

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR



JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE CARTAGENA
Cartagena de Indias, veintitrés (23) de junio de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIA	ACCIÓN DE TUTELA
EXPEDIENTE.	No 13-001-31-10-004-2021-00272-00
ACCIONANTE	PEDRO EMIRO MONTIEL JULIO
ACCIONADA	COOMEVA EPS Y COLPENSIONES

Procede el Despacho a proferir fallo de primera instancia dentro de la acción de tutela incoada por el señor **PEDRO EMIRO MONTIEL JULIO**, en contra de **COOMEVA EPS Y COLPENSIONES**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, derecho a la Salud, mínimo vital y a la Seguridad Social.

ANTECEDENTES

Manifiesta el accionante señor **PEDRO EMIRO MONTIEL JULIO** trabajar para establecimiento de comercio **M Y A DISTRIMEKATOS** de propiedad de la señora **ARACELY LADINO PINO**, que, desde mayo de 2019, fue diagnosticado con accidente isquémico transitorio ABDC2 con 3 puntos. Que le prescribieron medicamentos y citas con especialistas, dentro de las cuales se encuentran neuropsicología con 8 sesiones. Que el 29 de junio de 2019, tuvo otro episodio de accidente cerebro vascular, con muchas consecuencias y le reiteran el estudio por neuropsicología y evaluación por psiquiatría y, dadas las incapacidades generadas se remite a medicina laboral. Finalmente, se le ordena un estudio polisomnográfico completo con oximetría. Que en fecha 31 de octubre de 2019 fue evaluado por medicina laboral y solicitan atención por neuropsicología. Que el 09 de enero de 2020, asiste a medicina laboral y reiteran la necesidad de revisión del neurocirujano; como no se le había brindado la atención en neurosicología, radicó acción de tutela en contra de **COOMEVA EPS**, de la cual conoció el **Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Turbaco**, quien profirió fallo en fecha 14 de febrero de 2020, concediendo el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social y dignidad humana, y ordenando a **COOMEVA E.P.S. S.A.**, realizara el ESTUDIO POLIMNOGRAFICO COMPLETO (CON OXIMETRIA), de igual manera ordenó a **COOMEVA EPS**, a que autorizara y entregara de manera inmediata las órdenes para las **CONSULTAS DE VALORACIÓN POR NEUROPSICOLOGÍA Y PSIQUIATRÍA**. Que, ante el incumplimiento de la obligada, presentó incidente de desacato, el que culminó con imposición de sanción con ARRESTO de cinco (05) días y MULTA equivalente a cinco (05) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin embargo, los exámenes y citas médicas que le fueron ordenados en el año 2019 y tutelados en el 2020, no le han sido practicadas. Actualmente le ordenaron cita con el uro-oncólogo con el objetivo de practicar una linfadenectomía inguinal y **COOMEVA EPS** argumenta que no tiene contrato. Manifiesta, además, que el 25 de mayo de 2021 radicó ante **COLPENSIONES** solicitud de calificación, quienes le manifestaron mediante oficio de fecha 01 de junio de 2021, es necesario que se practiquen una serie de exámenes adicionales con el fin de valorar integralmente mi patología. Manifiesta demás, que viene incapacitado de manera ininterrumpida desde el 01 de mayo de 2019, pero las entidades accionadas no le han cancelado ni una sola de las incapacidades, por lo que él y su familia han tenido que vivir de la caridad de vecinos y familiares.

La solicitud de esta tutela fue admitida por auto de fecha nueve (09) de junio del presente año 2021, notificándose a las partes, y solicitando a la entidad accionada y a las vinculadas, que rindieran un informe sobre los hechos que dieron lugar a esta acción.

A esta acción de tutela, fueron vinculadas la **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** y a la señora **ARACELY LADINO PINO**, propietaria de la empresa para la cual labora el accionante, **M y A DISTRIMEKATOS** y al **JUZGADO SEGUNDO PROMISCO MUNICIPAL DE TURBACO**.

Síntesis de la contestación por parte de COLPENSIONES.

Se refiere la directora de la Dirección de Acciones Constitucionales de Colpensiones, a la notificación de la presente acción de tutela, a su inconformidad con dicho trámite y solicitando la nulidad del acto, por falta de los anexos del traslado.

A la solicitud de la encartada, se le imprimió el trámite incidental correspondiente y en su momento procesal fue proferida providencia mediante la cual fue denegada la solicitud de nulidad, por haberse saneado la falencia señalada, pues fueron remitidos los documentos del traslado, una vez la encartada puso en conocimiento la misma.

Una vez notificada la decisión, la encartada no emitió el informe solicitado dentro de esta acción de tutela.

Síntesis de la contestación por parte de COOMEVA EPS

A través del Analista Jurídico de la encartada, manifiesta en relación con el caso en estudio, que existe otra acción de tutela por los mismos hechos y derechos de manera simultánea que cursa en el Juzgado Quinto Laboral del circuito. En cuanto al servicio de salud manifiesta que el procedimiento solicitado se encuentra contenido en la Resolución 3512 de 2019, la cual enmarca el Plan Básico de Salud Nacional, por tanto, se considera PBS. En cuanto al reconocimiento de incapacidades, se opone la encartada, por cuanto considera que quien debe asumir el pago y reconocimiento es **COLPENSIONES**.

Síntesis del informe presentado por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Turbaco.

El juzgado vinculado, remite copia del expediente continente de la acción de tutela incoada por el accionante y que fue de su conocimiento.

Las vinculadas **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** y la empresa **DISTRIMEKATOS M Y A.**, no dieron respuesta a la presente acción de tutela.

Problema Jurídico. (primero)

Establecer si existe temeridad, conforme a la información de la **EPS COOMEVA**, de la existencia de una acción constitucional incoada en forma simultánea a la que nos ocupa.

CONSIDERACIONES

La Acción de Tutela fue consagrada por el Art. 86 de la Constitución Nacional, reglamentada por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, con el objetivo de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos; por lo anterior, cualquier persona podrá solicitar esta acción, cuando considere que estos Derechos Fundamentales se encuentran de una u otra manera violentada o se encuentran amenazados por la acción u omisión de cualquier Autoridad Pública.

La acción de tutela es un instrumento jurídico que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando de acuerdo con las circunstancias concretas de cada caso y a falta de otro medio de orden legal que permita el debido amparo de los derechos, éstos sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular en los términos que señale la ley.

Decreto 2591 de 1991

ARTICULO 38.

Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes...

Obra dentro del expediente memorial en el que se lee: “**EMIRO MONTIEL JULIO**, quien viene actuando en calidad de actor dentro de la acción de tutela de la referencia desisto de las pretensiones dentro de la acción de la referencia, debido a que existe un doble reparto y considero del caso seguir con el trámite de tutela ante el Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena a fin de evitar un desgaste de la administración de justicia.”

Aunque no se tiene información por parte de la Oficina Judicial encargada del reparto de las acciones constitucionales, sí es claro que, por error, la persona encargada del mismo, lo realizó doblemente; esta situación presentada no es responsabilidad del accionante, y habiéndose percatado éste del doble reparto por notificación de esta acción, procedió a desistir de la cursante en el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, por lo que es claro que no existe temeridad por cuanto no existen dos acciones simultáneas presentadas por el accionante, sino, un doble reparto, erróneamente realizado por la Oficina encargada del mismo.

Procede el Despacho al estudio de las pretensiones del accionante.

Pretende el accionante, entre otras, se ordene a **COOMEVA EPS**, realizar el ESTUDIO POLIMNOGRAFICO COMPLETO (CON OXIMETRIA), que viene ordenado desde 2019, y a pesar de que existe fallo de tutela y desacato, **COOMEVA EPS** no ha dado cumplimiento al mismo. Ordenar, además, que se le realicen los exámenes necesarios para que sea valorado por parte de **COLPENSIONES** su pérdida de capacidad laboral y se ordene el pago de las incapacidades que de acuerdo con la ley le corresponden.

El Juzgado **SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL DE TURBACO**, quien fue vinculado a esta acción de tutela, por haber manifestado en los hechos de la demanda, que ese Despacho Judicial, conoció de la acción de tutela que presentó en el año 2019, cuando presentó los problemas de salud que del aquejan y que los procedimientos médicos se han visto obstaculizados por la encartada **COOMEVA EPS**.

De una revisión de la sentencia proferida por el Despacho Judicial en mención, se puede observar en su parte resolutive, lo que a continuación se transcribe.

PRIMERO: *CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales constitucionales a la Vida, Salud, Seguridad Social y Dignidad Humana, solicitados por el ciudadano PEDRO EMIRO JULIO MONTIEL BLANCO, quien actúa en nombre y representación propia, frente a la entidad promotora de salud COOMEVA E. P. S.*

SEGUNDO: *ORDENAR a COOMEVA E. P. S. S. A., que, en un término no superior de 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realice el procedimiento de salud denominado ESTUDIO POLIMNOGRÁFICO COMPLETO (CON OXIMETRÍA), atendiendo el estado de salud que presenta el accionante y el ciudadano que requiere su patología.*

TERCERO: *Ordenar a COOMEVA E.P.S. S.A., que en un término no superior DE CUARENTA Y OCHO (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, AUTORICE Y ENTREGUE de manera inmediata las órdenes para las CONSULTAS DE VALORACIÓN POR NEUROPSICOLOGÍA Y P’SIQUIATRÍA, que solicita el ciudadano PEDRO EMIRO JULIO MONTIEL BLANCO, atendiendo al estado de salud que presenta y requiere su patología.*

CUARTO: *Ordenar a COOMEVA E.P.S. S.A., la práctica del tratamiento integral al señor PEDRO EMIRO JULIO MONTIEL BLANCO, que encierre la autorización total de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás que el paciente requiera con ocasión del cuidado de su enfermedad y que sean considerados como necesarios por el o los médicos tratantes.*

QUINTO: *Se le advierte al representante legal de la entidad promotora de salud COOMEVA E. P. S. S.A., que el no cumplimiento de la orden emitida en la presente sentencia, da lugar a trámite de desacato y a que se configure el delito de Fraude a Resolución Judicial contemplado en el artículo 454 del Código Penal, modificado por el artículo 14 de la Ley 1453 de 2011 que prevé una pena de uno (1) a cuatro (4) años de prisión y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salario mínimo legales mensuales vigentes(...)*

SEXTO: *(...)*

Que el Juzgado Segundo **PROMISCOU MUNICIPAL DE TURBACO, BOLÍVAR**, tuteló los derechos fundamentales del accionante, ordenando la práctica de tratamiento de manera integral; de igual

manera se observa que dentro del mismo, y con ocasión del no acatamiento de la orden impartida dentro de esa sentencia de acción de tutela, se tramitó desacato el cual culminó con sanción.

Establece el Artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 en relación con el cumplimiento del fallo emitido dentro de la acción de tutela, que:

“Proferido el fallo que conceda la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario en su caso.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza”.

Manifiesta el accionante la falta de cumplimiento de lo ordenado por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Turbaco, Bolívar; en lo referente al desacato de la orden impuesta por el juez de tutela, el Artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, establece que:

“La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente Decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales salvo que en este Decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

La sanción será impuesta por el mismo juez mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico quien decidirá dentro de los tres días siguientes si debe revocarse la sanción”.

Si bien el accionante en su escrito de tutela hizo manifestación bajo la gravedad del juramento, conforme al art. 37 del Decreto 2591, de no haber promovido acción de tutela por los mismos hechos y derechos, él en los hechos narrados informa su incapacidad para lograr que la encartada y sancionada dentro de trámites de desacato, logre acceder a su tratamiento de manera integral o mínimamente a la orden específica del juez de tutela. No observa el Despacho temeridad en su actuar, pues solicita también en esta acción, la protección del derecho al mínimo vital y vida digna, los que se encuentran vulnerados por la falta de cancelación de las varias incapacidades ordenadas desde el año 2019, hechos y derechos acaecidos después de la presentación de la primaria acción de tutela.

Por lo anterior, no proveerá este Despacho sobre las pretensiones encaminadas al servicio de salud y sus tratamientos ordenados, por cuanto éste viene protegido de manera integral, pudiendo el accionante acudir al trámite incidental del desacato, o a los procedimientos de tipo penal.

Hecha las precisiones anteriores, es del caso entrar al estudio del derecho al mínimo vital que conforme al accionante se ha visto vulnerado por la falta de cancelación de las incapacidades desde el año 2019.

Manifiesta el accionante que no ha recibido pago alguno durante los períodos de incapacidades a las que se ha visto precisado debido a los problemas de salud acaecidos desde el mes de mayo de 2019 cuando sufrió el accidente cerebrovascular.

Establece el **Artículo 6º. Del Decreto 2591 de 1991** 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. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

2 (...)”

De igual manera así lo ordena nuestra Constitucional Nacional, en su artículo 86

Art. 86 C. N.

...

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Si bien en principio, el accionante cuenta con la jurisdicción ordinaria para la defensa de sus derechos laborales, es del caso atender el criterio de la Corte Constitucional, en sentencias como la que a continuación, en lo pertinente y relevante se transcribe, en apoyo a la decisión que se ha de adoptar

Criterio de la Corte Constitucional.

Sentencia T-161/19

“(…)De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria y, en consecuencia, su procedencia se encuentra condicionada a que “(…) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o ii) cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante o iii) cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.”.

En los eventos de que el amparo proceda como mecanismo definitivo, ha precisado la propia jurisprudencia que la ineficacia y falta de idoneidad de los medios ordinarios de defensa con que cuente el accionante han de ser estudiadas atendiendo la particularidad del caso y las condiciones de la persona afectada, pues solo así, será posible determinar si tales mecanismos ofrecen una solución integral desde una dimensión constitucional y no meramente formal. En palabras de la Corte “(…) el medio de defensa ordinario debe estar llamado a proteger el derecho fundamental conculcado y, además, a hacerlo de manera oportuna, toda vez que, como ya ha sido señalado por esta Corporación, el Juez de tutela, al interpretar constitucionalmente asuntos laborales, no persigue la solución de un conflicto o diferencia entre el trabajador y el empresario para hallar la solución correcta, sino pretende, la definición de campos de posibilidades para resolver controversias entre derechos o principios fundamentales”.

En el escenario en que la acción de tutela proceda como mecanismo transitorio, se requiere la configuración de un perjuicio irremediable, el cual ha reiterado esta Corte debe ser inminente y grave. De allí que, las medidas para evitar su consumación obedezcan a los criterios de urgencia e impostergabilidad. Sobre esa base, ha agregado la jurisprudencia en la materia que “(…) (ii) el estado de salud del solicitante y su familia; y (iii) las condiciones económicas del peticionario del amparo” constituyen criterios orientadores al momento de determinar la existencia o no de un perjuicio irremediable. En este último escenario, la decisión de amparo constitucional tiene un alcance transitorio, en el sentido de que solo se mantiene vigente mientras la autoridad judicial competente decide de fondo sobre la acción ordinaria instaurada por el afectado.

Ahora bien, respecto al reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, esta Corporación ha señalado que, en principio, no procede la acción tutela. Ello, por cuanto el conocimiento de ese tipo de solicitudes implica la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces desborda las competencias del juez constitucional.

En efecto, el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó en cabeza de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, la competencia para resolver “las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad.

social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos”.

Por su parte, la Ley 1438 de 2011 en el literal g de su artículo 126 prevé un trámite administrativo ante la Superintendencia Nacional de Salud, donde se establece, dentro de las funciones jurisdiccionales que tiene dicho órgano de control, “conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

No obstante lo anterior, en lo que se relaciona específicamente con el reconocimiento de incapacidades, este Tribunal ha reconocido la procedencia de la acción de tutela, por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone la vulneración de otros derechos fundamentales habida cuenta de que en muchos casos, dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia

para una persona y su núcleo familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata. En palabras de la Corte:

“El no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo, sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos.

En suma, ha estimado la Corte que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente.

Sobre esa base, la jurisprudencia en la materia ha reiterado que “los mecanismos ordinarios instituidos para reclamar el pago del auxilio por incapacidad, 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.

...

El Sistema General de Seguridad Social establece la protección a la que tienen derecho aquellos trabajadores que, en razón a la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad de origen común, se encuentran incapacitados para desarrollar sus actividades laborales y, en consecuencia, están imposibilitados para proveerse sustento a través de un ingreso económico. Dicha protección se materializa mediante diferentes figuras tales como: el pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilio y pensión de invalidez contempladas todas estas, en la Ley 100 de 1993, Decreto 1049 de 1999, Decreto 2943 de 2013, la Ley 692 de 2005, entre otras disposiciones.

Las referidas medidas de protección buscan reconocer la importancia que tiene el salario de los trabajadores en la salvaguarda de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. Así lo ha sostenido esta Corporación al referirse particularmente a las incapacidades, estableciendo que el procedimiento para el pago de las mismas, se han creado “(...) en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada”

Bajo esa línea, la Corte mediante sentencia T-490 de 2015 fijó unas reglas en la materia, señalando que:

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

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

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

En consecuencia, durante los periodos en los cuales un trabajador no se encuentra en condiciones de salud adecuadas para realizar las labores que le permitan devengar el pago de su salario, el reconocimiento de incapacidades constituye como una garantía de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. De allí, que la Corte reconozca que sin dicha prestación, se presume la vulneración de los derechos en mención.”

En el caso que nos ocupa, conforme a lo narrado por el accionante en su demanda de amparo constitucional, con anterioridad había acudido a la acción de tutela para lograr el pago de incapacidades generadas desde el 06/12/2017 al 10/19/2018 derecho que le fue amparado, a través de la presente acción pretende el pago de las generadas a partir del 27/08/2018 al 28/02/2020, lo que muestra al Despacho la situación de vulnerabilidad en que se encuentra, tanto en su condición física, como en la parte económica, amén de que se lee dentro de los anexos, que en la actualidad, recibe como salario por parte del empleador, la suma de \$ 44.979.00, careciendo de ingresos para solventar sus necesidades y las de su núcleo familia.

Con apoyo en lo acabado de transcribir de la sentencia que recoge el criterio de la Corte Constitucional, en las circunstancias personales del accionante, es claro la procedencia de la acción de tutela.

Surge entonces otro problema jurídico, cual es el de determinar si la accionada y las vinculadas con su actuar se encuentran vulnerando los derechos fundamentales del accionante.

Se queja el accionante de que las encartadas incurrieron en la vulneración de sus derechos fundamentales al dejar de cancelarle las incapacidades generadas desde mayo de 2019 certificadas por **COOMEVA E. P. S.** hasta el mes de abril del presente año, superiores a los 516 días

La Corte Constitucional se refiere a las incapacidades laborales, en la misma sentencia y es de traer a colación.

“Conforme fue expuesto en precedencia, el Sistema General de Seguridad Social contempla, a través de diferentes disposiciones legales, la protección a la que tienen derecho los trabajadores que, con ocasión a una contingencia originada por un accidente o una enfermedad común, se vean limitados en su capacidad laboral para el cumplimiento de las funciones asignadas y la consecuente obtención de un salario que les permita una subsistencia digna.

Respecto de la falta de capacidad laboral. La Corte ha distinguido tres tipos de incapacidades a saber : (i) temporal, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) permanente parcial, cuando se presenta un disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) permanente (o invalidez), cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%[76] . Sobre el particular, la propia jurisprudencia ha precisado que las referidas incapacidades pueden ser de origen laboral o común, aspecto que resulta particularmente relevante para efectos de determinar sobre quién recae la responsabilidad del pago de las mismas, como se explicará a continuación.

Respecto del pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, es preciso empezar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001[80], el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabajador percibirá durante ese lapso. Así, cuando se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un auxilio económico y cuando se trata del día 181 en adelante se estará frente al pago de un subsidio de incapacidad.

Dentro de las pruebas allegadas, se encuentra certificación expedida por **COOMEVA E. P. S.**, documento en el que se observa que se han transcrito incapacidades hasta el 23/04/2021 las que acumulan 516 días, sin que en dicha relación se observe liquidación, ni pagos por las mismas.

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

Así las cosas, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia.

Ahora bien, en cuanto al pago de las incapacidades que superan los 540 días, cabe mencionar que hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional reconocía la existencia de un déficit de protección respecto de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días. Al respecto, esta Corporación mediante sentencia T-468 de 2010 advirtió lo siguiente:

“(…) aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son generosas, esta Sala repara en el hecho de que no existe legislación que proteja al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días. Son muchos los casos en que las dolencias o las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común que obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y por tanto, tampoco nace el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir.” Agregó que “En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación legal en la materia, ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad, situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de Protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo.

"En ese orden, el Gobierno Nacional, expidió la Ley 1753 de 2015 mediante la cual buscó dar una solución a al aludido déficit de protección. Así, dispuso en el artículo 67 de la mencionada ley, que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas "al reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.". Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS.

Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte ha reiterado que, a partir de la vigencia del precitado artículo 67 de Ley 1753 de 2015, en todos los casos en que se solicite el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad superior a 540 días, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social están en la obligación de cumplir con lo dispuesto en dicho precepto legal, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado.

Descendiendo al caso en estudio, como ya se dijo, el accionante manifiesta que ha estado incapacitado desde el día 1º. De mayo de 2019 de manera ininterrumpida, sin recibir el pago correspondiente por las mismas, las que conforme a lo señalado por la normatividad y corresponde su pago así: los dos primeros días al empleador del tercer día al día 180 le corresponde asumir su pago a la EPS, en este caso, a **COOMEVA E. P. S.**, entidad a la cual se encuentra vinculado el accionante y del día 181 hasta el día 540 la AFP, en este caso **COLPENSIONES**, y del 541 en adelante a la EPS en caso de no haberse remitido el concepto de rehabilitación, caso contrario, le correspondería a la AFP hasta tanto se califique la pérdida de capacidad laboral.

Dentro de las pruebas allegadas, se encuentra certificación expedida por **COOMEVA E. P. S.**, documento en el que se observa que se han transcrito incapacidades hasta el 23/04/2021 las que acumulan 516 días, sin que en dicha relación se observe liquidación, ni pagos por las mismas.

De igual manera obra dentro del expediente copia de la remisión del concepto de rehabilitación no favorable con fecha 23 de febrero del presente año 2021.

Si bien las encartadas, **COOMEVA E. P. S.** y **COLPENSIONES**, no se pronunciaron sobre este aspecto, así como tampoco la empleadora **DISTRIMEKATOS M y A**, se tiene por cierto que el accionante no ha percibido pago durante el período de incapacidad.

El no pago de las incapacidades al accionante, se reitera, es violatorio de sus derechos fundamentales, por lo que hay lugar al amparo de su derecho fundamental al mínimo vital y a la vida digna, y se ordenará a **DISTRIMEKATOS M y A**, al pago de los días de incapacidades que le corresponden como empleadora, si aún no lo ha hecho, es decir los dos primeros días; a **COOMEVA E.P.S.**, al pago de los días de incapacidad desde el tercero hasta el día 180 y a la **AFP COLPENSIONES** al pago de las incapacidades generadas desde el día 181 en adelante, toda vez que existe, como ya se dijo, prueba de que en fecha 23 de febrero del presente año 2021, le fue remitido por parte de **COOMEVA E.P.S.**, certificación de rehabilitación no favorable del accionante. La anterior orden debe cumplirse dentro del término no mayor de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia y proceda a la valoración por medicina laboral para establecer el porcentaje de pérdida de capacidad laboral. Esto en caso de que, a la fecha de proferirse este fallo, no se haya realizado.

En mérito de lo expuesto, Juzgado Cuarto de Familia de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital y a la vida digna del accionante señor **PEDRO EMIRO MONTIEL JULIO**, por las razones esbozadas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a las obligadas, **DISTRIMEKATOS M Y A**, **COOMEVA E.P.S.** y **COLPENSIONES AFP** a efectos que en un término no mayor de 48 horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, procedan si aún no lo han hecho, a la liquidación y pago de las incapacidades generadas en favor del accionante, señor **PEDRO EMIRO MONTIEL JULIO**, de la

siguiente manera: los dos primeros días, el empleador, del tercer día hasta el 180 a la EPS y del día 181 en adelante a la AFP y proceda a la valoración por Medicina Laboral para establecer el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

TERCERO: Notifíquese la presente sentencia de conformidad con lo establecida en el articulado 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: En el evento de no ser impugnado este fallo, désele estricto cumplimiento, por Secretaría, a lo previsto en el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


RODOLFO GUERRERO VENTURA
JUEZ