



Cartagena de Indias D.T. y C., dieciséis (16) de julio de dos mil diecinueve (2019).

<b>Acción</b>	<b>IMPUGNACIÓN DE TUTELA</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-006-2019-00122-01</b>
<b>Accionante</b>	<b>RICARDO JOSÉ PUERTA CASTRO</b>
<b>Accionado</b>	<b>SALUDTOTAL EPS y OTROS</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>
<b>Tema</b>	<i>Revocar parcialmente la sentencia de primera instancia por Improcedente al no cumplir con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.</i>

**I.- PRONUNCIAMIENTO**

Incumbe a la Sala, dirimir la impugnación presentada por una de las accionadas COLPENSIONES contra la sentencia del 5 de junio de 2019<sup>1</sup> proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, en la que se concedieron los derechos fundamentales de seguridad social, mínimo vital, vida en condiciones dignas y salud del actor; y ordenó el pago de las incapacidades solicitadas en la acción de tutela promovida por el señor RICARDO JOSÉ PUERTA CASTRO.

**II.- ACCIONANTE**

La presente acción constitucional la presentó el señor RICARDO JOSÉ PUERTA CASTRO, identificado con cédula de ciudadanía N° 7.958.080, de San Estanislao – Bolívar.

**III.- ACCIONADAS**

La acción está dirigida en contra de la empresa promotora de salud SALUDTOTAL EPS, la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- y TRANSPORTES MEDIA LUNA S.A.

**IV.- ANTECEDENTES**

**4.1.- Pretensiones<sup>2</sup>.**

En ejercicio de la acción de tutela, el accionante elevó las siguientes pretensiones:

<sup>1</sup> Fols. 110-114 y vto Cdno 1

<sup>2</sup> Fol. 9 Cdno 1





13-001-33-33-006-2019-00122-01

"1. Se oficie a la SALUDTOTAL EPS a fin de que entregue a este despacho copia de todas y cada una de las incapacidades expedidas por esta a favor del paciente RICARDO JOSÉ PUERTA CASTRO (...) desde el 17 de julio de 2017 hasta la fecha.

2. Se ordene a los accionados SALUD TOTAL EPS, COLPENSIONES y TRANSPORTES MEDIA LUNA S.A. y que hasta la fecha no han sido pagadas por corresponder directamente con enfermedad de origen común o en su defecto la diferencia dejada de recibir por mi persona.

3. Se proceda a calificar de manera urgente la pérdida de capacidad laboral, atendiendo a que el trabajador PUERTA CASTRO, en la actualidad cuenta con calificación de origen y además tiene más de 180 días en estado de incapacidad, atendiendo a lo estipulado en el Decreto 1507 de 2014 y normas complementarias."

#### **4.2.- Hechos<sup>3</sup>.**

La parte accionante desarrolló los argumentos fácticos, que se han de sintetizar así:

Manifiesta el señor RICARDÓ JOSÉ PUERTA CASTRO el día 17 de julio de 2017 fue operado de la columna por padecer una discopatía degenerativa múltiple con protusión central del ángulo fibroso en L2-L3 y una hernia central en la L4 y L5, centro lateral izquierda L5-S1; motivo por el cual ha venido siendo incapacitado de manera ininterrumpida hasta la fecha, por la EPS SALUDTOTAL.

Afirmó el accionante, que las incapacidades se las han dado en la medida en que asista a las citas de control y en otras oportunidades debe solicitar cita con médico general. Dichas incapacidades debía radicarlas en la oficina de su empleador Transportes Media Luna S.A. para que este las presentara a la EPS accionada nuevamente y pudiera expedir los bauches originales.

Sin embargo, señala el actor que el prestador de los servicios de salud, CLÍNICA LA NUESTRA, es demorado en la asignación de las citas con el especialista, tardando de dos meses o más.

Que SALUDTOTAL EPS le pagó al actor las incapacidades correspondientes a los 180 días, culminando con la referenciada P7657291 del periodo del 16/12/2017 al 14/01/2018 y que después de dicha fecha, le correspondía pagar a

<sup>3</sup> Fols.1-3 Cdno 1



13-001-33-33-006-2019-00122-01

COLPENSIONES, entidad donde el accionante radicó las siguientes incapacidades.

Seguido, indica el actor que el trámite ante COLPENSIONES era engorroso puesto que, le exigían un certificado con la relación de las incapacidades y constancia del pago de los 180 días emitido por la EPS, además de reflejarse los periodos reclamados. Que dicha certificación, tenía que solicitarse ante la SALUDTOTAL EPS, quien solo lo expedía un mes después y muchas veces con errores, tanto así, que tocaba solicitarlo por peticiones o interponiendo quejas ante la SUPERSALUD.

Que las siguientes incapacidades desde el día 181, fueron radicadas para su pago ante COLPENSIONES el 8 de agosto de 2018, a saber:

No. incapacidad	Periodos	Días
P7657480	15/01/2018 - 13/02/2018	30
P7707712	14/02/2018 - 15/03/2018	30
P7657489	16/03/2018 - 14/04/2018	30
P7707729	15/04/2018 - 14/05/2018	30

Y que COLPENSIONES solo pagó 4 días correspondientes a la incapacidad **P7657489 del 11/04/2018 – 14/04/2018** y de manera completa la **P7707729 del 15/04/2018 – 14/05/2018**.

Por lo anterior, el actor solicitó el pago de las incapacidades restantes ante COLPENSIONES, quien mediante Oficio BZ2018\_13502938 le informó que la EPS rindió concepto de rehabilitación de manera extemporánea, es decir, después de los 150 días enunciados en la ley, superando igual los 180 días, sin remisión del concepto, por tanto, era a esta a quien le correspondía el pago hasta que se efectuará la remisión, es decir, hasta el 11 de abril de 2018.

De la respuesta ofrecida por el fondo accionado, el tutelante solicitó ante la EPS SALUDTOTAL, para que pague las incapacidades restantes que correspondían a 86 días; sin embargo, la EPS se negó arguyendo que había rendido concepto extemporáneo a causa del empleador TRANSPORTES MEDIA LUNA S.A. quien de manera tardía, 6 de abril de 2018, radicó las incapacidades.

Que en aras de solucionar su situación, el actor en noviembre de 2018 solicitó a su empleador que le cancelará las incapacidades restantes, pero nunca le dieron respuesta alguna.

Finalmente, expresa el actor que en la actualidad se encuentra incapacitado, con dificultades económicas para sufragar sus gastos domésticos y que las accionadas le adeudan las siguientes incapacidades:





13-001-33-33-006-2019-00122-01

Autorización	Inicio	Final	Días	Días pendientes de pago
P7657480	15/01/2018	13/02/2018	30	30
P7707712	14/02/2018	15/03/2018	30	30
P7657489	16/03/2018	14/04/2018	30	26
P8159830	31/12/2018	29/01/2019	30	10
P8202176	30/01/2019	28/02/2019	30	30
P8285203	01/03/2019	30/30/2019	30	30
En trámite	31/03/2019	30/04/2019	30	30
<b>Total</b>				<b>186</b>

#### 4.3.- Contestación de TRANSPORTES MEDIA LUNA S.A.<sup>4</sup>

El empleador accionado señaló que el actor cuenta con un medio judicial ordinario e idóneo para solucionar la controversia, por tanto, no puede acudir a la vía constitucional.

Que el conflicto planteado por el actor es de carácter laboral, por lo que en la Jurisdicción Ordinaria Laboral están especializados para solucionarlo, además de gozar de medidas cautelares que garanticen la efectividad del cumplimiento de la sentencia.

Igualmente, señaló que corresponde a la EPS y al Fondo de pensiones suplir las necesidades del actor en cuanto a las incapacidades, pues es a ellas a quien se le han trasladado dichas responsabilidades.

Finalmente, solicitó su absolución por no tener responsabilidad en las actuaciones de las demás accionadas.

#### 4.4.- Contestación de COLPENSIONES<sup>5</sup>

El Fondo accionado señaló que una vez consultada la base de datos, se tiene respecto al asunto, que SALUDTOTAL EPS radicó ante la entidad concepto de rehabilitación favorable el 11 de abril de 2018 del señor RICARDO JOSÉ PUERTA; por lo tanto, teniendo en cuenta que el día 180 de incapacidad fue el 14 de enero de 2018, se le informó al actor mediante Oficio BZ2018\_13502938 que debido a la extemporaneidad del concepto, las incapacidades reclamadas deben ser pagadas por la EPS.

Refiere, que en cuanto a las incapacidades radicadas por el actor, COLPENSIONES reconoció y pagó:

Fecha de inicio	Fecha de finalización	Días
11/04/2018	14/04/2018	4
15/04/2018	14/05/2018	30

<sup>4</sup> Fols. 79-83 Cdno 1.

<sup>5</sup> Fols. 89 -92 y vto Cdno 1.





13-001-33-33-006-2019-00122-01

15/05/2018	13/06/2018	30
14/06/2018	13/07/2018	30
14/07/2018	03/08/2018	21
04/08/2018	02/09/2018	30
03/09/2018	02/10/2018	30
03/10/2018	01/11/2018	30
02/11/2018	30/11/2018	29
01/12/2018	30/12/2018	30

Ahora bien, sobre el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral, señaló que se está tramitando y que mediante Oficio del 15 de mayo de 2019 se le informó al accionante hace falta la entrega de carta auténtica de autorización con las facultades específicas, la cual debe llevarse antes de cerrar automáticamente la solicitud.

Finalmente, solicitó que se declare improcedente la acción de tutela contra su entidad por no haberse demostrado la vulneración de los derechos invocados por el actor.

#### 4.5.- Contestación de SALUDTOTAL EPS<sup>6</sup>

La EPS accionada, indicó que el actor se encuentra afiliado activo a su entidad como trabajador de Transportes Media Luna S.A., y que se le generaron las siguientes incapacidades:

Autorización	F. Expedición	F. Inicio	F. fin.	Días	Acumulado	Liquidación
P7197580	08/07/2017	26/05/2017	09/06/2017	15	15	319,68
P7279569	04/09/2017	19/07/2017	17/08/2017	30	30	688,54
P7279619	04/09/2017	18/08/2017	16/09/2017	30	60	737,72
P7411721	21/11/2017	17/09/2017	16/10/2017	30	90	737,72
P7525299	04/02/2018	17/10/2019	15/11/2017	30	120	737,72
P7609701	20/03/2018	16/11/2017	15/12/2017	30	150	737,72
P7657291	18/04/2018	16/12/2017	14/01/2018	30	180	758,03
P7657480	18/04/2018	15/01/2018	13/02/2018	30	210	0
P7707712	21/05/2018	14/02/2018	15/03/2018	30	240	0
P7657489	18/04/2018	16/03/2018	14/04/2018	30	270	0
P7707729	21/05/2018	15/04/2018	14/05/2018	30	300	0
P7827755	03/08/2018	15/05/2018	13/06/2018	30	330	0
P7827770	03/08/2018	14/06/2018	13/07/2018	30	360	0
P7873425	03/09/2018	14/07/2018	03/08/2018	21	381	0
P7873451	03/09/2018	04/08/2018	02/09/2018	30	411	0
P7946307	17/10/2018	03/09/2018	02/10/2018	30	441	0
P8046697	04/12/2018	03/10/2018	01/11/2018	30	471	0
P8085229	24/12/2018	02/11/2018	30/11/2018	29	500	0
P8085235	24/12/2018	01/12/2018	30/12/2018	30	530	0
P8159830	08/02/2019	31/12/2018	29/01/2019	30	530	550,52
P8202176	05/03/2019	30/01/2019	28/02/2019	30	590	828,12
P8285203	26/04/2019	01/03/2019	30/03/2019	30	620	0

De lo anterior, señaló que el actor alcanzó 180 días de incapacidades continuas el 14 de enero de 2018, las cuales le fueron pagadas, por tanto, las posteriores a dicha fecha están sin valor porque el reconocimiento corresponde al AFP. Frente a las incapacidades generadas al día 540, arguye que han sido canceladas y

<sup>6</sup> Fols. 103 -105 Cdo no 1.



13-001-33-33-006-2019-00122-01

que la que falta es la P8285203, debido a que por validación, la calificación inicial corresponde a enfermedad laboral y aun no se ha vencido el tiempo para la respuesta de la ARL.

Que realizó el concepto de rehabilitación integral y que fue notificado en debida forma al fondo.

Por último, solicitó que se declare la falta de legitimación por pasiva puesto que su entidad no es la llamada a responder por los derechos fundamentales invocados por el actor, así mismo sostiene la improcedencia de la acción de tutela.

### **V.- FALLO IMPUGNADO**

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió declarar que SALUDTOTAL EPS y COLPENSIONES vulneraron los derechos fundamentales del accionante y ordenó lo siguiente:

*"(...) SEGUNDO: Como medidas de protección se ORDENA que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia i) Salud Total EPS, PAGUE al actor, si aún no lo hubiere hecho, las incapacidades P7657480 del 15/ene/2018 al 13/feb/2018, P7707712 del 14/feb/2018 al 15/mar/2018, P7657489 del 16/marzo/2018 al 10/abr/2018 – sin perjuicio de que Colpensiones pueda cobrarle la incapacidad del día 11/abr/2018-, P8159830 del 10/enero/2019 al 29/enero/2019, P8202176 del 30/ene/2019 al 28/feb/2019, P8285203 del 01/mar/2019 al 30/marzo/2019, así como la prórrogas que se generen en(Sic) adelante por la misma patología aquí identificada – trastorno de disco lumbar y otro con radiculopatía, Estenosis del canal neural por tejido conectivo y síndrome postlaminectomía y relacionados – de modo que se garantice la atención integral de las prestaciones económicas de la parte demandante; y ii) Colpensiones PAGUE al actor, si aún no lo hubiere hecho, la incapacidad P8159830 del 31/dic/2018 al 9/ene/2019.*

*(...)*

*- CUARTO: PREVENIR a Saludtotal EPS y a Colpensiones para que en lo sucesivo, no incurran en omisiones como las que motivaron el ejercicio de la presente acción.*

*QUINTO: DECLARAR que Transportes Media Luna S.A. no vulnero los derechos fundamentales del actor. (...)"*

La decisión anteriormente tomada por el Juzgado de primera instancia se basó en que SALUDTOTAL y COLPENSIONES no han pagado las incapacidades reclamadas por el actor, que en esa situación están vulnerando sus derechos fundamentales.



## **VI.-FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN<sup>7</sup>**

En el escrito de impugnación una de las accionadas COLPENSIONES expone que el juzgador no tuvo en cuenta el cumplimiento de la entidad en el pago de las incapacidades que por ley le correspondía cancelar al accionante. Que se demostró que el concepto de rehabilitación favorable fue aportado de manera extemporánea por la EPS, y que es ella la obligada a cancelar las incapacidades reclamadas en la acción de tutela.

## **VII.-RECUEENTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA**

Por auto de fecha trece (13) de junio de 2019<sup>8</sup> se concedió la impugnación, interpuesta por COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el cinco (5) de junio de 2019, por lo que fue asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el día 14 de junio de 2019, siendo finalmente admitido por esta Magistratura el mismo día<sup>9</sup>.

## **VIII.-CONSIDERACIONES**

### **8.1.- Competencia.**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

### **8.2.- Problema jurídico**

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que los problemas jurídicos a resolver se circunscribe a determinar sí:

*¿Resulta procedente la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de incapacidades médicas correspondiente a 86 días del periodo comprendido entre el 15 de enero al 10 de abril de 2018, sin haber acudido a los medios ordinarios previstos para obtener su cobro?*

*¿Están siendo vulnerados los derechos al mínimo vital, seguridad social y vida en condiciones dignas del actor, cuando la EPS le niega el pago por el subsidio de incapacidad, argumentando que las mismas son de origen laboral, cuando ella calificó el origen como común y no hay discusión sobre el mismo?*

<sup>7</sup> Fols. 119-123 Cdno 1.

<sup>8</sup> Fol. 153 Cdno 1.

<sup>9</sup> Fol. 5 Cdno 2.



13-001-33-33-006-2019-00122-01

Para arribar a la conclusión anterior, abordaremos el siguiente hilo conductor: (i) Generalidades de la acción de tutela; (ii) Procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el pago de prestaciones económicas - aplicado en cada acción de tutela *sub examine*; (iii) Régimen normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud - entidades responsables de efectuar el pago; (iv) Función jurisdiccional ejercida por la Superintendencia Nacional de Salud en materia de reconocimiento de prestaciones de salud; y (v) Caso concreto.

### **8.3.- Tesis de la Sala**

La Sala Revocará parcialmente la Sentencia de fecha 5 de junio de 2019 que concedió los derechos fundamentales del actor y ordenó el respectivo pago de los subsidios por incapacidad, considerando que para el caso concreto resulta improcedente la acción de tutela para el pago del período comprendido entre el 15 de enero al 10 de abril de 2018 porque carece del requisito de inmediatez, ya que se presentó más de un año después de no haber sido canceladas al actor y este no hizo uso de los medios ordinarios para obtener su pago.

La Sala confirmará la orden de pago dada a COLPENSIONES del 31 de diciembre de 2018 al 9 de enero de 2019; así como la orden de pago dada a SALUDTOTAL de la incapacidad del 1 al 30 de marzo de 2019 y las que se sigan causando, por haber cumplido con el requisito de inmediatez y su no cancelación constituye actualmente una amenaza a los derechos del mínimo vital y seguridad social del actor.

Igualmente, se conminará a TRANSPORTES MEDIA LUNA S.A a cancelar al accionante los subsidios por incapacidad en las fechas en que le cancelaría su salario si estuviera como trabajador activo.

### **8.4.- MARCO NORMATIVO y JURISPRUDENCIAL**

#### **8.4.1.- Generalidades de la acción de tutela**

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.



13-001-33-33-006-2019-00122-01

Se trata entonces, de un instrumento jurídico excepcionalísimo confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso, o en su lugar la persona que requiere la intervención del juez constitucional se encuentre en una posición de indefensión que no le permita acudir a la vía ordinaria.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

#### **8.5.- Procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el pago de prestaciones económicas - aplicado en cada acción de tutela *sub examine*:**

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha dicho que el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales adeudadas procede por la vía de la acción de tutela, en aquellos casos en los que el juez constitucional advierta que el no pago de incapacidades pueda generar un detrimento mayor a los derechos de los respectivos accionantes, toda vez que existen factores como la edad, el estado de salud, las condiciones económicas, sociales y familiares, que son aspectos de obligatoria ponderación, pues exigirle a ciertas personas asumir las complejidades propias de los procesos ordinarios, en algunos casos podría redundar en que la vulneración de un derecho fundamental, como la dignidad humana o el mínimo vital, se prolongue de manera injustificada.



13-001-33-33-006-2019-00122-01

Por ello, la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones pensionales se sujeta a las siguientes reglas: (i) Procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario; (ii) Procede la tutela como mecanismo definitivo cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia. Además, (iii) Cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.

Igualmente, la acción de tutela para que se torne procedente, deberá cumplir unos requisitos que permiten pretermitir otra vía judicial, tales como la subsidiariedad, la inmediatez de la acción y acreditar la ocasión de un perjuicio irremediable.

#### **(i) Subsidiariedad**

El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que *"permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos"*<sup>10</sup>. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.

En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

No obstante, cómo ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse

<sup>10</sup> Sentencia T-603 de 2015, Corte Constitucional (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); Sentencia T-580 de 2006 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).



13-001-33-33-006-2019-00122-01

en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad: cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

En cuanto a la primera hipótesis, que se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que ésta no puede determinarse en abstracto sino que, por el contrario, la aptitud para la efectiva protección del derecho debe evaluarse en el contexto concreto. El análisis particular resulta necesario, pues en éste podría advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o no permite tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados.

Ahora bien, en cuanto a la segunda hipótesis, cabe anotar que su propósito no es otro que el de conjurar o evitar una afectación inminente y grave a un derecho fundamental. De este modo, la protección que puede ordenarse en este evento es temporal, tal y como lo dispone el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, el cual indica: *"en el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado"*.

Así mismo, dicha excepción al requisito de subsidiariedad exige que se verifique: *"(i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto del daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo"*.<sup>11</sup>

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este

<sup>11</sup> Sentencias: T-225 de 1993 Corte Constitucional (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).



13-001-33-33-006-2019-00122-01

análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario<sup>12</sup>.

De este modo, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.

Así las cosas, el Alto Tribunal Constitucional ha señalado de manera general que, en virtud del principio de subsidiariedad, "las acciones de tutela no proceden para el reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, ya que los mismos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de los procesos laborales ordinarios y las acciones jurisdiccionales ante la Superintendencia Nacional de Salud"<sup>13</sup>. (Subrayado fuera del texto)

Adicionalmente, ha reiterado que el conocimiento de ese tipo de solicitudes exige la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces escapan a la competencia del juez de tutela. De esta manera, es claro que la improcedencia es una regla general para reclamar el reconocimiento y pago de incapacidades.

En definitiva, cuando se interponga una acción de tutela que pretenda meramente el pago de incapacidades médicas, el juez de tutela debe analizar el caso concreto y sus variantes, hasta lograr determinar si los accionantes podrían acudir a un proceso laboral ordinario o un proceso abreviado ante la Superintendencia Nacional de Salud, por no cumplirse con la subsidiariedad del asunto.

## **(ii) Inmediatez**

En reiteradas oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>14</sup> ha sido clara en señalar que la procedencia de la acción de tutela se encuentra sujeta al cumplimiento del requisito de inmediatez. Al respecto, ha precisado que la protección de los derechos fundamentales, vía acción constitucional, debe invocarse en un plazo razonable y oportuno contado entre la ocurrencia

<sup>12</sup> Sentencia T-375 de 2018 Corte Constitucional (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado)

<sup>13</sup> *Ibidem*

<sup>14</sup> Sentencia T-161 de 2019; T-457 de 2007; T-471 de 2017 entre otras.



13-001-33-33-006-2019-00122-01

del hecho generador de la transgresión y la interposición del amparo. Lo anterior, en procura del principio de seguridad jurídica y de la preservación de la naturaleza propia de la acción de tutela.

De tal manera que, la finalidad de la acción de tutela es garantizar una protección efectiva, actual y expedita frente a la transgresión o amenaza inminente de un derecho fundamental, motivo por el cual, entre la ocurrencia de los hechos en que se funde la pretensión y la presentación de la demanda, debe haber transcurrido un lapso razonable. En el evento en que no se cumpla con el requisito de inmediatez, el juez constitucional podría estar acolitando una conducta negligente de quienes se consideran afectados en sus derechos fundamentales.

Entonces, este requisito debe analizarse bajo el concepto de plazo razonable y en estricta atención a las circunstancias de cada caso concreto, por tanto la interposición tardía de la acción de tutela sin una justa causa, e incluso, la inactividad o la demora del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que la acción de tutela resulte procedente.

Sobre el particular, se ha determinado que si bien es cierto que la acción de tutela no tiene un término de caducidad, ello no debe entenderse como una facultad para promover la misma en cualquier tiempo. Lo anterior, por cuanto a la luz del artículo 86 superior, el amparo constitucional tiene por objeto la protección inmediata de los derechos fundamentales. De allí que le corresponda al juez constitucional verificar el cumplimiento del principio de inmediatez y en efecto constatar si el tiempo transcurrido entre la aparente violación o amenaza del derecho y la interposición de la tutela es razonable en punto a lograr la protección invocada.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional en la sentencia T-345 de 2009 consideró que "(...) no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela, solo (i) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. Y (ii) cuando la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros."

No obstante lo anterior, si el juez no avizora la premura en la consecución del derecho por parte del actor, y de cierta forma nota dejadez o quietud en el



13-001-33-33-006-2019-00122-01

ejercicio de la acción constitucional, podrá negar el amparo bajo el concepto de no haber sido interpuesta de manera inmediata.

#### **8.6.- Régimen normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud - entidades responsables de efectuar el pago.**

Las incapacidades médicas pueden tener origen en una enfermedad y/o un accidente, o ser de procedencia común. En uno u otro caso el sistema integral de seguridad social prevé el pago de las respectivas incapacidades. Sin embargo, dependiendo de cuál sea el origen varía la entidad encargada de cancelar las respectivas incapacidades.

El certificado de incapacidad temporal es un documento emitido por un profesional de la salud en el que consta un concepto que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir que surge de un acto médico el cual es independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica. Una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, dependiendo de la prolongación de la situación de salud del trabajador.

En lo concerniente a las enfermedades de origen común, las incapacidades menores, esto es, que tengan una duración máxima de dos (2) días, serán asumidas directamente por el empleador conforme a lo dispuesto en el Decreto 2943 de 2013.<sup>15</sup> De igual forma, a la EPS le corresponde pagar las incapacidades de origen común a partir del día tres (3), siempre y cuando la misma sea prórroga de otra, y no supere los ciento ochenta (180) días.

Debe anotarse que, el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, establece que son los empleadores quienes deben tramitar el reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad general ante las Empresas Promotoras de Salud, el propósito de la referida norma es no transferirle al trabajador la carga administrativa que supone la obtención de dicho reconocimiento prestacional.

<sup>15</sup> "Artículo 1. Modificar el párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el cual quedará así:  
Párrafo 1º. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente. En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral. Lo anterior tanto en el sector público como en el privado".



13-001-33-33-006-2019-00122-01

En ese estadio de la evolución de la incapacidad del afiliado, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral o de la posibilidad de recuperación. Y toma un papel importante el concepto favorable de rehabilitación, por ello, conviene destacar que conforme el Decreto-Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal y remitirlo a la AFP que corresponda antes del día 150.

En los eventos en que las EPS no cumplan lo anterior, les compete pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, es decir, les asistirá el deber de asumir el pago de dichas sumas desde el día 181 y hasta el día en que emitan el concepto en mención.

En caso de que la EPS emita concepto favorable de rehabilitación, la AFP tendrá que postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral *"hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó y pagó la EPS"*<sup>16</sup>. En este evento se generará el derecho al reconocimiento de un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador que estará a cargo de la AFP a la que se encuentre afiliado.

Entonces, el trabajador encontrará cubiertas sus necesidades económicas con el pago de las respectivas incapacidades, correspondiendo cubrir a la EPS los primeros 180 días y a la AFP hasta por 360 días más, según lo dispone el Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001:

*"(...) para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la administradora de fondos de pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador".*

De este modo 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, caso en el cual será la llamada a responder.

Superados los 360 días adicionales de incapacidad, si el trabajador continúa recibiendo incapacidades en razón a persistir su condición médica, surge el interrogante de quién es el llamado a su reconocimiento y pago. Es así como

<sup>16</sup> Sentencia T- 218 de 2018, Corte Constitucional



13-001-33-33-006-2019-00122-01

la Ley 1753 de 2015, con el fin de superar el vacío legal que existía en esta materia antes de su expedición creó la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Entre las diferentes funciones otorgadas a dicha entidad, el legislador estableció en su artículo 67 *ibídem* la obligación de reconocer y pagar a las EPS las incapacidades por enfermedad de origen común de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud que superen los 540 días continuos.

Adicionalmente, cabe destacar que conforme a lo establecido en el Decreto 546 de 2017 y la Circular No. 1 del 31 de julio de 2017, la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud entró en operación a partir del 1º de agosto de 2017, fecha en la cual las EPS cuentan con la facultad de ejercer la facultad de recobro de los dineros pagados por concepto de dichas incapacidades.

En conclusión, se debe indicar que a través de la providencia T-200 de 2017 se sintetizó el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Igualmente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1333 de 2018 en su artículo 2.2.3.3. Indicó sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades superiores a 540 días que corresponderían a las EPS o EOC, por tanto, debían reiniciar dicho pago desde el día 541.

En suma, es claro que atendiendo a lo previsto por la jurisprudencia constitucional en la materia, el origen de la incapacidad constituye un parámetro determinante para establecer cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene a su cargo la obligación de pagar las incapacidades, atendiendo a los diferentes parámetros de temporalidad que operan en los casos de enfermedades de origen común<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Sentencia T-161 de 2019, Corte Constitucional.



13-001-33-33-006-2019-00122-01

**8.7.- Función jurisdiccional ejercida por la Superintendencia Nacional de Salud en materia de reconocimiento de prestaciones de salud:**

Con el propósito de garantizar la efectiva protección de los derechos de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para que conozca y resuelva controversias relacionadas con: (i) la denegación de servicios incluidos en el Plan Obligatorio de Salud por parte de las entidades promotoras de salud; (ii) el reconocimiento de los gastos en los que el usuario haya incurrido por la atención que recibió en una IPS no adscrita a la entidad promotora de salud o por el incumplimiento injustificado de la EPS de las obligaciones radicadas en su cabeza; (iii) la multifiliación dentro del sistema; y (iv) la libre elección de la entidad promotora de salud y la movilidad de los afiliados.

Posteriormente, la Ley 1438 de 2011 en su artículo 126 amplió el ámbito de competencia de la Superintendencia Nacional de Salud e incluyó las controversias relacionadas con: (i) la denegación de servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; (ii) los recobros entre entidades del sistema; y (iii) el pago de prestaciones económicas a cargo de las entidades promotoras de salud y el empleador. En esa norma se modificó el trámite previsto inicialmente y se estableció que la competencia jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud debe desarrollarse mediante "un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción".

También se dispuso que la demanda puede presentarse por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia y se previó un término máximo de 10 días para emitir la decisión de primera instancia, la cual podrá ser impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación, que se efectuará mediante telegrama o cualquier otro medio expedito.

En ese sentido, la Sentencia C-119 de 2008 estableció que el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud reviste de carácter principal en las controversias referidas a los asuntos que son de su competencia y precisó:

*"(...) cuando en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, la Superintendencia Nacional de Salud conozca y falle en derecho, con carácter definitivo y con las facultades*



13-001-33-33-006-2019-00122-01

*propias de un juez (...), en modo alguno estará desplazando al juez de tutela, pues la competencia de este último es residual y subsidiaria, mientras que la de la Superintendencia será principal y prevalente. Sin que lo anterior implique que la acción de tutela no esté llamada a proceder "como mecanismo transitorio", en caso de inminencia de consumación de un perjuicio irremediable, o cuando en la práctica y en un caso concreto, las competencias judiciales de la Superintendencia resulten ineficaces para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca"*

Por consiguiente, a partir de la atribución de facultades jurisdiccionales a la Superintendencia de Salud, se estableció su carácter prevalente en el procedimiento jurisdiccional ante dicha entidad para la protección de los derechos de los usuarios en el marco de las relaciones entre las EPS y los afiliados; igualmente, se afianzó el carácter residual de la tutela cuando se persigue la protección de los derechos de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y la posibilidad de acudir directamente a la tutela cuando se esté ante la inminente configuración de un perjuicio irremediable, siempre y cuando no se establezca que el procedimiento ante la autoridad administrativa es idóneo.

De acuerdo con el panorama descrito se tiene que, actualmente, los usuarios del sistema general de salud cuentan con un mecanismo expedito, célere e informal que, *a priori*, puede calificarse como idóneo y eficaz para la protección y restablecimiento de los derechos que resulten afectados en el marco de la relación que mantienen con las entidades promotoras de salud.

En armonía con este entendimiento, la Corte Constitucional<sup>18</sup> ha estimado, en algunos casos, que el procedimiento ante la Superintendencia Nacional de Salud resulta idóneo y eficaz para garantizar los derechos fundamentales invocados cuando se acude al amparo constitucional. Por ende, ha declarado la improcedencia de la acción de tutela cuando los peticionarios omiten agotar dicho trámite, pudiéndolo hacer.

En otros casos, pese a que la Corte ha reconocido el carácter principal y prevalente del mecanismo jurisdiccional ante dicha autoridad administrativa, ha considerado que no es idóneo o eficaz para algunos casos por estimar que no podría utilizarse dicho medio judicial en eventos en los que se requerirá la protección urgente de los derechos fundamentales invocados por la parte actora o concurren circunstancias particulares que hagan imperativa la intervención del juez constitucional.

<sup>18</sup> Sentencias T-635 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto); T-274 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto); T-756 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo); T-825 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo); T-914 de 2012 (M.P. Mauricio González Cuervo); T-558 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo); T-603 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); T-633 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); T-425 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).



13-001-33-33-006-2019-00122-01

En tal sentido, se enfatizó en que el juez de tutela se debe abstener de remitir las diligencias a la Superintendencia de Salud cuando se encuentre en riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas y ha sostenido que se debe hacer un análisis de cada caso para determinar si el procedimiento ante el ente administrativo de la salud es idóneo y eficaz o si, por el contrario, puede ser desplazado por la acción de amparo.

#### **8.8.- Caso concreto.**

En el presente asunto, la accionada COLPENSIONES, impugna el fallo de tutela de primera instancia, que declaró vulnerado los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, vida en condiciones dignas y a la salud del actor, por considerar que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta los pagos aportados en la contestación que demuestran el cumplimiento de su obligación; además que las incapacidades que se le endilgan no le corresponden debido a que SALUDTOTAL fue la que incumplió por no enviar el concepto de rehabilitación en el tiempo que demanda la norma.

Para resolver la impugnación la Sala hará un estudio completo del asunto debatido por tratarse de una acción constitucional y sin estar limitado a los argumentos del recurso de alzada.

#### **8.9.- Hechos Relevantes Probados**

- Copia de Cédula de Ciudadanía del señor Ricardo José Puerta Castro<sup>19</sup>
- Copia simple del formato de concepto de rehabilitación integral emitido por SALUDTOTAL EPS, por medio del cual el pronóstico es favorable.<sup>20</sup>
- Copia simple de la notificación del concepto de rehabilitación radicado ante Colpensiones.<sup>21</sup>
- Originales de los certificados de incapacidad general generado por SALUDTOTAL EPS No. P7657489, P8285203, P7707712, P8202176, P7657480 y P8159830.<sup>22</sup>
- Copia de la petición donde se solicita el pago de las incapacidades médicas ante Salud Total<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Fol. 11 Cdno 1

<sup>20</sup> Fol. 12 Cdno 1

<sup>21</sup> Fol. 13 Cdno 1

<sup>22</sup> Fols. 14-19 Cdno 1

<sup>23</sup> Fol. 20-24 Cdno 1



13-001-33-33-006-2019-00122-01

- Copia de la contestación de la petición por parte de SALUDTOTAL EPS.<sup>24</sup>
- Copia de la petición realizada a COLPENSIONES para el respectivo reconocimiento y pago de las incapacidades P7657480, P7707712, P7657489 y P7707729.<sup>25</sup>
- Derecho de petición por parte de la parte demandante solicitando el pago de las incapacidades a Transporte Media Luna.<sup>26</sup>
- Contestación del derecho de petición por parte de la accionada COLPENSIONES mediante Oficio BZ2018\_13502938.<sup>27</sup>
- Copia del Oficio BZ2019\_6173870-1367080 mediante el cual Colpensiones le informa al accionante sobre el requisito de la carta auténtica de autorización de facultades para la calificación.<sup>28</sup>
- Copia de los Oficios 881 de 2019 y 4750 de 2019 mediante el cual Colpensiones informa los pagos realizados por concepto de incapacidades.<sup>29</sup>

#### 8.10.- Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

El señor Ricardo José Puerta Castro presentó acción de tutela contra COLPENSIONES y la EPS SALUDTOTAL, por considerar que la negativa de dichas entidades en reconocer y pagar las incapacidades laborales, superiores a los 180 días, específicamente los periodos de 15/01/2018 al 13/02/2018, de 14/02/2018 al 15/03/2018 y del 16/03/2018 al 10/04/2018<sup>30</sup> (relativos a 86 días de mora) y sobre las incapacidades que superan los 540 días, vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas. Que los certificados de incapacidad se produjeron como consecuencia de una cirugía en la columna, lo que le ha impedido reintegrarse de manera satisfactoria a la labor que desempeñaba.

En razón del estado de salud en que se encuentra el actor, el médico tratante le ha prescrito incapacidades en distintos periodos, desde el 26 de mayo de 2017 hasta el 30 de marzo de 2019<sup>31</sup>. El accionante y la EPS demandada coinciden en señalar que los primeros 180 días de incapacidad fueron reconocidos y cancelados al actor conforme a las disposiciones legales en la

<sup>24</sup> Fol. 25-28 Cdno 1

<sup>25</sup> Fol. 29-31 Cdno 1

<sup>26</sup> Fols. 35-39 Cdno 1

<sup>27</sup> Fols. 52-54 Cdno 1

<sup>28</sup> Fol. 95 Cdno 1

<sup>29</sup> Fols. 98 -102 Cdno 1

<sup>30</sup> Corresponde a la incapacidad P7657489 que va desde 16/03/2018 al 14/04/2018.

<sup>31</sup> Fols. 55-77 y el 103 Cdno 1



13-001-33-33-006-2019-00122-01

materia. Sin embargo, afirma el accionante que ni la AFP Colpensiones ni la EPS SALUDTOTAL han cancelado las incapacidades generadas a partir del día 181 al día 266, adeudándole así un total de 86 días comprendidos entre el 15 de enero de 2018 hasta el 10 de abril de 2018.

En su respectiva contestación, la EPS accionada indicó que es obligación de la Administradora de Pensiones asumir el pago de las incapacidades médicas posteriores a los 180 días de incapacidad hasta el día 540. En cuanto al pago de las incapacidades superiores a los 540, informó que la entidad canceló al empleador TRANSPORTES MEDIA LUNA S.A. mediante las transacciones No. 683091071 y 799341512 las incapacidades generadas P8159830 (31/12/2018 al 29/01/2019) y la P8202176 (30/01/2019 al 28/02/2019), y que solo está pendiente la P8285203 que va desde 1º de marzo de 2019 al 30 de la misma fecha, ya que se encuentra en conflicto con la ARL por corresponder a una enfermedad de origen laboral.

A su turno, COLPENSIONES explicó que sí ha pagado las incapacidades pero no desde el día 181 sino desde el 267, situación que no le es imputable puesto que, la EPS accionada no cumplió con su deber de enviar el concepto de rehabilitación antes de que culminaran los 180 días, y solo lo radicó hasta el 11 de abril de 2018, por tanto, hasta esa fecha corresponde y es responsabilidad de la EPS.

Así las cosas y conforme fue expuesto, en primer lugar le corresponde a la Sala determinar si resulta procedente la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de incapacidades médicas, cuando el motivo del reclamo (pago de subsidio de incapacidad correspondiente a 86 días en los periodos **15/01/2018 al 10/04/2018**) se generó hace más de un año y el actor demanda el amparo en mayo de 2019.

Es preciso empezar por señalar que de los elementos de juicio allegados al proceso, la Sala encontró probados que efectivamente se le adeudan al actor, en el rango que va desde los 181 hasta los 540 días, los siguientes periodos:

Autorización	Inicio	Final	Días
P7657480	15/01/2018	13/02/2018	30
P7707712	14/02/2018	15/03/2018	30
P7657489	16/03/2018	14/04/2018	30 <sup>32</sup>

<sup>32</sup> El período no cancelado va desde el 16 de marzo de 2018 al 10 de abril del mismo año.





13-001-33-33-006-2019-00122-01

Igualmente, se encuentra probado en el plenario, que el no pago de dichos días por el Fondo de Pensiones, que en principio era a quien correspondía el pago que va desde el día 181 hasta el 540, no se le es imputable puesto que, la circunstancia que llevó al no reconocimiento de las mentadas incapacidades provino de la accionada SALUDTOTAL EPS, que radicó solo hasta el 11 de abril de 2018, de manera extemporánea el concepto de rehabilitación favorable del actor, como consta en el folio 13 y 108.

Como se observa de lo anterior, es claro que SALUDTOTAL EPS omitió su deber de proferir el concepto de manera puntual, incumpliendo su obligación, por lo que, en consonancia con el Decreto Ley 019 de 2012, le corresponde el pago de las incapacidades médicas otorgadas al actor al antedicho periodo.

A partir de lo expuesto, se advierte que las pretensiones de la acción de tutela formulada se fundamentan en el presunto incumplimiento de SALUDTOTAL EPS y COLPENSIONES en relación con la obligación de reconocimiento y pago de la prestación económica correspondiente a 86 días de incapacidad.

Frente a lo anterior, encuentra la Sala que en el asunto estudiado resulta imprócedente la acción de tutela, puesto que esta situación se enmarca en las competencias atribuidas a la Superintendencia Nacional de Salud por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, literal g) de conformidad con el cual dicha entidad podrá conocer y fallar en derecho, con las facultades propias de un juez, controversias relacionadas con "*el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador*". Es decir, existe otra vía, que resulta eficaz e idónea porque como se señaló en el marco normativo, la resolución del asunto debe ser resuelta en el término de 10 días.

Por tanto, en principio, este medio judicial es idóneo para proteger los derechos fundamentales invocados por el accionante, toda vez que se circunscribe a las competencias legales de la Superintendencia de Salud. De este modo, se verifica la atribución de dicha autoridad administrativa para estudiar, en el marco del mecanismo principal y prevalente dispuesto por la Ley 1122 de 2007, el asunto objeto de revisión, siempre y cuando los solicitantes cuenten con acceso a dicha entidad, ya sea a través de su sede nacional o de sus oficinas regionales o bien, mediante la posibilidad de adelantar el trámite vía internet.

No obstante, resulta indispensable valorar las condiciones particulares del actor con el fin de establecer si materialmente el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud es apto para la salvaguarda de las garantías cuya protección se solicita, pues resultaría contrario a los



13-001-33-33-006-2019-00122-01

postulados del Estado Social de Derecho permitir que la acción de tutela se convierta en un mecanismo alternativo o implique una usurpación de las competencias ordinarias de los jueces naturales.

De conformidad con lo anterior, es relevante la existencia de un período de más de doce meses entre el momento en que no fueron reconocidas e impagadas las incapacidades del accionante y la fecha en la cual promovió la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de tales prestaciones económicas. Así mismo, transcurrieron entre seis y nueve meses desde el momento en que no se pagaron las incapacidades y las diferentes peticiones formuladas ante la EPS, COLPENSIONES y TRANSPORTES MEDIA LUNA S.A. para solicitar el pago de la incapacidad, sin mediar otra actuación que propendiera a su pago más que la espera del mismo.

Entonces, es posible presumir que el demandante no tuvo un apremio económico significativo en razón de la ausencia de pago del subsidio económico derivado de las incapacidades que solicitaba, aún más, cuando se encuentra probado que las demás incapacidades desde el 11 de abril de 2018 hasta el 28 de febrero de 2019 fueron pagadas.

Reforzando lo anterior, la Sala encuentra que las incapacidades son del año 2018, exactamente de los meses de enero hasta abril, es decir, tampoco se encuentra cumplido el requisito de inmediatez, especialmente cuando desde la fecha de ocurrencia hasta la presentación de la demanda en mayo de 2019, han transcurrido aproximadamente un año, vislumbrándose así que no existía necesidad o interés por parte del actor en obtener su correspondiente pago.

Con lo anterior, no se está señalando que el accionante no tenga derecho a que le sean pagadas las incapacidades, sino que, esta no es la vía correspondiente para lograrlo, pues cuenta con un medio ordinario que le permite la prosperidad de su pretensión y que no es posible ignorar por esta judicatura, pues si el actor esperó más de 360 días para elevar su reclamo es porque podía soportar dicha situación.

Igualmente se denota que el actor ha aportado, de forma ininterrumpida, al Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de cotizante<sup>33</sup>. Sobre el particular, se advierte que aquella figura como cotizante principal en el Régimen Contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, como cotizante activo en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, con afiliación vigente a riesgos laborales en "EMPRESAS DEDICADAS AL TRANSPORTE

<sup>33</sup> <https://ruaf.sispro.gov.co/AfiliacionPersona.aspx>



13-001-33-33-006-2019-00122-01

INTERMUNICIPAL COLECTIVO REGULAR DE PASAJEROS" y a una de Caja de Compensación Familiar. En este sentido, pese a que manifiesta que en la actualidad se encuentra incapacitado, sigue vinculado a la empresa TRANSPORTES MEDIA LUNA S.A. quien paga las debidas cotizaciones.

También, aunque el actor expresa que su situación económica es difícil, no aportó elementos de prueba que evidencien tal circunstancia, por ende, no logra desvirtuar que no existe una afectación a su mínimo vital y que por ello se encuentra ante un perjuicio irremediable.

En razón de lo anteriormente expuesto, la Sala logra analizar la situación del demandante y determinar que no se enmarca dentro de los supuestos que la jurisprudencia constitucional ha establecido como eventos en los que la acción de tutela desplaza la procedencia del mecanismo ante la Superintendencia Nacional de Salud, por carecer de idoneidad y eficacia.

Entonces cabe sintetizar que (i) El accionante no acreditó un riesgo inminente a su salud y vida por el no pago de los 86 días de incapacidad; (ii) No se encuentra en situación de vulnerabilidad, ni tiene el carácter de sujeto de especial protección constitucional, habida cuenta de que no es una persona de la tercera edad; (iii) De acuerdo con lo probado en el expediente, no se presenta una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional. De este modo, aunque la Sala no desconoce que el demandante ha afrontado problemas médicos, observa que no acreditó que su estado de salud implicara una circunstancia de urgencia o gravedad que tornara irrazonable o desproporcionada la exigencia de acudir a los medios judiciales ordinarios de protección; y (iv) Entre el tiempo en que se produjo la afectación de sus derechos hasta cuando se presentó la acción de tutela, no constituye un plazo razonable para deprecar el amparo constitucional.

Por consiguiente, esta Corporación estima que no se presenta ninguna de las situaciones que desvirtúan la subsidiariedad de la acción de tutela en relación de los asuntos cuya competencia fue asignada a la Superintendencia Nacional de Salud, toda vez que el proceso judicial previsto ante esta entidad es idóneo y efectivo para garantizar los derechos del accionante, tampoco se encuentra surtido el requisito de inmediatez, motivo por el cual se descartará la procedencia del amparo como mecanismo definitivo.

En conclusión la Sala evidencia que en el asunto objeto de revisión no se configura un perjuicio irremediable. En este sentido, pese a que el accionante presenta algunas dificultades de salud y puede tener ciertas limitaciones económicas, ello no implica que se genere un daño grave e inminente que deba ser conjurado mediante acciones urgentes e impostergables. Por ende,



13-001-33-33-006-2019-00122-01

no es viable que proceda la acción de tutela como mecanismo transitorio, en la medida en que no se halla demostrada la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En consecuencia, se revocará parcialmente la decisión de primera instancia que concedió el pago del subsidio de incapacidad por 86 días al señor RICARDO JOSÉ PUERTA y, en su lugar, se declarará improcedente por no cumplir con el requisito de inmediatez de acuerdo a las razones expuestas previamente.

Por otra parte, en desarrollo del segundo problema jurídico, en lo que respecta al reconocimiento de las incapacidades superiores a los 540 días, de acuerdo a la reseña normativa expuesta anteriormente, es a SALUDTOTAL como la entidad promotora de salud a quien le corresponden dichos reconocimientos y pagos de las incapacidades causadas en adelante.

Ahora bien, SALUDTOTAL EPS en su contestación indica que los pagos de las incapacidades causadas desde el día 541 han venido siendo canceladas al empleador del actor, Transportes Media Luna S.A., y que actualmente el único subsidio de incapacidad que no se ha pagado es el correspondiente al P8285203 (01/03/2019-30/03/2019) por estar pendiente una controversia entre la EPS y la ARL, argumentando que es una enfermedad de origen laboral la que padece el actor; para esta Corporación, tal argumento de no pago de la incapacidad mencionada no es de recibo, puesto que, no es posible que exista controversia con la ARL, en el entendido que se encuentra demostrado en el expediente que la enfermedad padecida por el actor está calificada como de origen común y no laboral o profesional, incapacidad actual y que deberá ser pagada con las que se causen en adelante.

Por lo anterior, el reclamo del actor frente a esa incapacidad prosperará, porque dicha pretensión cumple con el requisito de inmediatez, y aunque puede reclamarlo por la vía ordinaria, del argumento expuesto por la EPS sobre el porqué no ha realizado el pago y que se tiene como veraz de conformidad con el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, se avizora un posible conflicto que en el futuro podrá afectar al accionante para seguir devengando el subsidio por incapacidad.

Igualmente, frente a lo expuesto por la EPS de haber pagado las incapacidades correspondiente a los periodos del 31/12/2018 al 29/01/2019 y del 30/01/2019 al 28/02/2019 al empleador del actor y teniendo que el trámite de las incapacidades ante las EPS lo debe adelantar el cotizante directamente de conformidad con el artículo 121 del Decreto-Ley 19 de 2012, que señala "(...) deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador



13-001-33-33-006-2019-00122-01

ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento", SE CONMINARÁ a TRANSPORTES MEDIA LUNA S.A. para que realice los pagos de las incapacidades generadas al actor y que adelante las respectivas actuaciones ante la EPS con el fin de obtener el debido reembolso y con ello evitar una posible vulneración de los derechos del actor.

Actuaciones que deberá realizar TRANSPORTES MEDIA LUNA S.A. en consonancia con lo que señala la normatividad aplicable para el caso del reconocimiento de las incapacidades médicas, específicamente el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016 y las pautas en el trámite de incapacidades dadas por SALUDTOTAL EPS<sup>34</sup>, es decir, radicar el subsidio por incapacidad a más tardar tres días después de entregada la orden médica, y esperar los 15 días hábiles para que se resuelva la liquidación y 5 días para que la EPS realice el respectivo pago. Cabe aclarar que el pago de la incapacidad que hace el empleador al accionante, no debe verse afectado por el anterior trámite.

Igualmente, sobre el pago pendiente de 10 días correspondientes a la incapacidad P8159830 del periodo 31/12/2018 al 29/01/2019, sostiene la Sala que corresponde pagarlos a COLPENSIONES, pues dichos días completan los 540 días a cargo de la AFP, es decir, deberá cancelar el periodo que va desde el 31/12/2018 al 9/01/2019, por no encontrarse prueba de pago alguno. Cabe decir que del periodo comprendido entre el 10/01/2019 al 29/01/2019, correspondiente a 20 días, fue pagado por la EPS SALUDTOTAL como consta en el folio 103 del expediente, puesto que, pagó la suma de \$550,520 que liquidado por el salario mínimo legal para este año que es de \$828.116, el cual dividido por 30 nos arroja un valor diario \$27.603,86 que multiplicado por 20 días da como resultado el equivalente a \$552.077, que es una suma que se asemeja a los \$550.520 pesos que le pagaron al accionante. En consideración a lo antes expuesto, en este punto se confirmará el fallo, ordenando el respectivo pago a Colpensiones a favor del actor.

### **8.11.-Conclusión**

Por considerar la Sala frente al primer problema jurídico la improcedencia de la acción de tutela para el reclamo del pago de 86 días de incapacidad por no haber hecho uso de este mecanismo dentro de un tiempo razonable. Así mismo, debido a la existencia de medios ordinarios para la solución de la controversia y no haberse acreditado la existencia de un perjuicio irremediable que conlleve la afectación del mínimo vital, por ser una situación

<sup>34</sup> <http://www.saludtotal.com.co/Documents/Radicacion-Prestaciones-Economicas-por-Internet.pdf>



13-001-33-33-006-2019-00122-01

pasada y superada, se revocará parcialmente la decisión, declarando que frente a esa petición la tutela no procede.

Sin embargo, referente al pago de las otras incapacidades que cumplen con el requisito de la inmediatez y que reflejan a futuro una posible amenaza de los derechos fundamentales del actor, se ordenará el pago a Colpensiones de los 10 días faltantes a los que está obligado y a SALUDTOTAL a pagar la incapacidad P8285203 del 1/03/2019 al 30/03/2019 y las que se siguieran causando:

De igual forma, para cumplir la orden anterior se conminará a TRANSPORTE MEDIA LUNA S.A a que realice los pagos al actor en oportunidad debida, en el mismo tiempo en que se le cancelaría su salario en caso en que estuviera trabajando por así ordenarlo la ley, y el incumplimiento de dicha normativa trae consigo la amenaza de los derechos del tutelante, en especial, el mínimo vital.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: REVOCAR** parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena, de fecha 5 de junio de 2019, en cuanto ordenó a SALUDTOTAL EPS el pago de 86 días de incapacidad determinadas en P7657480 del 15/ene/2018 al 13/feb/2018, P7707712 del 14/feb/2018 al 15/mar/2018, P7657489 del 16/marzo/2018 al 10/abr/2018 y en su lugar se niega el amparo por ser improcedente conforme a la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** lo atinente a la orden proferida sobre el pago a cargo de COLPENSIONES respecto a las incapacidades P8159830 del periodo comprendido entre el 31/12/2018 al 09/01/2019 por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**TERCERO: CONFIRMAR** lo atinente a la orden proferida sobre el pago a cargo de SALUDTOTAL EPS respecto a la incapacidad P8285203 del periodo comprendido entre el 01/03/2019 al 30/03/2019; así como el pago de las que siguieren generándose en caso de prórroga por lo considerado en la parte motiva de este fallo.



13-001-33-33-006-2019-00122-01

**CUARTO: ADICIONAR** en el sentido de conminar a TRANSPORTES MEDIA LUNA S.A. a que realice los pagos al actor en la oportunidad debida, en el mismo tiempo en que se le cancelaría su salario en caso de que estuviera trabajando por así ordenarlo la ley, y el incumplimiento de dicha normativa trae consigo la amenaza de los derechos del tutelante, en especial, el mínimo vital.

**QUINTO: NOTIFÍQUESE** a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y al Juzgado de Primera Instancia.

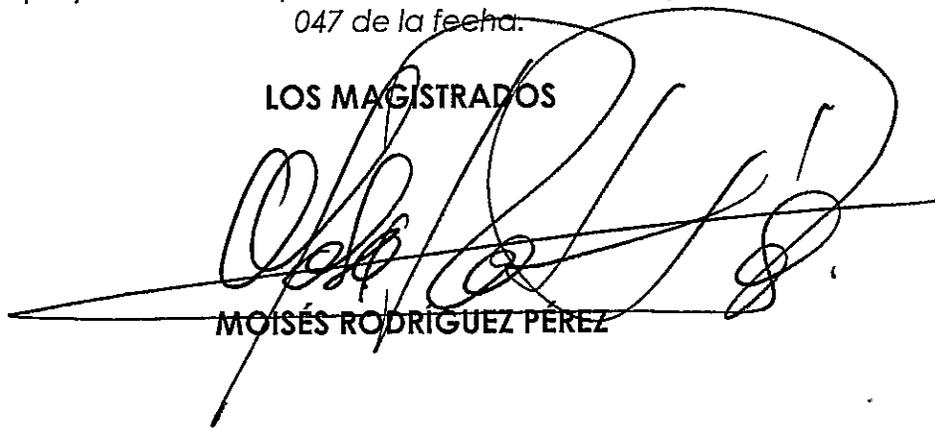
**SEXTO:** Por Secretaría del Tribunal, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de origen.

**SÉPTIMO: REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

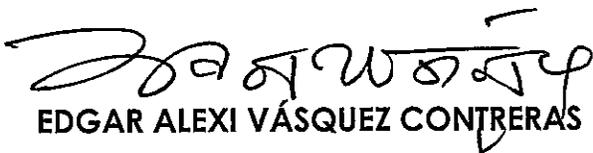
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 047 de la fecha.

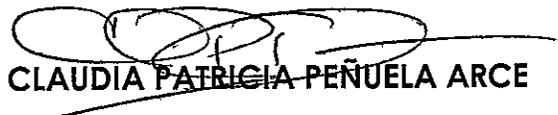
**LOS MAGISTRADOS**



**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**



**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS**



**CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE**

Acción	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-006-2019-00122-01
Accionante	RICARDO JOSÉ PUERTA CASTRO
Accionado	SALUDTOTAL EPS y OTROS
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Revocar parcialmente la sentencia de primera instancia por Improcedente al no cumplir con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.

