



RAD. 08-001-41-89-011-2021-00887-00
ACCION DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA
ACCIONANTE: RAFAEL EDUARDO CERA ALCALA
ACCIONADO: SALUD TOTAL E.P.S.

BARRANQUILLA, ENERO CATORCE (14) DEL DOS MIL VEINTIDOS (2022).

ASUNTO A TRATAR

Procede este despacho a decidir el recurso de impugnación interpuesto por el accionante contra el fallo de tutela de fecha Nueve (09) de Noviembre de 2021, proferido por el Juzgado Once de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Barranquilla, dentro de la acción de tutela de la referencia, en contra de **SALUD TOTAL E.P.S.** por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales al Debido Proceso, Dignidad Humana, Seguridad Social, Petición e Igualdad.

ANTECEDENTES

El accionante expresa como fundamento de la presente acción constitucional, los hechos que se resumen a continuación:

Manifiesta la apoderada judicial que el señor **RAFAEL EDUARDO CERA ALCALÁ** que se encuentra afiliada a **SALUD TOTAL E.P.S. S.A.**, como cotizante dependiente desde el año 2008, que le fue diagnosticado **SINDROME MIOLODISPLACICO SIN OTRA ESPECIFICACIÓN**, desde el 13 de noviembre de 2018 y posterior a ello se adicionó el diagnóstico de **TRASTORNO DE LA PIEL Y TEJIDO SUBCUTANEO NO ESPECIFICADO**, el 30 de agosto de 202. Que, en ejercicio del derecho de petición, el 18 de diciembre de 2020, solicitó a **SALUD TOTAL E.P.S.** el pago de las incapacidades generadas al actor, por los meses de mayo a diciembre de 2020, es decir aquellas que superaron los primeros 540 días de incapacidad, solicitud que fue negada por la accionada, mediante comunicado del 5 de mayo de 2021.

Manifiesta la apoderada que la **E.P.S.** al momento de resolver la solicitud, negó el pago de las incapacidades aduciendo que no le correspondía el pago de las incapacidades generadas a partir del día 181, siendo que el periodo solicitado corresponde a las incapacidades generadas con posterioridad a los 540 días.

Manifiesta la apoderada que por lo que considera que la petición del 18 de diciembre de 2020 no ha sido resuelta de fondo.

Como también manifiesta la apoderada que el sistema de la de la página web de la accionada no puede el actor radicar las incapacidades que se han ido generando, por lo que no han sido reconocidas las incapacidades otorgadas al

actor desde el 6 de junio de 2020 al 28 de octubre de 2021, vulnerando los Derechos Fundamentales al Debido Proceso, Dignidad Humana, Seguridad Social, Petición e Igualdad.

PRETENSION

Por lo anterior solicito que se amparen los Derechos Fundamentales anunciados, ordenando a **SALUD TOTAL E.P.S. S.A.** el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas al señor **RAFAEL EDUARDO CERA ALCALÁ** entre el 6 de junio de 2020 al 28 de octubre de 2021.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Barranquilla, a través de fallo de tutela con fecha 09 de Noviembre de 2021, decidió en primera instancia que:

PRIMERO. TUTELAR Derechos Fundamentales al Debido Proceso, Dignidad Humana, Seguridad Social Y Petición del señor **RAFAEL EDUARDO CERA ALCALÁ**, vulnerados por **SALUD TOTAL E.P.S.** representada en el presente tramite por **DIDIER ESTHER NAVAS ALTAHONA**, quien haga sus veces, por las razones consignadas en la parte motiva del presente fallo.

PRIMERO. En consecuencia, a efectos de materializar dicho amparo se ordena a las accionadas, que en el término perentorio de cuarenta y ocho horas (48) contadas a partir de la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, liquide y pague al accionante la totalidad de las incapacidades laborales generadas desde el 6 de junio de 2020 al 28 de octubre de 2021, y las que eventualmente le genere su médico tratante, so pena de incurrir en Desacato.

SEGUNDO. ORDENAR a **SALUD TOTAL E.P.S.**, que habilite el portal web, a fin de que el señor **RAFAEL EDUARDO CERA ALCALÁ**, pueda cargar sus incapacidades para el posterior reconocimiento y pago por parte de la accionada.

TERCERO. ORDENAR a **SALUD TOTAL E.P.S.** para que dentro del término perentorio de cuarenta y ocho horas (48) contadas a partir de la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, proceda resolver de fondo y comunicar materialmente lo resuelto a la petición del 18 de diciembre de 2020 al señor **RAFAEL EDUARDO CERA ALCALÁ**, so pena de incurrir en desacato.

COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1.991, este Despacho Judicial, resulta competente para conocer del amparo invocado, por ocurrir en esta ciudad los hechos que la motivan, lugar donde este Juzgado ejerce su Jurisdicción Constitucional.

LA ACCIÓN DE TUTELA Y SU PROCEDENCIA.

El artículo 86 de la carta Política consagra “que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar mediante un procedimiento preferente y sumario por sí misma o por quien actué a su nombre la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de cualquier autoridad.”

“... esta acción solo procederá cuando el interesado no tenga otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable...”

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

PROBLEMA JURÍDICO. –

Se trata en esta oportunidad de establecer si debe revocarse o no el fallo de primera instancia proferido en fecha 09 de Noviembre de 2021, por el Juzgado Once de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Barranquilla, para lo cual deberá analizarse si en este caso hubo vulneración a los derechos alegados por el accionante.

La presente acción se impulsó debido a que el accionante considera que **SALUD TOTAL E.P.S. S.A** está vulnerando sus derechos constitucionales Debido Proceso, Dignidad Humana, Seguridad Social, Petición e Igualdad.

Conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Constitución Nacional es deber del Estado proteger de manera especial, a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

Ahora, dentro de nuestro ordenamiento jurídico las incapacidades se han clasificado en tres (3) tipos:

1.- Incapacidad Temporal: cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología.

2.- Incapacidad Permanente Parcial, cuando se presenta una disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, e,

3.- Incapacidad Permanente (o Invalidez), cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%.

Atendiendo las particularidades de este caso, traemos a colación pronunciamiento de la, la Corte Constitucional en sentencia T 199 de 2017:

5.3. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional fijó las reglas que deben seguirse en materia de reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común, de la siguiente manera:

“-El pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días corre por cuenta del empleador (Decreto 1049 de 1999, artículo 40, parágrafo 1°).

- Las incapacidades por enfermedad general que se causen desde entonces y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Ley 100 de 1993, artículo 206). En todos los casos, corresponde al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 121).

- La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación. El mencionado concepto deberá ser enviado a la AFP antes del día 150 de incapacidad (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 142).

- Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Decreto 2463 de 2001, artículo 23).

- Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.

- Si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad". 1 (Subraya del juzgado)

Tratándose de las incapacidades posteriores a los 540 días, la jurisprudencia de la Corte Constitucional² ha manifestado lo siguiente:

“En este caso, la Corte concluyó que la obligación de reconocer y pagar las incapacidades posteriores al día 540 estaba a cargo de las EPS, en virtud de la Ley 1753 de 2015. En tal sentido, estableció tres reglas para la aplicación de este mandato que, en términos generales, son las siguientes: (i) existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%; (ii) el deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y (iii) la referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad”

Así mismo en sentencia T-200/2017 la Corte Constitucional concluyó:

“En el citado fallo, la Corte Constitucional entendió que “la regla actual de incapacidades que superan 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, es que deben asumirlas las EPS”. De este modo, consideró que mediante la Ley 1753 de 2015 se superó el déficit de protección que había sido evidenciado por la jurisprudencia constitucional anterior a su vigencia.”

CASO CONCRETO

En este caso como arriba se indicó, el accionante manifiesta que **SALUD TOTAL E.P.S. S.A.**, está vulnerando sus derechos constitucionales Debido Proceso, Dignidad Humana, Seguridad Social, Petición e Igualdad.

Una vez revisado las pruebas aportas dentro de esta acción de tutela este despacho pasa a revisar las mismas evidenciando que la entidad accionada, según el informe rendido advierte este despacho que toda vez si es cierto la existencia de un conflicto entre las partes actoras dentro de esta acción de tutela,

¹ Sentencia T-333 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), reiterada entre otros en los fallos T- 245 de 2015 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-364 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez).

² Corte Constitucional Sentencia T-114/2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia T-200/2017 M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

cabe recalcar que la parte accionada alega el hecho de el accionante no se encuentra afiliado a ningún Fondo de Pensiones y que la entidad no le corresponde el pago de dicha obligaciones.

Se aprecia que el régimen de incapacidades implica la intervención de la Administradora del Fondo de Pensiones.- En este caso tenemos una situación muy particular en la cual el cotizante independiente al Régimen de Seguridad Social en Salud, no se ha afiliado a un fondo de pensiones.-

Se trata pues de una situación incierta, en la medida en que se ha excluido del trámite de reconocimiento y pago de incapacidades a uno de los actores claves como lo son las administradoras de fondos de pensiones.-

Acerca de la incertidumbre del derecho traído a tutela, en la la Sentencia T- 308 de 19993, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte Constitucional, precisó:

*“... La improcedencia de la acción de tutela para el pago de acreencias laborales y pensionales, es la regla general, por la existencia de mecanismos judiciales de defensa distintos de esta acción, que permiten la satisfacción de esta pretensión (T- 246 de 1992, T-063 de 1995; 437 de 1996, T- 01, T- 087, T-273 de 1997, T- 11, T- 75 y T-366 de 1998, entre otros). Sin embargo, cuando la cesación de pagos representa para el empleado como para los que de él dependen, **una vulneración o lesión de su mínimo vital**, la acción de tutela se hace un mecanismo procedente por la inidoneidad e ineficacia de las acciones ante la jurisdicción laboral para obtener el pago de salarios y mesadas pensionales futuras, que garanticen las condiciones mínimas de subsistencia del trabajador o pensionado (sentencias T- 246 de 1992, T-063 de 1995; 437 de 1996, T- 01, T- 087, T-273 de 1997, T- 11, T- 75 y T-366 de 1998, entre otras)”.*

No obstante, ha de recordarse que la procedencia excepcional del amparo no se traduce en que el juez de tutela pueda ordenar el pago de un derecho incierto y discutible, puesto que como reiteradamente lo ha precisado esta Corporación, ese tipo de determinaciones escapan de la órbita constitucional, dado que ello equivaldría a que el juez constitucional interviniera en una discusión de rango legal que por su naturaleza debe resolverse en la jurisdicción competente.

Sobre este tópico esta Corporación, entre otras en la Sentencia T-1683 del 7 de diciembre de 2000⁴ ha explicado que: “(...)la acción de tutela sólo procede para el pago de derechos económicos, cuyo carácter cierto e indiscutible evidencia la transgresión de derechos fundamentales. En efecto, la Corte ha dejado en claro que no es posible conceder el pago de salarios o de mesadas pensionales cuando se discuten los montos o cuando aquellos no han sido expresamente reconocidos, en razón a que aquellas pretensiones deben exigirse en la justicia ordinaria laboral.”

De esta manera, es claro que para que el juez de tutela pueda impartir una orden, en tratándose de solicitudes de protección constitucional para lograr el amparo de derechos como el mínimo vital, es requisito

³ En esta ocasión la Corte Constitucional estudió el caso de retraso en el pago de salarios y pensiones que desconocían el mínimo vital de los peticionarios.

⁴ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

*indispensable que el accionante pruebe que existe un título cierto e indiscutible que comprometa a la entidad obligada y que haga patente el derecho concreto reclamado por el solicitante.*⁵

Es claro entonces que la falta de certeza en el derecho a recibir la incapacidad por parte del accionante, ante una situación no consagrada expresamente en la norma, cual es la falta de afiliación del accionante a un fondo de pensiones, hacen imposible amparar el derecho por vía de tutela, debiendo acudir a los medios de defensa ordinarios que son los idóneos en esta tipo de eventos, razón por la cual la orden tutelar que ordena el pago de las incapacidades debe ser revocada.

Con base en las consideraciones expuestas, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Oralidad de Barranquilla, administrado justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la parte resolutive del fallo de tutela de fecha 09 de Noviembre de 2021 proferido por el Juzgado Once de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Barranquilla, el cual quedará así:

Primero. . TUTELAR el Derecho Fundamental de Petición del señor RAFAEL EDUARDO CERA ALCALÁ, vulnerado por SALUD TOTAL E.P.S. representada en el presente tramite por DIDIER ESTHER NAVAS ALTAHONA, y NEGAR el amparo del derecho a la SEGURIDAD SOCIAL.

SEGUNDO: REVOCAR, el numeral primero repetido en la parte resolutive del fallo impugnado que ordena a la ACCIONADA a liquidar y pagar al accionante la totalidad de las incapacidades laborales generadas desde el 6 de junio de 2020 al 28 de octubre de 2021, y las que eventualmente le genere su médico tratante

TERCERO: REVOCAR, el numeral segundo de la parte resolutive del fallo impugnado.

CUARTO: Notifíquese a las partes por el medio más expedito.

QUINTO: REMITIR la presente acción de tutela a la **CORTE CONSTITUCIONAL**, para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Firmado Por:

**Javier Velasquez
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 004
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

⁵ Sentencia T-001 del 21 de enero de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-218 del 21 de marzo de 2002 M.P. Alvaro Tafur Galvis

Tutela 2da – Rad: 080014189011202100887 – Fallo Tutela

Código de verificación:

f4aa20c4e008d000d55ae819e8bc961f925e2d12306f0fe057264602ac09e402

Documento generado en 14/01/2022 06:29:09 PM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**