



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE BUGA, VALLE.

Acción de Tutela:

Radicado: 76-111-40-03 -001- 2020-000109-00

Accionante: MARIA CLAUDIA RIOS FRANCO.

Accionado: EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SOS REGIMEN CONTRIBUTIVO

Providencia: SENTENCIA TUTELA 1ª INSTANCIA

FALLO DE TUTELA No. T- XXXX

Guadalajara de Buga Valle, treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020)

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a emitir la sentencia de primera instancia que en derecho corresponda en el trámite de **ACCIÓN DE TUTELA** promovida por la señora **MARIA CLAUDIA RIOS FRANCO** contra **EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.O.S. REGIMEN CONTRIBUTIVO**, por la presunta violación a los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social.

2. ANTECEDENTES

2.1 HECHOS:

La señora **MARIA CLAUDIA RIOS FRANCO**, refiere que se encuentra afiliada en Seguridad Social en Salud a la **EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SOS REGIMEN CONTRIBUTIVO**, actualmente como cotizante “independiente”.

Que a causa de un evento médico de insuficiencia cardiaca, el día 21 de agosto de 2019, el médico tratante le generó incapacidad de diecinueve días, prorrogando la misma desde el 09 de septiembre de 2019, y generándole una segunda prórroga a partir del 24 del mismo mes y año, cada prórroga por 15 días, las que fueron presentadas ante la EPS, sin que a la fecha hayan sido canceladas.

Refiere, además que por causa de otro evento medido, **-tumor maligno de mama-** el día 09 de marzo de 2020, el médico tratante le expidió incapacidad por 30 días, misma que fue radicada ante la EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SOS, la que fue negada bajo el argumento de existir periodos sin pago por el aportante.

2.2. PRETENSIONES:

Con fundamento en los anteriores hechos, solicita la accionante se tutelen los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, en consecuencia, se ordene a la entidad **EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SOS -REGIMEN CONTRIBUTIVO-**, pagar la incapacidad médica que por ley le corresponde.

2.3. ACTUACIÓN PROCESAL:

La acción de tutela fue presentada por la accionante el 20 de abril de 2020, siendo admitida mediante auto interlocutorio No 590 del 20 de abril de la presente anualidad, mediante el cual se dispuso la vinculación de las entidades **SERVICONS CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO SAS, ASECON ING SAS, PAGOSIMPLE** y al **MINISTERIO DE TRABAJO**, con quienes se surtió la notificación a través de correo electrónico, concediéndoles término de dos (02) días para ejercer su derecho de defensa.

El **MINISTERIO DE TRABAJO**, se pronuncia en el sentido que de conformidad a lo establecido en el artículo 13 del decreto 2591 de 1991, al no ser dicho organismo de gobierno interviniente en la presente actuación, se abstiene de hacer algún pronunciamiento sobre los hechos y pretensiones.

EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SOS REGIMEN CONTRIBUTIVO, sostiene que la accionante se encuentra afiliada en calidad de trabajador dependiente, que referente a las incapacidades prescritas el 21/08/2019 al 08/09/2019, del 09/09/2019 al 23/09/2019, no guardan una congruencia razonable de tiempo con la fecha en la que se formuló la presente acción de tutela, pues ha transcurrido un lapso de tiempo de siete meses aproximadamente desde la fecha de expedición de la primera y la última de ellas siendo evidente que la accionante dejó transcurrir un plazo más que prolongado para su solicitar su pago.

Además de lo anterior, refiere que, frente a las referidas incapacidades médicas, la accionante instauró acción de tutela por los mismos hechos, pretensiones y diagnósticos, lo que fue dirimido por el **Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Buga**, negando las pretensiones de dicha acción constitucional, por lo que se está frente a una actuación temeraria. - **Insertando pantallazo de lo enunciado-**.

Que frente a las pretensiones del reconocimiento de la incapacidad médica iniciada el 24/09/2019 al 08/10/2019 por 15 días, a la fecha de inicio de la misma se encontraba afiliada como cotizante dependiente, siendo empleador la entidad **SERVICONS CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTOS SA**, la que se encuentra rechazada por mora en el pago de los aportes por parte del empleador. -**anexando pantallazo de lo enunciado-**.

Por ultimo refiere, que la incapacidad iniciada el 09/03/2020 por 30 días, a la fecha de inicio de la misma se encontraba afiliada como cotizante dependiente, siendo empleador la entidad **ASECON ING SAS**, la que se encuentra rechazada por mora en el pago de los aportes por parte del empleador. -**anexando pantallazo de lo enunciado-**.

Que, dada la negligencia del patrono frente al cumplimiento de sus obligaciones, se debe vincular al presente trámite al **MINISTERIO DEL TRABAJO**.

Que según concepto técnico del área de medicina del trabajo, el pago de la incapacidad a los afiliados cotizantes, que disfrutan de la licencia con la misma periodicidad de su nómina y por la parte causada, correspondiendo al empleador adelantar las gestiones pertinentes, sin que en ningún caso esta carga pueda ser trasladada al afiliado.

Conforme a dicha contestación este despacho mediante providencia del 27 de abril de la presente anualidad, dispuso librar oficio con destino al **Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Buga**, a fin de que allegaran copia de la sentencia de tutela No **004 del 17 de enero de 2020** y de la segunda instancia si fuere el caso, dentro de la acción de tutela adelantada por **MARIA CLAUDIA RIOS FRANCO** identificada con C.C 38.864.594, contra **EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SOS REGIMEN CONTRIBUTIVO**, con radicación 2019-00256-00, lo que efectivamente se cumplió.

Es de anotar que las entidades vinculadas **SERVICONS COSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTO SAS, ASECON ING SAS y PAGOSIMPLE**, pese a haber sido notificadas en debida forma, no se pronunciaron sobre los hechos, en consecuencia, si pudiere ser del caso, este despacho procederá de conformidad con el art 20 del decreto 2591 de 1991 que dice ***“si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”***.

Cumplido el trámite de rigor se procede a resolver la súplica constitucional conforme a las siguientes:

3. CONSIDERACIONES:

3.1. COMPETENCIA:

Este Despacho es competente para conocer en primera instancia de la presente Acción de Tutela, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y del Decreto 2591 de 1991, artículo 37, reglamentado por el Decreto 1382 de 2000, artículo 1º, compilado en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015 Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, modificado por el Decreto 1983 de 2017 referentes a las reglas de reparto de la acción de tutela, en atención al lugar donde se produce la eventual vulneración de derechos y a la naturaleza jurídica de las entidades accionadas.

3.2. EFICACIA DEL PROCESO:

En el presente caso se encuentran reunidos los requisitos señalados para emitir sentencia, consistentes en que la acción de tutela se presentó en debida forma, la capacidad para ser parte está demostrada para ambos extremos, pues a la

accionante le asiste el derecho para presentar acciones de tutela¹, como quiera que está afectada con la actuación de la accionada, y ésta a su vez lo está, por pasiva, dado que presuntamente es la que está afectando con su omisión el derecho reclamado por la accionante.

Por otra parte, la entidad que funge como demandada es de índole particular que presta los servicios públicos de salud y de seguridad social y que, en todo caso, forma parte del Sistema General de Seguridad Social, por lo que contra ella procede la acción de tutela.

3.3. PROBLEMA JURÍDICO:

El problema jurídico a resolver se concreta en determinar dos asuntos a saber:

En primer lugar, se buscará establecer si la accionante incurrió en una posible conducta temeraria, al haber interpuesto antes una acción de tutela por los mismos hechos y pretensiones, tendientes al reconocimiento y pago de las incapacidades médicas iniciadas el 21/08/2019 al 08/09/2019, del 09/09/2019 al 23/09/2019.

En segundo lugar, si procede la presente acción para establecer si se vulnera o no, el derecho fundamental al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social de la señora **MARIA CLAUDIA RIOS FRANCO**, por parte de la **EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SOS REGIMEN CONTRIBUTIVO**, por cuanto no ha autorizado el reconocimiento y pago de la incapacidad médica iniciada el 24/09/2019 al 08/10/2019 y la iniciada el día 09 de marzo de 2020.

3.4. TESIS DEL DESPACHO:

El Despacho sostendrá la tesis que, en el presente caso, si se interpuso una acción de tutela por los mismos hechos y pretensiones sobre un asunto ya decidido por otro juez constitucional respecto al primer ciclo de incapacidades médicas esto es - 21/08/2019 al 08/09/2019, del 09/09/2019 al 23/09/2019, no obstante ello, no logra desvirtuarse el principio de buena fe en la actora y por lo tanto, que haya actuado con temeridad, pero sí es procedente en este caso, de aplicar la figura jurídica de cosa juzgada respecto a esos particulares hechos y por tanto, la declaración de improcedencia de la tutela para el pago de dichas incapacidades.

Sobre el segundo aspecto, es decir el segundo ciclo de incapacidades médicas, desde el 24/09/2019 al 08/10/2019 y la iniciada el día 09 de marzo de 2020 por 30 días, es procedente la acción de tutela para amparar el derecho fundamental al mínimo vital, vida en condiciones dignas y seguridad social de la señora **MARIA CLAUDIA RIOS FRANCO**, respecto a la actuación omisiva surtida por la **EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD SOS REGIMEN SUBSIDIADO**, al no autorizar el reconocimiento y pago de las mismas a la referida actora, sin aceptar la

¹ Inciso final artículo 10 del Decreto 2591 de 1991

justificación de mora en el pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud.

3.5. PREMISAS QUE SOPORTAN LA TESIS DE LA DESPACHO:

3.5.1. Normativas:

Son premisas normativas que apuntalan la tesis del Despacho las siguientes:

1º. El preámbulo de la Constitución Política de Colombia establece que la Carta fue sancionada y promulgada con el fin de asegurar a los integrantes del Pueblo de Colombia unos derechos básicos entre los cuales se encuentran la vida, la justicia, la igualdad y el conocimiento dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, garantizando un orden político, económico y social justo.

2º. Como principios fundamentales del Estado, la Carta Magna consagra, en su artículo 2, *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.”. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Descendiendo al sobre el asunto que hoy ocupa la atención de este fallador de instancia, sobre el asunto de la posible conducta temeraria ejercida por la accionante.

3º. Al caso dispone el artículo 38 del decreto 2591 de 1991 estipula. **ACTUACION TEMERARIA.**

“Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes...”

4º. De la temeridad en el ejercicio de la acción de tutela.

La sentencia T-280 de 2017 de la Corte Constitucional, M. P. **JOSÉ ANTONIO CEPEDA AMARÍS** (E). se tiene:

“La Constitución de 1991 consagró la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario para brindar protección inmediata a los derechos

fundamentales que se puedan ver afectados por la acción y omisión de cualquier autoridad pública, y en algunos casos de particulares. Además, el decreto 2591 de 1991, que reglamenta la referida acción, dispone que se trata de un procedimiento informal, donde el derecho sustancial debe primar sobre el procesal. Sin embargo, existen algunas reglas cuyo cumplimiento es necesario para obtener un amparo por esta vía”.

“(..) Uno de los requisitos que debe acatarse es no haber interpuesto previamente una acción de tutela contra la misma parte, por los mismos hechos y con las mismas pretensiones. Por ello, el artículo 37 del mencionado decreto 2591 establece que quien “interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos.” Las consecuencias de la interposición de dos o más acciones de tutela con esas características han sido estudiadas ampliamente por esta Corte Constitucional. Así pues, si no existe un motivo expresamente justificado para presentar la misma acción de tutela más de una vez, esta se considera temeraria, tal como lo dispone el artículo 38² del mencionado decreto (..)”.

Refiere esta misma jurisprudencia -T-280 de 2017-. Presupuestos para la configuración de una actuación temerario.

“(...) Sin embargo, teniendo en cuenta que el acceso a la justicia es un derecho fundamental, la Corte ha señalado que sus restricciones deben ser legítimas y excepcionales³, razón por la cual, para que una acción de tutela sea temeraria debe existir un actuar doloso y de mala fe del accionante. En este orden de ideas, la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos⁴: (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; e (iii) identidad de pretensiones⁵. Adicionalmente, debe verificarse que no exista un motivo expreso que permita justificar la multiplicidad de acciones, es decir, debe probarse una actuación de mala fe o un abuso del derecho a la administración de justicia por parte del accionante⁶. La Sala resalta que la jurisprudencia constitucional precisó que el juez de amparo es el encargado de establecer en cada caso concreto la existencia o no de la temeridad⁷(..)”.

“(..) De otra parte, existen también algunas reglas jurisprudenciales que el operador judicial debe estudiar para identificar si una actuación es temeraria,

² “Artículo 38. Actuación temeraria. Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes (...)”.

³ Sentencia T-266 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴ Sentencia T-568 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-053 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; otras, en las cuales se efectúa un recuento similar son las providencias T-020 de 2006, T-593 de 2002, T-443 de 1995, T-082 de 1997, T-080 de 1998, SU-253 de 1998, T-263 de 2003 y T-707 de 2003.

⁵ Sentencias T-502 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-568 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-184 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil

⁶ Sentencia T-507 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Sobre este punto, ver Sentencias T-568 de 2006, T-951 de 2005, T-410 de 2005, T-1303 de 2005, T-662 de 2002 y T-883 de 2001.

⁷ Sentencias T-560 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-053 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

esto es: “(i) resulta *amañada*, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones⁸; (ii) denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable⁹; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción¹⁰; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia (..) ”¹¹.

Considera esta misma corporación, eventos en que la actuación no es considerada como acción temeraria.

“(...) [a] pesar de existir dicha duplicidad, el ejercicio de las acciones de tutela se funda (i) en la ignorancia del accionante; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho¹²; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho.”¹³ Si se comprueba alguna de estas circunstancias, la acción de tutela no es temeraria pero debe declararse improcedente, toda vez que al existir un pronunciamiento de fondo por parte de la jurisdicción constitucional sobre el caso, la decisión hace tránsito a cosa juzgada, y por ello no es posible reabrir el debate(..)”. Subraya del despacho para resaltar lo expresado.

Concluye esta corporación.

“(..) la Corte ha entendido las instituciones de la cosa juzgada y la temeridad, como una forma de prevenir la presentación sucesiva o múltiple de acciones de tutela frente a una misma causa. Cada una de estas tiene unas características propias, pero no se trata de conceptos excluyentes, pues como se vio, es posible que existan casos en los que confluyan tanto la cosa juzgada como la temeridad. En este contexto, le corresponde al juez constitucional establecer si en cada caso concreto se configura alguna de estas dos figuras (...).”

5º. Sobre la seguridad social y mínimo vital.

El artículo 48 de la C.N. consagra el derecho a la Seguridad Social así:

“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

⁸ Sentencia T-149 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁹ Sentencia T-308 de 1995 MP. José Gregorio Hernández Galindo

¹⁰ Sentencia T-443 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹¹ Sentencia T-001 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

¹² Sentencia T-721 de 2003 MP. Álvaro Tafur Galvis

¹³ Sentencia T-266 de 2011 MP. Luis Ernesto Vargas Silva

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley (...).”

6°. Por su parte, el artículo 49 de la Carta Política, en relación con lo anterior, consagró que:

“toda persona tiene el derecho de acceso a la protección y recuperación de su salud, el cual se encuentra a cargo del Estado y que debe ser prestado conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Así, en desarrollo de las normas constitucionales citadas, el Congreso expidió la Ley 100 de 1993 “por medio de la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social”, con el objetivo de otorgar el amparo frente a aquellas contingencias a las que puedan verse expuestas las personas con la posibilidad de afectar su salud y su situación económica. En ese orden, el sistema fue estructurado con los siguientes componentes: (i) el Sistema General en Pensiones, (ii) el Sistema General en Salud, (iii) el Sistema General de Riesgos Profesionales y (iv) Servicios Sociales Complementarios.

De igual forma, y por interesar a esta causa, la mencionada ley dispone como uno de los objetivos del Sistema General en Salud, crear condiciones de acceso a todos los niveles de atención para toda la población, orientado por el principio de universalidad”.

7°. La Constitución Nacional, expedida en el año 1991, trajo, como una forma subsidiaria de protección de los derechos fundamentales, la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la obra en cita, en el cual se señala que:

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

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

Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (...)”

8°. Sobre el mínimo vital el Alto Tribunal en sentencia T-157 de 2014 ha expresado:

“La jurisprudencia ha definido el mínimo vital como “aquella parte del ingreso del trabajador destinado a solventar sus necesidades básicas y del núcleo familiar dependiente, tales como alimentación, vivienda, salud, educación, recreación, servicios públicos domiciliarios, entre otras prerrogativas que se encuentran previstas expresamente en la Constitución Nacional y que además, posibilitan el mantenimiento de la dignidad del individuo como principio fundante del ordenamiento jurídico constitucional” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

9°. El Decreto 2353/15, en su artículo 81 establece;

“Artículo 81. Incapacidad por enfermedad general. Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que los afiliados hubieren efectuado aportes por un mínimo cuatro (4) semanas. No habrá lugar al reconocimiento de la prestación de la incapacidad por enfermedad general con a los recursos General de \>Oll.:lal en Salud, cuando se originen en tratamientos con fines estéticos o se excluidos del plan beneficios y sus complicaciones”.

10°. El Decreto 780/16, en su artículo 2.2.3.1.1 establece;

“PRESTACIONES ECONÓMICAS Artículo 2.2.3.1 Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo, los aportantes y trabajadores independientes, no podrán deducir de las cotizaciones en salud, los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad. El pago de estas prestaciones económicas al aportante, será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en DECRETO 780 DE 2016 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social" un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuara dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante. En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas. Parágrafo 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002”.

PARÁGRAFO 2o. De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar.”

Como lo indica dicho precepto, en el evento de incumplimiento por parte de la EPS en cuanto al pago del auxilio de incapacidad y en el marco de lo

establecido en los artículos 38 y 41 de la Ley 1122 de 2007, y los artículos 126, 127 de la Ley 1438 de 2011, la Superintendencia Nacional de Salud tiene asignada una función jurisdiccional, permitiendo que se acuda a dicha institución para dirimir desacuerdos relativos, entre otros, al reconocimiento y pago de prestaciones económicas como la incapacidad por parte de las Empresas Promotoras de Salud o del empleador.

3.5.2. Premisas fácticas probadas.

Según pronunciamiento de la entidad accionada, sobre las incapacidades médicas prescritas el 21/08/2019 al 08/09/2019, del 09/09/2019 al 23/09/2019, la accionante instauró acción de tutela por los mismos hechos, pretensiones y diagnósticos, lo que fue dirimido por el **Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Buga**, negando las pretensiones de dicha acción constitucional.

Que frente a las pretensiones del reconocimiento de la incapacidad médica iniciada el 24/09/2019 al 08/10/2019 por 15 días, a la fecha de inicio de la misma se encontraba afiliada como cotizante dependiente, siendo empleador la entidad **SERVICONS CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTOS S.A**, la que se encuentra rechazada por mora en el pago de los aportes por parte del empleador.

Por ultimo refiere, que la incapacidad médica iniciada el 09/03/2020 por 30 días, a la fecha de inicio de la misma se encontraba afiliada como cotizante dependiente, siendo empleador la entidad **ASECON ING SAS**, la que se encuentra rechazada por mora en el pago de los aportes por parte del empleador.

En el curso del análisis se darán otros hechos probados relevantes.

3.6. CASO CONCRETO:

3.6.1. Análisis de temeridad y/o cosa juzgada de la acción.

En el presente caso la señora **MARIA CLAUDIA RIOS FRANCO**, quien cuenta con 57 años de edad, pretende el pago de varias incapacidades médicas por enfermedad general, un primer ciclo iniciado el 21/08/2019 al 08/09/2019, del 09/09/2019 al 23/09/2019. El segundo ciclo con fecha de inicio 24/09/2019 al 08/10/2019 por 15 días y el tercer ciclo desde el 09/03/2020 por 30 días. Alega la accionante que el no pago de dichas incapacidades por enfermedad general le afecta sus derechos al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la seguridad social.

La actora empezando en su libelo a indicar los hechos de su demanda hace la siguiente manifestación: "..."

Bajo el principio de buena fe y bajo la gravedad del juramento manifiesto que no he interpuesto acción judicial alguna basada en los mismos hechos y que además los fundamentos que a continuación narro son verdaderos y verificables.

No obstante lo anterior, se logra establecer por advertencia de la entidad accionada y ante lo cual este juzgado tomó cartas requiriendo la prueba respectiva, que sobre el primer ciclo de incapacidades médicas, denominadas así por el despacho para facilitar su estudio, que comprenden desde el 21/08/2019 al 08/09/2019 y del 09/09/2019 al 23/09/2019, ya fueron objeto de estudio por otro juez constitucional en razón a la acción de tutela que la accionante interpuso.

En efecto, obra en el plenario, copia del expediente de la Tutela No. **2019-000256-00** que cursó en el **Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías** de esta ciudad, dentro del cual se profirió fallo de primera instancia No. 019 del 20 de febrero de 2020 mediante el cual se denegó la acción de tutela por improcedente. Que revisados los escritos de tutela presentados en las dos oportunidades, se observa que son prácticamente idénticos con respecto a las partes, a la pretensión y sus fundamentos fácticos de pago de las incapacidades citadas como de primer ciclo, con el agravante de que en la acción presentada en esta ocasión ni siquiera se menciona el trámite tutelar antes propuesto y por el contrario se presentó el juramento de ley expreso que dispone el inciso 2º del Art. 37 del Decreto 2591 de 1991 como ya se indicó.

La citada jurisprudencia es clara en señalar que la señora **MARIA CLAUDIA RIOS FRANCO** sólo estaría legitimada para interponer de nuevo la acción de tutela cuando existiera motivo expresamente justificado, que para su caso, no aparece manifestado ni acreditado en su demanda.

Así las cosas, en atención a la normatividad y desarrollo jurisprudencial para el caso, se hace necesario revisar y establecer si existe un actuar doloso y de mala fe de la accionante para deprecar de ello la temeridad. En primer lugar como se indicó, hay identidad de partes; también identidad de hechos, e identidad de pretensiones.

Se tiene por sentado y es parte de nuestra sustento constitucional artículo 83 que toda actuación debe ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que particulares adelanten ante las autoridades públicas. La buena fe se erige en principio y como tal se erige la regla general que la buena fe se presume y lo contrario deberá probarse.

Ahora bien, la señora **MARIA CLAUDIA RIOS FRANCO**, ha incurrido en una reiteración del pedimento tutelar, sin embargo, no se ha probado la mala fe en su actuar, se debe precisar que la misma actuó a nombre propio, sin tener la condición de abogado, entonces, quizá por una mala asesoría y un desconocimiento de los efectos procesales se actuó como se actuó. De todas maneras no se evidencia que su solicitud resulte amañada, puesto que no se encuentra que ésta se esté reservando para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones; tampoco se denota el propósito desleal de obtener a toda costa que salga a favor suyo la pretensión presentada, esperando que esta vez con otro juez le pueda resultar un criterio favorable; en definitiva no se desprende que se quiera abusar del derecho proponiendo una nueva acción sin fundamentos y de manera deliberada, y que se quiera asaltar la buena fe de esta judicatura.

Así las cosas, si bien la actuación no puede ser considerada como acción temeraria, no obstante existir dicha duplicidad, pero deberá declararse su improcedencia, toda

vez que al existir un pronunciamiento de fondo por parte de la jurisdicción constitucional sobre el caso, la decisión hace tránsito a cosa juzgada, y por ello no es posible reabrir el debate con respecto al reconocimiento y pago de ese primer ciclo de incapacidades.

Corolario de lo anterior, según fallo de tutela de primera instancia No. 019 del 20 de febrero de 2020 proferida por el referido despacho judicial, colige esta agencia judicial que efectivamente se trata de las mismas partes, los mismos argumentos fácticos y pretensiones, ya que lo pretendido es el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas del 21/08/2019 al 08/09/2019 y del 09/09/2019 al 23/09/2019 generadas con ocasión de una enfermedad general, las que fueron negadas. Es así, como surge entonces la figura jurídica tránsito a cosa juzgada, impidiéndole a la actora volver a presentar una nueva acción constitucional por estos mismos hechos, derivándose la improcedencia de la presente acción constitucional, por este y el anterior motivo referido, conforme a lo estudiado en estas consideraciones.

Visto lo anterior, se debe seguir con el análisis del segundo problema jurídico a resolver, reconocimiento y pago del segundo y tercer ciclo de las incapacidades médicas otorgadas a la actora, para el cual se debe empezar por determinar la procedibilidad de la acción.

3.6.2. Requisitos de Procedibilidad de la Acción.

Sobre la inmediatez. Teniendo en cuenta que la jurisprudencia de la Corte ha precisado que la protección de los derechos fundamentales, vía acción constitucional, debe invocarse en un plazo razonable y oportuno contado entre la ocurrencia del hecho generador de la transgresión y la interposición del amparo, se tiene que en este caso, por la fecha de la incapacidad concedida a la actora, si bien la primera incapacidad médica data su inicio el 24 de septiembre de 2019, que a la fecha suma poco más de seis meses, se tiene que la vulneración del derecho propicia desde cuando ésta termina y se radica la petición de pago y se recibe la negación por parte de la entidad, lo cual es posterior y que la interesada ha venido insistiendo en su pago de manera continua sin lograrlo, siguiendo por tanto la situación de transgresión. Además, se encuentra la actual circunstancia de pandemia y las medidas de cuarentena por la cual, si bien se han seguido tramitando acciones de tutela por el aparato jurisdiccional, su trámite y medios para hacerlo ya no es igual para que las personas puedan acceder a la administración de justicia, ante ello esta judicatura considera que el tiempo es razonable para la interposición de la presente actuación tutelar.

Respecto a la incapacidad medica iniciada el 09 de marzo de 2020, se tiene que las misma no data de más de dos meses desde su inicio, sin contar que su reclamación ha sido posterior, se encuentra más que razonable en punto a lograr la protección invocada.

Sobre la subsidiariedad. De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria y, en consecuencia, su procedencia se encuentra condicionada a que: *“(i) el afectado no*

disponga de otro medio de defensa judicial, (ii) cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante o (iii) cuando, a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.”¹⁴.

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, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, la Corte ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad (T-375 de 2018):

(i) 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,

(ii) 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**.

Respecto al reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, materia de este caso, la Corte ha señalado que, en principio, no procede la acción tutela. Ello, por cuanto el conocimiento de ese tipo de solicitudes implica la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces desborda las competencias del juez constitucional¹⁵.

No obstante existir los mecanismos ordinarios en lo laboral o vía administrativa ante la Superintendencia de Salud, en lo que se relaciona específicamente con el reconocimiento de incapacidades, también ha precisado ese alto tribunal que es procedente la acción de tutela, por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone la vulneración de otros derechos fundamentales habida cuenta de que en muchos casos, dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata. En palabras de la Corte:

“El no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la

¹⁴ Artículo 86 de la Constitución Política. Ver sobre el particular sentencia T-847 de 2014 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-662 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-693 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger).

única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”¹⁶.

A partir de lo expuesto, se advierte que las pretensiones de la acción de tutela formulada se fundamentan en el presunto incumplimiento de la EPS S.O.S. en relación con la obligación de reconocimiento y pago de la prestación económica derivada de los certificados de incapacidad médica que aporta, por los periodos del 24/09/2019 al 08/10/2019 por 15 días y del 09/03/2020 por 30 días.

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”*.

Por tanto, en principio, este medio judicial es idóneo para proteger los derechos fundamentales invocados por la 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.

Entonces, se valorará las condiciones particulares de la actora 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. En este sentido, es preciso determinar si la actora puede acudir a los mecanismos judiciales ordinarios, lo cual se debe analizar en función de su situación particular, pues resultaría contrario a los 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, y tomando los elementos fácticos que en casos similares la Corte Constitucional los considera relevantes, se tiene lo siguiente:

- Como se estableció inicialmente, la accionante además de las incapacidades que datan de 21/08/2019 al 23/09/2019, está pretendiendo el pago de incapacidades recientes, es decir, de un período de menos de seis meses entre el momento en que finalizaron las incapacidades de la actora y la fecha en la cual aquella promovió la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de tales prestaciones económicas, la última del 9 de marzo del cursante año por 30 días. Por consiguiente, es posible presumir que la

¹⁶ Sentencia T -311 de 1996 (M.P José Gregorio Hernández Galindo), T- 972 de 2013 (M.P Jaime Araujo Rentería), T-693 de 2017 (M.P Cristina Pardo Schlesinger).

demandante si tiene **un apremio económico significativo** en razón de la ausencia de pago del subsidio económico derivado de estas últimas incapacidades que solicita.

- Según las planillas por medio de las cuales acredita hacer los aportes a salud al sistema de seguridad social, se evidencia que se le liquidan sobre un salario mínimo legal mensual vigente (\$828.116), que se presume es su ingreso normal.
- Según lo poco que informa la accionante en su libelo de demanda, es que cuenta con 56 años de edad, que es trabajadora independiente y que aporta al sistema de seguridad social como cotizante, cumpliendo a cabalidad con el pago de sus aportes.
- Es de los documentos anexos que se puede extractar mayor información de la accionante, como su historia clínica, que reside en Buga, sobre el núcleo familiar de la actora se indica que vive con su madre y una hermana, que su empleo es agente de viajes.
- De otra parte está la situación del estado de salud de la accionante, con antecedentes de insuficiencia cardiaca congestiva, y últimamente, tumor maligno de la mama, dice patología actual “Mama izquierda: Carcinoma Ductal Infiltrante. Desmoplasia moderada”, es decir, una forma de cáncer de mama invasiva.

En razón de lo anteriormente expuesto, se procede a analizar si la situación de la demandante 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. Sobre el particular, cabe resaltar que:

- (i) La accionante a través de la historia clínica que aporta acredita la existencia de unas serias enfermedades que son riesgo para su vida, su salud o su integridad.
- (ii) La actora se encuentra en situación de vulnerabilidad, puesto que además de su problema de corazón, padece de cáncer de mama, en consecuencia, por ser enfermedad catastrófica tiene el carácter de sujeto de especial protección constitucional conforme a la ley 1384 de 2010 y la amplia jurisprudencia patria que al respecto se ha producido.
- (iii) De acuerdo a lo anterior, se presenta una situación de urgencia que hace indispensable la intervención del juez constitucional. Su estado de salud si implica una circunstancia de urgencia o gravedad que torna irrazonable o desproporcionada la exigencia de acudir a los medios judiciales ordinarios de protección.
- (iv) La accionante reside en Buga donde no existe una sede de la Superintendencia Nacional de Salud, la ciudad más cercana donde podría

tener acceso a dicha autoridad sería la ciudad de Cali. Por lo anterior, podría predicarse una dificultad o problema de acceso a dicha instancia. Sumado a ello, en dicha jurisdicción ordinaria los trámites y actuaciones demandarían una mayor formalidad y tiempo, en particular en el debate probatorio, lo cual no hace el medio idóneo y eficaz para el caso particular de la actora conforme a lo que se ha analizado y pueden socavar sus derechos fundamentales.

Sobre esa base, la jurisprudencia en la materia ha reiterado que *“los mecanismos ordinarios instituidos para reclamar el pago del auxilio por incapacidad, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza*¹⁷.

- (v) Finalmente, se debe considerar también la especial coyuntura por la que estamos atravesando actualmente, debido a la pandemia del corona virus covid-19, a partir de la cual se ha decretado la emergencia social, económica y de salubridad, disponiendo por parte del Gobierno Nacional una cuarentena desde las cero horas del 25 de marzo y que va por lo pronto hasta el 11 de mayo del cursante año, todo lo cual afecta no solo el ejercicio normal del trabajo o actividad económica de la accionante y sus ingresos, sino también la forma de atención a su estado de salud, y por supuesto, el hecho de que no pueda acceder de manera fácil y eficiente a resolver su problema ante la jurisdicción ordinaria laboral o de seguridad social, a través de la Superintendencia de salud en este caso.

Por consiguiente, este juzgado estima que en este caso si se presentan varias situaciones que mantienen 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 no resulta idóneo y efectivo para garantizar los derechos de la accionante, motivo por el cual se estima la acción de tutela como mecanismo definitivo.

3.6.3. Análisis de los Derechos Vulnerados:

En suma, se estima que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la seguridad social, salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente¹⁸.

“El no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la

¹⁷ Corte Constitucional, Ver, entre otras, las sentencias T-311 de 1996 (M.P José Gregorio Hernández Galindo), T-920 de 2009 (M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-468 de 2010 (M.P Jorge Iván Palacio Palacio); T-182 de 2011 (M.P Mauricio González Cuervo), T-140 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), y T-401 de 2017 (M.P Gloria Stella Ortiz Delgado), T-693 de 2017 (M.P Cristina Pardo Schlesinger).

¹⁸ Corte Constitucional, ver entre otras, Sentencias T -311 de 1996 (M.P José Gregorio Hernández Galindo), T-972 de 2013 (M.P Jaime Araujo Rentería), T-693 de 2017 (M.P Cristina Pardo Schlesinger).

única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”¹⁹.

Para el caso objeto de estudio, es indispensable destacar que la accionante: (i) es una persona de 57 años de edad, (ii) persona sin estabilidad laboral según las planillas de aportes al sistema de seguridad social en salud, ya que registra varios empleadores y en algunos aportes como independiente; (iii) que devenga un salario mínimo legal mensual vigente; iv) que a causa de unos eventos médicos en el mes de septiembre del año 2019 y marzo de 2020, fue incapacitada por quince (15) y 30 días respectivamente; (v) que su única fuente de ingresos económicos era el que obtenía de su trabajo como empleada dependiente y las incapacidades médicas se circunscriben al pago que percibe por concepto de subsidio de incapacidad el cual, aduce, le ha sido negado por todo ese tiempo por parte de la EPS aduciendo mora en el pago de los aportes; (vi) que según lo manifestado por la actora, eso no es cierto, conforme lo acreditan para su caso individual no se ha dado la mora, sino para otros afiliados que hacen parte de la planilla del empleador y que no tienen por qué afectarla; (vii) que se le afecta el mínimo vital como se dijo porque constituyen su único ingreso. (viii) que la situación de cuarentena por causa de la pandemia del coronavirus covid-19, no ha permitido la activación de sectores económicos ni empleos, si la actora indica que tenía como empleo agente de viajes mucho más restringido se encuentra al relacionarse con el turismo y transporte aéreo y terrestre, de todas maneras toda actividad se encuentra en gran parte limitada y en crisis, y sin lugar a dudas constituye un factor que complica el disfrute de los derechos fundamentales de las personas.

Así las cosas, observa este juzgado que el mínimo vital de la accionante se encuentra vulnerado, al igual que el de seguridad social y de paso la dignidad de la persona. Lo anterior, toda vez que pese a que sus empleadores para la época esto es **SERVICONS CONSTRUCCIONES Y MANTENIMIENTOS SA Y ASECON ING SAS**, radicarón las incapacidades ante la EPS accionada en la forma exigida por la ley para ello, rechazó el pago a la prestación económica derivada de las incapacidades médicas ya referidas, alegando mora en el pago de los aportes por parte de sus empleadores.

La Corte Constitucional en sus reiteras jurisprudencias ha reconocido que si bien, el pago de incapacidades es un derecho económico, la ausencia de pago puede involucrar la vulneración de derechos fundamentales, cuando constituye la única fuente de recursos indispensables para atender las necesidades básicas, personales y familiares, lo que se cumple en este caso, ya que estas prestaciones económicas sustituyen sus ingresos como trabajador independiente, más aún cuando se calculan sobre un mínimo.

¹⁹ Sentencia T -311 de 1996 (M.P José Gregorio Hernández Galindo), T- 972 de 2013 (M.P Jaime Araujo Rentería), T-693 de 2017 (M.P Cristina Pardo Schlesinger).

Ahora bien, frente al rechazo del reconocimiento de la prestación económica por incapacidad temporal por mora del cotizante, si bien dicha negativa es legal al tenor del Art. 73 del Decreto 2353 de 2015 compilado en el Decreto Único Reglamentario 780 de 2016; no obstante, **el usuario puede usar la figura del allanamiento a la mora** para lograr el reconocimiento de estas siempre y cuando cumpla los requisitos.

En virtud a lo anterior, es oportuno entrar a definir la figura del allanamiento a la mora: cuando un trabajador independiente o un empleador paga extemporáneamente sus aportes y la EPS no efectúa alguna acción de cobro o recibió extemporáneamente dichos montos, no puede negarse a reconocer el pago de las licencias o incapacidades a las que hubiere lugar. Lo anterior quiere decir que si una EPS no alega la mora en el pago de aportes por parte del empleador o el independiente, no puede negar el servicio, toda vez que aceptó dicha situación. Sobre lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia T-963 del 15 de diciembre del 2007, indicó:

“Bajo esta línea argumentativa, aun cuando el empleador o el trabajador independiente hayan cancelado de manera tardía o de manera incompleta las cotizaciones en salud, pero la EPS no lo haya requerido para que lo hiciera, ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que la EPS se allanó en la mora por la mera aceptación del dinero, y por tanto se encuentra obligada a pagar la incapacidad laboral del trabajador o cotizante independiente”.

La Corte Constitucional también se pronunció al respecto en el 2015, mediante Sentencia T-490, en la cual señaló:

“Posteriormente a este pronunciamiento, diferentes Salas de Revisión han sostenido que las empresas prestadoras del servicio de salud, no pueden, so pretexto de la mora en el pago de los aportes a cargo del empleador o del cotizante independiente, rehusarse a cancelar y reconocer una incapacidad laboral por enfermedad general, si obraron de manera negligente para su efectivo pago, o si incumplieron el deber de adelantar de manera oportuna las acciones legales de cobro, incluso con la consecuente oposición al pago extemporáneo”.

En este caso específico, se observa que conforme a la contestación que realizó la EPS S.O.S. durante el tiempo de incapacidades se produjeron periodos en mora que ascienden a las sumas de \$4.609.147 y \$128.372, respectivamente, no probó el rechazo de los meses siguientes a la mora.

Por su parte la EPS no acreditó haber efectuado alguna acción de cobro al respecto, por el contrario, recibió extemporáneamente dichos montos, sin alegar la mora en el pago de aportes por parte del empleador del trabajador, en consecuencia, no puede negarse a reconocer el pago de las incapacidades aquí reclamadas; además de que como no ha negado el servicio por esa situación, menos aún lo puede hacer para el reconocimiento de esas prestaciones económicas, al haber aceptado dicha situación.

Debe observarse además, que es por cuenta de las novedades y retraso de otros afiliados diferentes a la actora que se observan en las planillas, que se ha producido

la mora, para la accionante los aportes se han producido cumplidamente, de todas maneras luego el empleador indica ponerse a paz y salvo asumiendo el pago de los respectivos intereses de mora. Esta situación de ninguna manera debe afectar a la actora y como llamada a reconocer dicha prestación la EPS debe cumplir con su pago. La EPS tiene los mecanismos legales, si es del caso, para recuperar la cartera vencida por concepto de pago de aportes a la seguridad social en salud.

En esos términos, superado los requisitos de subsidiaridad, las dilaciones y tardanzas para hacer efectivo lo pretendido vulnera los derechos fundamentales de la usuaria, quien por enfermedad general estuvo ausente de su trabajo, siendo este recurso de vital importancia para el sustento de él y su núcleo familiar, más aún en su actual y delicado estado de salud lo cual, hace necesaria la intervención del juez de tutela en aras de proteger sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida en condiciones dignas, salud y seguridad social, ordenando a la Entidad Promotora de Salud aquí accionada el pago de las incapacidades reclamadas conforme a la ley.

Por lo anterior se ordenará a la Entidad Promotora de Salud aquí accionada **E.P.S SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD “S.O.S”** a través de su representante legal o quien haga sus veces que en el término de las **cuarenta y ocho (48) horas** siguientes a la notificación de la presente providencia, y si aún no lo hubiere hecho, proceda a pagar a la accionante la incapacidad por enfermedad general, así: La iniciada el día 24/09/19 por 15 días, correspondiéndole asumir el pago en su integridad, teniendo en cuenta que la misma viene de una prórroga de licencia anterior, sin mayores exigencias o limitantes por el hecho de que la cotizante incurrió en mora, teniendo en cuenta que la entidad accionada se allanó a la misma. La iniciada el día 09/03/2020 por 30 días, correspondiéndole asumir el pago de veintiocho (28) días, sin mayores exigencias o limitantes por el hecho de que la cotizante incurrió en mora, teniendo en cuenta que la entidad accionada se allanó a la misma. Los dos días restantes serán a cargo del empleador de la época **ASECON ING SAS**, quien deberá proceder dentro del mismo término otorgado a la EPS.

4. DECISION

Sin más consideraciones, y teniendo en cuenta las motivaciones que anteceden, el **JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE BUGA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR la tutela de los Derechos Fundamentales al mínimo vital, vida en condiciones dignas y seguridad social de la señora **MARIA CLAUDIA RIOS FRANCO** quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 38.864.594, respecto al pago de las incapacidades medicas iniciadas el 21/08/2019 al 08/09/2019 y del 09/09/2019 al 23/09/2019, por configurarse sobre ello COSA JUZGADA, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: TUTELAR los Derechos Fundamentales al mínimo vital, vida en condiciones dignas y seguridad social de la señora **MARIA CLAUDIA RIOS FRANCO**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 38.864.594, respecto a las incapacidades médicas iniciadas el 24/09/2019 al 08/10/2019 y del 09/03/2020 por 30 días, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a la **EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD S.O.S. REGIMEN CONTRIBUTIVO**, a través de su representante legal o quien haga sus veces que en el término de las **cuarenta y ocho (48) horas** siguientes a la notificación de la presente providencia, y si aún no lo hubiere hecho, proceda a reconocer y pagar a la accionante **MARIA CLAUDIA RIOS FRANCO**, las incapacidades por enfermedad general, así: La iniciada el día 24/09/19 por 15 días en su integridad, sin mayores exigencias o limitantes por el hecho de que la cotizante incurrió en mora, teniendo en cuenta que la entidad accionada se allanó a la misma. Y la iniciada el día 09/03/2020 por 30 días, correspondiéndole asumir el pago de veintiocho (28) días sin mayores exigencias o limitantes por el hecho de que la cotizante incurrió en mora, teniendo en cuenta que la entidad accionada se allanó a la misma. Los dos (2) días restantes serán a cargo del empleador de la época **ASECON ING SAS**, quien deberá proceder dentro del mismo término otorgado a la EPS.

CUARTO: DISPONER que las destinatarias de la orden de protección impartida en esta providencia, esto es, el representante legal de la **EPS SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD “S.O.S”**, o quien haga sus veces y el representante legal de **ASECON ING SAS**, deberán informar a este Despacho Judicial de su cumplimiento sin demora, allegando prueba de ello, so pena de la imposición de las sanciones por desacato de tratan los artículos 27 y 52 del Decreto 2591 de 1991, (arresto y multa), previo el trámite incidental.

QUINTO: NOTIFÍQUESE a las partes la decisión aquí adoptada, para que dentro de los tres (3) días siguientes, impugne esta providencia. De no ser objeto de ello, se dispone el envío a la Corte Constitucional para su eventual revisión (Arts. 30 y 31 Dcto. 2591 de 1991).

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



WILSON MANUEL BENAVIDES NARVÁEZ
JUEZ

Proyecto: Mariela R./Wmbn.