



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO VEINTICUATRO CIVIL MUNICIPAL

SENTENCIA DE TUTELA

Bucaramanga, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Procede el despacho a proferir sentencia dentro del presente asunto, a términos del artículo 22 del Decreto 2591 de 1991, previo los siguientes,

I. ANTECEDENTES

La señora YULI ESPERANZA COLMENARES QUINTERO, formuló acción de tutela, por considerar que la entidad accionada SANITAS EPS, ha vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital, salud, seguridad social, y vida en condiciones dignas, con base en los hechos que a continuación se sintetizan:

- Comenta que el 27 de Abril del año 2022, sufrió un accidente de tránsito cuando conducía su vehículo, producto del cual sufrió varias lesiones por las que ha recibido asistencia médica en la IPS SERVICLINICOS DROMEDICA S.A., en la que se le diagnosticó inicialmente contusión del hombro y del brazo y para el 16 de Mayo del mismo 2022, le diagnosticaron esguinces y torceduras de la articulación del hombro y posible lesión del manguito rotador.
- Refiere que el 2 de Noviembre del 2022, le ordenaron practicarle la cirugía de nombre ARTROSCOPICA CON 1 REPARACION DE MANGUITO ROTADOR CON BURSECTOMIA SINOVECTOMIA PARCIAL MAS CAPSULA RADIAL DE HOMBRO IZQUIERDO por la que le dieron incapacidad por 30 días.
- Afirma que el 19 de Diciembre del 2022, le otorgaron otra incapacidad por 10 días, esto es, desde el 28 de Diciembre de ese mismo año, que luego le fue prorrogada del 29 de Diciembre de 2022 al 27 de Enero del 2023, es decir por 30 días más, y posteriormente a esa le otorgaron otra de 30 días desde el 28 de Enero hogaño hasta el 26 de Febrero del 2023, y prorrogada desde el 27 de Febrero al 18 de Marzo del 2023.
- Aduce que ha radicado varias veces las incapacidades que le han sido otorgadas desde el 19 de Diciembre del año pasado, ante la EPS SANITAS, pero ésta solo le informa que fueron rechazadas, pero sin darle una respuesta por escrito del no pago de las mismas.

- Culmina diciendo que se encuentra incapacitada para trabajar, que no tiene como cubrir el pago de sus necesidades básicas, que ésta en proceso de recuperación de su cirugía y que al negarse SANITAS EPS a pagarle las incapacidades, le está violando su derecho al mínimo vital pues esa es su única fuente de ingresos.

II. DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Aduce la parte actora que la EPS accionada, se encuentra vulnerando su derecho fundamental al mínimo vital, salud, seguridad social, y vida en condiciones dignas, por lo que solicita se ordene a SANITAS EPS que en término de 48 horas le reconozca y pague las siguientes incapacidades en su favor:

- a. Incapacidad del 19 de Diciembre de 2022 al 28 de Diciembre de 2022.
- b. Incapacidad del 29 de Diciembre de 2022 al 27 de Enero de 2023.
- c. Incapacidad del 28 de Enero de 2023 al 26 de Febrero de 2023.
- d. Incapacidad del 27 de Febrero de 2023 al 18 de Marzo de 2023.

III. ACTUACION PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida en providencia del 9 de Marzo del año en curso, en la cual se dispuso notificar a SANITAS EPS, con el objeto de que se pronuncie acerca de cada uno de los hechos referidos en el escrito constitucional. Así mismo se ordenó vincular a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES.

Mediante auto del 15 de Marzo hogaño, se ordenó vincular al FONDO DE PENSIONES PORVENIR y a la empresa THOMAS INVESTMENT S.A., el primero de ellos por ser el fondo de pensiones al que está afiliada la accionante y el segundo por su empleador, lo anterior por cuanto podrían verse implicados en las resultas de la presente acción.

IV. CONTESTACION A LA TUTELA

• SANITAS EPS

Sostiene que sí es cierto que la accionante, se encuentra afiliada a esa entidad, y que lo es en calidad de cotizante, también asegura que no ha habido de su parte violación a derecho fundamental alguno y pide que se declare improcedente la acción, en la medida que le ha pagado a la actora por intermedio de su empleador THOMAS INSTRUMENTS S.A., mediante transferencia electrónica, las incapacidades que se le generaron hasta el día 180 de incapacidad, esto es, hasta el 23 de Octubre del año 2022.

Indica que a la fecha la señora COLMENARES QUINTERO, acumula 311 días continuos de incapacidad comprendidos entre el 27 de Abril del año 2022 hasta el 18 de Marzo del año que corre, y que las incapacidades posteriores al día 180 y las que se generen por 360 días más, esto es, hasta el día 540, deben ser asumidas por el FONDO DE PENSIONES PORVENIR al que está afiliada.

Comenta que el 7 de Octubre del año pasado le remitió un oficio al FONDO DE PENSIONES PORVENIR, notificando el estado de incapacidad prolongada de la accionante, al que anexó el concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico de la EPS, para que con base en dicho dictamen, esa entidad asumiera el subsidio temporal por incapacidad laboral a partir del día 181 o en su defecto para que procediera a calificar la pérdida de capacidad laboral.

Refiere que la única incapacidad que no le ha pagado esa EPS a la señora YULI ESPERANZA COLMENARES QUINTERO, es la No. 57743084 con fecha de inicio 27/04/2022, debido a que se encuentra rechazada por causal MEDICO NO REGISTRADO EN RETHUS.

Finaliza pidiendo que se niegue el amparo solicitado y que se le ordene a PORVENIR que reconozca y le pague a la accionante las incapacidades desde el día 180 al 540 y que realice las gestiones para que le califique la pérdida de capacidad laboral porque no se pueden perpetuar en el tiempo estas por parte de la EPS., también pide que se condicione el pago de las incapacidades hasta cuando se expida el mentado dictamen o hasta cuando se emita un nuevo concepto por parte del médico tratante que establezca que la actora se encuentra en condiciones para reanudar labores y a su vez que se le ordene al ADRES reconocer y pagar a esa EPS los dineros que se sufraguen en cumplimiento a la orden de tutela que se encamine a solventar el pago de prestaciones económicas posteriores al día 540.

- **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD –ADRES**

Manifiesta que en este caso la tutela es improcedente porque al tratarse del pago de incapacidades, dicho auxilio se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico, a través de los procesos laborales ordinarios, además de que la solicitud de amparo no es el mecanismo idóneo para dirimir conflictos económicos y litigiosos, toda vez que éste es un mecanismo subsidiario que no tiene por fin reemplazar los procedimientos previstos en la Ley para hacer valer sus derechos.

Solicita a su vez que se analice si en el caso concreto, la accionante ha dejado transcurrir el tiempo demostrando la ausencia de objeto por el que se configure la necesidad de una protección inmediata. Arguye que en materia de incapacidades temporales, que se generen como consecuencia de un accidente de tránsito, su reconocimiento y pago debe ser asumido por la EPS a la que se encuentre afiliada la víctima, si el accidente fue de origen común o por la administradora de riesgos laborales si éste fue calificado como accidente de trabajo. Culmina solicitando la improcedencia de la acción y negar el amparo en lo que respecta a esa entidad, por cuanto ésta no ha desplegado conducta que vulnere derechos fundamentales de la actora.

- **FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A**

Mediante mensaje de datos del 16 de Marzo hogaño, sostiene que la EPS SANITAS, emitió concepto de rehabilitación favorable respecto de la accionante, el 21 de Noviembre de 2022, pero no obstante ello, la señora COLMENARES QUINTERO no ha radicado solicitud formal de reconocimiento y pago de incapacidades, así como tampoco ha informado a esa sociedad administradora, que superó el día 180 de incapacidad continúa.

Advierte que la notificación del concepto de rehabilitación no implica la generación automática del pago de subsidio de incapacidades, y que se requiere que la accionante radique ante esa entidad, la solicitud formal del pago de las mismas, a fin de proceder con el estudio de la documentación y en caso tal, acceder a efectuar el pago de incapacidades hasta completar 540 días de incapacidad.

Señala que se debe conminar a la tutelante para que presente ante ese fondo, la documentación requerida y en debida forma, porque sin ella no se puede dar inicio al proceso de pago de incapacidades. Por otra parte aduce que en este caso la tutela es improcedente en la medida que la actora no allega ni una sola prueba de que se encuentre ad portas de sufrir un perjuicio irremediable.

- **THOMAS INVESMENT S.A.**

Sostiene que de acuerdo con la normatividad que regula el tema de incapacidades, al empleador únicamente le corresponde el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad, y con posterioridad a ese día, quienes deben asumir el pago de ellas, son las entidades de seguridad social, por lo que concluye que esa sociedad no está llamada a responder por obligaciones que se encuentran en cabeza de personas jurídicas diferentes.

V. CONSIDERACIONES

1. De la competencia

Es competente este despacho judicial, para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia con fundamento en el artículo 86 de la C. P., en armonía con las normas contenidas en el Decreto 2591 de 1991.

2. De la legitimación y procedencia de la acción de tutela

2.1. Legitimación por activa

Determina el artículo 86 de la Constitución Política que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona a fin de reclamar la protección de sus derechos fundamentales. En esta ocasión la señora YULI ESPERANZA COLMENARES QUINTERO, solicita se amparen sus prerrogativas constitucionales al mínimo vital, salud, seguridad social y vida en condiciones dignas, por tanto, se encuentra legitimada.

2.2. Legitimación por pasiva

La accionada SANITAS EPS, es una entidad que presta el servicio público de salud, por lo tanto, de conformidad con el Numeral 2° del Artículo 42 del Decreto 2591 se encuentra legitimada como parte pasiva, al imputársele responsabilidad en la presunta vulneración de derechos fundamentales que invoca la parte accionante, EPS a la que además se encuentra afiliada en el régimen contributivo la aquí actora por lo que se encuentra legitimada.

3. Problema Jurídico

Corresponde al Despacho determinar si vulneró la EPS accionada o las entidades vinculadas, los derechos fundamentales invocados por el accionante, respecto del reconocimiento y pago de las incapacidades medidas otorgadas a favor de ésta, por su galeno tratante.?

4. Marco Jurisprudencial

4.1. De la acción de tutela

En términos del Artículo 86 constitucional, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando la acción u omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares¹, vulnera o amenaza tales derechos constitucionales².

Este mecanismo privilegiado de protección, es, sin embargo, residual y subsidiario.³, en concordancia con el artículo 6to. del Decreto 2591 de 1991, sólo procede la acción de tutela cuando (I) el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial en el ordenamiento, caso en el cual la acción de tutela entra a salvaguardar de manera inmediata los derechos fundamentales invocados, o (II) cuando existiendo otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para el amparo de los derechos vulnerados o amenazados,⁴ o (III) cuando existiendo el medio idóneo alternativo de defensa judicial, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁵ a los derechos fundamentales.

4.2. Acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación en la salud.

El artículo 49 de la Constitución Política, establece la garantía para que todos los ciudadanos accedan a los servicios de promoción, protección y recuperación en la salud de manera integral, es decir, cubriendo la atención necesaria para la rehabilitación física y mental y el correlativo apoyo para preservar la calidad de vida de quien se ve disminuido en su salud y la de su familia.

Para desarrollar este mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993 que en su artículo 153 señaló:

“Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son

reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes:

3. Protección integral. El Sistema General de Seguridad Social en Salud brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 162 respecto del Plan Obligatorio de Salud.”

Esta misma ley prevé la posibilidad de reclamar sumas líquidas de dinero reconocidas como subsidio por incapacidad, que vienen a sustituir el salario durante el lapso en el cual el trabajador se encuentra al margen de sus labores.

En efecto, en su artículo 206 expresó:

“INCAPACIDADES. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.”

El pago de las incapacidades laborales constituye entonces una garantía para que el trabajador pueda subsistir en condiciones dignas durante el periodo de tiempo en el cual no puede desempeñar sus labores habituales, ya sea generada por los riesgos de accidente de trabajo, accidente común, enfermedad profesional o enfermedad general.

Al respecto, la jurisprudencia ha dicho:

“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. 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.”⁶

Sin embargo, el derecho al pago de incapacidades laborales no es autónomamente reconocido por la Constitución Política como un derecho fundamental, razón por la cual, la acción de tutela en principio no es el medio judicial idóneo para obtener el pago de esta clase de prestaciones sociales.

En estos términos, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia⁷ también ha señalado que cuando la entidad encargada de efectuar el pago de las respectivas incapacidades se abstiene de hacerlo, el medio judicial adecuado para ventilar esta clase de litigios es la jurisdicción laboral ordinaria a través de los procedimientos legales reglados para tal fin.

No obstante, la misma corporación ha admitido la posibilidad de procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de dichas acreencias de origen laboral, cuando del no reconocimiento de las mismas se afecten derechos fundamentales del trabajador, tales como la vida digna, el mínimo vital y la dignidad humana. Así, se presume que el no pago de las mismas quebranta el mínimo vital del accionante cuando éste recibe un salario mínimo y no percibe ningún otro tipo de remuneración.

4.3. Del Pago de incapacidades de origen común

El primer referente jurídico en relación al pago de incapacidades de origen común es el parágrafo 1 del Artículo 40 del Decreto 1049 de 1999, mediante el cual se determinó:

“Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados”

Ahora bien, respecto de las incapacidades que no superen los 180 días, la primera norma que reguló el tema fue el Código Sustantivo del Trabajo que en su artículo 227 consagró el valor del “auxilio monetario por enfermedad no profesional” así:

“ARTICULO 227. Valor del auxilio. En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2 3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante”.

No obstante, en virtud de lo señalado por el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, el pago de las incapacidades desde el día 4 hasta el 180 es responsabilidad de las E.P.S. A su vez, el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012, prescribe que el de reconocimiento de dichas incapacidades debe ser adelantado de manera directa por el empleador.

Por otra parte, entrando al estudio de la responsabilidad en el pago de incapacidades que superan los 180 días, el Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, establece que dicha obligación recae en cabeza de los fondos de pensiones.

La norma textualmente señala:

“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la Administradora de Fondos de Pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las Juntas de Calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la Entidad Promotora de Salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador”.

Por último, el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, que modificó el Artículo 41 de la Ley 100 de 1993, reguló el tema de calificación del estado de invalidez, y el

reconocimiento de incapacidades superiores a 180 días de la siguiente manera:

“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

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 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.

En este punto, como resultado del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, es posible *i)* que se determine una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, evento en el cual, el trabajador puede optar por la pensión de invalidez a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado, o *ii)* que se fije una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%, situación en la que *“el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello*. En otras palabras, en este último evento, el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

No obstante, lo anterior, es factible que, a pesar de haberse dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%, el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, superando los 540 días, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez. Es decir, no resulta posible su reintegro al cargo, debido a la misma incapacidad del trabajador para reincorporarse a sus funciones.

Al respecto, es preciso recordar que el Sistema General de Seguridad Social no previó esta situación dentro de su marco normativo y por tanto, los asegurados incursos en estas circunstancias, antes de la promulgación de la Ley 1753 de 2015 Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, se encontraban sumidos en desprotección legal como consecuencia de la ausencia de claridad respecto de la entidad que debía asumir el pago del auxilio por incapacidad cuando los mismos superaban los 540 días. Sin embargo, el vacío legal que adolecía el Sistema General de Seguridad Social fue efectivamente superado con la ley en comento, al determinar que el pago de las incapacidades superiores a los 540 días debían asumirse por las entidades promotoras de salud (EPS) y que como mecanismo para reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado y propender oportunamente la reincorporación del asegurado a sus funciones laborales, el Gobierno Nacional tenía la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad.

En síntesis, el pago de las incapacidades de origen común, se ha establecido de la siguiente forma:

PERIODO	ENTIDAD OBLIGADA	FUENTE NORMATIVA
DIA 1 Y 2	EMPLEADOR	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
DIA 3 A 180	E.P. S	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el
DIAS 181 HASTA EL 540	FONDO DE PENSIONES	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012
DIA 541 EN ADELANTE	E.PS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

4.4. El carácter subsidiario de la acción de tutela y su procedencia para evitar un perjuicio irremediable. Reiteración de jurisprudencia

Según el inciso 4º del artículo 86 de la Constitución Política, el requisito de subsidiariedad se refiere a que la acción de tutela procede cuando el afectado (i) no cuenta con otros medios de defensa judicial; (ii) a pesar de que dispone de otros medios judiciales que resultan idóneos y eficaces para la protección de sus derechos, el recurso de amparo se utiliza para evitar un perjuicio irremediable.

En aquellos asuntos en que existan otros medios de defensa judicial, la jurisprudencia de este Tribunal ha determinado que caben dos excepciones que justifican su procedibilidad, siempre y cuando también se verifique la inmediatez:

- (i) A pesar de existir otro medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de

tutela procede, en principio, como mecanismo transitorio. No obstante, la Corte ha reconocido que en ciertos casos, si el peticionario está en situación de debilidad manifiesta, el juez constitucional puede realizar el examen de la transitoriedad de la medida, en atención a las especificidades del caso, en particular a la posibilidad de exigir al accionante que acuda después a los medios y recursos judiciales ordinarios y concluir que resulta desproporcionado imponerle la carga de acudir al mecanismo judicial principal.

- (ii) Si bien existe otro medio de defensa judicial, éste no es idóneo o eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual las órdenes impartidas en el fallo de tutela tendrán carácter definitivo.

4.5. Procedibilidad excepcional de la acción de tutela para el pago de incapacidades laborales. Reiteración de jurisprudencia

El numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela no procederá *“cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*. Del concepto desarrollado por esta disposición, se entiende que la acción de tutela *“fue diseñada como un mecanismo constitucional de carácter residual que procede ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales que permitan contrarrestar la inminente vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos”*.

El alcance que la Corte Constitucional le ha dado al artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 establece condiciones bajo las cuales, aún frente a la existencia en el ordenamiento jurídico de otros mecanismos ordinarios idóneos, ante la inminente vulneración de un derecho fundamental, la acción de tutela resulta procedente.

Es así como, si bien por regla general las reclamaciones de acreencias laborales deben ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria, ha sostenido la Corte Constitucional en numerosos casos similares al presente, que la acción de tutela, de manera excepcional, resultará procedente para reconocer el pago de incapacidades médicas. Esto, en el entendiendo que al no contar el trabajador con otra fuente de ingresos para garantizar su sostenimiento y el de las personas que dependan de él, la negativa de una E.P.S de cancelar las mencionadas incapacidades puede redundar en una vulneración a los derechos al mínimo vital, seguridad social y vida digna, caso en el cual es imperativa la intervención del juez constitucional. Al respecto ha sostenido la jurisprudencia:

“El reconocimiento y pago de una incapacidad asegura al trabajador un ingreso económico durante el periodo de su convalecencia, permitiéndole asumir su proceso de recuperación en los términos y condiciones médicamente diagnosticadas, particularmente por la especial protección a que tiene derecho en vista de su situación de debilidad manifiesta, además de garantizársele su derecho al mínimo vital, permitiendo la satisfacción de las necesidades básicas de él y su grupo familiar económicamente dependiente, mientras se reintegra a la actividad laboral.

Es por ello que, con el reconocimiento de éste tipo de prestaciones se pretende

garantizar las condiciones mínimas de vida digna del trabajador y del grupo familiar que de él depende, en especial cuando se deterioran sus condiciones de salud o de orden económico. De esta misma manera, este derecho encuentra un amplio desarrollo en instrumentos internacionales.

Así, ante circunstancias como las anteriores, en las que los derechos fundamentales se encuentran afectados por el no pago de una incapacidad laboral, el amparo constitucional es el mecanismo judicial apropiado para consolidar la protección de tales derechos”.¹

En esa misma línea, también ha resaltado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la importancia del pago de las incapacidades, como un mecanismo que garantice la adecuada recuperación del trabajador, quien no debe preocuparse por volver, de manera anticipada y poniendo en riesgo su salud, a trabajar con el objeto de ganar su sustento y el de su familia.

En ese orden de ideas, el no pago de las incapacidades médicas, si bien constituyen *per se* el desconocimiento de un derecho laboral, también pueden generar una afectación directa al mínimo vital, a *“la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”*.

En conclusión, toda vez que la negativa de pago de una indemnización médica puede generar la afectación de los derechos al mínimo vital, seguridad social, salud y vida en condiciones dignas del trabajador afectado, por la gravedad que las consecuencias de esa negativa puede generar en sus derechos fundamentales, evento en el cual, la acción de tutela será procedente.

5. Del Caso en concreto

Abordando el presente asunto, se observa que la accionante se encuentra afiliada en salud, en el régimen contributivo a la E.P.S. SANITAS y a pensiones obligatorias a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DEPENDIENCIAS Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., igualmente, se destaca que padece de las siguientes enfermedades: TRAUMATISMO DE TENDON EL MANGUITO ROTATORIO DEL HOMBRO, motivo por el cual le ha sido otorgadas varias incapacidades desde el mes de abril de 2022 hasta el 18 de marzo de 2023, ello conforme se extracta de la documental allegada con el libelo, así como de lo escritos de contestación presentados.

Es importante resaltar en este punto, que conforme a lo expuesto, es evidente que la accionante, ha sido incapacitada por 311 días, continuas, tal como lo afirma la EPS accionada, y es relevante este dato, en la medida que el mismo determinará a quien corresponde reconocer y cancelar las incapacidades que pretende le sean pagadas, ello claro partiendo que para este estudio se parte del hecho de la procedencia de la acción de tutela, en el sentido que conforme lo ha expuesto la Corte Constitucional, la vía en estudio, se configura como una alternativa que tiene

¹ Sentencia T-643/14

el trabajador, de forma expedita para el reconocimiento de sus prestaciones, y concretamente de las incapacidades que le han sido otorgadas, en la medida que ésta sustituye el salario del empleado.

Pues bien, teniendo claridad el tiempo de incapacidad acumulado por la actora, ha de proseguirse con el estudio referente a establecer ¿a que entidad le corresponde el reconocimiento y pago de las incapacidades pretendidas se cancelen mediante esta vía, esto es, desde el 29 de diciembre a la fecha?

Para dar solución a dicho interrogante ha de tenerse en cuenta que la normatividad imperante determina que hasta el día 180 corresponde reconocer y cancelar las incapacidades expedidas a la EPS a la cual se encuentre afiliado el actor y posterior a dicha fecha, es decir del día 181 a 540 a la AFP, siempre y cuando la EPS cumpla con su deber de comunicar a ésta última, el concepto favorable o no de rehabilitación de su afiliado, lo cual deberá realizar antes del día 120 y comunicarlo a mas tardar el día 150 de incapacidad, so pena de asumir el el reconocimiento y pago de las mismas.

Al respecto ha de partir este Juzgador, que la primera incapacidad fue expedida el 27 de abril de 2022, siendo así los 180 días que conforme al Art. 1 del Decreto 2943 de 2013, deben ser cancelados por la EPS a la cual se encuentra afiliada la actora, vencieron el 27 de octubre de 2022, de igual manera se observa que SANITAS EPS, cumplió con su deber de emitir el concepto de rehabilitación favorable de su afiliada hoy actora, y ello fue comunicado a la AFP Porvenir, lo cual acaeció dentro del término de ley, ya que para el 05 de septiembre de 2022, aconteció ello, tal como se evidencia del folio 24 a 30 del archivo PDF 005 del expediente digital y no fue negado por el Fondo de Pensiones vinculado.

Hasta lo aquí expuesto, es claro que el período de incapacidad que solicita la actora, sea reconocido y pagado, no recae ser cancelado por la EPS SANITAS, ya que la misma cumplió con su deber legal, de emitir el concepto de rehabilitación favorable de su afiliada hoy actora y comunicárselo a la AFP, además que frente al período de los primeros 180 días, no se observa en el acápite de pretensiones del libelo, que se persiga su reconocimiento, aunado que según la contestación de la acción, la entidad prestadora de salud, ya reconoció y pagó la prestación que le correspondía a este período, de manera que siendo así, será del caso negar la acción de tutela frente a dicha entidad y así se anunciará en la parte resolutive de esta providencia.

Ahora bien, hasta lo aquí expuesto, se evidencia que recae en el Fondo de Pensiones PORVENIR, el reconocimiento y pago de las incapacidades que se persiguen sean pagadas, pero surge según la respuesta otorgada por esta entidad una limitante para que las mismas se ordenadas mediante esta vía tutelar, y lo es que la actora, no ha radicado solicitud formal de reconocimiento y pago de incapacidades, ante dicha entidad, según lo aduce el fondo en mención y no se demuestra medio documental por parte de la accionante, que establezca lo contrario a lo ya expuesto.

Y es que, revisados los anexos de la demanda, se advierte que no existe

evidencia de que la señora YULI ESPERANZA COLMENARES QUINTERO, acá accionante hubiese radicado las incapacidades médicas sobre las que persigue su pago ante el FONDO DE PENSIONES PORVENIR, véase que en el sustento fáctico No. 9 del escrito de tutela, ésta manifiesta que radicó las incapacidades ante SANITAS EPS, por tal razón, no es posible imputarle algún tipo de responsabilidad al fondo de pensiones a éste trámite vinculado frente al reconocimiento y pago de las referidas incapacidades, ya que, las mismas se itera no han sido presentadas para el efecto, por lo cual no ha tenido conocimiento de ellas, sino hasta la radicación de la presente acción constitucional.

Y es que es necesario resaltar, que para que sea posible que el Juez constitucional, proceda a la protección de los derechos fundamentales que se persiguen se resguarden, es necesario achacar al accionado y/o vinculado, alguna conducta por acción o por omisión, en el actuar frente al hecho que aduce el actor emerge la conculcación, y es que tal presupuesto es indispensable, ya que sin él, no es posible en primer lugar establecer la vulneración alegada y como segundo aspecto determinar las medidas a tomar para superarlo, por ende el hecho de no haber ni siquiera, radicado las incapacidades ante PORVENIR a sabiendas que ellas superaban ya los 180 días de incapacidad, no puede pasarse por alto, en aras de garantizar los derechos ius fundamentales de la accionante, puesto que tal circunstancia es necesaria para proceder al estudio de la presunta conculcación alegada, y es que la indiferencia por parte de la actora, en cuanto a su deber de radicación de las incapacidades, no puede desconocerse o minimizarse en la presente acción, ya que la tutela no se encuentra diseñada para pretermittir trámites ante las entidades encargadas del reconocimiento y pago de esta clase de prestaciones.

De manera que, teniendo en cuenta que la tutelante no ha radicado las incapacidades ante PORVENIR, para obtener su reconocimiento y pago, cuyo derecho no se ha desconocido, negado, ni dilatado por parte de éste, no se advierte vulneración alguna al derecho fundamental al mínimo vital, a la salud y seguridad social por parte de aquél a la señora YULI ESPERANZA COLMENARES QUIINTERO y tampoco a este Despacho le es dable pronunciarse sobre la misma, se itera, porque no se han radicado para su pago, todo lo cual conlleva a que no sea posible imputar conducta alguna al FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A., que derive en una conculcación a los derechos fundamentales invocados por la actora, ya que ésta no se ha pronunciado en forma negativa frente a las mismas que conlleve a este Juzgador ingresar a estudiar la conducta desplegada por la entidad vinculada a que se hace referencia en precedencia, en otras palabras, no se cumple con el presupuesto de subsidiaridad establecido por la Corte Constitucional para esta clase de acción.

Y es que la naturaleza de la acción de tutela, como mecanismo subsidiario, exige que se adelantes las acciones judiciales o administrativas alternativas, y que, por tanto, no se pretenda instituir la tutela como el medio principal e idóneo para la reclamación de esas actuaciones y así lo ha dispuesto la Corte Constitucional, quien ha establece que no es una elección del accionante acudir al mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico o interponer la acción de tutela, si así lo prefiere, pues al ser así, la acción constitucional respondería a un carácter opcional y no subsidiario como el que le es propio.

Lo anterior no es óbice, para instar a la EPS SANITAS, que en futuras ocasiones, informe a su afiliado, ante quien debe incoar la petición de reconocimiento y la razón de ello, en circunstancias similares a la aquí acaecida.

Finalmente, se dispondrá la desvinculación de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, así como de la empresa THOMAS INVESMENT S.A por no existir vulneración alguna por parte de estas entidades.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Bucaramanga**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: **NEGAR** la acción de **TUTELA** presentada por **YULI ESPERANZA COLMENARES QUINTERO** frente a **SANITAS EPS** y el **FONDO DE PENSIONES PORVENIR**, este último como vinculado, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: **DESVINCULAR** a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES**, así como de la empresa **THOMAS INVESMENT S.A**, por lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: **INSTAR** a la EPS SANITAS, que en futuras ocasiones, informe a su afiliado, ante quien debe incoar la petición de reconocimiento y pago de incapacidades y la razón de ello, en circunstancias similares a la aquí acaecida.

CUARTO: Notifíquese esta providencia en la forma prevista en los Arts. 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

QUINTO: Si no fuere impugnado el presente fallo, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el Art. 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

Firmado Por:
Julian Ernesto Campos Duarte

Juez Municipal
Juzgado Municipal
Civil 024
Bucaramanga - Santander

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **59b54cfa3b618759cb5f4f43f89a81cb716f5ab462f54a62f002fb65530773d2**

Documento generado en 24/03/2023 09:50:20 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>