



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Décimo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías

SIGCMA

Barranquilla, Veintinueve (29) de Julio de dos mil veinte
(2020).-

Asunto: **ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA.**

Radicado: No. 2020-00031-00.

Accionante: EDGARDO VILLAMIL MERCADO

Accionada: SALUD TOTAL E.P.S.

OBJETO A DECIDIR:

Procede el Despacho a decidir dentro del presente procedimiento de tutela que invocara el señor EDGARDO VILLAMIL MERCADO, identificado con C.C. No. 8.723.566 contra SALUD TOTAL E.P.S, a fin de que se le protejan los derechos que considera vulnerados, consagrados en nuestra Constitución Política, como es el derecho fundamental mínimo vital, vida en condiciones dignas y seguridad social.

H E C H O S:

El actor, mediante escrito presentado a este despacho, manifiesta:

1. Que es una persona afiliada al sistema de seguridad social en salud a la EPS SALUD TOTAL EPS, en el régimen CONTRIBUTIVO.

2. Que es una persona que padece de INUFICIENCIA RENAL TERMINAL CRONICA con tratamiento de HEMODIALISIS tres (3) veces por semana, efectuados en la unidad renal FRESENIUS MEDICAL CARE, sede BOSTON; padezco de HIPERTENSION ARTERIAL CRONICA . Por estos motivos y por a ver sido incapacitado laboralmente por su médico tratante presento ACCION DE TUTELA, ya que resultaría desproporcionado presentar otra acción judicial que haga valer sus derechos con efectividad ya que SALUD total EPS omite de manera desmesurada y flagrante su deber legal y constitucional de reconocer y pagar sus incapacidades.

3. Que cotiza AL REGIMEN CONTRIBUTIVO como TRABAJADOR INDEPENDIENTE; el dinero que recibe es única y exclusivamente derivado por la ejecución de su labor; es quien le da el sustento a su familia y cubre los gastos integrales de su hogar. No cuenta con ayuda económica por fuera de los ingresos que recibe por la realización de su labor de trabajador INDEPENDIENTE. "BAJO LA GRAVEDAD DEL JURAMENTO Declara que sus únicos ingresos son los recibidos por su trabajo independiente. Convive con su conyugue y en los momentos actuales se encuentra desempleada; NO TIENE PENSION, SUBSIDIO ESTATAL, DISTRITAL O DEPARTAMENTAL y, NO recibe AYUDA DE NADIE.

4. Que a causa de su enfermedad renal ha tenido sendas complicaciones de su salud, es por ello que fue INCAPACITADO expidiéndosele dos (2) incapacidades; descritas así:

- Incapacidad mes de marzo 2020 x 30 días
- Incapacidad mes de abril de 2020 x 30 días

5. Que en aras de sus incapacidades presento en atención al cliente virtual de la EPS SALUD TOTAL, sus dos (2) incapacidades, las cuales fueron radicadas mediante No 05202021781 correspondiente al mes de marzo de 2020 y, el mismo día presente incapacidad del mes de abril de 2020, la cual fue radicada con el No 05202021842. Aclara al despacho, que en el registro virtual www.saludtotaleps.com , solo aparece registrada una incapacidad , la cual es el mes de marzo de 2020; sin embargo, la del mes de abril de 2020 no aparece reflejada, No entiendo porque.

6. Que han pasado dos meses y desde entonces, la EPS SALUD TOTAL, no da respuesta a su solicitud de reconocimiento y pago de sus dos incapacidades; máxime, no ha dado orden de pago a pesar de su estado de salud es deprimente, degenerativo y crónico;pues, su condición de salud No es óptima y, sin fuerzas E INCAPACITADO, no puede laborar normalmente.

7. Por ultimo alega al despacho que se ha cansado de llamar por teléfono y de ingresar a la página web de salud total, y aun NO SE DIGNA EN RESOLVER EL reconocimiento y pago de sus dos incapacidades, solo hace caso omiso. En los momentos actuales su condición de vida es deprimente, se ve lesionada psicológicamente y me asiste UN GRADO MODERADO DE DEPRESION que aqueja mi ser; adicional, me embarga una situación económica grave, no he podido laborar aun y desde que estoy incapacitado no he podido producir el sustento de cada día; ahora más grave desde que ha surgido la PANDEMIA DEL COVID 19. En consecuencia, solicita se amparen sus derechos fundamentales.

Se aporta como pruebas al expediente, las siguientes:

- Copia incapacidad mes marzo 2020
- Copia incapacidad mes abril 2020
- Copia historia clínica
- Copia radicación No. 05202021781 , 05202021842

CONTESTACIÓN.-

Al corrérsele traslado de los hechos que motivaron la presente acción de tutela la entidad **SALUD TOTAL E.P.S**, mediante escrito radicado a través del correo electrónico institucional j10pmgba@cendoj.ramajudicial.gov.co , el día 24 de julio de 2020, rinde sus descargos manifestando que:

SALUD TOTAL EPS-S S.A., se OPONE a las pretensiones de la presente acción, dado que el accionante cuenta con Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral superior al 50% lo que lo hace candidato a una pensión de INVALIDEZ, sin embargo, al no contar con pago de aportes a un Fondo de Pensiones, le corresponde asumir el riesgo que pudo asumir la AFP para su pensión.

Aduce al despacho, que se hace necesario que desde ya se determine si el actor cuenta con un trabajo, ¿por qué no cumple con el pago de los aportes a las distintas aseguradoras, ARL, AFP, sólo cotizando a EPS?

Continúa manifestando que al no contar el actor con un trabajo que le permite cumplir con el pago de los aportes, mucho menos tendría derecho al reconocimiento económico por incapacidades, siendo necesario que se inste al actor a que cumpla con el pago total de los aportes para que pueda acceder tanto a la Aseguradora de Riesgos Laborales como a la Administradora del Fondo de Pensiones, máxime cuando ya tiene el derecho a estar pensionado por invalidez, sin que la EPS de por vida pueda reconocer el reconocimiento y pago de incapacidades, ya que no existen posibilidades de recuperación por parte del actor.

Que con relación a la pretensión incoada por la parte actora en la presente acción de tutela, se remite el caso al área de **PRESTACIONES ECONÓMICAS DE SALUD TOTAL E.P.S S.A.**, quienes después de validar el historial del accionante de cara a lo solicitado, manifiestan: *Se verifica y **usuario independiente cuenta con PCL del 70.95% por parte de nuestra entidad, por lo tanto, no procede reconocimiento de las incapacidades solicitadas** ya que tiene derecho a su pensión de invalidez al no ser posible su recuperación.*

Que al no contar con Administradora del Fondo de Pensiones que permitiera su calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral, el accionante fue Calificado por SALUD TOTAL EPS-S S.A.

Que es evidente que el protegido cuenta con Pérdida de Capacidad Laboral mayor al 70%, razón por la cual es menester traer a colación el Artículo 38 de la Ley 100 de 1993, el cual versa: **ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ.** *Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral. (Negrilla fuera de texto).*

Que en ese sentido, para efectos de acceder a la pensión de invalidez, es necesario que la entidad encargada determine que el afiliado ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral y desde qué momento se configuró ése estado.

Que una vez se verifica que el afiliado es considerado legalmente inválido, la entidad a la cual estaba cotizando para pensiones en

la fecha en que se invalida, debe comprobar que se cumpla con el requisito de densidad de cotizaciones establecido en la ley vigente en la fecha en que se estructuró tal estado.

Que el reconocimiento económico de las prestaciones acaecidas está a cargo del fondo de pensiones, ya sea Col pensiones o los fondos privados de pensión, en fin, donde esté afiliada la persona.

Que el protegido no realizó las cotizaciones pertinentes al Fondo de Pensiones como requerimiento para ser acreedor de la pensión de invalidez a la cual, por su porcentaje de pérdida de capacidad laboral, tiene derecho. Razón por la cual, al no cumplir con ese requisito es él quien tiene que asumir el riesgo por el no pago de sus aportes, no la EPS.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS:

Competencia

Este despacho es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991.

El citado Artículo 86 de la Constitución Nacional, señala que el objeto de la acción de Tutela en una protección judicial inmediata de los Derechos constitucionales Fundamentales, ello sólo tiene justificación y prosperidad en cuanto en efecto se establece, dentro del procedimiento preferente y sumario, que la acción de la autoridad pública o de particulares en los casos previstos por la ley, cause verdadero agravio a tales derechos o los ponga en

Problema Jurídico.

Corresponde este Despacho determinar si existió, por parte de SALUD TOTAL E.P.S., violación de los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social del señor EDGARDO VILLAMIL MERCADO, al negar el reconocimiento y pago de las incapacidades medica laboral de fecha 01 de marzo de 2020 y 01 de abril de 2020, las cuales fueron expedidas por la Dra. INDRID BARRIOS MOLINA.

Para abordar el caso concreto, esta Judicatura hará un repaso de la jurisprudencia frente a temas como, (i) Marco normativo para el pago de las incapacidades laborales, (ii) Marco Jurisprudencial para el pago de las incapacidades laborales (iii) Procedibilidad de la acción de tutela para exigir el pago de incapacidades. (iv) Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de auxilio por incapacidad. Principio de subsidiariedad.- (ii) Reconocimiento y pago de licencias de maternidad, de forma excepcional, a través de la acción de tutela; para luego abordar el caso concreto.

I. Marco normativo para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales en enfermedades de origen común.

En primer lugar, es importante resaltar que la Ley 100 de 1993 en su artículo 206, establece que el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, reconocerá las incapacidades de origen común, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El auxilio por incapacidad se define como el reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que hacen las Entidades Promotoras de Salud - EPS, a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el tiempo que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual.

En tal sentido, durante los períodos de incapacidad derivada por enfermedad general, el afiliado cotizante percibe un auxilio monetario a cargo del SGSSS, que se liquida con base en el salario que devenga, a razón de las 2/3 partes por los primeros 90 días, y ½ por otros 90, de conformidad con lo establecido en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo.

De otra parte, en los incisos 5 y 6 del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 , que modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, a su vez modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, se establece: "(...) 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 (sic) 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..."

"Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto. (...)"

De conformidad con la normas en cita, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, **el reconocimiento y pago de incapacidades por contingencias de origen común, para los afiliados cotizantes es hasta por el termino de 180 días a cargo de la EPS,** y cuando exista concepto favorable de rehabilitación por parte de dicha entidad, la Administradora de Fondos de Pensiones - AFP 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 EPS, caso en el cual, se otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía percibiendo.

II. Marco jurisprudencial para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales en enfermedades de origen común.

Sobre el particular, cabe indicar que través de la aludida 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
<u>Día 3 a 180</u>	<u>EPS</u>	<u>Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013</u>
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

En cuanto a la asunción del pago de las incapacidades generadas entre el día tercero y el ciento ochenta, está previsto que las mismas, radican en cabeza de las Entidades Promotoras de Salud - EPS, así lo estableció la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-419 de 2015 y se explica de la siguiente manera:

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

De otra parte, **cuando antes de cumplir el día 180 de incapacidad, el concepto de rehabilitación del trabajador resulta desfavorable,** debe iniciarse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, situación que resuelve la Corte Constitucional, así:

"(...) Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. **Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad.** En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso. (Negrilla fuera de texto)

III. Procedibilidad de la acción de tutela para exigir el pago de incapacidades.-

La Constitución Política de 1991 previó a la acción de tutela como un mecanismo subsidiario, es decir, sólo podrá ejercerse en los eventos en que la persona que se sienta afectada en sus derechos fundamentales no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que ésta se utilice como un instrumento transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Debido a la subsidiariedad de este mecanismo de protección, la Corte ha sido enfática en señalar que dicha acción no puede ser interpuesta para reclamar el pago de prestaciones sociales, pues éstas son controversias que le corresponde resolver a la jurisdicción laboral. Así mismo, la seguridad social ha sido considerada "como un derecho social que no tiene aplicación inmediata"¹, por lo que las controversias que se generen sobre este tema se deben resolver por el juez ordinario.

Sin embargo, esta Corporación ha manifestado que la tutela puede proceder para reclamar prestaciones sociales, si se presentan ciertos supuestos 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 público².

Dentro de las prestaciones sociales se encuentra el reconocimiento y pago de incapacidades. Dicha prestación económica le es reconocida a los afiliados que han tenido una pérdida de capacidad temporal y, en consecuencia, no pueden desarrollar su oficio habitual.

La incapacidad puede ser generada por enfermedad común, o profesional o por un accidente laboral, en el primer caso, le corresponde asumir dicho pago a las Entidades Promotoras de Salud (EPS), en los dos últimos, a las Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP).

La corte, en reiterada jurisprudencia ha establecido que si bien, el pago de incapacidades es un derecho económico, la ausencia de su reconocimiento puede involucrar la vulneración de derechos fundamentales, sobre todo, cuando dicho pago constituye, para el afiliado, la única fuente de recursos

¹Corte Constitucional, Sentencia T-103 del 8 de febrero de 2008, MP. Jaime Córdoba Triviño.

²Corte Constitucional, Sentencia T-103 del 8 de febrero de 2008, MP. Jaime Córdoba Triviño.

*indispensables para atender las necesidades básicas, personales y familiares*³.

Entonces, siguiendo lo anterior, en los eventos en que la negativa de las EPS o las ARP, para reconocer y pagar las incapacidades otorgadas en virtud de una enfermedad común, profesional o accidente de trabajo, vulneren el mínimo vital del afiliado, la acción de tutela resulta procedente.

*Se ha reiterado por esta Corporación que el pago de las incapacidades laborales reemplaza el salario durante el tiempo en que el trabajador se encuentre retirado de su oficio cotidiano, por lo que, además de ser una forma de remuneración, es la garantía del derecho a la salud. Así se ha dicho en reiterada jurisprudencia al establecer que el pago de las i incapacidades "no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia."*⁴

IV. Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de auxilio por incapacidad. Principio de subsidiariedad.-

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas en Colombia, el cual solo procede cuando el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz. De igual manera, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 dispone que es causal de improcedencia de la acción la existencia de otros recursos o medios judiciales (numeral 1°).

Lo anterior encuentra fundamento en el principio de subsidiariedad, el cual implica que, *prima facie*, la acción de tutela no puede desplazar los recursos judiciales ordinarios de defensa de derechos fundamentales⁵, en tanto son los jueces naturales, los competentes para conocer y determinar los litigios propios de la jurisdicción ordinaria o la contencioso-administrativa, según el caso.

En virtud de tal principio, esta Corporación ha señalado que, de *manera general*, 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

³Corte Constitucional, Sentencia T-530 del 22 de mayo de 2008, MP. Rodrigo Escobar Gil

⁴Corte Constitucional, Sentencia T-311 del 15 de julio de 1996, MP. José Gregorio Hernández Galindo, reiterada en varias Sentencias como la T-956 del 7 de octubre de 2008, MP. Jaime Córdoba Triviño, T-680 del 4 de julio de 2008, MP. Nilson Pinilla Pinilla, T-530 del 22 de mayo de 2008, MP. Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

⁵ Sentencia T-480 de 2011. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

que los mismos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de los procesos laborales ordinarios.

En efecto, el artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó en cabeza de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, el conocimiento de *"las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos."*

Así mismo, la Corte 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 este tipo de solicitudes.

A pesar de lo expuesto, el mismo artículo 86 constitucional establece excepciones a la regla de improcedencia al señalar que el amparo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; o cuando el mecanismo del que se dispone no resulta idóneo y/o eficaz.

En otras palabras, se ha indicado que la acción de tutela procede para el reconocimiento de prestaciones laborales cuando: i) no existe otro medio de defensa judicial, o de existir, éste no es apto para salvaguardar los derechos fundamentales en juego; o ii) cuando se pruebe la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, con las características de grave, inminente y cierto, que exija la adopción de medidas urgentes y necesarias para la protección de derechos fundamentales.

Frente a la primera hipótesis, la jurisprudencia ha desarrollado algunos parámetros adicionales que permiten a los jueces establecer con mayor grado de certeza la idoneidad o no de los medios ordinarios⁶. En efecto, la edad, el estado de salud, las condiciones económicas, sociales y familiares son aspectos relevantes que se deben ponderar, cuando se exige a una persona asumir las complejidades propias de los procesos ordinarios, pues en algunos casos ello podría redundar en que la vulneración de un derecho fundamental se prolongue injustificadamente.

Adicionalmente esta Corporación ha resaltado que cuando se busca la obtención del dinero derivado de un auxilio por incapacidad laboral, el juez de tutela debe considerar que la ausencia o dilación injustificada de dichos pagos afecta gravemente la condición económica del trabajador, así como sus derechos al

⁶ Ver entre otras: T-333 de 2013 y T-721 de 2012, en ambas M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-404 de 2010, M. P. María Victoria Calle Correa y T-311 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández.

mínimo vital y a la salud, pues éste deriva su sustento y el de su familia de su salario, que es suspendido temporalmente en razón a una afectación de su salud. Así la mora en dichos pagos puede situar al reclamante en circunstancias apremiantes, que ponen en riesgo su subsistencia digna.

Aunado a lo anterior y frente a la hipótesis del perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha recalcado la necesidad de evaluar los siguientes rasgos (i) la inminencia, es decir, que la situación genera una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) la gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral sea de gran intensidad; (iii) la necesidad urgente de protección; y (iv) el carácter inaplazable de la acción de tutela para que realmente pueda garantizar el restablecimiento de los derechos fundamentales de manera integral.⁷

Por lo expuesto, si el juez verifica que el accionante se encuentra en alguna de tales hipótesis, debe considerar que la acción de tutela procederá, *"para remover los obstáculos que enfrentan quienes soportan circunstancias de debilidad manifiesta, reivindicar su derecho a la igualdad real y efectiva frente a quienes no padecen esas contingencias y materializar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad intrínsecos a la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, dentro del cual se inscribe el derecho a recibir oportunamente el pago de las incapacidades laborales"*⁸.

Así, teniendo en cuenta los anteriores presupuestos, habrá de verificarse si el caso analizado es de aquellos, de carácter excepcional, en los que procede la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de las incapacidades medico laborales.

V. Análisis del caso concreto.

El señor EDGARDO VILLAMIL MERCADO, quien actúa en nombre propio, pretende que le sean restablecidos sus derechos fundamentales, vulnerados por SALUD TOTAL E.P.S., al negar el reconocimiento y pago de las incapacidades medico laboral de fecha 01 de marzo de 2020 y 01 de abril de 2020, ambas por el termino de 30 días, las cuales fueron expedidas por la Dra. INDRID BARRIOS MOLINA, médica adscrita a la entidad Prestadora de Salud.

La entidad accionada, al corrérsele traslado de los hechos que motivaron la presente tutela, esta allegó a través correo institucional de este despacho j10pmgba@cendoj.ramajudicial.gov.co, escrito y pruebas documentales en fecha 24 de julio de la presente anualidad, donde rinde sus descargos, señalando en resumen que SALUD TOTAL EPS S.A., se OPONE a las pretensiones de la presente acción, dado que el

⁷ Esta doctrina ha sido reiterada en diversas ocasiones, ver, por ejemplo las Sentencias SU-544 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, T-1316 de 2001, M. P. (E) Rodrigo Uprimny Yepes, T-983-01, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

⁸ Sentencia T-333 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

accionante cuenta con Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral superior al 50% lo que lo hace candidato a una pensión de INVALIDEZ, sin embargo, al no contar con pago de aportes a un Fondo de Pensiones, le corresponde asumir el riesgo que pudo asumir la AFP para su pensión. Aduce al despacho, que al no contar el actor con un trabajo que le permite cumplir con el pago de los aportes, mucho menos tendría derecho al reconocimiento económico por incapacidades, siendo necesario que se inste al actor a que cumpla con el pago total de los aportes para que pueda acceder tanto a la Aseguradora de Riesgos Laborales como a la Administradora del Fondo de Pensiones, máxime cuando ya tiene el derecho a estar pensionado por invalidez, sin que la EPS de por vida pueda reconocer el reconocimiento y pago de incapacidades, ya que no existen posibilidades de recuperación por parte del actor. Por ultimo solicita que se deniegue la presente acción de tutela por improcedente.

Cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela

Legitimación por activa

La presente acción de tutela es presentada por el señor EDGARDO VILLAMIL MERCADO. Al respecto, la jurisprudencia de Corte ha señalado que existen diferentes formas para que se configure la legitimación por activa a saber: " a) cuando la interposición de la acción se realiza a través de apoderado judicial; b) cuando el que interpone la tutela es el representante legal, ya sea de una empresa o de un menor de edad, de un interdicto, etc.; c) cuando el afectado de manera directa propugna por sus derechos; d) y cuando se realiza a través de agente oficioso". (Subrayado y en negrilla del despacho).

Por lo anterior, el señor EDGARDO VILLAMIL MERCADO, se encuentra legitimado para presentar el amparo constitucional.

Legitimación por pasiva

La entidad SALUD TOTAL E.P.S, se encuentra legitimada como parte pasiva en la presente acción, en la medida en que se le atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales en discusión.

Inmediatez

Este requisito de Procedibilidad impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de sus derechos fundamentales⁹.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-682 de 2017.

En el caso concreto, se observa que en los días 01 de marzo y 01 de abril de 2020 al accionante, le fueron concedidas incapacidades laborales por 61 días, expedida por su médico tratante Dra. INDRID BARRIOS MOLINA, durante las sesiones de HOMODIALISIS en la entidad de salud FRESENIUS MEDICAL CARE, la E.P.S no ha cancelado el pago de la incapacidad médica que le corresponde periodo desde el 01 de marzo al 31 de marzo de 2020 y del 01 de abril al 30 de abril de 2020 y el día 16 de julio del mismo año presentó la tutela. Es decir, transcurrieron 3 meses entre un evento y otro, término que resulta prudente y razonable para reclamar la protección del derecho vulnerado.

Subsidiariedad

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela, como mecanismo de protección de derechos fundamentales, "sólo 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".

Tal como se desarrolló en marco jurídico de esta sentencia, la jurisprudencia constitucional, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de Ley 1751 de 2015, reconoce el carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud, por lo que es sujeto de protección directa por vía de acción de tutela en el evento en que se considere vulnerado o amenazado.

Dentro del material probatorio, se tiene que el señor EDGARDO VILLAMIL MERCADO, se encuentra afiliado al sistema general de seguridad social en salud, en calidad de COTIZANTE a través de SALUD TOTAL E.P.S., desde el día 14 de octubre de 1998 hasta la fecha actual, perteneciente al Régimen contributivo, situación que advirtió la entidad accionada en su escrito contestatorio manifestando que en la actualidad se encuentra en estado ACTIVO.¹⁰

Se entiende entonces que desde la fecha de expedición de la primera incapacidad medica laboral, esto es, 01 de marzo de 2020 hasta la fecha 31 de marzo de 2020 y de la segunda incapacidad medica laboral, esto es, 01 de abril de 2020 hasta la fecha 30 de abril de 2020, se le hace exigible a la entidad de salud accionada SALUD TOTAL E.P.S el pago total de esos 61 días de incapacidad laboral, de acuerdo a las incapacidades médicas, expedidas por médica tratante. Ahora, tal como se relaciona, que el actor se encuentra afiliado en calidad de cotizante y en estado activo a la entidad demandada, por lo que a la fecha actual de esta providencia ha transcurrido un lapso de tiempo más que suficiente para que la entidad accionada le haya cancelado al actor la incapacidad medica generada por la patología que padece INSUFICIENCIA RENAL TERMINAL y DIABETES MELLITUS TIPO 2. Lo que denota que la EPS no ha actuado bajo los principios de eficiencia y universalidad, en razón a que el servicio público esencial de

¹⁰ Certificado del ADRES y certificado de afiliación a COOMEVA E.P.S adjuntos a la acción Constitucional.

seguridad social se prestará con sujeción a esos principios, amén que la actora reclamó el pago de la misma.

Revisada la situación fáctica, se avizora que al señor EDGARDO VILLAMIL MERCADO, su médico tratante le ha prescrito incapacidades en distintos períodos, acumulando un total sesenta y un (61) días de incapacidad laboral después de su última cita de control con el médico tratante, en donde le tratan las patologías que padece "INSUFICIENCIA RENAL CRONICA TERMINAL y DIABETES MELLITUS TIPO 2", mediante tratamiento con hemodiálisis, tres sesiones por semana (LUNES - MIERCOLES - VIERNES), durante 4 horas, en forma permanente.

Esta Judicatura al realizar un análisis jurídico para establecer si el accionante tiene o no derecho al reconocimiento de las incapacidades generadas por la enfermedad que padece el actor. En primer término, se tiene que el actor EDGARDO VILLAMIL MERCADO, que viene padeciendo una terrible enfermedad como es "INSUFICIENCIA RENAL CRONICA TERMINAL y DIABETES MELLITUS TIPO 2", debido a ello, le fueron expedidas dos(2) incapacidades laborales, a discreción exclusiva de la médico tratante y que atendiendo su criterio médico y científico consideró que el actor durante dicho periodo no se encontraba apto para trabajar, y que las entidades accionadas se niegan a reconocer.

Ahora bien, la entidad accionada SALUD TOTAL E.P.S en su contestación, alega que el señor EDGARDO VILLAMIL MERCADO no tiene derecho al reconocimiento y pago de dicho auxilio económico, dado que ya había sido calificado con un porcentaje de PCL del superior al 70%, situación que lo convertía en candidato a ser pensionado por invalidez y que quien tenía que asumir dicho pago era la Administradora de Fondo de Pensiones (AFP) y que esa entidad promotora de salud no había corrido traslado a la AFP, porque el accionante no estaba cotizando al sistema de seguridad social en pensión.

Esbozado lo anterior, este despacho judicial estima que la entidad SALUD TOTAL E.P.S, le da una interpretación errada a la norma al asegurar, que omite una obligación legal imperativa de pagar desde el día 3 hasta el día 180 de las incapacidades laborales que se le expidan al actor, establecida en el Art. 1° del Decreto 2943 del 2013, con el convencimiento equivocado de que ya fue calificado por esta entidad con un porcentaje de PCL superior al 50% e indica que con dicha calificación se hace candidato a pensionarse por invalidez, e indica, sin demostrarlo con prueba siquiera sumaria, que el actor no cuenta con AFP, razón por la cual no puede continuar con el proceso establecido en la ley, y tampoco garantizarle el pago del AUXILIO ECONOMICO de los 61 días que el actor estuvo incapacitado, a pesar de que evidentemente la duración de dichas incapacidades son inferiores a los 180 días máximo que puede sufragar. Toda vez, que para exigirle el pago del SUBSIDIO DE INCAPACIDAD a la Administradora de Fondo de Pensiones, debe haber un concepto favorable de

rehabilitación y seguir el tramite establecido en el inciso 6 del Art. 142 del Decreto 019 de 2012.

En el caso bajo estudio, se observa que existe un concepto desfavorable de rehabilitación por parte de la E.P.S y antes de cumplirse con el término de 180 días de incapacidad, razón por la cual el actor fue calificado en primera oportunidad por la entidad promotora de salud accionada, tal como lo establece el inciso 2° del Art. 142 del Decreto 019 del 2012 que dice *"...Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, **y a las Entidades Promotoras de Salud EPS**, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias.."* Negrilla del despacho.

Es de indicar, que el hecho de que la calificación de PCL del actor haya arrojado un porcentaje superior al 50%, no es óbice para sustraerse de la obligación del reconocimiento y pago de la incapacidades desde el día 3 hasta los 180 días. Vale la pena recordar que en este momento el afiliado se encuentra en una situación de debilidad manifiesta y por tanto se le debe garantizar la estabilidad laboral reforzada por parte de la entidad a la cual se encuentra afiliado en salud y esta no debe estar pensando en una PENSION POR INVALIDEZ para el señor VILLAMIL MERCADO, donde primero, es un futuro incierto dado que no es suficiente el concepto de PCL, sino también el cumplimiento de otros requisitos legales, y segundo no es esta entidad la que le compete el reconocimiento o no de la pensión de invalidez, simplemente se debe concentrar en reconocer incapacidades medico laborales que le sean expedidas a los cotizantes independientes, como es el presente caso, hasta los 180 días de cese de labores.

Se deja sentado, que en el presente caso no se probó por parte de la entidad accionada SALUD TOTAL E.P.S el reconocimiento y pago de otras incapacidades laborales en diferentes fechas, que sumados sus días arrojaran un total superior a los que por ley le corresponden, por lo que para la Judicatura, estos serían los primeros 61 días de incapacidad laboral por enfermedad común que se le conceden al señor EDGARDO VILLAMIL MERCADO en su calidad de afiliado y accionante, razón más que suficiente para concluir que responsabilidad del pago del auxilio económico generado durante el tiempo comprendido desde el 01 al 31 de marzo de 2020 y 01 al 30 de abril de 2020, recae única y exclusivamente, en la Entidad Promotora de Salud a la que se encontraba afiliado, durante ese periodo, que según el certificado ADRES corresponde a la aquí accionada SALUD TOTAL E.P.S.

En resumidas cuentas, se tiene que el pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, 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**.

De otra parte, se insiste en que con relación 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.***

En este sentido, el Despacho encuentra que existe en el presente caso una flagrante vulneración al mínimo Vital, es de anotar, que como Juez Constitucional es obligación velar por si existe afectación de dicho derecho. Al respecto, la Corte ha precisado que: "la persona humana, en sí misma considerada, requiere de los recursos materiales mínimos para asegurar su subsistencia. Siendo el ejercicio del derecho al mínimo vital algo personal, la caracterización de este derecho como uno colectivo, cuya titularidad estaría en cabeza de la familia, es errónea. Si bien el mínimo vital de una persona depende de si tiene personas a su cargo o no, lo cierto es que el alcance del mínimo vital esto es si cubre también las necesidades de la familia - no debe confundirse con el carácter individual o colectivo del derecho mismo."¹¹

De acuerdo a las pruebas existentes dentro de la acción se tiene que efectivamente existen unas incapacidades que al sumarlas generan un total de **61 días**, en atención a ello la acción de tutela es procedente, en este caso, para solicitar el pago de las incapacidades laborales, tal y como lo señalan los Requisitos Jurisprudenciales. i. en primer lugar, porque de acuerdo con lo narrado por el actor, se encuentra padeciendo una penosa situación, ya que su única fuente de ingreso era su salario. Como está incapacitado para prestar el servicio personalmente de manera independiente, las incapacidades laborales son ahora su única fuente de ingreso. II. En segundo lugar, porque las incapacidades son también fuente de ingreso para su familia. iii. En tercer lugar, porque la entidad accionada SALUD TOTAL E.P.S no demostró que el peticionario contara con otras posibilidades de percibir recursos para

¹¹ Sentencia de Tutela 445/2009. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

sufragar los gastos mínimos que le permitan sobrellevar, a él y a su familia, una vida en condiciones dignas.

En estas circunstancias, la tutela no se orienta simplemente a garantizar un derecho legal, como es el de obtener el pago de las incapacidades laborales debidas, sino el derecho que tienen el señor EDGARDO VILLAMIL MERCADO y su familia a satisfacer las necesidades básicas incuestionables más elementales de un ser humano, como son la alimentación, el aseo, la vivienda digna y la salud. En ese sentido, la tutela se orienta, además, a evitar de manera urgente un perjuicio inminente, grave e impostergable, como es el de que un grupo de personas se vea privado de las condiciones mínimas para tener una existencia aceptable.

Para el Despacho es claro que ha existido por parte de la EPS desconocimiento para el pago de las incapacidades ya que hasta la fecha aún no ha generado el pago al actor lo cual es indispensable para cubrir las necesidades de su familia. Es por ello que esta judicatura, determina que si bien Gesta acción de tutela, lo que se pretende es una prestación económica, la negación por parte de la entidad accionada, está vulnerando los derechos fundamentales de la señor EDGARDO VILLAMIL MERCADO, pues la única fuente de ingreso de éste es lo que recibe como producto de su trabajo, por lo que tal negación le está ocasionando un grave perjuicio, ya que la ausencia de recursos está impidiendo satisfacer sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar, los cuales son sujetos de especial protección constitucional.

Se colige entonces, que la entidad accionada debe reconocer y pagar oportunamente las prestaciones económicas que se hicieron exigibles con las incapacidades medico laborales generadas por los padecimientos y malestares de la grave enfermedad que soporta el actor y que fueron suscritas por su medica tratante y que se liquidaran con base en el salario que devenga, de conformidad con lo establecido en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, por consiguiente, la tutela impetrada por el señor EDGARDO VILLAMIL MERCADO, está llamada a prosperar porque se dan los requisitos legales y Jurisprudenciales para ello. Por lo que el Despacho tutelaré el derecho solicitado y consecuentemente se ordenará al Representante Legal y/o Gerente de la entidad accionada SALUD TOTAL E.P.S. para que dentro de las (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda si aún no lo ha hecho, cancelar al señor EDGARDO VILLAMIL MERCADO, el valor correspondiente de la incapacidad laboral comprendida desde el 01 de marzo de 2020 al 31 de marzo de 2020 y del 01 de abril de 2020 al 30 de abril de 2020, para un total de 61 días, las cuales fueron expedidas por la Dra. INDRID BARRIOS MOLINA; So pena de incurrir en desacato.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO PENAL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS**, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de Ley,

RESUELVE:

Primero: TUTELAR los derechos fundamentales al MINIMO VITAL y SEGURIDAD SOCIAL incoados por el señor EDGARDO VILLAMIL MERCADO, contra SALUD TOTAL E.P.S, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: ORDENAR al Representante Legal y/o Gerente de la entidad accionada SALUD TOTAL E.P.S, para que dentro de las (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda si aún no lo ha hecho, cancelar al señor EDGARDO VILLAMIL MERCADO, el valor correspondiente de la incapacidad laboral comprendida desde el 01 de marzo de 2020 al 31 de marzo de 2020 y del 01 de abril de 2020 al 30 de abril de 2020, para un total de 61 días, las cuales fueron expedidas por la Dra. INDRID BARRIOS MOLINA.

Tercero: Prevenir a la accionada para que se apreste a cumplir con lo aquí resuelto en forma inmediata, so pena de incurrir en desacato.

Cuarto: Por Secretaria General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Quinto: De no ser impugnado el presente fallo se remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
NINFA INÉS RUIZ FRUTO
JUEZ

Firmado Por:

Ninfa Ines Ruiz Fruto

JUEZ

**JUZGADO 010 MUNICIPAL PENAL CONTROL DE GARANTIAS DE LA CIUDAD
DE BARRANQUILLA-ATLANTICO**

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:
**5162b2968c9cbb8b2b4e51ba8f5224817b4a875f052ba69eea67b9ef65c3a3
26**

Documento generado en 29/07/2020 01:42:38 p.m.