



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE
CONOCIMIENTO DE MANIZALES – CALDAS**

ACCIÓN DE TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

Radicado: 17001-40-71-001-2020-00135
Origen: Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, Caldas
Demandante: Ximena García Londoño
C. C. 1.053.769.381
Demandado: Coomeva EPS S. A.
E and T Rescue S.A.S
Vinculado: Porvenir S.A
Providencia: Sentencia de Segunda Instancia No. 062

Manizales, Caldas, diciembre catorce (14) de dos mil veinte (2020)

I. TEMA

Dentro del término legal, el Despacho resuelve la impugnación interpuesta contra la sentencia de primera instancia que profirió el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, Caldas, en el proceso 17001-40-71-001-2020-00135-01.

II. ANTECEDENTES

1. DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

1.1. LA IDENTIFICACIÓN DEL DEMANDANTE, LOS HECHOS, PRETENSIONES Y DERECHOS CONSTITUCIONALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

La señora Ximena García Londoño se identifica con la cédula de ciudadanía 1.053.769.381, tiene domicilio en el Municipio de Manizales, Caldas, recibe notificaciones en el correo electrónico: juan17confuturo@gmail.com.

De acuerdo con el escrito de tutela y los anexos de la demanda, la señora Ximena García Londoño estuvo incapacitada desde el 17 de marzo de 2017 hasta el 5 de mayo de 2020, ininterrumpidamente como consecuencia de su situación de salud.

La demandante afirma que le solicitó a Porvenir y a Coomeva EPS S.A pagar las incapacidades desde el 27 de diciembre de 2019 hasta el 5 de mayo de 2020. La AFP respondió desfavorablemente argumentando que está en trámite la calificación de pérdida de la capacidad laboral. La EPS respondió negativamente, sostuvo que necesitaba las notas de atención de los médicos tratantes en las que consten los diagnósticos confirmados y dictamen de PCL expedido por la AFP.

La señora Ximena García Londoño asegura que su empleador, E and T Rescue S.A.S., no le paga salario desde enero de 2020.

La señora Ximena García Londoño le pide al Juez que ordene:

- A Coomeva EPS S.A, reconocer y pagar las prestaciones económicas

- A la empresa E and T Rescue S.A.S, pagar los salarios correspondientes a los meses de enero a octubre de la presente anualidad.

1.2 LA IDENTIFICACIÓN DEL DEMANDADO Y LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COOMEVA EPS S.A.

La señora Diana Marcela González Vargas, en calidad de Analista Jurídica, contestó la demanda. La parte recibe notificaciones en el correo electrónico: correoinstitucionaleps@coomeva.com.co.

Informó que la señora Ximena García Londoño está afiliada a Coomeva EPS S.A en calidad de cotizante, en estado activo. La demandante cuenta con 670 días de incapacidad temporal continua, sin calificación de pérdida de capacidad laboral.

En cuanto al caso concreto afirmó que Coomeva EPS S.A. emitió el concepto de rehabilitación con pronóstico favorable de origen común en la fecha 11/10/2017, cuando la demandante cumplió 109 días de incapacidad continua. La EPS remitió el concepto a la administradora de fondo de pensiones en la misma fecha.

La señora Diana Marcela González Vargas argumentó que no existe justificación para conceder el amparo puesto que no existe prueba sumaria de amenaza o vulneración del mínimo vital y móvil, además la acción de tutela en este caso es improcedente por razones de subsidiariedad, ya que la señora Ximena García Londoño puede acudir al mecanismo contemplado en la Ley 1122 de 2007 y, por otro lado, el debate que esta persona propone es de naturaleza netamente económica.

Con respecto al fondo del asunto, es decir, el pago de incapacidades, indicó que no le compete a la EPS satisfacer esta pretensión por las siguientes razones:

- La EPS no podrá asumir el costo de la prestación económica, hasta que la AFP no determine la pérdida de capacidad laboral. El Sistema General de Seguridad Social en Salud no está diseñado para soportar incapacidades vitalicias de sus afiliados.
- Del artículo 67 de la ley 1753 de 2015 no se deriva la obligación de las entidades promotoras de salud de asumir las incapacidades posteriores al día 180.
- Este caso es un claro abuso del demandante dado que esta persona a sabiendas de la calificación de la pérdida de capacidad laboral insiste en el pago de incapacidades por medio de la acción de tutela.
- El empleador tiene la obligación de pagar la incapacidad a su trabajador, posteriormente podrá recobrar ante la EPS. Quien está vulnerando el derecho fundamental invocado es el empleador de la demandante.
- Si la EPS reconoce y cancela incapacidades por enfermedad general sin cumplir los requisitos establecidos por la misma Ley incurre en indebida destinación de recursos públicos.

La Analista Jurídica de Coomeva EPS S.A solicitó denegar el amparo, en subsidio, otorgar facultad de recobro ante la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud ADRES.

PORVENIR S.A.

La señora Diana Martínez Cubides, Analista Jurídica, recibe notificaciones en el correo electrónico: notificacionesjudiciales@porvenir.com.co.

Informó que la AFP reconoció y pagó a favor de la demandante las incapacidades entre el día 181 y el 360, estas corresponden a las que expidieron los médicos tratantes entre el 25 de junio de 2018 y el 8 de abril de 2019. La obligación de pagar las incapacidades a partir del día 540 está en cabeza de las EPS, así lo establece el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015. Bajo el amparo de esta norma el Ministerio de Salud y Protección Social gira a las EPS un porcentaje adicional en el valor de la UPC (0.35%).

Advirtió que la señora Ximena García Londoño radicó la solicitud de calificación, después de realizar el análisis médico pertinente, la Compañía de Seguros de Vida Alfa S.A., en comunicado del 09 de mayo de 2019, le solicitó documentación médica complementaria, sin embargo, a la fecha, la demandante no ha allegado lo requerido, razón por la cual no ha sido posible continuar con el proceso de calificación.

La señora Diana Martínez Cubides solicitó denegar el amparo en lo que toque con Porvenir S.A., requerir a la EPS y a la demandante con el fin de lograr las valoraciones médicas, la emisión y radicación de los resultados de los exámenes y la documentación adicional necesarios para continuar el proceso de calificación de pérdida de la capacidad laboral.

Vincular al Ministerio de Salud y Protección Social puesto que esta es la entidad a cargo de regular el procedimiento de revisión periódico de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.

E AND T RESCUE S.A.S

La sociedad comercial con NIT 900497322-4, está representada legalmente por el señor Jesús Geovany Cañón Pachón.

La entidad no contestó la demanda, pese a que el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, Caldas, le notificó en debida forma el auto que admite la acción de tutela.

E and T Rescue S.A.S recibe notificaciones judiciales en el correo electrónico administrador@educacionsaludyseguridad.com, conforme con la información que la empresa reportó ante la Cámara de Comercio en la que se encuentra inscrita. No obstante, en los documentos que reposan en el expediente y como lo corroboró este despacho judicial, la parte también recibe notificaciones en el correo director@educacionsaludyseguridad.com, cuenta de correo a la que el Juzgado de primera instancia remitió el mensaje por medio del cual comunicó la admisión de la demanda.

2. LA ACTUACIÓN Y SENTENCIA DEL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, Caldas admitió la acción de tutela mediante auto del 23 de octubre de 2020, y el 5 de noviembre de la presente anualidad, profirió la sentencia No. 129, por medio de la cual, luego de anotar los hechos, las pretensiones, hacer un recuento de la actuación procesal y examinar la normatividad y la jurisprudencia que se aplican al caso concreto, decidió conceder parcialmente el amparo en los siguientes términos:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales invocados por la señora **XIMENA LONDOÑO GARCÍA**, identificada con C.C. No. 1.053.769.381, contra la **EPS**

COOMEVA y la empresa **E and T RESCUE S.A.S.**, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **EPS COOMEVA**, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de este proveído, proceda a reconocer y pagar a la señora **XIMENA LONDOÑO GARCÍA**, las incapacidades médicas generadas desde el 28 de diciembre de 2019 al 05 de mayo de 2020.

TERCERO: NEGAR la solicitud de pago de salarios, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: NOTIFICAR esta decisión por el medio más expedito a las partes, advirtiéndoles que la misma puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

QUINTO: REMITIR este expediente a la Honorable Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo, en caso de no ser impugnado oportunamente.

SEXTO: ARCHIVAR DEFINITIVAMENTE este asunto una vez regrese de su eventual revisión.

3. LA IMPUGNACIÓN

La señora Ximena García Londoño presentó recurso de impugnación, manifestó inconformidad frente a la decisión de no ordenar a E and T Rescue S.A.S pagar los salarios ya causados y los que se causen en el futuro, bajo el argumento que existe otro medio idóneo de defensa.

La demandante afirmó que el argumento del Juez se contrapone a lo dicho por él frente a la vulneración del mínimo vital, la existencia de un peligro inminente o la posibilidad de sufrir un perjuicio irremediable, para conceder el pago de incapacidades laborales.

La señora Ximena García Londoño le solicitó al Juez de segunda instancia revocar parcialmente el fallo impugnado para ordenar a E and T Rescue S.A.S pagar los salarios, ya que está plenamente demostrado la existencia de un vínculo laboral activo y la orden de reintegro, con lo cual se garantiza la protección del mínimo vital hasta una nueva incapacidad o hasta el reconocimiento de una pensión de invalidez.

III. PRUEBAS RELEVANTES

El Juzgado resolverá a partir de las pruebas que recaudó el Juez de primera instancia y las decretadas en el curso de la segunda instancia por medio del auto 310 del 7 de diciembre de 2020 en los siguientes términos:

“Después de revisar el expediente este despacho judicial encuentra que para mejor proveer es necesario aclarar los hechos dieciséis, diecisiete y diecinueve del escrito de tutela, por lo tanto, por Secretaría, solicítense a las partes pronunciarse y aportar pruebas con el fin de establecer:

1. Si la señora Ximena García Londoño se reintegró a sus labores en la empresa E and T Rescue S.A.S con posterioridad al 5 de mayo de 2020.
2. Qué pagos efectuó la empresa E and T Rescue S.A.S a la señora Ximena García Londoño por concepto de salarios a partir del 5 de mayo de 2020.

3. Si la señora Ximena García Londoño recibió incapacidades con posterioridad al 5 de mayo de 2020.
4. Si la señora Ximena García Londoño se encuentra incapacitada actualmente.

Se les otorga el término de cuatro (4) horas hábiles contadas a partir de la notificación de la presente providencia”.

El 7 de diciembre de la presente anualidad, el apoderado judicial del señor Jesús Geovany Cañón Pachón, Representante Legal de E and T Rescue S.A.S, presentó memorial por medio del cual manifiesta que el pago de las incapacidades posteriores al día 540 está a cargo de la EPS, tal como lo dispone el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015. No es obligación del empleador responder por el pago de estas prestaciones económicas, ya que según la interpretación adecuada del artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016, el empleador **podrá** optar por hacer el pago y repetir posteriormente contra la EPS, y esto es precisamente lo que hizo E and T Rescue S.A.S. En el sentido anterior en este caso lo correcto es ordenar a la EPS que reembolse a la empresa el valor de lo que ésta le pago a la trabajadora por incapacidades, y al tiempo ordenar a Coomeva EPS S.A que reconozca a favor de la demandante las incapacidades pendientes de pago.

Informó que la señora Ximena García se encontraba incapacitada hasta el día 29 de abril de 2020, disfrutó de dos periodos consecutivos de vacaciones, entre el 30 de abril de 2020 y hasta el 05 de junio de 2020, debiéndose reintegrar el día 06 de junio de 2020, con posterioridad a la finalización de sus vacaciones, la trabajadora no se reintegró a laborar ni allegó incapacidad médica alguna, por tanto, no ejecutó trabajo alguno que implique contraprestación económica. E and T Rescue S.A.S. no tiene conocimiento de incapacidades que Coomeva EPS emitió con posterioridad al 29 de abril de 2020, pese a los requerimientos que en este sentido le hizo a la trabajadora.

Afirmó que desde el 30 de abril de 2020 en adelante, E and T Rescue S.A.S pagó y concedió a favor de la señora Ximena García Londoño, dos periodos de vacaciones sucesivos, al igual que le pagó la prima de servicios descrita en el artículo 306 del C. S del T., de igual manera cotizó a favor de la demandante en el Sistema de Seguridad Social Integral.

El Abogado Hernán Darío Rincón Espinel, apoderado judicial del señor Jesús Geovany Cañón Pachón, aportó como pruebas: comunicación N° 473-08-05-2020 que le dirigió E and T Rescue S.A.S a la señora Ximena García concediéndole el disfrute de vacaciones por los periodos 2018 y 2019; comprobantes de los movimientos de cuentas auxiliares con terceros y certificaciones de pagos realizados a la demandante por concepto de prestaciones sociales desde el mes de mayo de 2020; planillas de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral; historia clínica de atención por Medicina del Trabajo el 14 de abril de 2020, por cuenta de Coomeva EPS S.A.

El 9 de diciembre de 2020, la señora Ximena García Londoño remitió respuesta al requerimiento del Juzgado de segunda instancia, informó que no retornó al puesto de trabajo después de la última incapacidad ya que el Medico Laboral de la EPS indicó trabajo desde casa por motivos de la pandemia y el delicado estado de salud que presentaba, le informó esto a la empresa, sin embargo recibió la instrucción de trabajar presencialmente, por tal motivo presento derecho de petición reiterando la solicitud de asignarle trabajo desde casa, dadas estas circunstancias el empleador solicitó una evaluación ocupacional, el profesional de la salud que efectuó la valoración concluyó que no era posible el reintegro bajo ninguna modalidad (presencial o teletrabajo) hasta la calificación de pérdida de la capacidad laboral.

La demandante aseveró que E and T Rescue S.A.S le pagó tres periodos de vacaciones y una prima.

La señora Ximena García Londoño asevero que con posterioridad al 5 de mayo de 2020 sus médicos tratantes no expidieron nuevas incapacidades por cuanto el Medico Laboral de la EPS determinó que esto

no es viable porque los problemas de salud siempre estarán allí y darle una incapacidad no soluciona nada, se requiere que la administradora de fondos de pensiones emita prontamente la calificación de invalidez.

IV. CONSIDERACIONES

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Después de establecer las posiciones de las partes, el Juzgado resolverá si la decisión de primera instancia, por la cual el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, Caldas, concedió parcialmente la solicitud de amparo que presentó la señora Ximena García Londoño, se ajusta a la doctrina constitucional sobre la protección del derecho fundamental a la seguridad social y al mínimo vital, a la normatividad que regula el tema, además, si guarda conformidad con el acervo probatorio del proceso.

2. PRESUPUESTOS PROCESALES

El Juzgado encuentra que están dados los presupuestos procesales para proferir fallo de fondo, a saber:

- De conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, le corresponde a este Juzgado conocer de la impugnación formulada por la entidad demandada dentro de la presente acción de tutela.
- La demanda cumple los requisitos generales que señala el del Decreto 2591 de 1991: relación de los hechos y de los derechos que se consideran vulnerados, identificación de la autoridad o personas contra la cual se impetra la tutela, capacidad sustantiva y procesal de las partes, a quienes les asiste, además, interés en la resolución constitucional del asunto.

3. LA ACCIÓN DE TUTELA

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la tutela como un instrumento de protección, por el cual toda persona puede acudir a la jurisdicción frente a la vulneración de sus derechos fundamentales, por acciones u omisiones de cualquier autoridad pública, y excepcionalmente de particulares. Por eso su procedencia no está condicionada más que a la naturaleza del derecho cuyo amparo se persigue y a la posibilidad de que el afectado no disponga de otro medio de defensa, a menos que lo utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

4. CONDICIONES PARA QUE PROCEDA LA ACCIÓN DE TUTELA

Dispone el artículo 86 de la Carta Política:

“ARTICULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

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.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”. Subraya fuera del texto original.

La acción de tutela tiene por objeto proteger derechos fundamentales cuando éstos fueran amenazados o vulnerados por acción u omisión de cualquier autoridad y, en casos específicos, por un particular.

Para que proceda la acción de tutela se requiere “verificar la existencia de una acción u omisión de las autoridades o de un particular que vulnere o amenace un derecho fundamental, esto es, se debe constatar que la referida trasgresión es cierta, no hipotética, ni eventual o presunta”, lo que según la directriz jurisprudencial implica examinar aspectos específicos: un derecho fundamental en cabeza del accionante y una conducta reprochable constitucionalmente:

“De lo anterior se desprende que es necesario para efectos de proteger un derecho y ordenar a una autoridad o a un particular actuar o abstenerse de hacerlo que, previamente exista un derecho fundamental atribuido a quien solicita el amparo y, además, que la entidad demandada, teniendo la obligación de satisfacer el derecho, actúe o se abstenga de hacerlo generando una vulneración o amenaza al mismo.

Lo expuesto es un presupuesto esencial para la procedencia de la acción de tutela, pues a) si no existe un derecho atribuido al accionante, la entidad accionada no podría atentar contra el mismo; o b) constatándose un derecho en cabeza del demandante, si la entidad accionada no ha efectuado ninguna conducta -acción u omisión- que trasgreda el derecho, no habría así un acto de reproche que obligara al juez ordenar una protección.

En todo caso, no sobra señalar que una vez se verifica la existencia de estos dos presupuestos (atribución de un derecho fundamental al accionante y conducta vulneratoria del mismo por parte del accionado), es deber del juez constitucional analizar si dicha actuación constituyó un atentado contra el referido derecho fundamental, para de este modo sustentar su orden o no de amparo”. Sentencia T-321 de 2013.

El artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 consagra además los principios de inmediatez y de subsidiariedad.

Según el principio de inmediatez, la solicitud de amparo debe ser presentada en un tiempo razonable desde el hecho que originó la violación. La Corte Constitucional ha señalado los criterios básicos que deberá examinar el Juez para determinar en cada caso si se cumple este presupuesto:

Así las cosas, teniendo en cuenta que no es posible establecer de manera generalizada un tiempo restrictivo para el ejercicio de la acción tuitiva, en cada caso particular el juez de instancia deberá realizar un estudio que permita determinar si se cumple o no con el requisito de inmediatez. Como criterios de referencia, en la Sentencia T-194 de 2014, se establecieron los siguientes:

(i) La existencia de razones válidas para la inactividad (...).

(ii) Cuando a pesar del paso del tiempo es evidente que la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante permanece (...).

(iii) Cuando la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante (...).”.

Estos criterios o las razones que motivan la procedencia de la acción de tutela, a pesar de que, en principio, no se cumpla con el requisito de inmediatez, deben ser probados sumariamente o al menos manifestados en la demanda, ya que es el accionante quien conoce las razones que le impidieron acudir antes al amparo constitucional y, pese a que ya hubiere transcurrido un término considerable desde la ocurrencia de los hechos, requiere una protección judicial urgente. Sentencia T-051 de 2016.

De conformidad con el principio de subsidiariedad, si el demandante cuenta con otro medio de defensa judicial, el juez debe declarar improcedente la solicitud de amparo, a menos que se demuestre que los medios de defensa judicial ordinarios no son idóneos ni eficaces para garantizar la protección de los derechos; excepcionalmente, la solicitud de amparo procederá de forma transitoria, cuando se deba evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable:

“De acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Corporación, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6° del Decreto 2591 de 1992, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los derechos fundamentales, de carácter subsidiario. Ésta procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

Esta Corporación ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración”. Sentencia T-177 de 2011.

5. PROTECCIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL A LA SALUD MEDIANTE ACCIÓN DE TUTELA

Parar la Corte Constitucional la redefinición de la salud como un derecho fundamental autónomo trajo consigo la ampliación del ámbito de protección, que ya no se limita a la existencia de una amenaza a la vida o la integridad personal, también implica la posibilidad de disfrutar el **MÁS ALTO NIVEL POSIBLE DE SALUD**, como está previsto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el amparo del derecho de todas las personas a la salud. Este concepto lo recogió la Corporación en la sentencia T-1093 de 2007, en la cual sostuvo:

“(…) entender la salud como un derecho fundamental autónomo, implica como es evidente, abandonar la línea argumentativa conforme a la cual, la protección de este derecho solo puede ser solicitada por medio de la acción de tutela cuando exista una amenaza de la vida o la integridad personal del sujeto. Y es que, amparar el derecho a la salud, implica ir más allá de proveer lo necesario para atender las enfermedades o padecimientos que aquejen a un sujeto y que pongan en peligro su vida o su integridad física. Una definición más completa de las obligaciones que la garantía efectiva del derecho a la salud impone puede encontrarse en el artículo 12 numeral primero del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que señala al respecto:

‘Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental’.

Con la intención de precisar el sentido conforme al cual debe ser interpretada tal disposición, la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano encargado de la interpretación del Pacto señaló que:

‘El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud’.

La jurisprudencia constitucional igualmente ha indicado que el disfrute del más alto nivel posible de una salud física y mental incluye el derecho:

“i) [a] recibir la atención de salud definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado,

ii) a obtener la protección de los elementos esenciales del derecho a la salud como son la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad definidas en la Observación General N°14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales y,

iii) en los casos en que el paciente sea un sujeto de especial protección como en el caso de las niñas y niños, las personas con discapacidad y los adultos mayores (Sentencias T-1081 de 2001¹ y T-085 de 2006²)”.

Ahora bien, la Observación Número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales define los elementos esenciales que permiten garantizar el derecho a la salud, de la siguiente manera:

(i) Disponibilidad. Según este elemento el Estado debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y programas de salud.

(ii) Accesibilidad. Todas las personas deben tener acceso en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna, a los establecimientos, bienes y servicios de salud. La accesibilidad debe ser no sólo física sino también económica.

(iii) Aceptabilidad. “Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate”.

(iv) Calidad. En virtud de este principio los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser apropiados científica y médicamente.

V. CASO CONCRETO

1. PRESENTACIÓN

¹ Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

² Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

1.1 La señora Ximena García Londoño interpuso acción de tutela el 23 de octubre de 2020 para la protección de sus derechos al mínimo vital y a la seguridad social, le solicitó al Juez:

- a. Ordenar a la empresa E and T Rescue S.A.S pagar los salarios correspondientes a los meses de enero a octubre de la presente anualidad.
- b. Ordenar a Coomeva EPS S.A reconocer y pagar las incapacidades económicas desde el 27 de diciembre de 2019 hasta el 5 de mayo de 2020.

1.2 Según las pruebas, la demandante estuvo incapacitada desde el 25 de junio de 2018 hasta el 5 de mayo de 2020, sin solución de continuidad o con interrupciones inferiores a 30 días, como consecuencia de su situación de salud³. Con posterioridad a la incapacidad que finalizaba el 5 de mayo de 2020, la señora Ximena García Londoño no recibió nuevas incapacidades ni se reintegró a trabajar⁴.

1.3 En lo concerniente a los hechos con base en los cuales la señora Ximena García Londoño formuló la pretensión del literal “a” está probado que:

- a. E and T Rescue S.A.S concedió a favor de la trabajadora dos períodos de vacaciones sucesivos, entre el 30 de abril y el 05 de junio de 2020⁵.
- b. Durante el año 2020, E and T Rescue S.A.S pagó dos periodos de vacaciones sucesivos y la prima de servicios descrita en el artículo 306 del C. S del T, conforme con la siguiente relación:

E AND T RESCUE S.A.S
 Nit: 900497322-4

**MOVIMIENTO DE CUENTAS AUXILIARES
 CON TERCEROS**

Desde 01.01.2020 a 07.12.2020 Desde la cuenta 25050501 hasta la 25050501
 Tercero: 1053769381 XIMENA GARCIA LONDOÑO

Comprobante	Fecha	Débito	Crédito	Saldo	Detalle
Cuenta: 25050501 Salarios por pagar					
Tercero 1053769381 XIMENA GARCIA LONDOÑO					
	31/12/2019	0.00	0.00	0.00	Saldo inicial ...
PN	2152 15/05/2020	201,895.00	0.00	201,895.00	ABONO PRIMERA QUINCENA MAYO 2020
PN	2160 22/05/2020	100,000.00	0.00	301,895.00	ABONO PRIMERA QUINCENA MAYO 2020
PN	2161 26/05/2020	101,895.00	0.00	403,790.00	ABONO PRIMERA QUINCENA MAYO 2020
PN	2169 03/06/2020	100,000.00	0.00	503,790.00	CANCELA 1 ABONO SEGUNDA QUINCENA MAYO 2020
PN	2172 10/06/2020	100,000.00	0.00	603,790.00	PAGO 2 ABONO SEGUNDA QUINCENA MAYO 2020
PN	2173 12/06/2020	100,000.00	0.00	703,790.00	PAGO 3 ABONO SEGUNDA QUINCENA MAYO 2020
PN	2178 16/06/2020	103,789.00	0.00	807,579.00	PAGO 4 ABONO SEGUNDA QUINCENA MAYO 2020
PN	2187 23/06/2020	200,000.00	0.00	1,007,579.00	PAGO 1 ABONO PRIMERA QUINCENA JUNIO 2020
PN	2189 30/06/2020	203,789.00	0.00	1,211,368.00	PAGO SALDO PRIMERA QUINCENA JUNIO 2020
PN	2193 07/07/2020	150,000.00	0.00	1,361,368.00	PRIMER PAGO PRIMERA SEGUNDA QUINCENA JUNIO 2020
PN	2194 10/07/2020	253,789.00	0.00	1,615,157.00	SEGUNDO PAGO PRIMERA SEGUNDA QUINCENA JUNIO 2020
		1,615,157.00	0.00	1,615,157.00	TOTAL TERCERO 1053769381
		1,615,157.00	0.00	1,615,157.00	TOTAL CUENTA 25050501

³ Así consta en el certificado que expidió Coomeva EPS S.A el 7 de septiembre de 2020, por solicitud de la demandante, documento que hace parte de los anexos del escrito de acción de tutela.

⁴ Esto se desprende de las manifestaciones que hicieron la trabajadora y el empleador como respuesta al requerimiento que les formuló la segunda instancia mediante el auto de sustanciación No. 310 del 7 de diciembre de 2020.

⁵ E and T Rescue S.A.S aportó como respuesta al requerimiento que le formuló la segunda instancia mediante el auto de sustanciación No. 310 del 7 de diciembre de 2020, la comunicación en la que le informa a la trabajadora acerca de dos períodos de vacaciones. La demandante aceptó este hecho desde la demanda.

- c. E and T Rescue S.A.S. acreditó un pago adicional del 4 de diciembre de 2020, por valor de \$433.021, y pago de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral en Salud hasta el 10 de agosto de 2020⁶. La demandante se encuentra activa en Coomeva EPS, con último período compensado noviembre de 2020⁷.
- d. La demandante presentó derecho de petición ante E and T Rescue S.A.S⁸. La señora Ximena García Londoño afirmó bajo juramento que prestó con la presentación de la acción de tutela que el 4 de julio de 2020 el empleador realizó valoración de Salud Ocupacional como respuesta a la solicitud. E and T Rescue S.A.S. guardó silencio frente a este hecho. Las siguientes son las pretensiones que formuló la peticionaria en aquella oportunidad:

“PRIMERO: Solicito respetuosamente se programe y practique el examen médico laboral post incapacidad conforme lo establece el artículo 5 de la Resolución 2346 de 2007, con el fin de que este determine las recomendaciones y restricciones médicas para mi reintegro laboral.

SEGUNDO: Solicito respetuosamente se estudie la posibilidad de asignarme trabajo en la modalidad de tele trabajo o trabajo en casa, bajo el entendido que por mis comorbilidades es riesgoso exponerme al Coronavirus asistiendo personalmente a trabajar.

TERCERO: Solicito respetuosamente que se estudie en conjunto con su Médico Laboral la posibilidad de remitir mi caso a la EPS para que esta continúe prescribiendo incapacidades médicas hasta tanto obtenga una calificación de pérdida de capacidad laboral y obtenga una pensión de invalidez, esto con base en el Decreto 1333 de 2018.

CUARTO: Solicito respetuosamente se respete el fuero de estabilidad laboral reforzada que actualmente ostento a causa de mi discapacidad y que esta es de pleno conocimiento de su entidad, por lo que se deberá solicitar permiso ante el Ministerio de Trabajo respecto de mi desvinculación conforme lo determina la Ley 361 de 1997 artículo 26”.

1.4 En lo que atañe a las circunstancias con base en los cuales la señora Ximena García Londoño formuló la pretensión del literal “b” está probado que:

- a. El 2 de enero de 2020 E and T Rescue S.A.S envió escrito a Coomeva EPS S.A. y a la Superintendencia de Salud⁹ manifestando su intención de abstenerse de pagar nuevas incapacidades a la señora Ximena García Londoño.
- b. Coomeva EPS S.A certificó el 7 de septiembre de 2020, por solicitud de la demandante, incapacidades continuas o con interrupciones inferiores a un mes, por un total de 670 días, desde el 25 de junio de 2018 hasta el 5 de mayo de 2020, por los diagnósticos¹⁰:
- I06.9: Enfermedad valvular aórtica reumática, no especificada

⁶ En el expediente reposan los pagos que efectuó la empresa. E and T Rescue S.A.S aportó los comprobantes como respuesta al requerimiento que les formuló la segunda instancia mediante el auto de sustanciación No. 310 del 7 de diciembre de 2020

⁷ Esta información se encuentra disponible para consulta pública en el sitio web de la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud ADRES.

⁸ La petición con fecha del 30 de junio de 2020 reposa en el expediente, hace parte de los anexos del escrito de amparo. No consta que el empleador recibió la solicitud, no obstante, la demandante explica que su empleador accedió a la realización de la valoración post-incapacidad.

⁹ En la página web de la empresa de mensajería 4-72 está disponible el informe de trazabilidad de las guías No. RA225870286CO y RA225870272CO. El documento enviado hace parte de los anexos del escrito de tutela.

¹⁰ La certificación indica el código, el nombre de la enfermedad al que le corresponde al código en la tabla ICD10.

- I06.8: Otras enfermedades reumáticas de la válvula aórtica
- I35.1: Insuficiencia (de la válvula) aórtica
- F45.4: Trastorno de dolor persistente somatomorfo
- I74.3: Embolia y trombosis de arterias de los miembros inferiores
- I80.3: Flebitis y tromboflebitis de los miembros inferiores, no especificada

Con anterioridad a este ciclo de incapacidades la señora Ximena García Londoño acumuló 212 días continuos o con interrupciones menores a un mes entre el 24 de octubre de 2017 y el 24 de mayo de 2018 por los diagnósticos:

- I06.9: Enfermedad valvular aórtica reumática, no especificada
- I35.1: Insuficiencia (de la válvula) aórtica

Entre el 17 de marzo y el 22 de julio de 2017, la demandante acumuló 109 días de incapacidad continuos o con interrupciones menores a un mes, por los diagnósticos:

- G93.9: Trastorno del encéfalo, no especificado
- G43.3: Migraña complicada
- I67.8: Otras enfermedades cerebrovasculares especificadas
- M54.2: Cervicalgia

1.5 Para la señora Ximena García Londoño la problemática que dio origen a la vulneración de sus derechos fundamentales se extiende a hechos sobre los cuales está demostrado que:

- a. La demandante radicó solicitud de calificación de invalidez ante Porvenir S.A., por tal razón, la Compañía de Seguros de Vida Alfa S.A., en comunicado del 9 de mayo de 2019, le solicitó documentación médica complementaria¹¹.

La señora Ximena García Londoño acudió a la acción de tutela ante la renuencia de Coomeva EPS S.A. para realizar las valoraciones y exámenes médicos. En sentencia del 10 de octubre de 2019, el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Conocimiento de esta ciudad ordenó a la EPS prestar los servicios médicos que la entidad calificadora solicite con el fin de emitir calificación de invalidez. Coomeva EPS S.A incurrió en desacato, lo cual dio lugar al trámite de un incidente que culminó con la confirmación de la sanción por medio de providencia del 13 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Manizales¹².

Porvenir S.A informó el 27 de octubre de 2020 que no ha recibido la documentación médica complementaria solicitada por la Compañía de Seguros de Vida Alfa S.A. el 9 de mayo de 2019 para adelantar el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral.

- b. En el expediente consta que el 14 de abril de 2020 la señora Ximena García Londoño asistió a consulta por Medicina del Trabajo, por cuenta de Coomeva EPS S.A.

La Médica, María Elena Piedrahita Marín, indicó en el plan de manejo que la condición crónica de la usuaria no es susceptible de mejoría con incapacidad, la afiliada no cumple proceso de calificación de PCL, lo cual se requiere para definir si accede o no a una pensión de invalidez, así

¹¹ La comunicación del 9 de mayo de 2019, emitida por la Compañía de Seguros de Vida Alfa S.A., reposa en el expediente, hace parte de los anexos no solo del escrito de tutela, también de los anexos de la contestación de Porvenir S.A.

¹² Los documentos mencionados hacen parte de los anexos del escrito de acción de tutela.

las cosas se requiere validar última historia de cirujano cardiovascular, con la misma se determinará plan de tratamiento médico, se le solicita a la señora Ximena García Londoño presentar en Cooameva EPS, con sello de recibido, la documentación que radique ante la administradora de fondos de pensiones, la incapacidad temporal en la usuaria a la fecha no está indicada por: tiempo de evolución en su POP, no tiene sobreinfección actual, estabilidad hemodinámica, puede notificarse a su empleador para realizar trabajo en casa, en tanto se recibe la calificación de PCL¹³.

La historia clínica contiene una nota administrativa en la que la Especialista en Medicina del Trabajo menciona que la usuaria recibió notificación para proceso de calificación de PCL desde el 31 de mayo de 2019, pero no ha avanza en el trámite, presenta múltiples argumentos para no avanzar, no atiende los requerimiento de Medicina Laboral para adelantar el trámite de calificación, acude cada 15 días a consulta Médico General para "prorroga de incapacidad", manifestando que desde Medicina Laboral se solicitaron una valoraciones, lo cual no fue lo indicado.

- c. También consta en el proceso que el 4 de julio de 2020, la señora Ximena García Londoño asistió a valoración post-incapacidad por Médico Especialista en Salud Ocupacional, por cuenta de E and T Rescue S.A.S. El profesional Andrés Gómez Gutiérrez concluyó con base en la historia clínica, los conceptos médicos especializados hasta abril de 2020 y el examen realizado a la trabajadora, que no era pertinente el reintegro¹⁴.

1.6 El Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, Caldas concedió parcialmente el amparo de tutela, ordenó a Protección S.A. pagar las incapacidades posteriores al día 180, pero se abstuvo de ordenar el pago de salarios por parte de E and T Rescue S.A.S., argumentando que la accionante cuenta con otro medio de defensa judicial para incoar sus pretensiones, la accionante debe acudir a la vía Ordinaria Laboral para reclamar los derechos laborales que considera le están siendo vulnerados por su empleador.

1.7 La señora Ximena García Londoño presentó recurso de impugnación, manifestó inconformidad frente a la decisión de no ordenar a E and T Rescue S.A.S pagar los salarios ya causados y los que se causen en el futuro. La demandante afirmó que el argumento del Juez se contrapone a lo dicho frente a la vulneración del mínimo vital, la existencia de un peligro inminente o la posibilidad de sufrir un perjuicio irremediable, para conceder el pago de incapacidades laborales.

1.8 No procede ordenar ningún pago a cargo de E and T Rescue S.A.S por las razones que expondrá el Juzgado a continuación, en el numeral **2. 1** siguiente.

Por otra parte, aunque la impugnación no toca otro tema distinto al del pago de salarios, la adecuada protección de los derechos de la demandante exige tomar medidas frente al factor de la problemática que esta persona identifica como el decisivo, este tiene que ver con la existencia de un concepto de Salud Ocupacional desaconsejando el reintegro, **concepto al que no le sigue un pronunciamiento del médico tratante acerca de la incapacidad para laborar**. Esta circunstancia descrita en la demanda constituye una vulneración del derecho a la salud, en la faceta del derecho al diagnóstico, de la señora Ximena García Londoño. En efecto, determinar la necesidad o no de reposo hace parte de la calificación médica oportuna y completa de la condición de salud de la persona. El numeral **2. 2** siguiente desarrolla estas consideraciones.

¹³ La historia clínica correspondiente hace parte de los documentos que aportó E and T Rescue S.A.S como respuesta al requerimiento que le formuló la segunda instancia mediante el auto de sustanciación No. 310 del 7 de diciembre de 2020.

¹⁴ La historia clínica ocupacional a la que se refiere el Juzgado hace parte de los anexos del escrito de acción de tutela.

2. ESTUDIO DE LA IMPUGNACIÓN

2.1 NO PROCEDE ORDENAR NINGÚN PAGO A CARGO DE E AND T RESCUE S.A.S POR RAZONES DE INMEDIATEZ Y DE SUBSIDIARIEDAD

2.1.1 En consonancia con el principio de inmediatez la persona debe presentar la solicitud de amparo en un tiempo razonable desde el hecho que originó la violación, el demandante debe probar sumariamente o al menos manifestar en el escrito de amparo las razones que le impidieron acudir oportunamente al mecanismo constitucional.

Está probado que la señora Ximena Vargas Castaño estuvo incapacitada hasta el 5 de mayo de 2020 y a continuación disfrutó dos períodos de vacaciones sucesivos, entre el 30 de abril y el 05 de junio de 2020, que E and T Rescue S.A.S pagó¹⁵, por tanto, a partir de esta última fecha podría reclamar el pago de salarios.

La demandante interpuso acción de tutela el 23 de octubre de 2020, cuatro meses después de la última fecha mencionada y no acreditó que durante ese término inició gestiones para obtener el pago de las sumas a las que –dice- tiene derecho, y aunque presentó derecho de petición ante el empleador, en ninguna de las pretensiones que formuló en el escrito con fecha del 30 de junio de 2020, reclamó el pago de salarios.

El tiempo que dejó transcurrir la ausencia de actividad en ese término son incompatibles con la urgencia de la acción de tutela.

2.1.2 En el caso de un contrato laboral vigente sin situaciones que afecten las obligaciones de las partes, bastaría probar la ausencia total o parcial de pagos para afirmar el incumplimiento, sin embargo, en el asunto de la señora Ximena García Londoño y la empresa E and T Rescue S.A.S se presentaron eventos que perturbaron notoriamente la relación laboral tanto como para considerarla anómala.

En examen post-incapacidad del 4 de julio de 2020, el Médico Especialista en Salud Ocupacional desaconsejo el reintegro, no obstante, no hubo pronunciamiento posterior del médico tratante de la demandante acerca de la incapacidad para laborar, las discrepancias que surgieron entre el empleador y la trabajadora en cuanto a los términos en los que debía continuar la relación laboral generaron el presente conflicto.

El debate así planteado supera el ámbito de la acción de tutela, es al Juez Ordinario Laboral al que le compete resolver si las obligaciones que adquirieron el empleador y la trabajadora son exigibles a pesar de las vicisitudes que afectaron el vínculo con posterioridad al inicio del contrato. Debe ser de esta manera porque la duración del trámite constitucional no permite adelantar la actividad probatoria que exige la solución de la controversia.

Es necesario advertir que el despacho, con base en las facultades oficiosas, decretó las pruebas para esclarecer los hechos, pero ninguno de los elementos que obtuvo logra explicar suficientemente el comportamiento de las partes, en este sentido, se enfrenta a la eventualidad que se le presentó a la Corte Constitucional en la sentencia T-299 de 2020:

“18. Para la Sala, en esta ocasión el debate probatorio se mantiene. Luego de haber agotado las facultades oficiosas para aclarar las circunstancias fácticas del caso, persisten dudas trascendentes. Éstas se relacionan con lograr establecer si, efectivamente, las cotizaciones que la señora Rosa

¹⁵ El Juzgado insiste en que la demandante acepta este hecho y el empleador demandado acreditó pagos durante esa época.

Mira Leiton Sánchez efectuó, con posterioridad a la fecha de estructuración de su invalidez, fueron realmente producto de su capacidad laboral residual.

19. Como se señaló con precedencia, la jurisprudencia ha sido clara en establecer que, cuando se invoca la figura de la capacidad laboral residual para acceder a la pensión de invalidez, es estrictamente necesario verificar que el comportamiento pensional del interesado no genere dudas sobre la posible defraudación al Sistema de Pensiones. En ese sentido, es fundamental corroborar que los aportes realizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez sean ciertamente producto del agotamiento total de la fuerza laboral, y no que su motivación sea forzar el cumplimiento de la densidad de semanas dispuestas por el Legislador. La rigurosidad de estas exigencias se debe, sobre todo, a que la aplicación de la fórmula de la capacidad laboral residual se funda sobre la base constitucional de la favorabilidad en materia pensional, por lo que su aplicación debe cumplir su finalidad. Tal finalidad corresponde, en esencia, al reconocimiento de la funcionalidad laboral que las personas han desarrollado, con sus esfuerzos, hasta el agotamiento real de la misma”.

En este proceso, las pruebas juiciosas y diligentemente recogidas no señalan una dirección clara, en esa medida se debe indagar mejor y esa tarea únicamente la puede cumplir el Juez Ordinario Laboral.

Lo dicho en las líneas precedentes implica que la acción de tutela interpuesta por la señora Ximena García Londoño **no cumple el principio de subsidiariedad**¹⁶. Según el criterio de la Corte Constitucional si es indispensable un amplio y detallado análisis probatorio, el interesado debe acudir a la jurisdicción ordinaria. La Corporación recordó en la sentencia T-040 de 2018 la línea vigente desde tiempo atrás:

“En sentencia T-1496 de 2000[28], la Corte sintetizó las reglas que la jurisprudencia había decantado para determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela para la reclamación de acreencias laborales:

“ (...) la Corte ha señalado que una controversia laboral puede someterse a juicio de tutela, desplazando el medio ordinario de defensa cuando se reúnan las siguientes condiciones: (1) que el problema que se debate sea de naturaleza constitucional, es decir, que pueda implicar la violación de derechos fundamentales de alguna de las partes de la relación laboral, puesto que si lo que se discute es la violación de derechos de rango legal o convencional, su conocimiento corresponderá exclusivamente al juez laboral; (2) que la vulneración del derecho fundamental se encuentre probada o no sea indispensable un amplio y detallado análisis probatorio, ya que si para la solución del asunto es necesaria una amplia controversia judicial, el interesado debe acudir a la jurisdicción ordinaria pues dicho debate escapa de las atribuciones del juez constitucional y (3) que el mecanismo alternativo de defensa sea insuficiente para proteger íntegramente los derechos fundamentales amenazados o vulnerados y no resulte adecuado para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable de carácter iusfundamental”.

2.1.3 En síntesis, la decisión de primera instancia, en cuanto niega el pago de salarios, será confirmada.

2.2 EN EL CASO CONCRETO LA AUSENCIA DE UN PRONUNCIAMIENTO DEL MÉDICO TRATANTE ACERCA DE LA INCAPACIDAD PARA LABORAR CONSTITUYE UNA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD, EN LA FACETA DEL DERECHO AL DIAGNÓSTICO, DE LA SEÑORA XIMENA GARCÍA LONDOÑO

¹⁶ A este principio se refirió el despacho judicial atrás, en el numeral cuarto del capítulo de Consideraciones.

2.2.1 En la sentencia T-508 de 2019 la Corte Constitucional reiteró la definición del derecho al diagnóstico como la facultad que tiene todo paciente “(...) de exigir de las entidades prestadoras de salud la realización de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de establecer la naturaleza de su dolencia, para que, de esa manera, el médico cuente con un panorama de plena certeza sobre la patología y determine las prescripciones más adecuadas, encaminadas a lograr la recuperación de la salud, o, al menos, asegurar la estabilidad del estado de salud del afectado.

Para la Corporación el derecho al diagnóstico se expresa en tres facetas:

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

La Corte Constitucional en su jurisprudencia¹⁷ retoma la definición de incapacidad que en su momento estableció el Instituto de Seguros Sociales en la Resolución 2266 de 19981:

“ARTICULO 1o. DE LA INCAPACIDAD. Se entiende por incapacidad el estado de inhabilidad física o mental de una persona que le impide desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio”.

Ahora bien, este Juzgado entiende que si se trata de establecer la naturaleza de la enfermedad y el mejor tratamiento, el paciente tiene derecho a que se determine, en primer lugar, en qué medida dicha condición entraña inhabilidad física o mental para desempeñar en forma temporal o permanente su profesión u oficio, en segundo lugar, la necesidad de expedir incapacidad en el marco de lo más adecuado para lograr la recuperación o asegurar la estabilidad de su estado de salud.

La señora Ximena García Londoño no cuenta con concepto del médico tratante en este aspecto, pese a que en valoración del 4 de julio de 2020 el profesional en Salud Ocupacional desaconsejó el reintegro al puesto de trabajo. En otras palabras, no hay indicación médica precisa con respecto a la conducta que la demandante debe seguir en su vida laboral a la par con el tratamiento de recuperación o estabilización de su salud.

De cara a las circunstancias, con fundamento en las facultades ultra y extrapetita¹⁸, este despacho judicial adicionará un numeral a la sentencia para ordenar a Coomeva EPS S.A. que al día hábil siguiente a la

¹⁷ Sentencias T-312 de 2018, T-729 de 2012.

¹⁸ Del principio de oficiosidad se desprenden las facultades extra y ultra petita que le permiten al Juez extender la mirada hacia los hechos y derechos que no invocó el demandante, tal como lo sentó la Corte Constitucional en la sentencia T-060 de 2016, estas facultades no son otra cosa que mecanismos para garantizar el amparo efectivo de la persona:

“46. Pese a que no se configuró una causal específica de procedencia de tutela contra providencia judicial, en la sentencia de unificación SU-195 de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) la Sala Plena reiteró la facultad que ostentan los jueces de tutela para resolver un asunto distinto al solicitado[21]; en esa oportunidad este Tribunal indicó lo siguiente:

“En cuanto a la posibilidad de que los fallos puedan ser extra y ultra petita en materia de tutela, esta Corte de manera pacífica ha señalado que el juez de tutela puede al momento de resolver el caso concreto conceder el amparo incluso a partir de situaciones o derechos no alegados, **atendiendo la informalidad que reviste el**

notificación de la presente providencia autorice y programe la realización de una junta médica conformada por profesionales de las especialidades que en la actualidad prestan atención a la señora Ximena Vargas Castaño. Dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, la junta médica determinará autónomamente, bajo los criterios éticos y técnico científicos que rigen su oficio, si la demandante requiere incapacidad, y en tal caso la expedirán.

2.2.2 Este Juzgado decretó prueba de oficio por medio del auto 310 del 7 de diciembre de 2020. Como respuesta al requerimiento, el 9 de diciembre de 2020, la señora Ximena García Londoño informó que sus médicos tratantes no expedieron nuevas incapacidades con posterioridad al 5 de mayo de 2020, por cuanto el Médico Laboral de la EPS determinó que tal cosa no era viable ya que la incapacidad no solucionaba nada con respecto a la enfermedad, se requería calificación de invalidez por parte de la administradora de fondos de pensiones.

El relato de la demandante coincide con el sentido de las notas e indicaciones que la Médica Especialista en Medicina del Trabajo, María Elena Piedrahita Marín, dejó en el informe correspondiente a la consulta del 14 de abril de 2020.

El Juzgado compulsará copias a la Superintendencia de Salud para investigue si Coomeva EPS S.A incurrió en prácticas administrativas para desalentar la expedición de incapacidades en el caso de la demandante.

De igual manera, compulsará copias al Tribunal de Ética Médica de Caldas para que investigue si la Médica Especialista en Medicina del Trabajo, María Elena Piedrahita Marín, actuó contra las normas que rigen su oficio por: consignar en una nota administrativa y en el plan de tratamiento hechos relativos al trámite de calificación de invalidez, irrelevantes para determinar la posibilidad de reintegro y además contrarios a la realidad; consignar en la historia clínica hechos relativos al trámite de calificación de invalidez irrelevantes frente a la expedición, reconocimiento y pago de incapacidades en el caso de la demandante; pronunciarse sobre la pertinencia de expedir incapacidad.

Sin otras consideraciones, el Juzgado dictará el fallo.

VI. DECISIÓN

Por lo expuesto, administrando justicia, en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la Ley, el **JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE MANIZALES CALDAS,**

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia No. 129 del 5 de noviembre de 2020, que profirió el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, Caldas, en el proceso 17001-40-71-001-2020-00135-01, en los siguientes términos.

SEGUNDO: ADICIONAR un numeral a la parte resolutive de la sentencia impugnada para **ORDENAR** a Coomeva EPS S.A. que al día hábil siguiente a la notificación de la presente providencia autorice y programe la realización de una junta médica conformada por profesionales de las especialidades que en la actualidad prestan atención a la señora Ximena Vargas Castaño. Dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, la junta médica determinará autónomamente, bajo los criterios

amparo y además quien determina los derechos fundamentales violados. Así, desde los primeros pronunciamientos se ha sentado esta posición, toda vez que conforme a la condición sui generis de esta acción, la labor de la autoridad judicial no puede limitarse exclusivamente a las pretensiones invocadas por la parte actora, sino que debe estar encaminada a garantizar el amparo efectivo de los derechos fundamentales. (Subraya fuera de texto)".

éticos y técnico científicos que rigen su oficio, si la demandante requiere incapacidad, y en tal caso la expedirán, quedando su pago a cargo de Coomeva EPS S.A.

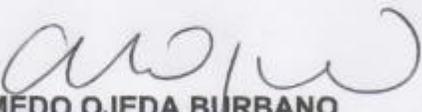
TERCERO: ADICIONAR un numeral a la parte resolutive de la sentencia impugnada para **COMPULSAR COPIAS** a la Superintendencia de Salud y al Tribunal de Ética Médica de Caldas para que investiguen la conducta de Coomeva EPS S.A y de la señora María Elena Piedrahita Marín, Especialista en Medicina del Trabajo, por los hechos a los que hizo referencia este Juzgado en el numeral 2.2.2 del capítulo V de la presente providencia.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: INFORMAR esta determinación al Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Manizales, Caldas, a la parte demandante, a la entidad demandada y demás intervinientes

SEXTO: REMITIR este expediente a la Honorable Corte Constitucional para la eventual revisión de la sentencia, conforme lo dispone el inciso 2 del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



OLMEDO OJEDA BURBANO
JUEZ