

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CINCUENTA Y CINCO (55) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D. C, veintiocho (28) de septiembre de dos mil veinte (2020)

ACCIÓN:	TUTELA
PROCESO N°.	11001-33-42-055-2020-00238-00
ACCIONANTE:	LUZ MARINA MURCIA RODRÍGUEZ
APODERADA:	ALEJANDRA CUERVO ÁNGEL
ACCIONADO:	NUEVA EPS, MEDIMAS EPS S.A.S. - CLONHADAS LTDA. (vinculada) – ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (vinculada) y ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA (vinculada)
ASUNTO:	FALLO DE TUTELA N°. 098

Procede el Despacho a proferir sentencia dentro de la acción de tutela instaurada por la señora LUZ MARINA MURCIA RODRÍGUEZ, identificada con cédula de ciudadanía N°. 51.576.580, a través de apoderada, en contra de la NUEVA EPS, MEDIMAS EPS S.A.S. - CLONHADAS LTDA (vinculada) – ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (vinculada) y ADMINISTRADORA DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA (vinculada), quien considera vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, mínimo vital, seguridad social, igualdad, integridad personal y vida en condiciones dignas.

I. OBJETO DE LA ACCIÓN

La accionante pretende:

1. Se ordene a MEDIMAS EPS asumir la obligación de continuar el proceso de habilitación y rehabilitación integral que se inició con la Señora Murcia Rodríguez desde el año 2018.
2. Se ordene a MEDIMAS EPS, valorar con ayuda de un equipo interdisciplinario, la rehabilitación funcional (física, mental y sensorial) de la Señora Murcia.
3. Se ordene a MEDIMAS EPS ofrecer a la Señora Murcia, un plan de atención integral en salud, en el que se encuentre la cobertura total de las; actividades, intervenciones, insumos, medicamentos, dispositivos, servicios y procedimientos necesarios para facilitar el proceso de rehabilitación funcional.
4. Se ordene a MEDIMAS EPS realizar un control y seguimiento a las secuelas que quedaron de la cirugía y de los estudios eco articulares, agendar una cita por ortopedia para valoración por síntomas relacionados con el diagnóstico médico, plan de manejo a terapias físicas e incapacidades prolongadas.
5. Se ordene a MEDIMAS EPS una vez incluida en el plan de atención integral en salud y valorada por un equipo interdisciplinario, facilitar el paso de la rehabilitación funcional a la rehabilitación integral con miras a la inclusión social.
6. Se ordene a MEDIMAS EPS asuma el pago de las incapacidades desde el día 652 hasta el momento que se suspenda la generación de las mismas. Ha hoy

ACCIÓN DE TUTELA

sería, desde el 07/08/2019 que se genera el día 652, al 07/08/2020, 360 días más; y las concebidas hasta el momento (septiembre).

7. Se ordene a MEDIMAS EPS dictaminar la pérdida de capacidad Laboral de la Afiliada o de ser necesario el trámite para calificación de invalidez ante las Juntas Calificadoras.

8. Se ordene a MEDIMAS EPS aportar copia del informe de análisis de puesto de trabajo (ATP) y la Matriz de riesgo que desarrolló el Área de Seguridad y Salud en el Trabajo de CLONHADAS LTDA (empleador), para determinar los factores de riesgo en el puesto de trabajo de la Señora Murcia Rodríguez.

9. Se ordene al Área de Medicina Laboral de MEDIMAS EPS aporte el “concepto de pronóstico de rehabilitación” que envía a la AFP COLPENSIONES, en donde realiza los hallazgos clínicos que diagnosticó el médico laboral de la EPS para determinar que se trataba de una enfermedad común, cuando en la historia clínica de la paciente siempre se documentó como, (...) de sobre uso ocupacional.

*10. Se ordene a la NUEVA EPS responder el por qué aceptó la afiliación de una persona que tenía en curso un plan de habilitación y rehabilitación integral, que no ha finalizado y que tampoco continua, aun en conocimiento de un Médico Laboral de dicha entidad, como lo registró Merlis de Arco Buelvas R.M. 14369, en el resumen de la historia clínica del “concepto de pronóstico de rehabilitación” que se envió a la AFP; (...) sin mejoría por lo que requiere manejo quirúrgico (11/02/19), persistencia del dolor y limitación funcional (...) **sin soportes clínicos de rehabilitación post-operatoria** (...) **prorrogas de incapacidad temporal.***

II. HECHOS

Los hechos narrados por el accionante, son:

1. Luz Marina Murcia Rodríguez, es una señora adulta mayor de sesenta (60) años que al día de hoy cuenta con más dos años de incapacidad continua e ininterrumpida, cumpliendo al 10 de agosto del año en curso, 1162 días de incapacidad.

2. La señora Murcia, suscribió un contrato laboral a término indefinido con la empresa Clonhadas Ltda. Dicho acuerdo se estableció desde el 08 de septiembre de 2008, desempeñando el cargo de, Operaria Maquina plana.

3. En el año 2017, La señora Murcia Rodríguez se presenta a su EPS actual (MEDIMAS EPS), más exactamente el 15/11/2017 para un control, y en él, a través de la Doctora Novak Nicoletta CE 202402, se consigna en la historia clínica de la paciente;

Paciente valorada hace 3 semanas por sobreuso ocupacional de ambos MMSS con mayor compromiso derecho dado por presencia de Tendinosis del supraespinoso derecho (...) MSD hay dolor crónico de difícil manejo y severa limitación funcional. LOS SINTOMAS ESTAN DIRECTAMENTE RELACIONADOS CON LA CARGA Y EL TIPO DE ACTIVIDAD LABORAL - Operaria de Maquina Plana.

4. Tras continuar incapacitada, el 21 de marzo de 2018 **MEDIMAS EPS** le comunica a la **AFP COLPENSIONES** el pronóstico favorable de rehabilitación que deberá tener en cuenta para seguir cumpliendo con la obligación prestacional de pagar incapacidades superiores a los 180 días.

5. En dicho concepto, se presenta la enfermedad como de origen común. Aun así en el pronóstico funcional se describe la epicrisis como; **paciente de 58 años de edad**, quien desde hace seis (6) meses inicia con dolor (...) mientras trabajaba en maquina plana (...)

6. Conforme al estado de salud de la paciente, el 11 de abril del 2018, se radica ante el Departamento de Medicina Laboral de **MEDIMAS EPS S.A.S**, una petición respetuosa frente a una (...) asignación de cita para consulta por medicina laboral (...), remitida por la profesional Alejandra Ceballos, de clínica del dolor. Ante lo cual no obtiene respuesta.

7. La patología, según, de origen “común”, es conocida por mi prohijada, a través de unas copias que le entrega la secretaría de la Empresa Clonhadas Ltda., aproximadamente a mediados de abril, cuando la Señora Murcia radicaba ante la empresa las incapacidades de dicho mes. Esto, sin que se infiera en lo más mínimo que le respetaran su debido proceso y con ello la oportunidad de notificarla personalmente para que ella pudiera apelar dicha decisión a tiempo.

8. Partiendo de este punto, la Señora Murcia Rodríguez radica ante **MEDIMAS EPS** el 07 de mayo de 2018 - **PQR-MEDICON-228886** - un documento donde manifiesta, (...) **PRETENSIONES:** (...) solicito que la entidad me allegue copia del documento donde se determinó el origen de la enfermedad, si se comunicó en debida forma (...) Ante lo cual no obtiene respuesta.

9. Mientras continúa incapacitada, a la Señora Murcia Rodríguez le autorizan un procedimiento para **SUTURA DEL MANGUITO ROTADOR POR ENDOSCOPIA**, aprobado el 28 de noviembre de 2018 ante la Sociedad de Cirugía de Bogotá del Hospital de San José, a cargo del Dr. Pinzón.

10. Sin la posibilidad de un agendamiento pronto para practicar la cirugía, es el 12 de febrero del año 2019 cuando la Señora Murcia es intervenida quirúrgicamente (para sutura del manguito rotador por endoscopia), por un diagnóstico de M751 Síndrome de Manguito Rotatorio.

11. **MEDIMAS EPS** entidad encargada de pagar incapacidades generadas, establece su obligación hasta el 19 de abril de 2018, configurándose éste como el día 180.

12. Es a partir del día 181, es decir, a partir del 20 de abril de 2018 que la **AFP COLPENSIONES** toma el caso de la Señora Murcia y empieza hacerse acreedor de la obligación. Dicha acreencia **finalizó** el día 14 de abril de 2019, arrojando un total de 245 días pagos. Dichas consignaciones fueron abonadas en una cuenta bancaria autorizada por la afiliada. (**Resolución BZ2019**).

13. A partir de esa fecha y según la normatividad vigente, debía ser **MEDIMAS EPS** a quien le correspondía la obligación de pagar las incapacidades generadas, evaluar el proceso de rehabilitación, observar el avance de su recuperación (si había lugar a ello), evolución del tratamiento, etc. Dicho así, desde ese momento mi prohijada no recibe ninguna contraprestación por incapacidades ni tampoco consigue avanzar en el proceso.

14. Sin la oportunidad de llevar un debido proceso y en total abandono, la Señora Murcia Rodríguez decide trasladarse de **MEDIMAS EPS** a la **NUEVA EPS** en agosto de 2019.

15. A partir de ese momento está afiliada a la **NUEVA EPS**, pero dicha entidad insiste en que su proceso debe comenzar de nuevo y la continuidad de las

*incapacidades que ya acumulan los más de mil días junto con el tratamiento integral de rehabilitación que venía recibiendo de **MEDIMAS EPS**, fueron omitidos al momento del traslado.*

16. Consecuentemente, el 13 de enero del año 2020 el médico laboral de la **NUEVA EPS** Merlis de Arco Buelvas - R.M. 14369, quién diligencia el “concepto de rehabilitación”, especifica en el resumen de la historia clínica (...) **antecedentes de síndrome de manguito rotador derecho de larga data, sin mejoría por lo cual requirió manejo quirúrgico (11/02/2019), persistencia del dolor y limitación funcional (...) sin soportes clínicos de rehabilitación (...).**

17. Pero en ese mismo documento, se consigna que el proceso de calificación de origen no se ha realizado, pero, en los datos de la enfermedad señalan que el origen es común. Lo que no se explica, es porqué en algunas oportunidades si se tiene en cuenta la historia clínica que manejaba **MEDIMAS EPS** y en otras omiten ciertos detalles.

18. Continuando con las incapacidades (ya que no ha podido volver a su puesto de trabajo) ese mismo día, el 13 de enero del año 2020, la M.D Radióloga Reyna Maritza Gutiérrez, R.M. 6883599, le practica a la Señora Murcia un examen **ECO ARTICULAR DE HOMBRO**, arrojando como conclusión, “(...) **cambios post quirúrgicos del supraespinoso en el tercio medio (...) Los contornos de las corticales poseas son irregulares, con quistes subcondrales en la tuberosidad mayor (...).**”

19. Sin la oportunidad de beneficiarse con un seguimiento eficaz a esta conclusión, es el momento en que la Señora Murcia Rodríguez sigue su vida sin saber que significa dicho estudio y sin la alternativa de un proceso más adecuado para ese diagnóstico.

20. El 05 de febrero del año 2020, se radico un derecho de petición en representación de la Señora Murcia, esperando obtener respuesta de la **NUEVA EPS** frente a temas como el pago de incapacidades y la continuidad del tratamiento. Respuesta que se obtuvo (**GRB-GM16015-20**) pero totalmente diferente a lo peticionado.

21. El 25 de febrero del año en curso, manifiesta la señora Murcia a través de su apoderada, la inconformidad en la que se encuentra con la **NUEVA EPS** por responder un derecho de petición con temas que no se discutían. Objetando dicho asunto, resulto el pleito en un silencio definitivo por parte de dicha entidad.

22. En marzo del 2020 se declara el Estado de Emergencia en el territorio nacional y frente a ello, la búsqueda por encontrar respuestas a través solicitudes escritas.

23. El 12 de marzo del año en curso, el M.D Cesar Danilo Gil, Radiólogo, R.M. 79303843, lleva a cabo un examen en el **RM HOMBRO DERECHO** de la Señora Murcia, concluyendo; (...)

24. De lo anteriormente señalado, tampoco hay estudio del caso, ni respuestas a la Señora Murcia respecto a que significa cada examen, valoración por ortopedia, finalización de terapias físicas, finalización del plan integral de rehabilitación, pérdida de capacidad laboral, etc.; Exactamente, no se tiene certeza sobre el procedimiento a seguir.

25. Mi prohijada, asegura que es una persona de escasos recursos económicos, cuyo sustento único se reduce exclusivamente a lo que percibe mensualmente de su trabajo. Sobre ello, el pago de las incapacidades se “convierte” en el único

ACCIÓN DE TUTELA

ingreso con el que cuenta para solventar sus necesidades básicas y las de su hogar, del cual se encuentra a cargo.

26. Actualmente la Señora Murcia paga la suma de trescientos mil pesos mensuales (\$300.000) por una pieza dentro de una vivienda urbana, de los cuales no ha sido posible el pago durante el año 2020 debido a que no tiene ninguna percepción económica; y los meses anteriores han sido cubiertos a través de préstamos que ha hecho para poder cumplir oportunamente el pago de sus obligaciones. Prestamos que aún debe.

27. La Señora Murcia padece de enfermedades como; síndrome de manguito rotatorio y síndrome del túnel carpiano.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de 17 de septiembre de 2020, el Despacho admitió la presente acción, y ordenó notificar al Presidente de la NUEVA EPS, Doctor José Fernando Cardona Uribe o quien haga sus veces, al Presidente de MEDIMAS E.P.S., Doctor Alex Fernando Martínez o quien haga sus veces, a la representante legal de CLONHADAS LTDA., Doctora Carmen Marcela Cabarcas Fernández o quien haga sus veces, al Presidente de Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, Doctor Juan Miguel Villa o quien haga sus veces y al Presidente de la Administradora de Riesgos Laborales SURAMERICANA, Doctor Gonzalo Alberto Pérez o quien haga sus veces.; notificación que se efectuó el día 17 de septiembre de 2020, tal y como obra en el expediente (correo electrónico).

Respuesta de las Accionadas

Cumplido el término otorgado para ejercer su derecho de defensa y contradicción, la apoderada judicial de **MEDIMAS EPS**, dio contestación al presente trámite, a través de correo electrónico el 22 de septiembre de 2020, solicitando el cierre de la presente acción por carencia actual del objeto, teniendo en cuenta que la accionante hizo parte del régimen contributivo, enfatizando que al validar su estado de afiliación, reporta que se encuentra en estado retirado con “trasladado a otra EPS”, por lo que a la fecha la señora LUZ MARINA MURCIA RODRIGUEZ, no se encuentra afiliada esa EPS y su retiro data de 31 de julio de 2019, por lo que se procedió a realizar consulta en la BDUA del ADRES, en donde se valida que la usuaria se encuentra activa con NUEVA EPS S.A., desde el 01 de agosto de 2019.

Por su parte, la Secretaría General y Jurídica de **NUEVA EPS**, mediante correo electrónico remitido el 21 de septiembre de 2020, dio respuesta a la presente acción, indicando que la actora se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de Nueva EPS en el RÉGIMEN CONTRIBUTIVO, desde el 1 de agosto de 2019; así mismo, señaló que en ningún momento se han vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, como tampoco ha incurrido en una acción u omisión que ponga en peligro, amenace o menoscabe sus derechos, por el contrario, la EPS se ha regido en todo momento con la normatividad aplicable en materia de Seguridad Social en Salud.

De otro lado, la representante legal Judicial de **ARL SURA**, a través del correo electrónico de 21 de septiembre de 2020, solicitó negar el amparo constitucional y en consecuencia declarar su improcedencia, ya que respecto a los hechos afirmó que la trabajadora padece de las patologías: smr derecho, stc bilateral y epicondilitis lateral, calificada por la EPS como de origen común, dictámenes que fueron notificados a ARL SURA el 7 de junio de 2018.

A su turno, mediante correo electrónico de 18 de septiembre de 2020, la Dirección de Acciones Constitucionales de la **Administradora Colombiana de Pensiones –**

ACCIÓN DE TUTELA

COLPENSIONES, en respuesta a la presente acción informó, que verificado el sistema de información de la entidad, se pudo establecer que efectivamente la accionante presentó petición el 8 de noviembre de 2019, relacionada con el pago de las incapacidades, a lo que mediante oficio N°. BZ2019_15112862-3331132 de 29 de noviembre de 2019, se le informó, que las incapacidades causadas a partir de 14 de abril de 2019, son competencia de NUEVA EPS, por ser posteriores al día 540; solicitando así, ser desvinculada del presente trámite constitucional por existir falta de legitimación en la causa por pasiva.

Finalmente, la representante legal de **CLONHADAS LTDA**, a través de correo electrónico de 18 de septiembre de 2020, manifestó que la empresa realizó en debida forma la comunicación sobre el estado de la señora Luz Marina Murcia Rodríguez a la ARL, adjuntando documentación que así lo acredita.

IV. PRUEBAS

• **Accionante**

- 1.- Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Luz Marina Murcia Rodríguez.
- 2.- Copia de la Historia Clínica N°. 511690, emitida por la IPS ESIMED.
- 3.- Copia de la Historia Clínica N°. 8383872420, emitida por la IPS MC Cafí Cosmosalud.
- 4.- Copia de la Historia Clínica emitida por la Sede Cafam – Calle 51.
- 5.- Copia del Oficio con radicado N°. 51576580-14029860 de 21 de marzo de 2018, por medio del cual MEDIMAS EPS, remite concepto de rehabilitación a COLPENSIONES.
- 6.- Copia de petición de fecha 11 de abril de 2018 radicado por la accionante a MEDIMAS EPS, en el que solicita cita para consulta de medicina laboral.
- 7.- Copia de petición de fecha 7 de mayo de 2018 radicado por la accionante a MEDIMAS EPS, en el que solicita información respecto al documento que determinó el origen de la enfermedad.
- 8.- Copia de la autorización de servicios del Hospital San José, mediante la cual se autoriza procedimiento quirúrgico del Manguito Rotador.
- 9.- Copia de la Historia Clínica de la Sociedad de cirugía de Bogotá del Hospital San José.
- 10.- Copia de Oficio N°. BZ2019_15112862-3331132 de 29 de noviembre de 2019, por medio del cual COLPENSIONES da respuesta a la petición con radicado N°. 2019_15042286 de 8 de noviembre de 2019.
- 11.- Copia de la remisión del Doctor Orlando Hernández para medicina laboral por incapacidades médicas crónicas, de fecha 29 de octubre de 2019.
- 12.- Copia del Concepto de Pronóstico de Rehabilitación emitido por la NUEVA EPS, junto con resumen de Historia Clínica.
- 13.- Copia del Examen Eco Articular de hombro realizado el 13 de enero de 2020, emitido por Laboratorios IDIME.

ACCIÓN DE TUTELA

14.- Copia de petición de fecha 5 de febrero de 2020 radicado por la accionante a NUEVA EPS.

15.- Copia de respuesta al comunicado GRB-GM-16015-20, radicado por la accionante ante NUEVA EPS de fecha 25 de febrero de 2020.

16.- Copia del Examen RM- Hombro derecho realizado el 12 de marzo de 2020, emitido por Laboratorios IDIME.

17.- Copia del contrato de arrendamiento de vivienda urbana.

18.- Copia de declaración extrajuicio N°. 1877 adelantada en la Notaría Sesenta y tres (63) del círculo de Bogotá.

19.- Copia del certificado de atención en Consulta Externa en la NUEVA EPS, Sede Cafam calle 51 del 20 de septiembre de 2019 por la especialidad de Fisioterapia.

20.- Copia de las incapacidades médicas.

21.- Copia del certificado de atención en consulta de Medicina General en la NUEVA EPS, Sede Cafam calle 51 de 27 de julio de 2020.

• **Accionadas**

MEDIMAS EPS

1.- Formato de Auditorias tutelas que contiene Formato de Autorizaciones POS de la accionante.

NUEVA EPS

1.- Copia de la impresión de Pantalla en la que se evidencia el estado de afiliación de la accionante (Contestación tutela).

ARL SURA

No aportó pruebas.

Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES

1.- Copia de la certificación expedida por Tesorería de COLPENSIONES, en la que indica los pagos realizados a la accionante.

2.- Copia de Oficio N°. BZ2019_15112862-3331132 de 29 de noviembre de 2019, por medio del cual COLPENSIONES da respuesta a la petición con radicado N°. 2019_15042286 de 8 de noviembre de 2019.

CLONHADAS LTDA.

1.- Copia del informe de análisis del puesto de trabajo – máquina plana.

2.- Copia de la consulta N°. 51576580 realizada mediante correo electrónico a ARL – SURA.

3.- Copia del concepto médico para remisión a Administradora de Fondo de pensiones (AFP) emitido por MEDIMAS.

4.- Formato del FUREL (Formato Único de Reporte de Enfermedades Laborales).

5.- Copia de la Notificación a la accionante por parte de MEDIMAS, respecto a la calificación de origen enfermedad laboral.

Otras pruebas

1.- Certificado del RUAF.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el Decreto 1983 de 2017, el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad demandada, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

5.2. Problema Jurídico

Estudiado el expediente, el despacho advierte que se centra en determinar: **i.)** a la accionante le asiste derecho a que por medio de la acción de tutela, se ordene a las accionadas, a: **a).** asumir la obligación de continuar el proceso de habilitación y rehabilitación que se inició desde el año 2018 a la accionante, **b).** valorar con la ayuda de un equipo interdisciplinario su rehabilitación funcional, **c).** ofrecer un plan integral en salud que cubra los servicios y procedimientos necesarios para facilitar su proceso de rehabilitación funcional, **d).** realizar control y seguimiento a las secuelas que quedaron de la cirugía y de los estudios eco articulares, agendando cita con ortopedia para valoración por síntomas relacionados con el diagnóstico médico, **e).** facilitar el paso de la rehabilitación funcional a la rehabilitación integral con miras a su inclusión social, **f.)** asumir el pago de las incapacidades desde el día 652 hasta el momento que se suspenda la generación de las mismas, **g.)** se dictamine la pérdida de capacidad laboral de la afiliada o de ser necesario el trámite para calificación de invalidez ante las Juntas Calificadoras, **h.)** aportar copia del informe de análisis de puesto de trabajo (ATP) y la Matriz de riesgo que desarrolló el Área de Seguridad y Salud en el Trabajo de CLONHADAS LTDA (empleador), para determinar los factores de riesgo en su puesto de trabajo, **i.)** se ordene al Área de Medicina Laboral aportar el “concepto de pronóstico de rehabilitación” que envía a la AFP COLPENSIONES, en donde realiza los hallazgos clínicos que diagnosticó el médico laboral de la EPS para determinar que se trataba de una enfermedad común; **ii.)** Establecer si la acción de tutela es procedente para ordenar a la NUEVA EPS que responda, el por qué aceptó la afiliación de una persona que tenía en curso un plan de habilitación y rehabilitación integral, que no ha finalizado y que tampoco continúa; y **iii.)** En caso de ser así, determinar si a la señora LUZ MARINA MURCIA RODRÍGUEZ, se le están vulnerando sus derechos fundamentales a la salud, mínimo vital, seguridad social, igualdad, integridad personal y vida en condiciones dignas.

5.3. Acción de Tutela

Es preciso indicar que, el artículo 86 de la Constitución Política consagró la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad o de los particulares.

Por su parte, en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991¹, se establece que este mecanismo sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la acción de tutela se utilice como un instrumento transitorio en aras

¹ “Por el cual se reglamenta la acción de tutela”.

de evitar un perjuicio irremediable; circunstancia que debe probarse para acceder a la protección aludida.

5.3.1. Procedencia

El Despacho reitera que la acción de tutela tiene carácter residual, vale decir, que procede en tanto el accionante no disponga de otros medios de defensa judicial para lograr la protección de sus derechos, en tal sentido, el inciso 3 del artículo 86 de la Constitución dispone: “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”.

A su vez, el numeral 1° del artículo 6° del decreto 2591 de 1991, señala 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...”

Acentuando la anterior norma, la Corte Constitucional en Sentencia T-177 de 2011, establece:

*En los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional. La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; **no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona**; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Negrillas fuera del texto*

La norma y la jurisprudencia citada, indica que para amparar los derechos de una persona por medio de la acción de tutela, es necesario que exista una amenaza real, que no se disponga de otro medio, y/o que se encuentre en un estado de especial protección por parte del Estado.

5.3.2. Subsidiariedad

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T- 076 de 2009, ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, haciendo énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección.

(...) la acción de tutela no puede convertirse en un instrumento adicional o supletorio al cual se pueda acudir cuando se dejaron de ejercer los medios ordinarios de defensa dentro de la oportunidad legal, o cuando se ejercieron en forma extemporánea, o para tratar de obtener un pronunciamiento más rápido sin el agotamiento de las instancias ordinarias de la respectiva jurisdicción. Su naturaleza, de conformidad con

ACCIÓN DE TUTELA

los artículos 86 de la Carta Política y 6º numeral 1º del Decreto 2591 de 1991, es la de ser un medio de defensa judicial subsidiario y residual que sólo opera cuando no existe otro instrumento de protección judicial, o cuando a pesar de existir, se invoca como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, de manera que no puede utilizarse para remplazar los procesos judiciales o administrativos, pues su finalidad no es otra que brindar a las personas una protección efectiva, real y eficaz, para la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales. En consecuencia, riñe con la idea de admitirla a procesos administrativos o judiciales en curso o ya terminados, en cuanto unos y otros tienen mecanismos judiciales ordinarios para la protección de derechos de naturaleza constitucional o legal, que por lo tanto la hacen improcedente. Negrillas fuera del texto

Así pues, la Corte Constitucional ha venido sosteniendo que la acción de tutela resulta improcedente cuando con ella se pretenden sustituir mecanismos ordinarios de defensa que no fueron utilizados a su debido tiempo o simplemente no han sido utilizados.

Lo planteado por la jurisprudencia tiene como objetivo fundamental la racionalización del ejercicio de la acción de tutela, en orden a evitar que a través de este medio extraordinario de protección constitucional, las personas pasen por alto los mecanismos ordinarios de resolución de conflictos establecidos en el ordenamiento.

5.3.3. Perjuicio Irremediable

En relación con el perjuicio irremediable la Corte en Sentencia T-1316 de 2001, ha señalado:

*(...) En primer lugar, el perjuicio **debe ser inminente o próximo a suceder**. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, **el perjuicio ha de ser grave**, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, **deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva**: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.*

Por consiguiente, para que exista un perjuicio irremediable es necesario que este sea inminente, que las medidas para corregirlo sean urgentes, que el daño a su vez sea grave y su protección perentoria.

5.3.4. Inmediatez

La inmediatez es creada para que el amparo de los derechos fundamentales sea de manera rápida, inmediata y eficaz.

Es así, que si se presenta demora en la presentación de la tutela, deberá ser improcedente, por ende, se debe acudir a los mecanismos ordinarios administrativos o de defensa judicial.

La Corte Constitucional en Sentencia T- 792 de 2009 estableció que:

(...) la jurisprudencia constitucional ha enfatizado en el hecho de que el mismo exige que la acción sea promovida de manera oportuna, esto es, dentro de un

ACCIÓN DE TUTELA

término razonable luego de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos. Esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el supuesto vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse, según ha dicho la Corte, en cada caso concreto, con plena observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En ese sentido, la misma Corporación en Sentencia T – 987 de 2008 indicó:

El presupuesto de la inmediatez como requisito de procedibilidad de la tutela, debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno, con esta exigencia se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premie la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica. Tal condición está contemplada en el artículo 86 de la Carta Política como una de las características de la tutela, cuyo objeto es precisamente la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados. En relación con el plazo razonable, esta Corte ha considerado que el mismo debe medirse según la urgencia manifiesta de proteger el derecho, es decir, según el presupuesto de inmediatez y según las circunstancias específicas de cada caso concreto.

Luego, para que proceda la acción de tutela, deberá establecerse el tiempo que dura el accionante en reclamar, pues tratándose de derechos fundamentales su exigencia debe ser inmediata.

Conforme a los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales se concluye, que la tutela: *i.)* tiene carácter subsidiario, *ii.)* debe ser utilizada con el ánimo de evitar un perjuicio irremediable, donde se vean afectados derechos fundamentales, y *iii.)* procede cuando no existen otros medios de defensa judicial, pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de derechos fundamentales y se convertiría en recurso ordinario.

Por su parte, en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991², se establece que este mecanismo sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la acción de tutela se utilice como un instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable; circunstancia que debe probarse para acceder a la protección aludida.

5.4. DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

En este caso se aduce como transgredidos los derechos sus derechos fundamentales a la salud, mínimo vital, seguridad social, igualdad, integridad personal y vida en condiciones dignas.

5.5. DERECHOS FUNDAMENTALES – NORMA Y JURISPRUDENCIA

5.5.1 Mínimo Vital

Con respecto al mínimo vital, la Corte Constitucional en Sentencia T-053 de 2014, aclaró:

El mínimo vital es un derecho fundamental ligado estrechamente a la dignidad humana, el cual se concreta en la posibilidad de contar con una subsistencia digna, pues “constituye la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los

² “Por el cual se reglamenta la acción de tutela”.

ACCIÓN DE TUTELA

servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional” y encuentra su materialización en las diferentes acreencias laborales y prestacionales, que se deriven de la relación laboral. Negrilla y subrayado fuera de texto.

5.5.2. Derecho a la Salud

El artículo 49 de la Constitución Política consagra que la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado, por medio del cual debe garantizar a todos sus habitantes, el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

En tal sentido, también en la Sentencia T-307 de 2006, se determinó que el derecho a la salud comporta distintas etapas: preventiva, reparadora y mitigadora, que deben entenderse de la siguiente manera:

*La garantía del derecho a la salud incluye varias facetas: una faceta preventiva dirigida a evitar que se produzca la enfermedad, **una faceta reparadora, que tiene efectos curativos de la enfermedad y una faceta mitigadora orientada a amortiguar los efectos negativos de la enfermedad.** En este último caso, ya no se busca una recuperación pues esta no se puede lograr. Se trata, más bien, de atenuar, en lo posible, las dolencias físicas que ella produce y de contribuir, también en la medida de lo factible, al bienestar psíquico, emocional y social del afectado con la enfermedad. (Negrillas fuera de texto)*

Sobre la efectividad del derecho fundamental a la Salud, la Corte Constitucional en Sentencia T-206 de 2013, indicó:

*La fundamentalidad del derecho a la salud se hace efectiva a partir del cumplimiento de los principios de continuidad, **integralidad y la garantía de acceso a los servicios**, entre otros. Con base en ello, está constitucionalmente prohibido, salvo las excepciones previstas en la sentencia C-800 de 2003, que una entidad abandone el tratamiento al que se somete a una persona, su evolución diagnóstica y la búsqueda de alternativas para confrontar la enfermedad. Negrilla fuera de texto.*

5.5.3. Seguridad Social

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 22 estableció que: *“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.*

Por su parte, el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, indica que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público obligatorio a cargo del Estado, que tiene como propósito principal el mejoramiento de la calidad de vida y la protección de las personas que están en imposibilidad para obtener los medios de subsistencia que les permitan llevar una vida digna debido a la vejez, el desempleo o una enfermedad laboral.

Al respecto, a la finalidad de la Seguridad Social, la Corte Constitucional en Sentencia T-628 de 2007, indicó:

(...) esta Corporación estableció que la finalidad de la seguridad social guarda: “necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de

ACCIÓN DE TUTELA

*derecho como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; **promover las condiciones para una igualdad real y efectiva**; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; **proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta**; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político[28], donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación[29]”.*

5.5.4 Vida en Condiciones Dignas

La Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades ha manifestado que el derecho a la vida no es un derecho simple que se determine solamente con la posibilidad para la existencia del ser humano, sino que por el contrario implica una serie de condiciones para que la existencia de esa persona se desarrolle en forma digna, por lo que señaló:

*... el derecho a la vida no significa una posibilidad simple de existencia, cualquiera que sea, sino, por el contrario, una existencia en condiciones dignas y cuya negación es, **precisamente, la prolongación de dolencias físicas, la generación de nuevos malestares y el mantenimiento de un estado de enfermedad, cuando es perfectamente posible mejorarla en aras de obtener una óptima calidad de vida** (...)*³ Negrilla fuera de texto.

Es así como, la amenaza del derecho a la vida, puede ir desde la realización de actos que determinen un peligro adicional mínimo para alguien, hasta la realización de actos de los cuales se derive un inminente peligro y es precisamente la Constitución Política, la encargada de proteger a todas las personas contra aquellos actos que pongan en peligro de manera objetiva la vida.

5.5.5 Derecho a la Igualdad

El artículo 13 de la Constitución Política, consagra el derecho fundamental a la igualdad, en los siguientes términos:

Art. 13.- Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Respecto a la igualdad de trato, se hace necesario desarrollar reglas o criterios de evaluación para determinar cuando una persona se encuentra en una situación de especial protección que amerite utilizar criterios diferentes, los cuales serán usados bajo algunas condiciones especiales.

El estudio del concepto del derecho a la igualdad, según la Sentencia C-090 de 2001 la Corte Constitucional, manifestó:

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-645 de 1998

ACCIÓN DE TUTELA

Una simple aproximación a la idea de igualdad, como concepto, como principio, o como derecho reconocido al interior de un ordenamiento jurídico, revela inmediatamente que se trata de una noción que no responde a un sentido unívoco sino que admite múltiples acepciones aplicables de acuerdo con las particularidades de cada caso. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la igualdad se manifiesta como un derecho relacional que involucra usualmente, cargas, bienes o derechos constitucionales o legales, y cuya efectiva garantía, no se traduce en la constatación de una paridad mecánica y matemática, sino en el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones del sujeto”.

*(...), entonces, al juicio que se hace sobre una determinada circunstancia, de tal forma que resulta indispensable tomar en consideración las condiciones que afectan o caracterizan a cada uno de los miembros de una comunidad jurídica y el entorno en el que se desenvuelven. **Así, puede decirse que la vigencia del derecho a la igualdad no excluye necesariamente la posibilidad de dar un tratamiento diferente a personas y hechos que, de acuerdo con sus condiciones, hacen razonable la distinción.***⁴ Negrilla fuera de texto.

De manera que, en aplicación del derecho a la igualdad, las autoridades no pueden hacer distinciones subjetivas que carezcan de justificación alguna, pues, si imparten un trato diferencial, éste debe fundamentarse en consideraciones razonables y objetivas que hagan viable la misma, esto es, que exijan o ameriten un trato diferente por referirse a personas que se encuentran en condiciones distintas.

5.5.6. Integridad Personal

Respecto a la integridad personal, es preciso señalar que esta hace referencia a los aspectos físicos, psicológicos y morales de un individuo o de los integrantes de su núcleo familiar, al ver afectada directamente su condición humana; motivo por el cual tiene derecho a que se le resguarden los diferentes aspectos que tiene que ver con su integridad.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia T-062 de 2006, respecto al Derecho fundamental a la seguridad personal, señaló:

*Para la Corte la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud **cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas**, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud.*

(...)

*Por su naturaleza, los derechos a la seguridad social y a la salud, son prestacionales y por ello, en un primer momento, no presentan un rango fundamental, sino que llegan a participar de tal categoría por conexidad cuando con su desconocimiento resultan amenazados o vulnerados derechos que sí lo son, como los derechos a la vida, la dignidad humana, **la integridad personal**, entre otros, en razón a la relación inescindible que en determinadas circunstancias*

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-090 de 2001.

puedan presentar con éstos, haciendo así posible la real protección de los derechos fundamentales, que la Corte ha sostenido de manera consistente, debe prodigarse en un Estado Social de Derecho.

6. Pago de Incapacidades Médicas

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-161 de 2019, con relación al pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días, señaló:

Conforme fue expuesto en precedencia, el Sistema General de Seguridad Social contempla, a través de diferentes disposiciones legales [75], 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.

6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen laboral

En cuanto a las incapacidades por enfermedad de origen laboral, el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013[77] dispone que las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL- serán las encargadas de asumir el pago de aquellas incapacidades generadas con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico[78].

(...)

6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen común

*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**.*

Ahora bien, en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

*i. Entre el día **1** y **2** será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.*

*ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número **180**, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.*

*iii. Desde el día **181** y hasta un plazo de **540** días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005[81] para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.*

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

ACCIÓN DE TUTELA

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.

iv. 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[84] 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.” Negrilla y subrayado fuera de texto.*

*6.1.1 En ese orden, el Gobierno Nacional, expidió la Ley 1753 de 2015[85] 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.”[86]. Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a **540** días a las EPS.*

De lo anterior, se concluye que la obligación del pago de las incapacidades médicas por enfermedad de origen común, están a cargo de las entidades teniendo en cuenta los días de incapacidad así: entre el día 1 y 2, está a cargo del empleador, entre el día 3 hasta el día 180, a cargo de la EPS a la cual se encuentra afiliado el empleado y del día 181 hasta el día 540, el pago de la incapacidad se estará a cargo de la EPS.

7. Pagos de incapacidad superior a 540 días

ACCIÓN DE TUTELA

Respecto al pago de incapacidades que superen los 540 días, el artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018 *“Por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del decreto 780 de 2016, se reglamenta las incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones”*, señala:

Artículo 2.2.3.3.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días, Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:

*1. Cuando exista **concepto favorable** de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.*

*2. Cuando el paciente **no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común**, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.*

3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541). Negrilla fuera de texto.

Teniendo en cuenta lo anterior, cuando se trata del pago de incapacidades superiores a los 540 días, la EPS y las EOC (entidades obligadas a compensar), son las responsables de realizar el pago de estas, a partir del día 541, siempre y cuando se cumplan los requisitos señalados con anterioridad.

8. Procedencia de la Acción de Tutela para el reconocimiento del pago de incapacidades médicas

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, la Magistrada ponente, doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, dentro del proceso STL17430-2015, Radicación 63577 del 10 de diciembre del 2015, señaló:

*De acuerdo con el art. 86 de la Constitución Política y los decretos que reglamentaron su ejercicio, la acción de tutela fue establecida para reclamar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten lesionados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos expresamente previstos por la ley, siempre **y cuando no exista otro medio de defensa judicial**, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

*Descendiendo al caso en estudio, se tiene que el promotor instauró la presente acción de tutela con el propósito de que se ordene a quien corresponda, le **reconozca y pague el auxilio de incapacidad por enfermedad general** causado desde el 6 de mayo de 2015.*

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela para exigir el pago de incapacidades laborales procede de forma excepcional, cuando se demuestran condiciones tales como:

*(...) **(i) que sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii)***

ACCIÓN DE TUTELA

la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público. Negrilla y Subrayado fuera del texto.

Es así, que respecto a la procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de incapacidades médicas, es necesario tener en cuenta los tres aspectos señalados anteriormente, los cuales deben probarse dentro de la acción de tutela, a fin de evitar la vulneración de derechos fundamentales.

VI. CASO CONCRETO

Pretende la accionante, que a través de fallo de tutela, se ordene a MEDIMAS EPS, asumir la obligación de continuar el proceso de habilitación y rehabilitación que se inició desde el año 2018 a la accionante, valorar con la ayuda de un equipo interdisciplinario su rehabilitación funcional, ofrecer un plan integral en salud que cubra los servicios y procedimientos necesarios para facilitar su proceso de rehabilitación funcional, realizar control y seguimiento a las secuelas que quedaron de la cirugía y de los estudios eco articulares, agendando cita con ortopedia para valoración por síntomas relacionados con el diagnóstico médico, facilitar el paso de la rehabilitación funcional a la rehabilitación integral con miras a su inclusión social, asumir el pago de las incapacidades desde el día 652 hasta el momento que se suspenda la generación de las mismas, se dictamine la pérdida de capacidad laboral de la afiliada o de ser necesario el trámite para calificación de invalidez ante las Juntas Calificadoras, aportar copia del informe de análisis de puesto de trabajo (ATP) y la Matriz de riesgo que desarrolló el Área de Seguridad y Salud en el Trabajo de CLONHADAS LTDA (empleador), para determinar los factores de riesgo en su puesto de trabajo, se ordene al Área de Medicina Laboral aportar el “concepto de pronóstico de rehabilitación” que envía a la AFP COLPENSIONES, en donde realiza los hallazgos clínicos que diagnosticó el médico laboral de la EPS para determinar que se trataba de una enfermedad común. Así mismo, ordenar a la NUEVA EPS que responda, el por qué aceptó la afiliación de una persona que tenía en curso un plan de habilitación y rehabilitación integral, que no ha finalizado y que tampoco continúa.

Frente a lo anterior, observa el Despacho que la apoderada judicial de **MEDIMAS EPS**, indicó que la accionante se encuentra en la actualidad en estado retirado con “trasladado a otra EPS”, por lo que a la fecha la señora LUZ MARINA MURCIA RODRIGUEZ, no se encuentra afiliada esa EPS y su retiro data del día **31 de julio de 2019**.

Así mismo, la Secretaría General y Jurídica de **NUEVA EPS**, señaló que la señora LUZ MARINA MURCIA RODRÍGUEZ, identificada con cédula de ciudadanía N°. 51.576.580, se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de NUEVA EPS en el RÉGIMEN CONTRIBUTIVO desde el **1 de agosto de 2019**, y que a la fecha no ha incurrido en omisión que vulnere los derechos fundamentales de la accionante.

Por su parte, la Representante Legal Judicial de **ARL SURA**, afirmó que la trabajadora padece de las patologías: smr derecho, stc bilateral y epicondilitis lateral, **calificada en por la EPS como de origen común**, dictámenes que fueron notificados a ARL SURA el 7 de junio de 2018.

Es así, que la Dirección de Acciones Constitucionales de la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, informó, que se pudo establecer que la accionante presentó petición el 8 de noviembre de 2019, relacionada con el pago de las incapacidades, a lo que mediante oficio N°. BZ2019_15112862-3331132

ACCIÓN DE TUTELA

del 29 de noviembre de 2019, se le informó a la señora Murcia Rodríguez, que las incapacidades causadas a partir del 14 de abril de 2019, son competencia de NUEVA EPS, por ser posteriores al día 540.

En este sentido, la Representante Legal de **CLONHADAS LTDA.**, manifestó que la empresa realizó en debida forma la comunicación sobre el estado de la señora Luz Marina Murcia Rodríguez a la ARL.

Ahora bien, una vez analizado el contenido de la petición hecha por la accionante en el escrito de tutela, el despacho observó que las **pretensiones N°. 1, 2, 3, 4 y 5**, buscan el cumplimiento por parte de MEDIMAS EPS, respecto a que se ordene la continuidad del proceso de **habilitación y rehabilitación integral** de la accionante, con ocasión al diagnóstico de “**MANGUITO ROTATORIO M571**”; así mismo, en cuanto a la **pretensión N°. 6**, se evidenció que busca que MEDIMAS EPS, realice el pago de las incapacidades que no se han cancelado desde el día 7 de agosto del 2019 a la fecha; la **pretensión N°. 7**, busca que se realice el trámite para dictaminar la pérdida de capacidad laboral o en su defecto el trámite para calificación de invalidez; y finalmente las **pretensiones N°. 8, 9 y 10**, hacen referencia a solicitudes de documentación e información dirigidas a MEDIMAS EPS y NUEVA EPS, por lo que esta instancia judicial, procederá a pronunciarse respecto a las pretensiones anteriormente señaladas, así:

Primero: Respecto a las **pretensiones N°. 1, 2, 3, 4 y 5**, en las que solicita que se ordene a **MEDIMAS EPS**, lo siguiente: *i.)* asumir la obligación de continuar el proceso de habilitación y rehabilitación que se inició desde el año 2018 a la accionante, *ii.)* valorar con la ayuda de un equipo interdisciplinario su rehabilitación funcional, *iii.)* ofrecer un plan integral en salud que cubra los servicios y procedimientos necesarios para facilitar su proceso de rehabilitación funcional, *iv.)* realizar control y seguimiento a las secuelas que quedaron de la cirugía y de los estudios eco articulares, agendando cita con ortopedia para valoración por síntomas relacionados con el diagnóstico médico y *v.)* facilitar el paso de la rehabilitación funcional a la rehabilitación integral con miras a la inclusión social de la señora Murcia Rodríguez; esta instancia judicial debe señalar; que revisado el material probatorio allegado con el escrito de tutela y con las respuestas arrojadas por las entidades accionadas, no se encontró orden médica que permita establecer que se haya dado inicio a un proceso de habilitación y rehabilitación integral de la accionante, con ocasión al diagnóstico de “**MANGUITO ROTATORIO M571**”; motivo por el cual el despacho se encuentra impedido para ordenar algún tipo de tratamiento que no cuente con la orden de un profesional del área de la salud. Ahora bien, una vez verificada la información de la accionante en el Registro Único de Afiliados (RUAF), se confirmó que la accionante a la fecha se encuentra vinculada en condición de cotizante a la **NUEVA EPS desde el 1 de agosto de 2019**, sin embargo, lo solicitado debe ser autorizado por la EPS, a la cual se encuentre vinculada la paciente, en este caso, la competente es NUEVA EPS y no MEDIMAS EPS, como lo afirma la accionante, motivo por el cual se negaran las pretensiones anteriormente señaladas.

Segundo: En cuanto a la **pretensión N°. 6**, en la que solicita “*se ordene a MEDIMAS EPS asumir el pago de las incapacidades desde el día 652 hasta el momento que se suspenda la generación de las mismas. Ha hoy sería, desde el 07/08/2019 que se genera el día 652, al 07/08/2020, 360 días más; y las concebidas hasta el momento (septiembre)*”. Este despacho debe tener en cuenta lo normado en el artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018 “*Por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del decreto 780 de 2016, se reglamenta las incapacidades superiores a 540 días y se dictan otras disposiciones*”, de acuerdo a esto, es preciso señalar que el pago de las incapacidades superiores a 540 días, opera en los siguientes casos:

1. Cuando exista **concepto favorable** de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.

2. Cuando el paciente **no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común**, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.

3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

Teniendo en cuenta lo anterior, el despacho observó que la EPS MEDIMAS, emitió concepto de rehabilitación N°. 51576580-14029860 del 21 de marzo de 2018, en el que indicó:

*Usuario FUNCIONAL en el desempeño de las actividades básicas cotidianas y FUNCIONAL en las actividades de la vida diaria de tipo TRASLADOS Y DESPLAZAMIENTOS. Rol laboral INTERRUMPIDO. Orientación en actividades de tiempo libre. **Se emite concepto favorable**, en espera de la evolución de la patología. Se sugiere tratamiento de rehabilitación integral.*

Posteriormente, el 15 de enero de 2020, NUEVA EPS emite un nuevo concepto de pronóstico de rehabilitación favorable, a corto y mediano plazo, con lo que se demuestra que la accionante cumple con el requisito de la normatividad anteriormente señalada.

Ahora bien, del material probatorio se pudo establecer que la accionante estuvo vinculada con MEDIMAS EPS hasta el 31 de julio de 2019 y la última incapacidad que emitió dicha EPS estuvo comprendida desde el 9 de julio de 2019 hasta el 7 de agosto de 2019, lo que correspondería hasta el día 651; posteriormente se vinculó a NUEVA EPS desde el 1 de agosto de 2019 a la fecha, quien emitió las incapacidades médicas desde el 8 de agosto del 2019 al 23 de septiembre del 2020, por lo que en este caso correspondería a el pago de estas incapacidades a NUEVA EPS, y no a MEDIMAS EPS, por cuanto el pago de las incapacidades corresponde a la EPS que las emitió.

Así mismo, el despacho observó que la accionante allegó copia del contrato de arrendamiento de vivienda urbana y copia de declaración extrajuicio N°. 1877 adelantada en la Notaría Sesenta y Tres (63) del Círculo de Bogotá, donde declara bajo la gravedad de juramento que se encuentra discapacitada desde el año 2017 y a la fecha no ha laborado debido a la operación que le practicaron, por tanto, la única ayuda de recibe es por parte de la Empresa CLONHADA LTDA., ya que son ellos quienes pagan su EPS y Pensión, asegurando que no recibe otra ayuda económica y que su esposo no se encuentra laborando, es decir, no cuentan con los medios para sustentar su alimentación.

Es así como, esta instancia considera que con el actuar omisivo por parte de la NUEVA EPS, respecto al pago de las incapacidades adeudadas, a la accionante se le están vulnerando sus derechos a la salud, mínimo vital, seguridad social, igualdad, integridad personal y vida en condiciones dignas, ya que se demuestra que la accionante incurre en gastos mensuales de arriendo, alimentación y manutención, los cuales se están viendo afectados, ya que como lo demostró con las incapacidades allegadas, debido a su condición de incapacidad, se encuentra inhabilitada para trabajar y no cuenta con otra fuente de ingreso económico diferente al pago de las incapacidades; adicional a esto, cumple con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Magistrada ponente, doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, dentro del proceso STL17430-2015, Radicación 63577 del 10 de diciembre del 2015, en la que indica que la acción de tutela para exigir el pago de incapacidades laborales procede de forma excepcional, cuando se demuestran condiciones tales como:

(...) (i) que sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tutelarán los derechos anteriormente señalados.

Tercero: Respecto a la **pretensión N°. 7**, en la que la accionante requiere: “se ordene a MEDIMAS EPS dictaminar la pérdida de capacidad Laboral de la Afiliada o de ser necesario el trámite para calificación de invalidez ante las Juntas Calificadoras”, este despacho debe señalar que el parágrafo 5 del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, indica:

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

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que a la fecha la accionante cuenta con más de 540 días de incapacidad, que la enfermedad fue catalogada de **origen común** y que cuenta con un **concepto favorable** de rehabilitación, para el despacho es claro que, la EPS que debe tramitar el dictamen de la pérdida de capacidad Laboral es NUEVA EPS y no MEDIMAS EPS, por lo que se ordenará a la NUEVA EPS, realizar el trámite pertinente, a fin de determinar la pérdida de capacidad laboral de la señora LUZ MARINA MURCIA RODRÍGUEZ, con ocasión al diagnóstico de “**MANGUITO ROTATORIO M571**, puesto que con una incapacidad tan prolongada, es necesario garantizarle a la accionante que se le defina su pérdida de capacidad laboral.

Cuarto: En atención a las **pretensiones N°. 8 y 9 y 10**, en las que solicita se ordene a MEDIMAS EPS: “aportar copia del informe de análisis de puesto de trabajo (ATP) y la Matriz de riesgo que desarrolló el Área de Seguridad y Salud en el Trabajo de CLONHADAS LTDA (empleador), para determinar los factores de riesgo en el puesto de trabajo de la Señora Murcia Rodríguez y aporte el “concepto de pronóstico de rehabilitación” que envía a la AFP COLPENSIONES, en donde realiza los hallazgos clínicos que diagnosticó el médico laboral de la EPS para determinar que se trataba de una enfermedad común, cuando en la historia clínica de la paciente siempre se documentó como, (...) de sobre uso ocupacional”, así mismo requiere a NUEVA EPS: “responder el por qué aceptó la afiliación de una persona que tenía en curso un plan de habilitación y rehabilitación integral, que no ha finalizado y que tampoco continua, aun en conocimiento de un Médico Laboral de dicha entidad, como lo registró Merlis de Arco Buelvas R.M. 14369, en el resumen de la historia clínica del “concepto de pronóstico de rehabilitación” que se envió a la AFP; (...) sin mejoría por lo que requiere manejo quirúrgico (11/02/19), persistencia del dolor y limitación funcional (...) sin soportes clínicos de rehabilitación post-operatoria (...) prorrogas de incapacidad temporal”, esta instancia judicial negara las pretensiones anteriormente señaladas, ya que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para ordenar a las EPS accionadas dar contestación a los requerimientos señalados por la accionante, por

ACCIÓN DE TUTELA

cuanto es directamente la interesada quien debe realizar la petición encaminada a resolver estas dudas por medio de petición, ante las mencionadas entidades.

En conclusión, para el despacho es claro que la accionante a la fecha tiene una incapacidad superior a los 540 días, y actualmente se encuentra vinculada en condición de cotizante a NUEVA EPS, fue diagnosticada con síndrome “**MANGUITO ROTATORIO M571**”, la cual fue catalogada como **ENFERMEDAD COMÚN** con un concepto de rehabilitación **FAVORABLE**, que el pago de las incapacidades hasta la fecha 6 de agosto de 2019 fueron canceladas por MEDIMAS EPS, periodo hasta el cual estuvo afiliada a esa entidad, que desde el 8 de agosto de 2019, NUEVA EPS no ha realizado los pagos de las incapacidades otorgadas hasta el 23 de septiembre del 2020, que la accionante demostró que en la actualidad paga un canon de arrendamiento y que su único ingreso financiero para sufragar su subsistencia, es el pago de sus incapacidades y que por su estado de salud no puede laborar; motivo por el cual se accederá a lo requerido por la accionante en las pretensiones N°. 6 y 7, y se negarán las demás, por los motivos expuesto con precedencia.

En consecuencia, a través de esta acción preferente y sumaria, el Despacho procederá a conceder la protección de los derechos fundamentales a la salud, mínimo vital, seguridad social, igualdad, integridad personal y vida en condiciones dignas de la accionante tutelándolos, y ordenará al Gerente Regional de Bogotá de la NUEVA EPS, doctor Juan Carlos Villaveces Pardo, o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda realizar las gestiones pertinentes a fin de realizar el pago de las incapacidades otorgadas por esa EPS, desde el 8 de agosto del 2019 a la señora LUZ MARINA MURCIA RODRÍGUEZ, identificada con cédula de ciudadanía N°. 51.576.580, y realizar el trámite necesario a fin de dictaminar la Pérdida de Capacidad Laboral de la accionante a causa de la patología “MANGUITO ROTATORIO M571”.

En caso de no presentarse impugnación contra el presente fallo, por la secretaría del Juzgado, se procederá con el envío de este, a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

En mérito de expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR lo solicitado en las pretensiones N°. 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9 y 10 de la acción de tutela presentada por la señora Luz Marina Murcia Rodríguez, identificada con cédula de ciudadanía N°. 51.576.580, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, mínimo vital, seguridad social, igualdad, integridad personal y vida en condiciones dignas, de la señora Luz Marina Murcia Rodríguez, identificada con cédula de ciudadanía N°. 51.576.580, conforme a las consideraciones que anteceden.

TERCERO.- ORDENAR al Gerente Regional de Bogotá de la NUEVA EPS, doctor Juan Carlos Villaveces Pardo, o quien haga sus veces, que dentro de las **cuarenta y ocho (48) horas** siguientes a la notificación de esta providencia, proceda realizar las gestiones pertinentes a fin de realizar el pago de las incapacidades otorgadas por NUEVA EPS, desde el 8 de agosto de 2019 a la señora Luz Marina Murcia Rodríguez, identificada con cédula de ciudadanía N°. 51.576.580, y realizar el trámite necesario a fin de dictaminar la Pérdida de Capacidad Laboral de la accionante a causa de la

ACCIÓN DE TUTELA

patología "MANGUITO ROTATORIO M571". De igual forma, deberá informar a esta sede judicial, los tramites adelantados a fin de dar cumplimiento al fallo de tutela.

CUARTO.- Por la secretaría del Juzgado, **NOTIFICAR** la presente decisión a las Partes, a la Agente del Ministerio Público Delegada ante este despacho judicial y al Defensor del Pueblo, conforme a lo dispuesto en los artículos 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

QUINTO.- HACER SABER que contra la presente decisión, procede la impugnación ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, **dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.**

SEXTO.- En caso de no ser impugnado el presente fallo, por la secretaría del Juzgado, **ENVÍAR** a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad a lo establecido en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

SÉPTIMO.- Una vez regrese el expediente de la Corte Constitucional, por la secretaría del Juzgado, **PROCEDER** al archivo de este, luego de las anotaciones del caso en el Sistema de Gestión Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

**LUIS EDUARDO GUERRERO TORRES
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 55 ADMINISTRATIVO BOGOTÁ**

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

Código de verificación:

3d537ea08a8711a7e6bb4d8b1c2e8165f131dcb74711f925c68f6b7a1ba1c7b4

Documento generado en 28/09/2020 08:05:15 p.m.