



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

Valledupar, Cesar, Ocho (08) octubre de dos mil Diecinueve
(2019)

RAD: 20001 40 03 001 2019 00214 01 Acción de tutela de segunda instancia promovida por **GUSTAVO CADAVID ARANGO** contra **SALUD TOTAL EPS**. Derecho fundamental al **Mínimo Vital**.

ASUNTO A TRATAR:

El Despacho procede a resolver la impugnación interpuesta por la parte accionada SALUD TOTAL EPS contra la sentencia de 26 de Agosto de 2020, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Valledupar, Cesar, dentro de la acción de tutela de la referencia.

HECHOS:

Como fundamento fáctico de la acción Constitucional la accionante adujo en síntesis lo siguiente:

El 10 de diciembre de 2019, se encontraba en la ciudad de Cartagena, visitando a su familia y sufrió una crisis emocional grave, razón por la cual lo llevaron a la clínica de la Misericordia donde fue atendido y además le formularon unos medicamentos.

Inició el tratamiento en la clínica la Misericordia que es la encargada de los tratamientos de Salud mental en Cartagena a nombre de Salud total EPS, y siguió con los problemas psiquiátricos.

El día 12 ante la depresión su hija lo llevó nuevamente a la clínica la Misericordia y nuevamente se negaron a la hospitalización, por tal hecho tuvo que acudir a una clínica particular y sin ninguna mejoría.

El 13 de diciembre de 2019, siguió con la crisis psicótica, su familia decidió llevarlo a la clínica privada Mental CEMIC, donde luego de la valoración y 17 días de hospitalización, a su salida le expedieron la incapacidad por el tiempo de permanencia y hasta el 10 de enero de 2020.

El 11 de enero de 2020, volvió a presentar la crisis, por los altos costos que debieron asumir en la clínica privada CEMIC, y la falta de ingresos decidieron acudir nuevamente a la clínica la Misericordia quienes la hicieron la valoración y revisar su historia clínica, decidieron dejarlo internado, allí duró hospitalizado 10 días, al salir recibió una incapacidad de los días de permanencia y de 30 de días más en la actualidad sigue incapacitado.

PRETENSIONES:

En virtud de lo anterior, la parte accionante solicita que se tutelen sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, mínimo vital y vida digna.

En consecuencia, ordenar a SALUD TOTAL EPS, reconocer y pagarle el auxilio monetario entre el periodo 12 de diciembre de 2019 hasta el 10 de enero de 2020, emitida por la clínica mental CEMIC.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El *iudex a quo* con sentencia del 26 de Agosto del 2020, concedió el amparo al mínimo vital y a la seguridad social del señor GUSTAVO CADAVID ARANGO.

En consecuencia de lo anterior, ordenó a SALUD TOTAL E.P.S representada legalmente por su Gerente y/o quien haga sus veces, que en el término de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, conforme un grupo interdisciplinario de médicos especialistas en Psiquiatría para que valoren al paciente CADAVID ARANGO y de forma científica descarten, modifiquen o desvirtúen el diagnóstico emitido por el médico particular, esto es, Unidad de Salud Mental CEMIC, resaltando que si no lo hacen dentro del plazo máximo de quince (15) días, están en la obligación de autorizar el pago de las incapacidades generadas al accionante por el médico CRISTIAN AYOLA GOMEZ especialista en Psiquiatría, adscrito a la UNIDAD DE SALUD MENTAL CEMIC, por cuanto fue el galeno que indicó la incapacidad al señor GUSTAVO CADAVID ARANGO, desde el día 12 de diciembre de 2019 hasta el día 10 de enero de 2020.

Al considerar que el afiliado tiene el derecho de que SALUD TOTAL E.P.S, quien en últimas es la que reconoce las prestaciones derivadas de las prescripciones médicas, determine si el paciente requirió o no el servicio médico de hospitalización que arguye, haciendo una valoración en la cual deberá desvirtuar, el diagnóstico médico emitido por el particular tratante, por la Unidad de Salud Mental CEMIC, por el cual recibió incapacidad el accionante y si no lo hace le corresponderá, reconocer el pago de las incapacidades requeridas por el accionante teniendo en cuenta el concepto médico emitido por el particular que lo valoró y en últimas prescribió el mentado período incapacitante.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

Dentro del término legal la parte accionada SALUD TOTAL EPS impugnó el fallo de tutela alegando lo siguiente:

Aduce, que la transcripción y reconocimiento de la incapacidad no es procedente, pues únicamente se realiza a las órdenes médicas otorgadas por médicos y odontólogos de la red contratada con excepción de la ATENCION INICIAL DE URGENCIA, la cual es determinada por el médico tratante.

Arguye, que la Empresa DRUMMOND LTDA por ser la empleadora aportantes quien tiene directamente la responsabilidad del pago de la prestación económica reclamada.

En virtud de lo anterior, SALUD TOTAL EPS solicitó lo siguiente:

- 1.- ADMITIR el RECURSO DE IMPUGNACIÓN.
- 2.- REVOCAR el fallo objeto de impugnación.
- 3.- DESVINCULAR a SALUD TOTAL EPS-S S.A., por no estar legitimada para responder ante una eventual violación de los derechos fundamentales de la accionante.
- 4.- VINCULAR como LITIS CONSORTE NECESARIO DRUMMOND LTD, al ADRES y a la UGPP.
- 5.- DECLARAR que en el presente caso estamos ante una clara INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL ALGUNO.
- 6.- REVOCAR Y DENEGAR la acción de tutela que nos ocupa por la no vulneración al mínimo vital.
- 7.- REVOCAR Y DENEGAR la presente acción ante la inexistencia de perjuicio irremediable.
- 8.- Practicar las PRUEBAS solicitadas en aras de salvaguardar la DEBIDA DESTINACIÓN DE LOS RECURSOS PÚBLICOS.
- 9.- REVOCAR Y REQUERIR a la accionante a que acuda ante la JUSTICIA ORDINARIA LABORAL, ante la falta del requisito de subsidiaridad en el presente caso.
- 10.- Que se ORDENE a su costa la expedición de copia del fallo, cumpliendo las prerrogativas enunciadas en el Decreto 491 de 2020., que en su Artículo 11, dispone:

"(...) Durante el período de aislamiento preventivo obligatorio las autoridades a que se refiere el artículo 1 del presente Decreto, cuando no cuenten con firma digital, podrán válidamente suscribir los actos, providencias y decisiones que adopten mediante firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas, según la disponibilidad de dichos medios (...)"

Lo anterior, con su respectiva constancia de ejecutoria formal, una vez se produzca la sentencia y se cumpla el término de impugnación de las partes.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

Reiteradamente han venido sosteniendo los Jueces y Tribunales que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Magna y desarrollada por el decreto 2591 del 91, es un mecanismo judicial de protección inmediata de los derechos Constitucionales fundamentales mediante un procedimiento preferente y sumario,

cuando quiera que ellos resulten vulnerados o amenazados generalmente, por autoridad pública o de un particular en los términos que señala la ley. Se trata de una acción que presenta como características fundamental la de ser un mecanismo inmediato o directo para la debida protección del derecho Constitucional fundamental violado; y la de ser subsidiaria, esto es, que su implantación solamente resulta procedente a falta de otro medio de defensa judicial.

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.

En el asunto de marras, el problema jurídico radica si la sentencia impugnada está ajusta a los lineamientos normativos y jurisprudenciales vigentes para haber concedido el amparo constitucional, contrario sensu, le asiste la razón a la parte impugnante?

EL DERECHO AL DIAGNÓSTICO Y LA AUTONOMÍA PERSONAL - SENTENCIA T-508/19:

La Corte Constitucional ha definido el derecho al diagnóstico como la facultad que tiene todo paciente "(...) de exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia, para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine las prescripciones más adecuadas, encaminadas a lograr la recuperación de la salud, o, al menos, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado".

En esa medida, es claro que la posibilidad de una persona de obtener cualquier tipo de terapia médica resulta inane si no se logra identificar, con certeza y objetividad, cuál es el tratamiento que puede atender sus enfermedades. Por ello, el acceso a un diagnóstico efectivo constituye un componente del derecho fundamental a la salud, que, a su vez, obliga a las autoridades encargadas de prestar este servicio a establecer una serie de mecanismos encaminados a proporcionar una valoración técnica, científica y oportuna. Del mismo modo, esa garantía comporta tres facetas, a saber:

"(i) la prescripción y práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente, (ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y (iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles".

Adicionalmente, la práctica oportuna de ese dictamen no está condicionada por la existencia de una enfermedad especialmente grave o de un hecho de urgencia médica. Por el contrario, la Corte ha expresado que la expedición de una opinión profesional en un tiempo adecuado es común a todas las patologías y que el derecho al diagnóstico debe materializarse de forma completa y de calidad.

En un sentido semejante, a través de su jurisprudencia este Tribunal ha identificado tres escenarios en lo que se transgrede este componente del derecho fundamental a la salud. Veamos:

"(i) Cuando la Empresa Promotora de Salud o su personal médico rehúsan o demoran la emisión de cualquier tipo de diagnóstico respecto de los síntomas que presenta el paciente¹. || (ii) Cuando la Empresa Promotora de Salud, con base en razones financieras -exclusión del POS-, administrativas o de conveniencia, niega al paciente la práctica de un examen o se rehúsa a autorizar la remisión al especialista a pesar de haber sido ordenadas por el médico tratante adscrito a la misma. || (iii) Cuando la Empresa Promotora de Salud se niega a autorizar las prescripciones -exámenes, remisión al especialista, medicamentos o procedimientos médicos- dadas por un médico no adscrito a la misma, precisamente por no haber sido emitidas por personal médico propio".

Incluso, en algunas decisiones este Tribunal ha señalado que el incumplimiento de la obligación de ofrecer una valoración oportuna infringe otros derechos fundamentales. Véase, por ejemplo, que en la sentencia T-1041 de 2006 se estableció que *"(...) la demora injustificada en la atención de las enfermedades ordinarias, ocasionada por la falta de diagnóstico, supone un ilegítimo irrespeto al derecho a la dignidad humana, toda vez que dicha actuación dilatoria obliga al paciente a soportar las inclemencias de su dolencia, siendo éstas evitables con la puntual iniciación del tratamiento médico".*

Bajo esa perspectiva, se puede concluir que el derecho al diagnóstico se compone de tres dimensiones: la identificación, la valoración y la prescripción¹. A su vez, esta garantía tiene como finalidad la consecución material, y no solamente formal, de una efectiva evaluación acerca del estado de salud de un individuo. Es decir, el derecho al diagnóstico no se satisface solamente con la realización de exámenes y la consecuente prescripción de tratamientos, sino que implica que (i) se establezca con precisión la naturaleza de la enfermedad padecida por la persona, (ii) se determine con el *"(...) máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología el tratamiento médico que asegure de forma más eficiente el derecho al 'más alto nivel posible de salud'"*, y (iii) se suministre la medicación o las terapias de forma oportuna.

LA VINCULATORIEDAD DEL CONCEPTO EMITIDO POR UN MÉDICO TRATANTE NO ADSCRITO A LA EPS - Sentencia T-508/19:

La Corte Constitucional ha señalado que, en principio, la opinión del médico tratante adscrito a la EPS constituye el principal criterio para determinar los insumos y servicios que requiere un individuo, en tanto esta es la *"(...) persona capacitada, con criterio científico y que conoce al paciente"*, aun cuando este no se encuentre adscrito a la entidad promotora de salud. No obstante, esta Corporación también ha señalado que ese criterio no es exclusivo, pues en ciertos eventos lo prescrito por un galeno particular puede llegar a ser vinculante para las entidades prestadoras del servicio de salud.

En este sentido, este Tribunal ha sostenido que *"(...) para que proceda esa excepción se requiere, como regla general, que exista un principio de razón suficiente para que el paciente haya decidido no acudir a la red de servicios de la entidad a la que se encuentre afiliado"*. Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad de puntualizar cuáles son los parámetros optativos que determinan la vinculatoriedad de las órdenes proferidas por un profesional de la salud que no hace parte de la entidad a la que se encuentra afiliado el usuario. Veamos:

- (i) La EPS conoce la historia clínica particular de la persona y al conocer la opinión proferida por el médico que no está adscrito a su red de servicios, no la descarta con base en información científica.
- (ii) Los profesionales de la salud adscritos a la EPS valoran inadecuadamente a la persona que requiere el servicio.
- (iii) El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la EPS.
- (iv) La EPS ha valorado y aceptado los conceptos rendidos por los médicos que no están identificados como "tratantes", incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.

De ese modo, cuando se configura alguna de esas hipótesis el concepto médico externo vincula a la entidad promotora de salud y la obliga a "(...) confirmarlo, descartarlo o modificarlo con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, adoptadas en el contexto del caso concreto¹. Tal resultado también puede darse como resultado (sic) del concepto de uno o varios médicos adscritos a la EPS"

Bajo esa perspectiva, este Tribunal ha concluido que una EPS vulnera el derecho fundamental a la salud de una persona cuando niega el acceso a un servicio o a un procedimiento médico tan solo bajo el argumento de que fue prescrito por un profesional de la salud que no integra su red de servicios, y a pesar de que:

"(i) Existe un concepto de un médico particular; || (ii) Es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud; || (iii) La entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas. Por ello debe estudiarse cada caso específico, momento en el cual el juez de tutela debe someter a evaluación profesional dicho concepto a fin de establecer su pertinencia desvirtuándolo, modificándolo o corroborándolo"

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 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",¹ 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. En consecuencia, la Sala concederá la tutela del derecho al mínimo vital del tutelante, y así lo dispondrá en la parte resolutive. 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,

¹ Sentencia T-789 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra).

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,**² 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 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

² (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).

provisional y transitoria cuál es la entidad obligada a responder y a adelantar las gestiones necesarias para conjurar la amenaza o 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".³

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.

"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

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

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.

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".

EL CASO CONCRETO

Para comenzar, la parte accionada SALUD TOTAL EPS, impugnó la decisión de primera instancia, la cual amparó los derechos constitucionales a la parte actora, alegando que las incapacidades no cumple con los requisitos de ley para ser reconocidas, correspondiéndole al empleador la obligación de pagar esas obligaciones laborales.

De entrada la respuesta al problema jurídico se encamina de confirmarse la sentencia impugnada, puesto que las incapacidades suplen el salario del trabajador y el no pago de ellas, quebranta el mínimo vital, así lo ha dispuesto la Corte Constitucional en reiteradas jurisprudencia al sostener lo anteriormente enunciado.

Así mismo, como fundamentando a la repuesta al problema jurídico tenemos que la **Sentencia T 404 de 2010**, manifiesta "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".

Por ende, cabe resaltar que, 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, 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 al actor de la tutela, pues al no estar trabajando la incapacidad suple al salario.

Ahora bien, la parte accionada argumenta que no paga las incapacidades porque ellas fueron expedidas por médicos no adscritos a la entidad prestadora de salud. Sin embargo, si bien es cierto, las incapacidades fueron expedidas por médico tratante ajenos a la entidad, no es menos cierto que son profesionales de la medicina el cual merece toda la credibilidad en su diagnóstico emitido a través de conocimiento técnico científico.

Igualmente, el historial clínico demuestra que el actor fue atendido inicialmente por una IPS adscrita a la entidad, la clínica la Misericordia, sin embargo, la misma según la parte accionante se negó a prestarle los servicios de salud, motivo este que lo conllevó a buscar un servicios médicos particulares, para lo cual acudió a la clínica Cemic, quien le generó tres incapacidades entre el periodo de 12 de diciembre de 2019 hasta el 10 de enero de 2020.

Habida cuenta, se ha dicho que las EPS no están obligadas a cancelar las incapacidades generadas por médicos no adscritos a la entidad, sin embargo, en los hechos de la acción de tutela explicó las razones por las cuales acudió a una IPS particular, quien le generó las incapacidades que hoy reclama en sede de tutela.

Ahora, el Concepto Jurídico No. 201611600649671 de 2016 - Ministerio de Salud, estableció lo siguiente:

"Así mismo, de conformidad con la normativa anterior, debe señalarse que la regla general en el -SGSSS-, es que la incapacidad sea reconocida por la EPS una vez ésta es expedida por el profesional adscrito o perteneciente a la misma. **En este caso, si la incapacidad es concedida por una institución o profesional de la salud ajeno a la Entidad Promotora de Salud, ésta deberá ser transcrita.** Hecha la aclaración anterior, vale la pena reiterar lo mencionado por este Ministerio en diferentes conceptos jurídicos, en cuanto a que no existe una norma que regule de forma expresa lo que constituye, la transcripción de incapacidades, no obstante, siempre, por ésta se ha entendido como aquel trámite en virtud

del cual la EPS traslada al formato oficial de la entidad el certificado expedido por el odontólogo o médico en ejercicio legal de su profesión, pero no autorizado por la Entidad Promotora de Salud para hacerlo. En este evento, si la EPS decide transcribir la incapacidad emitida por una institución **ajena a su red de prestadores de servicios, esta deberá reconocer la prestación económica derivada de la misma, en la medida en que se haya cotizado en los términos previstos en el artículo 81 del Decreto 2353 de 2015"**

De acuerdo a lo anterior, aunque este huérfano jurídicamente, el Ministerio de Salud, ha emitidos varios conceptos tratando el tema y absolviendo dudas, lo cual indica que una EPS si se puede transcribir una incapacidad expedida por médico particular, es decir, no es una prohibición absoluta.

Cabe resaltar que, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre las atenciones de salud del médico particular, aduciendo lo siguiente:

*En este sentido, este Tribunal ha sostenido que "(...) para que proceda esa excepción se requiere, como regla general, que exista un **principio de razón suficiente** para que el paciente haya decidido no acudir a la red de servicios de la entidad a la que se encuentre afiliado". Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha tenido la oportunidad de puntualizar cuáles son los parámetros optativos que determinan la vinculatoriedad de las órdenes proferidas por un profesional de la salud que no hace parte de la entidad a la que se encuentra afiliado el usuario. Veamos:*

- (i) La EPS conoce la historia clínica particular de la persona y al conocer la opinión proferida por el médico que no está adscrito a su red de servicios, no la descarta con base en información científica.*
- (ii) Los profesionales de la salud adscritos a la EPS valoran inadecuadamente a la persona que requiere el servicio.*
- (iii) El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la EPS.*
- (iv) La EPS ha valorado y aceptado los conceptos rendidos por los médicos que no están identificados como "tratantes", incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.*

De ese modo, cuando se configura alguna de esas hipótesis el concepto médico externo vincula a la entidad promotora de salud y la obliga a "(...) confirmarlo, descartarlo o modificarlo con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, adoptadas en el contexto del caso concreto". Tal resultado también puede darse como resultado (sic) del concepto de uno o varios médicos adscritos a la EPS"

En el caso que nos ocupar, la juez de primera instancia hizo énfasis en el diagnóstico, el cual la EPS accionada deberá confirmarlo, descartarlo o modificarlo en aras de determinar la pertinencia de la incapacidad generada a través de esas atenciones que se originaron con médico particulares.

Con respecto a la vinculación de DRUMMOND, el ADRES y la UGPP, para este Despacho constitucional lo considera que no es necesario, puesto que de acuerdo a los fundamentos jurisprudenciales, el juez Ad-quo, le asiste la razón al ordenar la valoración para descarta, confirmar o modificar el diagnostico generado por la IPS particular a la EPS SALUD TOTAL.

Así las cosas, aunque no haya una norma particular que regule las incapacidades expedidas por médico ajeno a la red, no podemos desconocer el criterio emitido por el médico particular, quien a su vez, es un profesional de la medicina que merece toda la credibilidad del caso.

Sin más elucubraciones, se procede a confirmar la sentencia adiada 26 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Valledupar, Cesar.

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 26 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Valledupar, Cesar.

SEGUNDO: Notifíquese esta providencia a las partes en la forma más expedita.

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

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

GERMAN DAZA ARIZA
JUEZ.