacidad suple el salario y el no pago de ella, vulnera derechos constitucionales al mínimo vital, además, se ven afectados otros derechos tales como la igualdad, dignidad humana y la vida digna, inclusive, la misma salud, pues, al no recibir ingresos, la angustia y la intranquilidad de esa situación afecta más a su salud no dejando tal situación obtener una pronta recuperación de su enfermedad.

11

Así mismo, no es de recibió para este juez constitucional la justificación de SALUD TOTAL EPS, porque existe un concepto desfavorable y le notificó a la AFP COLPENSIONES, no se le debe cancelar las incapacidades a la actora de la tutela, por razones que puede existir un doble pago, por lo tanto, se percibe que ROSALIA OSPINO MOLINA, se le ha generado a la fecha de la interposición de la tutela, cuatro incapacidades a las cuales tiene derecho que se las cancelen, dado que es el ingreso que tiene para suplir sus necesidades básicas, y como se dijo en líneas anteriores, la incapacidad suple el salario, inclusive, la actora según las incapacidades y el trabajo que desempeña no supera el Salario Mínimo, hecho este que vulnera su mínimo vital, pues, esperar que la califiquen y como lo dice la EPS accionada en un porcentaje superior al 50% tiene derecho a una pensión de invalidez, pero téngase en cuenta que en dicho dictamen se determinará la fecha de estructuración de la misma, tiempo este que no es exacto dentro del presente juicio constitucional y se puede decir que dicha calificación es un trámite que tiene términos y en muchas ocasiones es demorado, y mientras tanto que decida la AFP esa calificación y en el eventual caso que no supere el 50% del porcentaje, el mínimo vital de la actora está siendo vulnerado, dado a que no tendría ingresos para saciar sus necesidades vitales, aún más teniendo en cuenta su enfermedad CANCER DE COLON, además, la mano izquierda amputada, hechos estos que permiten deducir que es una persona que se haya en condiciones de debilidad manifiesta y vulnerable, para lo cual debe mantenerse el amparo a sus derechos constitucionales.

Así entonces, de una y otra manera le asiste la protección a la actora de la tutela y es dable ordenar a SALUD TOTAL EPS, conforma lo indica la jurisprudencia y la normatividad citada que le corresponde a ellos el pago de las incapacidades y no es admisible que deba esperarse que la AFP califique para obtener los ingresos que se han generado de las incapacidades, además, según la jurisprudencia citada, exista concepto favorable o desfavorable, debe pagársele las prestaciones económicas, por razones que la incapacidad suple el salario, es decir, son los únicos ingresos para su mínimo vital. Además de ello, las incapacidades están transcritas y no superan los 180 días, solo son 110 días; ni mucho menos que se tenga que vincular al empleador cuando a todas luces a éste le compete pagar de 01 a 02 incapacidades como lo indica la ley y en el presente caso, estamos hablando de 110 días de incapacidades generadas a favor de la OSPINO MOLINA.

Por ende, le asiste protección especial constitucional a ROSALIA OSPINO MOLINA, máxime que por el diagnóstico generado y la condición de edad actualmente de 61 años, se encasilla como un sujeto de especial protección constitucional, por lo tanto, los argumentos del escrito de impugnación, se respetan, sin embargo, no se comparten.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta las jurisprudencias citadas, la historia clínica y las incapacidades generadas por su médico tratante adscrito a red de la EPS accionada, pues no fue desvirtuado lo contrario, además de eso, están transcritas por SALUD TOTAL EPS, es dable de mantener la protección a los derechos fundamentales de la actora, por lo tanto, se comparte los argumentos de la sentencia de primera instancia y se procede a Confirmar íntegramente la misma.

Finalmente, resulta pertinente destacar que para el recobro -cuando hay lugar a él, existe un trámite de orden administrativo, por lo que no es obligatorio para el juez de tutela ordenarlo en la sentencia que concede el amparo<sup>4</sup>. De manera que, este mecanismo de protección constitucional no tiene por fin obviar el trámite legal administrativo de cobro que deben hacer las EPS y EPSS, a la Secretaría de Salud Departamental, ni al Fosyga y/o ADRES cuando tengan derecho a éste, empero no es del resorte del fallador constitucional disponerlo así en la resolución del caso, por lo tanto se negara dicha pretensión.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO:** CONFIRMAR la sentencia adiada el 15 de enero de 2020, proferida Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Valledupar, Cesar, por las motivaciones antes expuestas.

**SEGUNDO:** NOTIFÍQUESE a las partes de esta providencia por el medio más expedito.

**TERCERO:** En consecuencia, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, envíese el expediente la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
GERMÁN DAZA ARIZA

JUEZ.