

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO**



JUZGADO CUARTO CIVIL MUNICIPAL DE SOGAMOSO

Sogamoso, Nueve (9) de junio dos mil veinte (2020)

PROCESO:	ACCIÓN DE TUTELA
RADICADO:	157594053004-2020 – 00116-00
ACCIONANTE:	CENaida GALINDO RODRÍGUEZ
ACCIONADO:	ALCA LTDA, MEDIMÁS EPS, PORVENIR y PROTECCIÓN

1. ASUNTO A DECIDIR

Se profiere en esta oportunidad, el fallo de tutela dentro de la presente acción interpuesta por la señora **CENaida GALINDO RODRÍGUEZ** actuando en nombre propio contra **ALCA LTDA, MEDIMÁS EPS, NUEVA EPS, PORVENIR y PROTECCIÓN** por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al **MININO VITAL, DIGNIDAD HUMANA, IGUALDAD Y DEBIDO PROCESO**.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

Recibida en este Despacho por reparto el pasado veintisiete (27) de mayo de 2020, mediante auto del 28 de mayo de esta anualidad se ordenó darle el trámite correspondiente, esto es, correrles traslado a las entidades accionadas para que ejercieran su derecho de defensa y contradicción contestando la demanda, aportar las pruebas que consideren pertinentes y contradecir las aportadas por la señora **CENaida GALINDO RODRÍGUEZ**.

Por otra parte, se dispuso vincular de oficio a las entidades **NUEVA EPS e INSTITUTO NACIONAL CANCEROLÓGICO DE COLOMBIA** y al galeno **ROBERTO A. RAMOS**, quienes dieron respuesta a la tutela en el término indicado.

3. TESIS DE LAS PARTES

3.1. La accionante CENaida GALINDO RODRÍGUEZ

Se tiene que la señora **CENaida GALINDO RODRÍGUEZ** actuando en nombre propio en el escrito de tutela aduce lo siguiente: i) Que trabaja en la empresa ALCA LTDA; ii) Que se le diagnostico MIELOMA MÚLTIPLE originada por una discopatía lumbar padecida por un sobreesfuerzo durante el desarrollo de sus labores diarias en la empresa ALCA LTDA; iii) Que desde el 11 de junio de 2019 hasta la fecha ha estado incapacitada; iv) Que las incapacidades médicas las radica ante ALCA Ltda y, esta empresa, le cancelaba de manera oportuna el auxilio por incapacidad, pues, desde el mes de febrero no recibe el pago; v) Que se encuentra afiliada en salud a MEDIMÁS EPSA, empero, esta EPS a través de correo electrónico le notificó que había sido trasladada a la NUEVA EPS, en materia de pensiones y cesantías a PORVENIR y en riesgos laborales a la ARL PROTECCIÓN y, finalmente; vi) Que en la actualidad tiene 46 años y que por su estado de salud y situación de salubridad del país a causa del virus COVID – 19 no cuenta con otra fuente de ingresos.

Por ello, solicita se tutele su derecho al mínimo vital, dignidad humana, la igualdad y al debido proceso y, en consecuencia: i) se **ORDENE** a los representantes legales de las entidades accionada a que realicen las actuaciones administrativas para que le cancelen el auxilio por incapacidad de los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2020 y que los que se puedan causar hasta que cesen las incapacidades; ii) se **ORDENE** a MEDIMÁS EPS enviar concepto de rehabilitación a PROVENIR y radiquen nuevamente la historia Clínica y, por último; iii) se cancele el cambio de EPS.

3.2. La accionada MEDIMÁS EPS.

Al ejercer su derecho de defensa, solicitó se **DENIEGUE** el amparo solicitado por la accionante respecto a tal entidad por carencia actual de objeto, esto, con base en: i) Que han ejecutado las gestiones pertinentes para cumplir con lo ordenado dentro de la acción de tutela de la referencia; ii) Que las empresas promotoras de salud están obligadas a reconocer hasta 180 días de incapacidad consecutivos por una misma enfermedad pues a partir del día 181 es responsabilidad de los Fondos de pensiones, al igual, que la remisión a la junta de calificación y si hay lugar a reconocimiento de mesada pensional de invalidez.

3.3. La accionada PROVENIR.

Al contestar la tutela, adujo que carecen de legitimación en la causa por pasiva por cuanto la accionante **CENaida GALINDO RODRÍGUEZ** no se encuentra afiliada a esa entidad y, por ende, solicitan su desvinculación.

3.4. De las accionadas ALCA LTDA y PROTECCIÓN.

Las entidades ALCA Ltda y PROTECCIÓN no hicieron uso de su derecho de defensa pues guardaron silencio.

3.5. De vinculada NUEVA EPS

Al ejercer su derecho de defensa y contradicción indicó: i) Que la expedición de incapacidades está a cargo del médico tratante del accionante, es así como el papel de la EPS se circunscribe a transcribir las incapacidades otorgada; ii) Que la señora **CENaida GALINDO RODRÍGUEZ** se encuentra activa en el régimen contributivo desde el 1 de junio de 2020; iii) Que a la fecha no registran incapacidades transcritas para los meses de febrero, marzo, abril y mayo; iv) Que las incapacidades causadas con anterioridad al 1° de junio están a cargo de la EPS MEDIMÁS, tal y como lo señala el artículo 2.1.7.4 del Decreto único Reglamentario del sector Salud; v) Que la acción de tutela es improcedente para reclamara el reconocimiento de derechos económicos y, finalmente, solicitó su desvinculación del presente trámite por falta de legitimidad en la causa por pasiva.

3.6. De la vinculada INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA E.S.E.

Al dar respuesta a la acción de tutela instaurada por la señora **CENaida GALINDO RODRÍGUEZ** manifestó: i) Que le han prestado la atención médica y prescrito los medicamentos, procedimientos y tratamientos requeridos por la accionante; ii)

Que han atendido a la señora **CENaida GALINDO RODRÍGUEZ** desde el 11 de julio de 2019 cuando ingreso por los servicios de oncología y que su ultimo egreso fue el 16 de febrero de 2020; *iii)* Que el Instituto solo dispensa o entrega los medicamentos, insumos, procedimientos ordenados y previamente autorizados por parte de la EPS con la que tengan contrato, asimismo, relievó que en la actualidad NO tienen contrato con la **EPS MEDIMAS**, empero, con **NUEVA EPS** si, entidad a la que en estos momentos se encuentra afiliada la accionante y, por lo tanto, solicitó su desvinculación.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Problema jurídico y tesis.

Teniendo en cuenta lo antes indicado, se puede evidenciar dos problemas jurídicos, el primero, *establecer la procedencia de tutela cuando lo pretendido es el pago del auxilio económico por incapacidad laboral y, de encontrarse procedente la acción, el segundo problema es, determinar a quién le corresponde el pago del subsidio temporal por incapacidad laboral con posterioridad al día 181 de incapacidad.*

Frente a esos problemas jurídicos, el Despacho considera que si se configura los presupuestos de procedencia excepcional de la tutela para el pago de incapacidades laborales y, por ende, se determina que le corresponde a la **EPS MEDIMAS** el pago de la misma a la accionante.

4.2. Marco de la decisión.

Estará delimitado por las siguientes cuestiones a resolver: 4.3. Competencia por factor territorial y funcional; 4.4. legitimación en la causa por activa y por pasiva. 4.5. De la procedencia excepcional o no de la tutela para el pago de incapacidades laborales. 4.5.1. Presupuestos de procedencia excepcional. 4.5.2. Subsidiaridad e idoneidad del medio judicial ordinario de defensa. 4.5.3 .DE la afectación al mínimo vital y la configuración o no de un perjuicio irremediable. 4.6. De la determinación de la entidad responsable del pago de la incapacidad laboral al accionante. 4.6.1. Criterios legales y jurisprudenciales. 4.6.2. Caso en concreto y, finalmente, 4.7. Conclusiones.

4.3. Competencia.

Éste Despacho es competente para conocer y resolver la presente acción de tutela, conforme lo establece el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, inciso 1° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 y el Decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017, comoquiera que la amenaza o vulneración alegada por el accionante tiene su génesis en el municipio de Sogamoso y, además, porque la acción se dirige contra un particular.

4.4. Legitimación en la causa.

La acción de tutela regulada en el artículo 86 de la Constitución Política

Colombiana es ideada como el mecanismo que tienen todas las personas para solicitar la protección de sus derechos fundamentales, el cual, puede ser ejercido de manera directa o por un agente externo que actúe legítimamente a nombre de la persona afectada. En concordancia con ello, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, dispone sobre las formas a través de las cuales se puede instaurar una solicitud de amparo, por parte de la persona que considere vulnerados o amenazadas sus prerrogativas fundamentales, ha dicho la jurisprudencia Constitucional:

"De acuerdo con la normatividad, existen cuatro conductos a través de los cuales se puede interponer la acción de tutela por parte de la persona presuntamente vulnerada en sus derechos:

- (i) Por sí misma. En este caso no se precisa de profesional del derecho.*
- (ii) Cuando se trata de personas jurídicas, incapaces absolutos o menores de edad, el facultado para presentar la demanda es el representante legal.*
- (iii) A través de abogado, caso en el cual se requiere de un poder que expresamente otorgue la facultad para interponer la acción tuitiva.*
- (iv) Por intermedio de un agente oficioso, o sea, una persona indeterminada, la cual no requiere de poder, pero debe especificar que lo hace en esa calidad y siempre que el titular del derecho "no esté en condiciones" de promoverla directamente.*

De otro lado, se ha entregado a los Defensores del Pueblo y a los Personeros Municipales, la posibilidad de intentar la acción de tutela, con fundamento en el inciso final del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, y la interpretación que jurisprudencialmente ha dado esta Corporación a los artículos 46 ibídem y 282 de la Carta."

En ese orden, la señora **CENaida GALINDO RODRÍGUEZ** tiene plena legitimidad por activa para promover la presente acción, pues, ella es la persona natural que aduce la vulneración de sus derechos fundamentales.

Por otro lado, la accionada **MEDIMAS EPS**, persona jurídica de derecho privado, tiene legitimidad por pasiva dentro de la presente acción de tutela, por cuanto es el particular frente al cual se aduce que su actuar ha vulnerado los derechos invocados por la accionante, al ser la entidad que le prestaba la atención del servicio de salud durante los meses de febrero, marzo, abril y mayo.

Por otra parte, **ALCA Ltda, NUEVA EPS e INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA** no cuentan con legitimación en la causa por pasiva, por cuanto no se evidencia que exista un vínculo que las relacione con la presunta vulneración del derecho a la salud y, por consiguiente, serán desvinculadas del presente trámite.

4.5. De la procedencia excepcional o no de la tutela para el pago de incapacidades laborales.

4.5.1. Presupuesto de la procedencia excepcional.

La H. Corte Constitucional, ha establecido de manera reiterada la procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de acreencias e incapacidades fruto de una relación laboral, tal y como se cita en la sentencia T – 200 de 2017¹, al indicar que:

En consecuencia, al evaluar la procedencia de la tutela, el juez debe tener en cuenta, no

¹ Corte Constitucional, sentencia T – 200 de 2017. M.P. JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARIS.

solamente si existe un mecanismo alternativo para la protección de los derechos afectados, sino también hacer un análisis robusto sobre la idoneidad tal medio respecto a la situación del solicitante, y sobre la inminencia de la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Al respecto la Corte ha sostenido que "(...) la existencia de ese otro medio judicial no hace de por sí improcedente la intervención del juez de tutela, obligado a evaluar las circunstancias del caso puesto a su conocimiento, a efectos de determinar si el otro medio judicial resulta eficaz y proporcionado, frente a la protección que se le demanda. Es decir, el otro medio de defensa judicial existente, debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela.

Concretando y recogiendo las disposiciones y jurisprudencia señaladas en párrafos anteriores, la Corte Constitucional afirmó, en sentencia T-144 de 2016, que la acción de tutela es procedente para la reclamación de acreencias laborales cuando: " i) no existe otro medio de defensa judicial, o de existir, éste no es apto para salvaguardar los derechos fundamentales en juego; o ii) cuando se pruebe la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, con las características de grave, inminente y cierto, que exija la adopción de medidas urgentes y necesarias para la protección de derechos fundamentales.

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha insistido en el carácter excepcional de la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de derechos de carácter económico derivados de relaciones laborales. Tal premisa, conduce a la necesidad de evaluar los casos concretos bajo la perspectiva de las condiciones objetivas de quien interpone la acción, así como la naturaleza y relevancia que cobra la incapacidad en la garantía de derechos fundamentales, al ser un sustituto del salario devengado por quien ha sufrido menoscabo temporal o permanente de su capacidad laboral.

Conforme al anterior criterio jurisprudencial, se tiene que claramente que la acción constitucional de tutela para reclamar el pago de acreencias laborales solo procede cuando: i) se evidencie que no existe otro medio de defensa judicial ordinario para reclamar lo que pretende por tutela, o, que existiendo el mismo no es idóneo para garantizar el derecho afectado; ii) se cause un perjuicio irremediable, en el sentido de que por este medio, podría obtenerse protección transitoria para efectos de adoptar medidas de protección del derecho mientras se agota el mecanismo ordinario.

Así pues, es necesario verificar si se configura alguna de las dos opciones mencionadas para que prospere la procedencia excepcional de la acción de tutela, conforme los hechos alegados por el actor.

4.5.2. Subsidiariedad e idoneidad del medio judicial ordinario de defensa.

En pronunciamiento reciente de la H. Corte Constitucional² se estableció que,

"(...) el medio de defensa judicial resulta ser idóneo cuando es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, y efectivo, cuando está diseñado para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados.

*De acuerdo con el sistema normativo colombiano, los recursos ordinarios aptos para ventilar las pretensiones de índole económico, específicamente las tendientes a obtener el pago del subsidio de incapacidades laborales son, **la solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, en virtud de su función jurisdiccional, o en su defecto, la acción laboral ante el juez natural de la jurisdicción ordinaria.***

El primer recurso se activa ante la Superintendencia Nacional de Salud, en razón a la función jurisdiccional a ella conferida por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado y modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, en concordancia con el artículo 116 de la Constitución Política, con el fin de garantizar el derecho a la salud de manera efectiva a los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud. De acuerdo con las referidas disposiciones, la Superintendencia Nacional de Salud puede conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez en determinados asuntos, siendo uno de ellos el "conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador

² Corte Constitucional, sentencia T – 246 de 2018. M.P. ANOTNIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO.

En síntesis, en principio el mecanismo resultaría idóneo y efectivo para amparar los derechos solicitados.

De igual manera, tratándose de solicitudes que buscan el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, la Corte Constitucional de manera reiterada, ha sido enfática en disponer que las acciones ante la jurisdicción ordinaria también constituyen mecanismos idóneos para su amparo.

Sin embargo, la Corporación excepcionalmente ha permitido la procedencia de la acción de tutela, atendiendo a las circunstancias especiales y a la situación de cada individuo, que hace que la intervención del juez constitucional se haga necesaria e inminente."

En cuanto a la existencia el medio de defensa judicial ordinario, el mismo criterio jurisprudencia citado, nos indica la posibilidad de dos tipos de acciones o trámites diferentes, el primero ante la Superintendencia de Salud y, el segundo, ante el Juez Laboral, ambos mecanismos de carácter jurisdiccional y conforme la misma calificación de la jurisprudencia, son medios de defensa judicial idóneos y eficaces en principio para obtener el pago de una incapacidad laboral, por lo que desde esta perspectiva, **no sería procedente la presente acción de tutela, salvo que se acredite que puede configurarse una situación particular, que permita la procedencia de manera excepcional de esta acción en el presente caso** y frente a ello, la Corte³ indicó:

En otros términos, las discusiones que versan sobre el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, como son los subsidios de incapacidad, deben ser controvertidas en principio en el natural espacio de debate de la jurisdicción laboral o contencioso administrativa, o ante la Superintendencia Nacional de Salud, según el caso, y sólo de manera excepcional a través de la acción de tutela, siempre y cuando, el medio de defensa judicial previsto en el ordenamiento jurídico, apreciado en concreto, no resulte eficaz para la protección del derecho fundamental invocado – como el mínimo vital-, y que las circunstancias específicas del caso hagan necesaria la intervención del juez de tutela.

Lo anterior, en razón a que el pago de incapacidades a una persona que sufre una afectación en su salud, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho fundamental (i) a la salud "en la medida que permite al afiliado disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que en estricto sentido no exista prestación de servicio, circunstancia que contribuirá a la recuperación satisfactoria de su estado de salud, puesto que le permite seguir con el tratamiento prescrito por el médico tratante y guardar el reposo requerido para su óptima recuperación" y (ii) el derecho al mínimo vital, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, "por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar."

Con lo expuesto anteriormente, el pago de incapacidades laborales pretendidas por idoneidad de los medios de defensa jurisdiccional ordinarios antes mencionados, verificando si se configura en el caso en particular una afectación al mínimo vital, a la salud o la generación de un perjuicio irremediable, por lo que deberá verificarse si se configura alguna de estas, a efectos de entrar a valorar la procedencia excepcional de la presente tutela.

4.5.3. De la afectación o no al mínimo vital y la configuración o no de un perjuicio irremediable.

Siguiendo el hilo conductor, la jurisprudencia constitucional en cuanto a la procedencia o no de la tutela para el pago de incapacidades laborales ha indicado lo siguiente,

"(...) esta Corporación ha procedido a ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela, cuando se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador, en la medida en que dicha prestación constituya la única fuente de ingresos

³ Corte Constitucional, sentencia T – 246 de 2018. M.P. ANOTNIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO.

para satisfacer sus necesidades personales y familiares, ello sobre la base de que los mecanismos ordinarios instituidos para el efecto, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza.

La idoneidad de la acción de tutela para reclamar el pago de incapacidades también se fundamenta en que la omisión en el cumplimiento de tal obligación puede generar un perjuicio irremediable,

Es así, como a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, esta Corporación ha reiterado, que cuando no se pagan oportunamente las incapacidades debidamente certificadas al trabajador y con ello se vulneran de paso derechos constitucionales, el juez de tutela se legitima para pronunciarse sobre el fondo del asunto con el fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar.

De esta manera, el estudio sobre la subsidiariedad en los casos de acciones de tutela en las cuales se reclame el pago de incapacidades laborales debe realizarse de manera flexible, máxime si quien impetra el amparo es una persona que, debido a su estado de salud, se encuentra en estado de debilidad manifiesta.

Cuando quiera que no se paguen las incapacidades laborales de manera oportuna y completa, se afecta el mínimo vital del trabajador y el de su familia, razón por lo cual la acción de tutela es procedente. La Corte ha sostenido que al determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en aquellos eventos en donde se comprueba la existencia de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico alguno, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras; que dependen económicamente de la prestación reclamada y que carecen de capacidad económica para garantizarse su propia subsistencia, se exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional. Así mismo, es importante resaltar que los requisitos para la procedencia de la acción de tutela en tratándose del pago de acreencias laborales –como son las incapacidades laborales-, deben ser analizados con mayor flexibilidad, en atención a que los peticionarios son sujetos de especial protección constitucional⁴

De los criterios jurisprudenciales citados, se procede a analizar si se da o no una afectación al mínimo vital, para tal labor, la Corte en sentencia T – 157 de 2014, señaló las pautas determinar si se configura o no en un caso concreto:

“4.1. La jurisprudencia ha definido el mínimo vital como “aquella parte del ingreso del trabajador destinado a solventar sus necesidades básicas y del núcleo familiar dependiente, tales como alimentación, vivienda, salud, educación, recreación, servicios públicos domiciliarios, entre otras prerrogativas que se encuentran previstas expresamente en la Constitución Nacional y que además, posibilitan el mantenimiento de la dignidad del individuo como principio fundante del ordenamiento jurídico constitucional.

Como se observa, el mínimo vital es un presupuesto básico para el efectivo goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales y, ello, explica el por qué la Corporación le ha prodigado tanta atención a esta garantía constitucional, bajo el entendimiento que “[e]l pago oportuno y completo de un salario garantiza el goce de lo que se ha denominado el mínimo vital, considerado éste como aquellos recursos absolutamente imprescindibles para solucionar y satisfacer no solamente las necesidades primarias de alimentación y vestuario, sino aquellas relacionadas con la salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, factores insustituibles para la preservación de calidad de vida

Bajo esta regla, el mínimo vital es concebido en la jurisprudencia constitucional como un concepto indeterminado cuya concreción depende de las circunstancias particulares de cada caso. En este sentido, la vulneración del derecho al mínimo vital puede establecerse atendiendo a las consecuencias que para la persona tiene la privación de sus ingresos laborales en la situación concreta en que se encuentra. Lo anterior conlleva, necesariamente, que el juez constitucional para efectos de otorgar o negar el amparo solicitado, en primer lugar, realice una valoración concreta de las necesidades básicas de la persona y su entorno familiar y de los recursos necesarios para sufragarlas, y, en segundo lugar, determine si el mínimo vital se encuentra amenazado o efectivamente lesionado.

⁴ Corte Constitucional, sentencia T – 008 de 2018. M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS.

Ahora bien, cuando se alega como perjuicio irremediable la afectación del derecho al mínimo vital, la doctrina constitucional ha precisado una serie de hipótesis fácticas mínimas que deben cumplirse para que el juez constitucional reconozca la vulneración del mínimo vital, como consecuencia del no pago oportuno de los salarios devengados por el trabajador. Tales presupuestos son los siguientes:

1) Que exista un incumplimiento en el pago del salario al trabajador que por su parte ha cumplido con sus obligaciones laborales; 2) Que dicho incumplimiento comprometa el mínimo vital de la persona. Esto se presume cuando, a) el incumplimiento es prolongado o indefinido. La no satisfacción de este requisito lleva a que no se pueda presumir la afectación del mínimo vital, la cual deberá ser probada plenamente por el demandante para que proceda la acción de tutela, o b) el incumplimiento es superior a dos (2) meses, salvo que la persona reciba como contraprestación a su trabajo un salario mínimo. 3) La presunción de afectación del mínimo vital debe ser desvirtuada por el demandado o por el juez, mientras que al demandante le basta alegar y probar siquiera sumariamente que el incumplimiento salarial lo coloca en situación crítica, dada la carencia de otros ingresos o recursos diferentes al salario que le permitan asegurar su subsistencia. 4) Argumentos económicos, presupuestales o financieros no son razones que justifiquen el incumplimiento en el pago de los salarios adeudados al trabajador. Lo anterior no obsta para que dichos factores sean tenidos en cuenta al momento de impartir la orden por parte del juez de tutela tendiente a que se consigan los recursos necesarios para hacer efectivo el pago."

Conforme los criterios indicados, se exige i) que exista un incumplimiento en el pago del salario y, ii) que este afecte el mínimo vital, lo cual se presume a) cuando este sea prolongado o, b) cuando el incumplimiento es superior a dos meses, salvo que la persona reciba un SMLMV, de lo cual se puede evidenciar que se parte de una presunción del mínimo vital y que esta ésta deberá ser desvirtuada si así lo considera la parte a la que se le ordena el pago, sin embargo, ninguna de las accionadas realizó alegación al respecto.

En ese orden ideas, se tiene que a la accionante **CENaida GALINDO RODRÍGUEZ** se le diagnosticó Mieloma Múltiple secretor IgG Kappa, como consecuencia de ello, ha permanecido incapacitada para ejercer sus labores desde el 11 de julio de 2019 hasta el 13 de junio de 2020.

De igual manera, de la prueba allegada por **MEDIMAS EPS** se tiene se evidencia que la accionante **CENaida GALINDO RODRÍGUEZ** recibió el pago del auxilio por incapacidad hasta el 19 de octubre de 2019, empero, la accionante manifestó que recibir este pago hasta el mes de enero de 2020; sin embargo, es evidente que el hecho de no percibir tal subsidio durante los meses de febrero, marzo, abril y mayo pone en peligro su mínimo vital el cual se agrava por las circunstancias de emergencia sanitaria que afronta el país a causa del virus COVID – 19.

En ese sentido, la H. Corte Constitucional,

"En diferentes oportunidades, la Corte Constitucional ha reconocido que la imposición de barreras injustificadas por parte de la Administración vulnera directamente los derechos fundamentales de las personas, dado que en estos eventos dichas barreras o trámites excesivos constituyen trabas injustificadas para la guarda de derechos como la salud, la vida, dignidad humana y mínimo vital.

Si bien es cierto que para la adecuada prestación de servicios y reconocimiento de prestaciones económicas las entidades encargadas se encuentran legitimadas para establecer el correspondiente trámite administrativo a seguir por los interesados, en ningún momento estos pueden tornarse excesivamente demorados ni imponer cargas a los usuarios que no se encuentren en condiciones de soportar o no les corresponda asumir, pues de lo contrario resultan violatorias de los derechos fundamentales de quienes inician los mencionados trámites"⁵

⁵ Corte Constitucional, sentencia T – 698 de 2014. M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

En suma, se tiene que estudiados los presupuestos exigidos se acredita la afectación del mínimo vital, dadas las circunstancias particulares del caso, que así lo evidencian y que requiere una atención por parte del Juez constitucional para la adopción de medidas de protección y discusión inmediatas y, por consiguiente, se puede concluir que la reclamación y discusión planteada, puede darse por la vía de la presente acción de tutela.

4.6. De la determinación de la entidad responsable del pago de la incapacidad laboral al accionante.

4.6.1. Criterios legales y jurisprudenciales.

La Corte en la sentencia T – 246 de 2018, ha realizado un recuento legal y jurisprudencial de la forma de determinar cuál es la entidad que le corresponde el pago de incapacidades laborales, dependiendo el trámite agotado, a saber:

“Esto, con la finalidad de soportar al afiliado durante el tiempo en que su capacidad laboral se ve mermada, en virtud del principio de solidaridad que rige el Sistema General de Seguridad Social. Así, el reconocimiento y pago de las incapacidades fueron atribuidas a los distintos agentes del sistema, dependiendo del origen de la enfermedad o accidente (común o profesional), y de la persistencia de la afectación de la salud del afiliado, en el tiempo.

Entonces, en primer lugar, de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, las Administradoras de Riesgos Laborales son las encargadas de asumir el pago de las incapacidades laborales con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.

Este pago se surte, por parte de las ARL, “(...) hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez.

En segundo término, tratándose de enfermedades o accidentes de origen común, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad radica en diferentes actores del sistema dependiendo de la prolongación de la misma, de la siguiente manera:

Conforme al artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador.

A su vez, en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012[45], el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador.

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Al respecto, si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, esta Corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

Ahora, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación – sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión del mismo a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Así mismo, de acuerdo con la norma citada, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a

Juzgado 4º Civil Municipal. Email: j04cmpalsogamoso@cendoj.ramajudicial.gov.co

Dirección: Carrera 8 No. 5-41 Ciudadela Chinca, 2º piso, Oficina 214 Sogamoso (Boy). **Teléfono** 7723141.

la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador. Contrario sensu, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.

(...) de la norma se advierte i) que el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, y ii) que las EPS pueden perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto en los términos del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que asumió funciones a partir del 1º de agosto de 2017, según lo prescrito en el artículo 1º del Decreto 546 de 2017. En otras palabras, las EPS sólo están asumiendo una carga administrativa en el reconocimiento y pago de dichas incapacidades, ya que la ley es clara al señalar que quien en últimas terminará asumiendo la obligación es el Estado, en cabeza de la entidad creada a través del artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, que le pagará a las EPS los dineros cancelados por dicho concepto.

(...) Sobre la base de lo expuesto, el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común, está previsto de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012
Día 181 hasta el 540	Fondo de Pensiones	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012
Día 541 en adelante	E.P.S	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

4.6.2. Del caso en concreto.

En el presente caso, existe plena certeza que la accionante **CENaida GALINDO RODRÍGUEZ** ha permanecido incapacitada durante 270 días, esto es, desde el 11 de julio de 2019 hasta el 13 de mayo de 2020, término que supera ampliamente los 180 días, asimismo, que desde el mes de febrero de 2020 no recibe el pago del subsidio respectivo ni por la **EPS MEDIMÁS** o el fondo de pensiones al que se encuentra afiliada.

Aunado a ello, al revisar las pruebas aportadas tanto por la accionante, las entidades accionadas y vinculadas se constata fehacientemente que la **EPS MEDIMÁS** no emitió el concepto de rehabilitación de la señora **CENaida GALINDO RODRIGUEZ** antes del día 120 de incapacidad y, por lo tanto, tampoco lo remitió ante el fondo de pensiones previo a los 150 días para que si el periodo de incapacidad se prolongará más allá de los 180 días este asumiera el pago de las incapacidades, luego, fácil es colegir que le corresponde a **MEDIMAS EPS** el pago del subsidio por incapacidad laboral de la señora **CENaida GALINDO RODDRIGUEZ** dada la inobservancia u omisión de sus obligaciones como entidad promotora de salud, pago que efectuará con recursos propios.

Por otra parte, se advierte que en caso de generarse una nueva incapacidad y esta sea posterior al 1º de junio de 2020 su pago lo deberá asumir la **NUEVA EPS**, de igual forma, deberá emitir el respectivo dictamen de rehabilitación de la señora **CENaida GALINDO RODRÍGUEZ**, dado que es la EPS a la que desde el mes de junio se encuentra afiliada la actora.

Finalmente, frente al cambio de **EPS** sin el consentimiento de la accionante, debe

el Despacho manifestar que tal controversia debe ser ventilada ante la Superintendencia de Salud, puesto que, esta es la entidad competente para desatarla conforme lo dispone el literal d) del parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 1122 de 2017 modificado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, en otras palabras, la acción constitucional de tutela no es el medio idóneo para desatar esta clase de litigio.

5.- Conclusión

En conclusión, se amparará el derecho al mínimo vital de la señora **CENAIDA GALINDO RODRÍGUEZ** y, en consecuencia, se ordenará a **MEDIMÁS EPS** que dentro de los **CINCO (5) DÍAS** siguientes a la notificación de este fallo proceda a pagar de su propio peculio el subsidio por incapacidad causada a la señora **CENAIDA GALINDO RODRÍGUEZ** del 13 de febrero al 11 de abril de 2020 y del 4 al 13 de junio del presente año, de igual manera, se le ordenará a la **NUEVA EPS** que en caso que la accionante **CENAIDA GALINDO RODRÍGUEZ** sea incapacitada a causa del **Mieloma Múltiple secretor IgG Kappa** que se le diagnosticará proceda de forma inmediata a emitir el concepto de rehabilitación y, por último, se negará el cambio de EPS solicitado por la accionante.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Sogamoso, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital de la accionante **CENAIDA GALINDO RODRIGUEZ** vulnerado por **MEDIMAS EPS** – a través de su Representante legal señor **ALEX FERNANDO MARTÍNEZ GUARNIZO**.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a **MEDIMAS EPS** – a través de su Representante legal señor **ALEX FERNANDO MARTÍNEZ GUARNIZO**, que dentro de los **CINCO (5) DÍAS siguientes a la notificación del presente fallo, RECONOCER Y PAGAR a la accionante CENAIDA GALINDO RODRÍGUEZ**, el subsidio temporal por enfermedad común, esto es, la incapacidad laboral causada entre del 13 de febrero al 11 de abril de 2020 y del 4 al 13 de junio del presente año, posteriores a los 180 días iniciales, por **NO** haberse expedido el concepto de rehabilitación.

TERCERO: ORDENAR a la **NUEVA EPS** que en caso que la accionante **CENAIDA GALINDO RODRÍGUEZ** sea incapacitada en adelante, y a partir del 13 de junio de 2020, a causa del **MIELOMA MÚLTIPLE SECRETOR IGG KAPPA** que se le diagnosticará proceda de forma inmediata a emitir el concepto de rehabilitación, y reconozca y pague las incapacidades a que haya lugar, conforme las consideraciones indicadas.

CUARTO: DENEGAR la presente tutela, respecto del cambio de **EPS** solicitado por la accionante **CENAIDA GALINDO RODRÍGUEZ** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: NOTIFICAR la presente decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz, esto es, correo electrónico.

SEXTO: Esta decisión es susceptible de impugnación, la que deberá interponerse dentro de los TRES (3) DÍAS siguientes a su notificación. Si no lo fuere, REMITASE en su oportunidad el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez se levante la suspensión de términos ordenada con ocasión al aislamiento social obligatorio en el país, como consecuencia de la pandemia por el covid-19.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CAMILO ERNESTO BECERRA ESPITIA
JUEZ

