



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

IMPUGNACIÓN TUTELA

RADICADO: 0800141890192021-00019-01

ACCIONANTE: CARMEN ALICIA BENAVIDES ROCERO

ACCIONADO: MUTUAL SER EPS, SAFELA GROUP SAS Y AFP COLFONDOS

DERECHO: MÍNIMO VITAL

Barranquilla, diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a decidir acerca de la impugnación a que fue sometido el fallo de tutela de fecha 29 de enero de 2021, proferido por el JUZGADO DIECINUEVE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora CARMEN ALICIA BENAVIDES ROCERO mediante apoderado judicial Dr. RODOLFO MIRANDA BARRIOS, contra MUTUAL SER EPS, SAFELA GROUP SAS Y AFP COLFONDOS, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de igualdad material y/o protección especial a personas en situación de debilidad manifiesta, petición, vida en condiciones dignas, mínimo vital, seguridad social, debido proceso administrativo, y en el cual se decidió tutelar los derechos deprecados.

II. ANTECEDENTES

1. Aduce que, actualmente se encuentra vinculada laboralmente a la empresa SAFELA GROUP SAS, que esta diagnosticada con Trastorno de Disco Cervical Con, Radiculopatía, Gonartrosis, Síndrome De túnel Carpiano y trastorno mixto de ansiedad y depresión, por lo que esta incapacitada desde el 13 de junio de 2018 a la fecha, lo que la ha imposibilitado de reincorporarse a su actividad laboral de Administradora de Punto de Ventas de la empresa SAFELA GROUP SAS.
2. Desde el 09 de junio de 2020, la accionante no percibe el pago de sus incapacidades laborales, toda vez que las mismas superan los 540 días continuos, correspondiéndole su pago a la EPS MUTUAL SER a la que se encuentra actualmente afiliada, sin embargo esta le manifestó que debía radicar las incapacidades laborales por intermedio de su empleador SAFEAL GROUP S.A.S., quien debía cancelar directamente a la trabajadora el auxilio de incapacidad laboral y posteriormente efectuar el recobro, tal como se encuentra estipulado en el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012.
3. Elevó petición de fecha 22 de noviembre de 2020 ante SAFELA GROUPS S.A.S. solicitando el pago de las incapacidades laborales adeudadas donde se adjuntaron

los soportes de incapacidades laborales con sus respectivas historias clínicas para que la empresa efectuara el trámite respectivo ante la EPS MUTUAL SER, sin que haya emitido respuesta alguna.

4. Que a la fecha se le adeudan las siguientes incapacidades:

Periodo	Número de días	IBC	Observación
09-06-2020 al 15-06-2020	7	877.803	Superior a 540 días
16-06-2020 al 18-06-2020	3	877.803	Superior a 540 días
19-06-2020 al 05-07-2020	17	877.803	Superior a 540 días
06-07-2020 al 20-07-2020	15	877.803	Superior a 540 días
21-07-2020 al 27-07-2020	7	877.803	Superior a 540 días
03-08-2020 al 12-08-2020	10	877.803	Superior a 540 días
13-08-2020 al 27-08-2020	15	877.803	Superior a 540 días
28-08-2020 al 26-09-2020	30	877.803	Superior a 540 días
29-09-2020 al 03-10-2020	5	877.803	Superior a 540 días
24-11-2020 al 23-12-2020	30	877.803	Superior a 540 días
12-01-2021- al 16-01-2020	5	908.526	Superior a 540 días

5. Para los períodos comprendidos desde el 04-06-2020 al 08-06-2020, 28-07-2020 al 02-08-2020, 04-10-2020 al 23-11-2020, 24-12-2020 al 11-01-2021, no le fueron expedidas incapacidades laborales a la accionante, toda vez que EPS MUTUAL SER ha incumplido con la continuidad de la prestación del servicio, no le otorga oportunamente las citas de control correspondiente.
6. Que ha presentado varias tutelas, sin que exista temeridad por cuanto todas han perseguido un objeto diferente.
7. Mediante oficio de fecha 23 de septiembre de 2020, la AFP COLFONDOS S.A., le informó a la accionante que no procederá a cancelar más incapacidades laborales por ser las mismas superiores a 540 días y al remite a la EPS para lo pertinente.
8. La accionante se encuentra en proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral para establecer el porcentaje de sus secuelas y comprobar si le asiste derecho a percibir una pensión de invalidez, por las numerosas patologías que presenta y que la colocan en estado de debilidad manifiesta por condiciones de salud física y mental.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, la accionante pretende que se le amparen los derechos deprecados y en consecuencia: "... SEGUNDO: En consecuencia, se le ordene a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD MUTUSAL SER que en un término impostergable de 48 horas proceda a cancelar las siguientes incapacidades laborales pendientes de pago a la fecha:

Periodo	Número de días	IBC	Observación
09-06-2020 al 15-06-2020	7	877.803	Superior a 540 días
16-06-2020 al 18-06-2020	3	877.803	Superior a 540 días
19-06-2020 al 05-07-2020	17	877.803	Superior a 540 días
06-07-2020 al 20-07-2020	15	877.803	Superior a 540 días
21-07-2020 al 27-07-2020	7	877.803	Superior a 540 días
03-08-2020 al 12-08-2020	10	877.803	Superior a 540 días
13-08-2020 al 27-08-2020	15	877.803	Superior a 540 días
28-08-2020 al 26-09-2020	30	877.803	Superior a 540 días
29-09-2020 al 03-10-2020	5	877.803	Superior a 540 días
24-11-2020 al 23-12-2020	30	877.803	Superior a 540 días
12-01-2021- al 16-01-2020	5	908.526	Superior a 540 días

TERCERO: Así mismo, se ordene a la EPS MUTUAL SER que continúen pagando las incapacidades laborales que se generen con posterioridad al 16-01-2021 a favor de la accionante cuya causa sea las enfermedades TRASTORNO DE DISCO CERVICAL CON RADICULOPARÍA, GONARTROSIS, SÍNDROME DE TUNEL CARPIANO, TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN, es decir, se solicita a su señoría un amparo integral de los derechos fundamentales para evitar que ante una cesación de pagos de alguna de las accionadas se deba acudir a una nueva tutela.

CUARTO: ORDENAR a la EPS MUTUAL SER garantizar la efectividad y goce efectivo del derecho fundamental a la seguridad social y salud, asegurando la prestación efectiva, continuidad, supervisión y vigilancia de la prestación del servicio de salud y tratamiento médico de la accionante.

QUINTO: ORDENAR a la EPS MUTUAL SER que se sirva a agendar cita con especialista que determine bajo su criterio médico, la expedición de certificado de incapacidad laboral de los siguientes periodos: 04-06-2020 al 08-06-2020, 28-07-2020 al 02-08-2020, 04-10-2020 al 23-11-2020, 24-12-2020 al 11-01-2021, dentro de los cuales no le fue expedido certificado de incapacidad laboral a la actora, ante la ausencia de atención oportuna a la accionante durante los periodos mencionados, cercenándose el derecho fundamental a la salud y mínimo vital.

SEXTO: ORDENAR a la empresa SAFELA GROUP S.A.S que en un término impostergable de 48 horas proceda a dar respuesta al derecho de petición impetrado el día 20 de noviembre de 2020."

IV. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida por el JUZGADO DIECINUEVE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, ordenándose la notificación de las accionadas a fin de que se pronunciaran sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela.

SAFELA GROUP S.A.S., informó que: "...es necesario reiterar que SAFELA GROUP S.A.S. desde un principio del acuerdo contractual laboral con el accionante ha cumplido en forma oportuna, permanente y continua con la obligación del pago mensual de los aportes del sistema de seguridad social así como todas las obligaciones derivadas de dicha relación contractual, como son salarios y prestaciones sociales, lo cual siempre ha permitido la atención médico hospitalaria, rehabilitación, medicinas y reconocimiento de incapacidades laborales a favor del accionante, que le reconoció la EPS MEDIMAS y actualmente MUTUAL SER EPS, es decir, que la atención que ha recibido ha sido por el cumplimiento integral de las obligaciones laborales de SAFELA

GROUP S.A.S., incluyendo el pago de los aportes al sistema de seguridad social, así como todas sus prestaciones y acreencias laborales por parte de la entidad que represento. De igual manera SAFELA GROUP S.A.S. ha contestado los requerimientos escritos que se le han solicitado en forma oportuna, y oficio dirigido a la accionante en referencia al derecho de petición presentado el 20 de noviembre de 2020. Con lo anterior consideramos que en lo que se refiere a SAFELA GROUP S.A.S. se trata de un hecho superado razón por la cual la presente acción es ineficaz. Finalmente, y en relación con las pretensiones del accionante está claro que la acción incoada es improcedente teniendo en cuenta que la acción de tutela es una figura jurídica establecida en la Constitución Nacional Colombiana art. 86 y en la ley para la defensa de los derechos fundamentales, que procede cuando no existen otros medios de protección legales, lo cual no es el caso ya que la empresa que represento no le violó ningún derecho fundamental al accionante y si por el contrario este pretende obtener el reconocimiento de derechos inciertos y condiciones especiales a través del mecanismo de tutela como acción especial y constitucional, lo cual es a todas luces infundado.”

Posterior a ello, el 29 de enero de 2021, se profirió fallo de tutela concediendo el amparo de los derechos deprecados por la parte actora, la cual fue impugnada y por reparto correspondió su conocimiento a esta agencia judicial.

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante fallo proferido el día, 29 de enero de 2021, proferido por el JUZGADO DIECINUEVE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, decidió amparar lo solicitado en ocasión a que: *“... Debido a lo anterior la parte accionante está reclamando un derecho dicho y normado en nuestro ordenamiento jurídico, manifestando que radico derecho de petición el día 22 de noviembre de 2020 ante su empleadora SAFELA GROUP SAS adjuntando los soportes de las incapacidades laborales junto con sus respectivas historias clínicas para que la empresa efectuara el tramite respectivo ante la EPS en cumplimiento a lo ordenado por el artículo 121 del decreto – ley 019 de 2012... Quiere esto decir que la empresa SAFELA GROUP SAS está en mora en realizar el trámite ante la EPS MUTUAL SER para el pago y reconocimiento de las incapacidades laborales superior a 540 días que reclama la Sra. CARMEN ALICIA BENAVIDES ROCERO.*

La empresa SAFELA GROUP SAS presentó informe oportunamente ante este ente judicial mediante correo electrónico y frente a los hechos planteados por el actor manifestó que dio respuesta a la parte accionante a la petición presentada en noviembre 22 del año 2020, en el ítem 04 la empresa manifiesta que adelantara el respectivo tramite respecto de las incapacidades relacionadas ante la EPS MUTUAL SER.

Quiere esto decir que a la fecha del presente fallo de tutela la empleadora no ha dado aplicabilidad al artículo 121 del decreto 019 del 2012 mencionada anteriormente, además la EPS MUTUAL SER y AFP COLFONDOS no rindieron informe ante este despacho judicial...”

VI. IMPUGNACIÓN.

La accionante impugnó el fallo referido indicando: *“... Una vez analizado el fallo de tutela, evidenciamos que el sentenciador de primer nivel, omitió referirse y pronunciarse sobre cada una*

las pretensiones impetradas, toda vez que además del pago de las incapacidades laborales objeto de protección tutelar, también se solicitó específicamente lo siguiente:

“TERCERO: Así mismo, se ordene a la EPS MUTUAL SER que continúen pagando las incapacidades laborales que se generen con posterioridad al 16-01-2021 a favor de la accionante cuya causa sea las enfermedades TRASTORNO DE DISCO CERVICAL CON RADICULOPARIA, GONARTROSIS, SINDROME DE TUNEL CARPIANO, TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN, es decir, se solicita a su señoría un amparo integral de los derechos fundamentales para evitar que ante una cesación de pagos de alguna de las accionadas se deba acudir a una nueva tutela.

CUARTO: ORDENAR a la EPS MUTUAL SER garantizar la efectividad y goce efectivo del derecho fundamental a la seguridad social y salud, asegurando la prestación efectiva, continuidad, supervisión y vigilancia de la prestación del servicio de salud y tratamiento médico de la accionante.

QUINTO: ORDENAR a la EPS MUTUAL SER que se sirva a agendar cita con especialista que determine bajo su criterio médico, la expedición de certificado de incapacidad laboral de los siguientes periodos: 04-06-2020 al 08-06-2020, 28-07-2020 al 02-08-2020, 04-10-2020 al 23-11-2020, 24-12-2020 al 11-01-2021, dentro de los cuales no le fue expedido certificado de incapacidad laboral a la actora, ante la ausencia de atención oportuna a la accionante durante los periodos mencionados, cercenándose el derecho fundamental a la salud y mínimo vital.

Sobre estas solicitudes el despacho judicial guarda silencio y no dirige ninguna orden específica a pesar de que el numeral primero la parte resolutive de la sentencia menciona “TUTELAR los derechos fundamentales de SEGURIDAD SOCIAL, MINIMO VITAL y demás reclamados por las Sra. CARMEN ALICIA BENAVIDES ROCERO”.

Luego entonces, es necesario que el juez constitucional guarde correlación y consonancia en sus decisiones judiciales para materializar los derechos fundamentales tutelados. La petición tercera del escrito genitor, tiene sustento en que la accionante padece unas enfermedades de carácter crónico y progresivo, en consecuencia se encuentra en periodo prolongado de incapacidad laboral, por ello se requiere de una sentencia de tutela integral, que obligue a la EPS MUTUAL SER a cancelar los periodos de incapacidad que se continúen generando a mi representada con base a las enfermedades que la aquejan, pues de lo contrario resulta ilógico a los fines constitucionales de la tutela, que tengamos que radicar una acción tutelar cada vez que la EPS niegue el pago, cuando lo correcto es amparar completamente sus derechos fundamentales y en caso de incumplimiento total o parcial activar el mecanismo del desacato...”

VII. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

¿Las entidades accionadas MUTUAL SER EPS, SAFELA GROUP SAS Y AFP COLFONDOS, han vulnerado los derechos fundamentales de igualdad material y/o protección especial a personas en situación de debilidad manifiesta, petición, vida en condiciones dignas, mínimo vital, seguridad social, debido proceso administrativo, de la señora CARMEN ALICIA BENAVIDES ROCERO, al no cancelarle las incapacidades médicas generadas con ocasión a las enfermedades denominadas Trastorno de Disco

Cervical Con, Radiculopatía, Gonartrosis, Síndrome De túnel Carpiano y trastorno mixto de ansiedad y depresión, que padece?

¿Se encuentran reunidos los presupuestos jurídicos- facticos para revocar la sentencia proferida por el a-quo?

VII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, por ser superior funcional del a-quo, este juzgado resulta competente para conocer de la impugnación al fallo de tutela en referencia.

VIII. NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 11, 13, 48, 49 y 86 de la Constitución Política. Leyes 1122 de 2007 y 100 de 1993, Decretos 2943 de 2013, 1406 de 1999 y 2463 de 2001, sentencias T-529 de 2017, T- 311 de 1996, T-401-17, T-020-18, entre otras.

VII. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitante.

El presupuesto de subsidiariedad que integra la acción de tutela se observa en el artículo 86 de la Constitución, y condiciona la procedencia excepcional a que el interesado no disponga de otro medio judicial para defender los derechos invocados, o

el que exista no salvaguarde los derechos fundamentales, además que se pretenda su uso para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En el caso del cobro de incapacidades médicas, la ley 1122 de 2007, creó un procedimiento jurisdiccional destinado a ser adelantado ante la Superintendencia Nacional de Salud, el cual cuenta con las características de ser adelantado por un mecanismo preferente y sumario (se resolvería en los 10 días siguientes a la presentación de la solicitud, y puede impugnarse dentro de los 3 días siguientes a la notificación de la decisión), se iniciaría a petición de parte, es informal y se rige por los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, debido proceso y eficacia de los derechos en discusión, por lo que en primera medida podría considerarse como el mecanismo idóneo para resolver este tipo de conflictos, empero, la corte, en sentencia T-529 de 2017, ha evidenciado que, desde un estudio más detallado de este especial procedimiento, resulta necesario considerar que aún existen múltiples falencias en su diseño que no sólo restan eficacia a la protección que pretende otorgar, sino que adicionalmente lo convierten en un procedimiento que, dependiendo de la situación particular del accionante, no otorga ningún tipo de alivio a la situación de desprotección ius-fundamental en la que se encuentran quienes acuden a este trámite, por lo que señala dos falencias graves, estas son: la inexistencia de un término dentro del cual deba resolverse el recurso de apelación que respecto de la decisión adoptada se pueda interponer y la imposibilidad de obtener el cumplimiento de lo ordenado.

Por otra parte, también se encuentra la jurisdicción ordinaria laboral, en cuyo escenario puede plantearse pretensiones relacionadas con pago de incapacidades laborales, sin embargo, cuando la falta de pago de acreencias de esa índole genera amenaza o vulneración de derechos fundamentales como al mínimo vital y a la vida digna dado que constituye la única fuente de ingresos del afectado y su núcleo familiar, resulta justificada la procedibilidad de la acción de tutela.

De lo anteriormente expuesto, se tiene que en principio la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para este tipo de pretensión, por contar con otros medios de defensa, no obstante, frente al caso específico de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia.

En sentencia T- 311 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández, se indicó:

“...Cuando eso ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, puede conducir a que se trasgredan derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario. En ese contexto, es viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve

enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente.

Así, en lugar de descartar la viabilidad de las tutelas instauradas para obtener el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad laboral, la disponibilidad de instrumentos alternativos de defensa exige que el juez de tutela indague en las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, para verificar si la mora en el pago de las incapacidades compromete sus derechos fundamentales o los de las personas a su cargo; si la ausencia de dichos emolumentos los exponen a un perjuicio irremediable o si, en todo caso, su situación de vulnerabilidad descarta la idoneidad y eficacia de los medios judiciales contemplados para el efecto”

En este orden de ideas, y en vista de la condición de salud del accionante, la cual es apenas obvia, por las incapacidades que presenta, para este juzgado se encuentra configuradas las excepciones al principio de subsidiariedad, enunciadas en líneas precedentes, pues su mínimo vital se encuentra bajo una amenaza constante e inminente, y como consecuencia de lo anterior, procede a su estudio.

Ahora bien, respecto del pago de las incapacidades laborales, la sentencia T-401-17, de la Honorable Corte Constitucional, señala que una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, lo cual dependerá de la prolongación de la situación de salud del trabajador.

Así, el lapso que hay entre el primer y el segundo día de la incapacidad, competen económicamente al empleador, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

En virtud de dicha disposición “en el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente”.

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

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

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

Respecto del concepto favorable de rehabilitación conviene destacar que, conforme al Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda. No obstante, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, 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.

La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto indica que el objetivo de dicha norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Por tanto, se otorga un margen de espera y propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad. Durante este período, el Legislador dispuso que los subsidios de incapacidad estuvieran a cargo de las AFP.

Desde esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad.

En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso.

Lo anterior se resume en el siguiente recuadro:

PERIODO	ENTIDAD QUE DEBE REALIZAR EL PAGO	FUENTE
		DECRETO 2943 DE 2013

DÍA 1 Y 2	EMPLEADOR	ARTICULO 1
DÍAS 3 AL 180	E.P.S.	DECRETO 2943 DE 2013 ARTICULO 1
DÍAS 181 HASTA 540	FONDO DE PENSIÓN	DECRETO 019 DE 2012 ARTICULO 121
DÍAS 541 EN ADELANTE	E.P.S.	LEY 1753 DE 2015 ARTICULO 67

Por otra parte, respecto al principio de inmediatez que reviste la tutela, este se concreta en el requisito de que “la acción de tutela debe ejercerse dentro de un término oportuno, justo y razonable, circunstancia ésta, que deberá ser valorada por el juez constitucional de acuerdo con los elementos que configuran cada caso”. Al respecto sostuvo la Corte Constitucional en la Sentencia SU-961 de 1999, en la cual se trató de forma extensa el tema:

“La posibilidad de interponer la acción de tutela en cualquier tiempo significa que no tiene término de caducidad. La consecuencia de ello es que el juez no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y tiene la obligación de entrar a estudiar el asunto de fondo. Sin embargo, el problema jurídico que se plantea en este punto es: ¿quiere decir esto que la protección deba concederse sin consideración al tiempo transcurrido desde el momento en que ha tenido lugar la violación del derecho fundamental?

*Las consecuencias de la premisa inicial, según la cual la tutela puede interponerse en cualquier tiempo, se limitan al aspecto procedimental de la acción, en particular a su admisibilidad, sin afectar en lo absoluto el sentido que se le deba dar a la sentencia. Todo fallo está determinada por los hechos, y dentro de estos puede ser fundamental el momento en el cual se interponga la acción, como puede que sea irrelevante.
(...)*

Teniendo en cuenta este sentido de proporcionalidad entre medios y fines, la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros.”

Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción.

CASO OBJETO DE ESTUDIO

Descendiendo al caso sub examine, se tiene que la señora CARMEN ALICIA BENAVIDES ROCERO mediante apoderado judicial Dr. RODOLFO MIRANDA BARRIOS, hace uso de la presente acción constitucional, en contra MUTUAL SER EPS, SAFELA GROUP SAS Y AFP COLFONDOS, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de igualdad material y/o protección especial a personas en situación de debilidad manifiesta, petición, vida en condiciones dignas, mínimo vital, seguridad social, debido proceso administrativo.

Lo anterior, en ocasión a que se encuentra incapacitada en ocasión a las enfermedades Trastorno de Disco Cervical con Radiculopatía, Gonartrosis, Síndrome de túnel Carpiano y trastorno mixto de ansiedad y depresión, que padece y que no ha sido posible que se le cancelen las incapacidades generadas con posterioridad al día 540, adujo que la EPS no le ha brindado una buena atención médica, toda vez que las citas son agendadas con posterioridad al vencimiento de la incapacidad antecedente, presentó petición ante su empleador la cual no fue resuelta.

El empleador, SAFELA GROUP SAS, atendió el requerimiento efectuado por el juzgado de primera instancia oponiéndose a las pretensiones de la actora y alegando que no ha vulnerado derecho alguno, por otro lado, ni la EPS ni el AFP, a pesar de haber sido notificados, no dieron respuesta alguna.

Teniendo en cuenta la diversidad de pretensiones, es menester, abordar cada una de ellas de manera individual para lograr un mejor análisis del asunto objeto de estudio.

En primer lugar, se tiene que el juez de primera instancia concedió el amparo de los derechos depuestos por la parte actora, ordenando al empleador que adelantará las gestiones pertinentes de acuerdo a su competencia ante la EPS MUTUAL SER para el reconocimiento, liquidación y pago de las incapacidades laborales generadas a la Sra. CARMEN ALICIA BENAVIDES ROCERO y la mencionada EPS MUTUAL SER a su vez procederá al pago.

No obstante, considera esta agencia que dicha orden, puede tornar ineficaz para la accionante, teniendo en cuenta la contestación de la EPS MUTUAL SER, al empleador, en donde manifiesta que dentro de los 20 días hábiles posteriores a la radicación de la documentación, daría respuesta si reconocía o no la prestación económica, lo cual a todas luces, vulnera el derecho al mínimo vital de la señora CARMEN ALICIA BENAVIDES ROCERO, quien no puede laborar debido a las múltiples patologías que padece, las cuales fueron documentadas en su historia clínica y acreditó las incapacidades médicas expedidas obrantes en el dossier.

Debido a esto, y teniendo en cuenta que las razones de la impugnación no se tornaron en contra del amparo referente al pago de las incapacidades médicas, procederá este despacho a modificar la orden, y a su vez, ordenará directamente a la EPS MUTUAL SER, para que reconozca y pague las incapacidades médicas, otorgadas por el médico tratante de la misma entidad, sin dilación alguna, y a partir del día 541 de incapacidad.

Descendiendo con el análisis, procede entonces a referirse a los motivos que fundamentaron la impugnación contra el fallo de tutela; expone la parte accionante, que su inconformidad radica en que no se atendieron todas las pretensiones, por lo que se detallarán casa una de ellas.

Solicita la actora:

“TERCERO: Así mismo, se ordene a la EPS MUTUAL SER que continúen pagando las incapacidades laborales que se generen con posterioridad al 16-01-2021 a favor de la accionante cuya causa sea las enfermedades TRASTORNO DE DISCO CERVICAL CON RADICULOPARIA, GONARTROSIS, SINDROME DE TUNEL CARPIANO, TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN, es decir, se solicita a su señoría un amparo integral de los derechos fundamentales para evitar que ante una cesación de pagos de alguna de las accionadas se deba a acudir a una nueva tutela....”

En este punto, es preciso señalar que la incapacidad médica es un certificado que emite el médico tratante, teniendo en cuenta su criterio profesional, por lo que la Corte Constitucional ha resaltado que en el Sistema de Salud, quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud, inclusive una incapacidad medica es, prima facie, el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce de primera mano y de manera detallada la condición de salud del paciente.

Esta importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que éste (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que pueden existir respecto de su condición de salud y (iii) es quién actúa en nombre de la entidad que presta el servicio.

Por otro lado, según la sentencia T- 581 de 2006 de la Corte Constitucional, el juez constitucional está imposibilitado para ordenar el pago de incapacidades laborales no dictaminadas por los médicos tratantes, toda vez que, como se abordó en el párrafo que antecede, es el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar al paciente.

Por lo anterior, no es plausible para esta agencia emitir una orden de pago de incapacidades futuras e inciertas, no obstante, se instará tanto a la EPS como al EMPLEADOR, que a medida que se vayan causando las incapacidades se realicen los trámites pertinentes e inmediatos con el fin de pagar dicha prestación para que no se vea afectado el mínimo vital de la actora.

“CUARTO: ORDENAR a la EPS MUTUAL SER garantizar la efectividad y goce efectivo del derecho fundamental a la seguridad social y salud, asegurando la prestación efectiva,

continuidad, supervisión y vigilancia de la prestación del servicio de salud y tratamiento médico de la accionante.”

Sobre este punto, no se observa orden médica pendiente que no haya cumplido la EPS, por lo que no existe claridad sobre el tratamiento de la paciente, el cual es imprescindible, toda vez que el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo tiempo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes; por lo cual, se instará a la EPS, para que programe las citas medias de manera prioritaria a la actora, con anterioridad al vencimiento de la incapacidad anterior, con el fin que todas las incapacidades sean dadas de manera continua.

“QUINTO: ORDENAR a la EPS MUTUAL SER que se sirva a agendar cita con especialista que determine bajo su criterio médico, la expedición de certificado de incapacidad laboral de los siguientes periodos: 04-06-2020 al 08-06-2020, 28-07-2020 al 02-08-2020, 04-10-2020 al 23-11-2020, 24-12-2020 al 11-01-2021, dentro de los cuales no le fue expedido certificado de incapacidad laboral a la actora, ante la ausencia de atención oportuna a la accionante durante los periodos mencionados, cercenándose el derecho fundamental a la salud y mínimo vital.”

Teniendo en cuenta que la incapacidad médica es el reconocimiento económico que obtiene un trabajador durante el tiempo que está inhabilitado física o mentalmente para desarrollar sus labores, no resulta viable, ordenar la remisión a un médico para determinar incapacidades retroactivas.

La Resolución 2266 de 1998 reglamentó el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de prestaciones económicas por incapacidades y licencias de maternidad en el Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), la cual vienen aplicando las EPS.

El artículo 12 de la norma establece la prohibición de expedir certificados de incapacidad con vigencia retroactiva en el caso de pacientes de atención ambulatoria, indicó el Ministerio de Salud, con excepciones legales tales como, casos en los cuales se determine ausentismo laboral cuyo origen sean trastornos de memoria, confusión mental, desorientación en tiempo y espacio y otras alteraciones de la esfera síquica, como consecuencia de patología siquiátrica, causas orgánicas o intoxicación con sicotrópicos y/o alcohol y accidentes de trabajo que generen politraumatismos severos.

En estos eventos, el certificado lo puede expedir únicamente el médico especialista tratante y su retroactividad no puede ser superior a 30 días calendario, contados a partir de la fecha de expedición. Así mismo, se exceptúan aquellos casos de atención ambulatoria plenamente justificados, siempre y cuando la retroactividad de las incapacidades no sea superior a tres días calendario, dejando el médico tratante expresa constancia del hecho en la historia clínica.

Así las cosas, se modificará el proveído impugnado y se adicionará lo dispuesto en párrafos precedentes.

VI. RESUMEN O CONCLUSIÓN

Habida cuenta de las circunstancias fácticas y jurídicas que dieron lugar al ejercicio de la presente acción, tomando en cuenta la jurisprudencia previamente enunciada, y las consideraciones particulares de la situación puesta en conocimiento de esta agencia judicial, se modificará el proveído impugnado en cuanto a la orden del pago de las incapacidades médicas y se adicionará lo relativo a conminar a la EPS y al empleador.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de fecha 29 de enero de 2021, proferido por el JUZGADO DIECINUEVE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora CARMEN ALICIA BENAVIDES ROCERO, contra MUTUAL SER EPS, SAFELA GROUP SAS Y AFP COLFONDOS, de conformidad con lo expuesto en este proveído, el cual quedará en los siguientes términos:

ORDENAR al representante legal y/o quien haga sus veces de MUTUAL SER EPS, para que, en el término improrrogable de dos días, proceda a cancelar las siguientes incapacidades medicas de la señora CARMEN ALICIA BENAVIDES ROCERO:

Periodo	Número de días	IBC	Observación
09-06-2020 al 15-06-2020	7	877.803	Superior a 540 días
16-06-2020 al 18-06-2020	3	877.803	Superior a 540 días
19-06-2020 al 05-07-2020	17	877.803	Superior a 540 días
06-07-2020 al 20-07-2020	15	877.803	Superior a 540 días
21-07-2020 al 27-07-2020	7	877.803	Superior a 540 días
03-08-2020 al 12-08-2020	10	877.803	Superior a 540 días
13-08-2020 al 27-08-2020	15	877.803	Superior a 540 días
28-08-2020 al 26-09-2020	30	877.803	Superior a 540 días
29-09-2020 al 03-10-2020	5	877.803	Superior a 540 días
24-11-2020 al 23-12-2020	30	877.803	Superior a 540 días
12-01-2021- al 16-01-2020	5	908.526	Superior a 540 días

2. Adicionar los siguientes numerales a la sentencia de fecha 29 de enero de 2021, proferido por el JUZGADO DIECINUEVE DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora CARMEN ALICIA BENAVIDES ROCERO, contra MUTUAL SER EPS, SAFELA GROUP SAS Y AFP COLFONDOS:

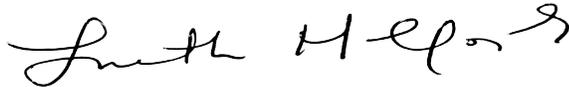
SÉPTIMO: Instar a MUTUAL SER EPS y SAFELA GROUP SAS, para que a medida que se vayan causando las incapacidades médicas de la señora CARMEN ALICIA BENAVIDES ROCERO, se realicen los trámites pertinentes e inmediatos con el fin de pagar dicha prestación para que no se vea afectado el mínimo vital de la actora.

OCTAVO: Ordenar al representante legal y/o quien haga sus veces de MUTUAL SER EPS, para que programe las citas médicas de manera prioritaria a la señora

CARMEN ALICIA BENAVIDES ROCERO, con anterioridad al vencimiento de la incapacidad precedente, con el fin que de garantizar la continuidad en el servicio de salud.

3. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
4. Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA