

República de Colombia



Rama Judicial
Distrito Judicial del Caquetá
Juzgado Primero Penal Municipal
Florencia

ACCIÓN DE TUTELA

REFERENCIA: 1800140040012021-00098

ACCIONANTE: EDWARD CAMILO SOTO APODERADO JUDICIAL DE NELSON VIDAL CASTILLO CHAVEZ

ACCIONADO: NUEVA EPS

SENTENCIA DE TUTELA No.98

Florencia Caquetá, Veintitrés (23) de Agosto de dos mil veinte (2020)

OBJETO A DECIDIR

Se pronuncia el Despacho con relación a la viabilidad del amparo constitucional que, de los derechos fundamentales al mínimo vital conexo a la vida digna, salud y a la seguridad social, invocados por EDWARD CAMILO SOTO APODERADO JUDICIAL DE NELSON VIDAL CASTILLO CHAVEZ cuya vulneración atribuye a NUEVA EPS, por no efectuar el pago de las incapacidades comprendidas entre marzo, abril, mayo, junio y julio del año 2021.

ANTECEDENTES

I. HECHOS

1. El Señor NELSON VIDAL CASTILLO CHAVEZ se encuentra vinculado mediante contrato laboral a la empresa ACTIVOS S.A.S a término indefinido, desarrollando las labores de vendedor – conductor de gas a domicilio, en la ciudad de Florencia.

2. El día trece de agosto de 2018 estando en desarrollo de sus funciones, tiene un accidente laboral, y como consecuencia de ello, sufre fractura en clavícula derecha y trauma rotacional del tobillo izquierdo, donde se ve sometido a una cirugía por osteosíntesis. Durante el tratamiento con fisioterapia y en vista de que tampoco ha terminado sus sesiones por psicología, el señor NELSON VIDAL CASTILLO CHAVEZ, impidiéndole retomar sus labores, y se han generado incapacidades desde el día el 13 de agosto de 2018 hasta el día 04 de septiembre de 2021.

3. De igual manera, el empleador durante la relación laboral con el señor NELSON VIDAL CASTILLO, lo ha realizado los aportes en salud del afiliado a la NUEVA EPS, quienes han prestado la atención médica especializada, y tratamientos requeridos, con miras a buscar una mejora en la salud del paciente.

4. Es preciso manifestar que, durante los meses de marzo, abril, mayo, junio y julio del año 2021, que ha estado incapacitado, le ha sido vulnerado su derecho fundamental a la dignidad humana y mínimo vital, por parte de la Nueva E.P.S, al no realizar el reconocimiento y pago de incapacidades de los corrientes.

5. El empleador, ha solicitado el pago de dichas incapacidades, a través de las reclamaciones con radicados No. N°1608291 del 09 de junio del 2021, N°1617407 del 17 de junio del 2021, No. 1624570 24 de junio del 2021, N° 1643306 13 de julio de 2021, sin que se

obtenga una respuesta satisfactoria por parte de NUEVA EPS, tal como se demuestra en la acción de tutela.

Hasta la presente fecha, el señor NELSON VIDAL CASTILLO, no percibe ninguna clase de emolumento salarial, con los cuales pueda sufragar su manutención, ni la de su núcleo familiar.

II. PRETENSIONES

Se amparen los derechos fundamentales al MÍNIMO VITAL, DIGNIDAD HUMANA Y A LA SEGURIDAD SOCIAL, del señor NELSON VIDAL CASTILLO y como consecuencia de ello se ordene a la NUEVA EPS realizar el pago de las incapacidades generadas y que no han sido canceladas por las sumas de dinero a que tiene derecho.

ELEMENTOS DE JUICIO:

Junto a los argumentos discutidos y a su petición anexa el siguiente material probatorio:

- Poder debidamente conferido por Nelson Vidal Castillo.
- Incapacidades médicas generas a Nelson Vidal Castillo, de los meses marzo, abril, mayo, junio y julio de 2021.
- Respuesta de Activos S.A.S (empleador) a Nelson Vidal Castillo de la no respuesta de Nueva EPS al pago de incapacidades.

Como pruebas relevantes en el trámite de tutela obran en el informativo los certificados de incapacidad emitidos a partir del día 09 DE MARZO DE 2021 hasta el 05 DE AGOSTO DE 2021 en la siguiente forma:

| Nº INCAPACIDAD | INICIO | FINAL | DIAS | TIPO INCAPACIDAD | DIAS ACUMULADOS |
|----------------|------------|------------|------|------------------|-----------------|
| 0006673235 | 09/03/2021 | 07/04/2021 | 30 | PRORROGA | 550 |
| 0006759476 | 08/04/2021 | 07/05/2021 | 30 | PRORROGA | 580 |
| 0006848207 | 0805/2021 | 06/06/2021 | 30 | PRORROGA | 610 |
| 0006903410 | 07/06/2021 | 06/07/2021 | 30 | PRORROGA | 640 |
| 0007029370 | 07/07/2021 | 05/08/2021 | 30 | PRORROGA | 670 |

Dichas incapacidades médicas fueron generadas y transcritas por NUEVA EPS, con el diagnóstico M544 LUMBAGO CON CIATICA, por enfermedad general.

I. TRAMITE PROCESAL

La acción de tutela fue sometida a reparto y le correspondió a este despacho quien por Auto Interlocutorio No.166 del 10 de agosto de 2021 la admitió requiriendo a NUEVA EPS y vinculando Al fondo de pensiones Colpensiones, la ARL LA EQUIDAD SEGUROS para que expusieran las razones que estimara necesarias con relación a los hechos y pretensiones planteados, concediéndole el término de dos (2) días, para responder a las afirmaciones que se hacen en la petición introductoria.

Así mismo con Auto Interlocutorio No.171 de fecha 18 de agosto se vinculó a la Junta Regional de Calificación del Huila.

III. RESPUESTAS DE LAS ENTIDADES

ARL EQUIDAD SEGUROS

Indica que verificado el aplicativo de Sistema Integrado de Consultas con el que cuenta la entidad se evidencia que la parte actora registra 02 periodos de afiliación a esta Administradora de Riesgos Laborales, su último periodo de afiliación fue desde el 24 de noviembre de 2019 hasta el 31 de diciembre de 2020 con el empleador ACTIVOS S.A.S identificado con Nit, 860090915 siendo su estado actual INACTIVO.

De acuerdo con el Módulo de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Laborales (ATEP) con el que cuenta la entidad, durante la afiliación a esta Administradora de Riesgos Laborales, la accionante reportó el Siniestro N°435903 con fecha del 13 de agosto de 2018 con ocasión a un Accidente Laboral.

Derivado del accidente al afiliado presentó el siguiente diagnóstico:

- S420 Fractura clavícula derecha
- S934 Esguinces y torceduras tobillo izquierdo

Como consecuencia de lo anterior, se brindaron las prestaciones asistenciales y económicas que fueron requeridas por el trabajador a lo largo de su proceso de rehabilitación y con el objetivo de alcanzar su mejoría médica máxima.

A través de dictamen No. 435903 con fecha del 21 de marzo de 2020, el comité interdisciplinario con el que cuenta la entidad procedió a calificar la Pérdida de Capacidad Laboral del Sr. Héctor Nelson Vidal Castillo Chávez, así:

NO. DICTAMEN: 435903 FECHA: 21 DE MARZO DE 2020

DIAGNÓSTICOS CALIFICADOS: S420 FRACTURA CLAVÍCULA DERECHA - S934 ESGUINCES Y TORCEDURAS TOBILLO IZQUIERDO PORCENTAJE DE PCL: 14.3% FECHA DE ESTRUCTURACIÓN: 31 DE OCTUBRE DE 2019.

El trabajador no estuvo de acuerdo con el porcentaje emitido en primera oportunidad, razón por la cual presentó controversia en contra de la calificación. Como consecuencia de lo anterior, esta entidad procedió a efectuar el pago de honorarios ante la Junta Regional de Calificación de Invalidad.

A la fecha, nos encontramos a la espera que la Junta Regional de Calificación de Invalidad del Huila proceda a dirimir la controversia suscitada. SEXTO: Ahora bien, a través de la acción constitucional de la referencia, el señor Nelson Vidal Castillo solicita el reconocimiento y pago de incapacidades comprendidas en los meses de marzo a julio de 2021. Prestaciones económicas que son desconocidas por esta entidad, toda vez que fueron expedidas con ocasión a diagnósticos de ORIGEN COMÚN O GENERAL.

Como se señaló con anterioridad, se determinó que los diagnósticos derivados del Accidente de Trabajo y definidos como de Origen Laboral son los siguientes:

- S420 FRACTURA CLAVÍCULA DERECHA
- S934 ESGUINCES Y TORCEDURAS TOBILLO IZQUIERDO

6.1 No obstante, los diagnósticos por los que se derivó las incapacidades no son consecuencia directa de los diagnósticos laborales, por el contrario, se deben a las patologías, definidas como de origen común, por lo que la atención deberá ser dada por la EPS.

Así las cosas, imponer a esta entidad la obligación de efectuar el pago de incapacidades derivadas de diagnósticos no derivados de las patologías laborales constituye una clara contradicción a la normatividad aplicable para el sistema General de Seguridad Social en Riesgos Laborales, así como un desgaste de los recursos de este, pues se ha determinado que para contingencias comunes será la EPS o la AFP según el caso, las únicas llamadas a brindar atención OCTAVO: Es importante recordarle a este despacho que, de conformidad con el artículo 1 de la ley 776 del 2002, las Administradoras de Riesgos Laborales solamente les atañe reconocer prestaciones que sean derivadas de accidentes de trabajo o Enfermedades Laborales y que estén previamente calificados como laboral.

Por lo anterior, no se está vulnerando ningún de derecho fundamental de la parte actora, y en consecuencia se solicita a este despacho la desvinculación del trámite al encontrarnos ante la FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA.

RESPUESTA NUEVA EPS

El área de prestaciones económicas mediante concepto del 13 de agosto del 2021, dispuso que el Afiliado presenta 670 días de incapacidad continua completa 540 días el 28 de marzo de 2021.

La Dirección de Medicina ha notificado en dos oportunidades el concepto de rehabilitación FAVORABLE, con origen por DETERMINAR para la patología M518, por lo que es necesario que se solicite la vinculación de las Juntas Calificadoras para que se defina el origen de las incapacidades (común o laboral).

Las fechas en las que se ha notificado el concepto son el 13 de enero de 2020 y el 08 de marzo de 2021; notificados a la Administradora de Fondo de Pensiones COLPENSIONES, lo anterior con el fin de dar cumplimiento al Decreto 019 de 2012 en su artículo 142.

REGLAS APLICABLES AL CASO CONCRETO

Pago de incapacidades por enfermedad común.

Ahora bien, es preciso indicar que para el pago de incapacidades se deberá tener en cuenta el tiempo de duración de la incapacidad, con el fin de determinar el obligado a cancelar la referida prestación económica.

-.Primero y segundo día, Respecto de los primeros dos días de incapacidad del auxilio correspondiente, estará a cargo del empleador. Esto en virtud del artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016.

-.Tercer día hasta el día 180: Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentre a cargo de la Entidad Promotora de Salud, lo anterior de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.

-.Desde el día 181 y hasta el 540, A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a los fondos de pensiones, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la EPS es favorable o desfavorable, siempre y cuando este concepto hubiese sido emitido antes del día 120 de incapacidad y enviado a los fondos de pensiones antes del día 150.

Si después de los 180 días iniciales la EPS no ha expedido el concepto de rehabilitación, será responsable del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo

a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto. Lo anterior en virtud del artículo 52 de la Ley 962 de 2005.

• **Pago de incapacidades superiores al día 540.** Señor juez en este punto no puede pretender el accionante que la entidad que represento asuma que el sistema general de seguridad social en salud fue diseñado para soportar INCAPACIDADES VITALICIAS de sus afiliados. SITUACION ACTUAL DEL ARTÍCULO 67 DE LA LEY 1753 DE 2015, IMPROCEDENCIA DE INVOCAR DICHA NORMA PARA DESCONOCER EL PAGO DE LAS INCAPACIDADES POR PARTE DE LOS FONDO DE PENSIONES, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION DE LAS ENTIDADES PROMOTORAS DE SALUD DE ASUMIR DICHA CARGA PRESTACIONAL.

De otro lado, de acuerdo con lo indicado por el área de prestaciones económicas del 13 de agosto del 2021, es necesario que se vincule a la junta de calificación en aras de determinar el origen de la patología M518 OTROS TRASTORNOS ESPECIFICADOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES, dado que de ser esta de origen laboral, el pago de las incapacidades corresponde a la administradora de riesgos laborales.

Por lo anterior solicita, que se DENIEGUE por improcedente la acción de tutela presentada por el señor NELSON VIDAL CASTILLO CHAVEZ por tratarse de pretensiones de índole económico. Indica que notifique el fallo de manera TOTAL (es decir completo y no solo su parte resolutiva) a Nueva E.P.S a fin de ejercer a plenitud el derecho de defensa.

Y solicita vincular como litis consorte necesario a las Juntas Calificadoras para que se defina el origen de las incapacidades como de origen común o laboral conforme a lo indicado por el área de prestaciones económicas, ubicada en el correo electrónico informacion@jurecahuila.com.

RESPUESTA DE COLPENSIONES

Revisados los sistemas de información se evidencio que mediante oficio del 4 mayo 2021 BZ 2021_3435966-1055215, le dio respuesta, indicando que Colpensiones, ha obrado hasta la fecha de forma responsable y en derecho, sin que exista vulneración alguna a los derechos del ciudadano, por lo que el accionante debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su pretensión vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial.

Solicita declarar improcedente el presente trámite de tutela, teniendo en cuenta que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para realizar el trámite solicitado por el accionante, además de que esta administradora no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

En caso de que las incapacidades originadas por enfermedad común que llegaren a superar el día 540 de incapacidad, el legislador determinó que la entidad que debe asumir el pago del subsidio por incapacidad del día 541 en adelante es la Entidad Promotora de Salud EPS, en la que se encuentre efectivamente afiliada la persona, igualmente, facultó a las EPS para perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que asumió funciones a partir del 1º de agosto de 2017, según lo prescrito en el artículo 1º

del Decreto 546 de 2017, lo anterior también se reglamentó en el art. 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018.

En otras palabras, las EPS sólo están asumiendo una carga administrativa en el reconocimiento y pago de dichas incapacidades, ya que la ley es clara al señalar que quien en últimas terminará asumiendo la obligación es el Estado, en cabeza de la entidad creada a través del artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, que le pagará a las EPS los dineros cancelados por dicho concepto. Por tanto, desde la entrada en vigencia de la Ley 1753 de 2015, el pago del subsidio por incapacidades que superan el día 540, quedó a cargo de las EPS y desde entonces, tienen el deber de sufragar los valores por dicho concepto a favor del asegurado. Igualmente, conviene esclarecer y reiterar, que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que, se reitera, está a cargo de las EPS) tampoco se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongadas.

En consecuencia solicita se deniegue la acción de tutela contra COLPENSIONES por cuanto las pretensiones son abiertamente IMPROCEDENTES, como quiera que la presente tutela no cumple con los requisitos de procedibilidad del art. 6º del Decreto 2591 de 1991, así como también se encuentra demostrado que Colpensiones no ha vulnerado los derechos reclamados por el accionante y está actuando conforme a derecho.

Por lo anterior, no es posible considerar que COLPENSIONES tiene responsabilidad en la transgresión de los derechos fundamentales alegados y considerando que la acción de tutela se refiere a una prestación que no es competencia de COLPENSIONES, solicitando que se disponga expresamente en el fallo de tutela la DESVINCULACIÓN POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA de la entidad, en los términos señalados en el numeral 2 del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento de lo señalado en el Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012. Y Se informe a Colpensiones la decisión adoptada por el despacho.

RESPUESTA DE JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DEL HUILA

Guardó silencio y no brindo respuesta a la presente acción de tutela.

NATURALEZA DE LA ACCIÓN

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció la figura de la “Acción de Tutela” como un mecanismo de protección a los derechos fundamentales constitucionales cuando resultan amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas y de los particulares en los casos taxativamente señalados en la ley.

Así mismo, el Decreto reglamentario 2591 de 1991 señaló que esta vía constitucional es excepcional, preferente y sumaria y fue establecida con el fin de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes establecidos en la Constitución, que constituye uno de los fines esenciales del Estado de acuerdo con el artículo 2º de la Carta Magna.

COMPETENCIA

El Despacho advierte que cuenta con competencia legal para determinar en derecho frente al presente asunto (Art. 37 del Decreto 2591 y numeral 1º, inciso 3º del Decreto 1382 de 2000 y Artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015 modificado por el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017).

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Debe establecer este Despacho si NUEVA EPS, está vulnerando el derecho fundamental a la dignidad humana, mínimo vital y seguridad social invocado por EDWARD CAMILO SOTO quien actúa como apoderado judicial de NELSON VIDAL CASTILLO CHAVEZ al no reconocer ni realizar el pago de las incapacidades medicas comprendidas entre el **09 de marzo de 2021 al 05 de agosto de 2021**, conforme los certificados de incapacidad que obran en el escrito de tutela por enfermedad general, y con diagnóstico de LUMBAGO CON CIATICA, incapacidades que son superiores al día 540.

EXAMEN DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

➤ LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA

El inciso primero del artículo 86 de la Constitución establece 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 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”*

En concordancia con la anterior disposición, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, sostiene que se encuentran legitimados en la causa por activa: (i) la persona directamente afectada; (ii) el representante legal; (iii) el apoderado judicial; (iv) el agente oficioso; (v) el defensor del pueblo; o (vi) los personeros municipales. Así pues, la acción de tutela permite que exista una mayor flexibilidad en su interposición, ya que contempla la posibilidad de que sea presentada por diferentes actores.

El señor EDWARD CAMILO SOTO actúa como apoderado judicial de NELSON VIDAL CASTILLO CHAVEZ, conforme el poder que obra en la acción de tutela y que ya fue reconocido por este Juzgado en el Auto Interlocutorio No.166 de fecha 10d e agosto de 2021, razón por la cual, se encuentra legitimado para promover la acción de tutela (C.P. art. 86º, Decreto 2591/91 art. 1º y art. 10º).

➤ LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

La legitimación por pasiva en sede de tutela se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción de tutela y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando ésta resulte demostrada. Según

el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares (artículo 42 del Decreto 2591 de 1991).

En el caso sub examine, la acción de tutela se presentó por la presunta violación al derecho fundamental a la salud, vida digna, de petición por parte de NUEVA EPS; en tal virtud, como la tutela se dirige contra una autoridad pública, está acreditado en este asunto la legitimación por pasiva.

DECISIÓN DE INSTANCIA

La acción de Tutela es un instrumento jurídico, confiado por la Constitución Nacional a los Jueces e instituida como mecanismo para la protección de derechos fundamentales cuando se considere que han sido vulnerados por las autoridades públicas o por los particulares, en los casos que estime la ley. El núcleo esencial del *derecho de petición* reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

El Artículo 86 de la Constitución Política consagró la figura novísima de la acción de tutela, la que fue reglamentada por el Decreto 2591 del 19 de noviembre de 1991, como mecanismo expedito del cual pueden hacer uso los ciudadanos para la efectiva protección de los derechos fundamentales, cuando éstos han sido conculcados o violados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, siempre que no exista otro medio de defensa o éstos no sean idóneos para lograr su amparo.

Se desprende de lo anterior que dicho instrumento judicial tiene carácter subsidiario y excepcional, de manera que él solamente podrá ser ejercido cuando quien lo impetra no tenga a su disposición otro medio de defensa y, en el evento en que este exista, sea necesario decretar el amparo en forma transitoria para evitar que se produzca un perjuicio irremediable, el cual debe estar debidamente acreditado en el proceso.

La acción de tutela es, como lo ha reiterado la Corte Constitucional, un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley y por tanto no puede ser concebido como una institución procesal alternativa.

La finalidad última de este procedimiento especial es lograr que el Estado, a través de un pronunciamiento judicial, restablezca el derecho fundamental conculado o impida que la amenaza que sobre él se cierre se configure, sin desconocer que éste, como mecanismo subsidiario y residual, procede en tanto el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para lograr que sus derechos sean protegidos, disposición que tiene su excepción cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (numeral 1º el artículo 6º del decreto 2591 de 1991).

En punto a los derechos invocados como vulnerados por la accionante, es decir los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana y a la seguridad social, establecido en nuestra Constitución Nacional en su artículo 49, la Jurisprudencia ha definido como: *“la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser.”*¹

¹ Sentencia T-597/93, M.P: Jaime Araujo Rentería, reiterada en la sentencias T-454/08, M.P.: Jaime Córdoba Triviño T-566/10 M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

Este derecho se desarrolla a través del Sistema de Seguridad Social que en nuestro ordenamiento jurídico se consagra en el artículo 48 de nuestra Constitución Política definido de la siguiente manera:

Artículo 48. *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.*

El Sistema General de Seguridad Social en Salud fue creado a partir de la Ley 100 de 1.993, con el objeto de direccionar, organizar y poner en funcionamiento las obligaciones derivadas del Plan Obligatorio de Salud, siendo el mismo Estado el agente que dirige, controla, orienta, regula y vigila éste servicio público de carácter obligatorio que prestan las entidades de carácter público o privado.

El derecho de la salud inicialmente fue materia de protección mediante el amparo por vía de acción de tutela, siempre y cuando se estuviesen conculcando otros derechos en cuanto a la afectación de la salud, esto es, que por conexidad se proteja el mismo, cuando se vean vulnerados otros como la vida y la integridad física de las personas, como se señaló en sentencia T-941 de 2000.

“Si bien el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental, sí puede llegar a ser efectivamente protegido, cuando la inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida hagan necesario garantizar este último, a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar el amparo de las personas y de su dignidad. De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido constitucionalmente, en los eventos en que por conexidad, su perturbación pone en peligro o acarrea la vulneración de la vida u otros derechos fundamentales de las personas.”

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que la Acción de Tutela es una importante institución de rango constitucional, que se instituyó por el legislador para amparar los derechos fundamentales de las personas cuando sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública; adicionalmente debe advertirse que este mecanismo tiene un carácter residual o subsidiario, y por tanto sólo procede cuando la persona afectada en sus derechos fundamentales no dispone de otro medio de defensa judicial para que se restablezca el derecho vulnerado o para que desaparezca la amenaza a que está sometido, salvo que la acción de tutela se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Doctrinariamente esta institución ha sido concebida como un mecanismo por medio del cual, toda persona tiene la facultad de exigir ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que se presente una violación o amenaza de violación, por medio de actos, hechos, omisiones u operaciones de cualquier autoridad pública o por particulares en ciertas y determinadas circunstancias. La protección consistirá en una orden para que aquél, respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

Bajo esta premisa, se observa que el objeto esencial de la acción de tutela es garantizar la efectiva e inmediata protección de los derechos fundamentales. Cabe mencionar que en diversas oportunidades ha señalado la Honorable Corte Constitucional, que la acción de tutela, ha sido establecida como un mecanismo de carácter excepcional encaminado a la protección inmediata, directa y eficaz de los derechos fundamentales de las personas

frente a las violaciones o vulneraciones de que pueden ser objeto, ora por las autoridades públicas, ora por los particulares en los casos previstos en la ley.

Así mismo, ha señalado la Alta Corporación, que esta acción resulta improcedente cuando quien la instaura dispone de otro medio de defensa judicial para la protección de su derecho, a menos que ésta se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otros términos, es requisito indispensable para la procedencia de esta acción, que no exista mecanismo judicial idóneo de defensa válida y eficaz del derecho que se considera amenazado o conculado.

Con fundamento en lo anterior frente al pago de acreencias laborales y derivadas del sistema de seguridad social, y específicamente del pago del auxilio por incapacidad médica, se ha establecido por regla general y en virtud del principio de subsidiariedad, que la acción de tutela es improcedente para lograr su reconocimiento, por cuanto el legislador ha dispuesto medios de defensa ordinarios para ello.

No obstante, la Corte Constitucional ha aceptado la procedencia de la tutela en forma excepcional para solicitar el reconocimiento y pago de acreencias de esta naturaleza, cuando la falta de ello puede afectar un derecho de carácter fundamental como lo es la vida digna, la salud o el mínimo vital, pues como lo ha expuesto en su jurisprudencia, en muchas ocasiones “*(...) el pago de incapacidades sustituye el salario durante el tiempo que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. 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 laborales, su sustento y el de su familia.*”² (Subrayado fuera del texto), y en ese orden los mecanismos ordinarios pueden resultar ineficaces, entre tanto, la larga espera de resolución judicial puede provocar un perjuicio irremediable.

A partir de lo anterior, la Corporación ha fijado en su jurisprudencia unos criterios para que el reconocimiento de incapacidades laborales, sea procedente mediante la acción de tutela, a saber:

“I) El pago de incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de núcleo familiar;
II) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y
III) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.”

En el caso bajo examen, conforme a la respuesta dada por NUEVA EPS se encuentra demostrado al Despacho, que la Dirección de Medicina notificó en dos oportunidades el concepto de rehabilitación FAVORABLE al aquí accionante, con origen por determinar para la patología M518, indican que se notificó el concepto el 13 de enero de 2020 y el 08 de marzo de 2021, ambos notificados a la administradora del Fondo de Pensiones COLPENSIONES dando cumplimiento al Decreto 019 de 2012 artículo 12.

² T-311 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, reiterada por la sentencia T-097 de marzo de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Es de advertir, que de conformidad con los certificados de incapacidades médicas, las mismas fueron generadas y transcritas por NUEVA EPS, con el diagnóstico **M544 LUMBAGO CON CIATICA**, por enfermedad general, los cuales fueron anexados por el accionante en el escrito de tutela.

Según se revisa en la respuesta emitida por COLPENSIONES, se reconoció el subsidio por incapacidad al señor NELSON VIDAL CASTILLO CHAVEZ hasta el día **20 DE MARZO DE 2021 por 12 días**; no obstante se observa que desde el día **21 de marzo de 2021** al 07 Abril de 2021, no fue reconocida los días de incapacidad, debido a que la misma fue posterior al día 540 y según lo manifestado por COLPENSIONES debe ser reconocida por la EPS, Artículo 67 Ley 1753 de 2015. (**Certificado de incapacidad correspondiente al No.0006673235 con periodo inicial de 09/03/2021 y fecha final 07/04/2021 por 30 días por enfermedad general y con el diagnóstico de LUMBAGO CON CIATICA.**) es decir, que le faltaron por reconocer 18 días.

Por lo tanto, encuentra el despacho que al actor, no le han sido cancelados los auxilios correspondientes al certificado de incapacidad **No.0006673235 desde el día 21 de marzo de 2021 y fecha final 07/04/2021, esto es 18 días**, pues recordemos que COLPENSIONES afirmó que canceló 12 días de incapacidad correspondiente a dicho certificado.

Ahora bien, estableció la Sentencia T-401 de 2017, dentro de la Acción de tutela presentada por Diana María contra Sanitas EPS y la AFP Protección S.A. veintitrés (23) de junio de dos mil diecisiete (2017), con M.P. Dra. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, frente al tema lo siguiente:

“...Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia **T-920 de 2009**³ que **las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones** hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones⁴.

26. En consecuencia, las **reglas** jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540 son las siguientes:

- (i) Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente⁵.
- (ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las **EPS**.
- (iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las **AFP**, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.

³ Sentencia T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁴ Véanse, entre otras: sentencia T-146 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); sentencia T-333 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); sentencia T-729 de 2012 (M.P. Alexei Julio Estrada); sentencia T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁵ Es indispensable aclarar que el empleador deberá asumir el pago de las incapacidades y en general de todas las prestaciones garantizadas por el Sistema de Seguridad Social Integral cuando no haya afiliado al trabajador o cuando a pesar de haber sido requerido por las entidades del sistema, se haya encontrado en mora en las cotizaciones al momento de ocurrir el siniestro. Ver: sentencias T-146 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-723 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa).

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente.

Reconocimiento de incapacidades laborales posteriores al día 540.

27. Las eventualidades y responsabilidades en materia de incapacidades que superan los 180 días conducen a una evaluación por parte de las autoridades calificadoras acerca de la pérdida de capacidad laboral. Una vez efectuada la calificación, los escenarios posibles son: (i) que no exista pérdida de capacidad laboral relevante para el Sistema General de Seguridad Social, esto es, cuando el porcentaje de pérdida de capacidad laboral oscila entre 0% y 5%; (ii) que se presente una incapacidad permanente parcial, esto es cuando el porcentaje es superior al 5% e inferior al 50%; y (iii) que se genere una condición de invalidez cuando el porcentaje es superior al 50%.

Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente (es decir, inferior al 50%), se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos, como se indicó anteriormente, es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras, el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

(...)

De lo precedente se puede colegir que una persona que, pese a no considerarse técnicamente en estado de invalidez, sigue incapacitada para trabajar con posterioridad a los 540 días, por motivos atribuibles a la razón primigenia de la incapacidad, debe contar con un mecanismo para reevaluar su porcentaje de habilidad para laborar especialmente en aquellos casos en que el concepto de rehabilitación que le aplica es desfavorable, pues el porcentaje de pérdida de capacidad laboral está íntimamente relacionado con su labor u oficio. Sobre este punto se hará referencia más adelante.

(...)

32. Ahora bien, debido al déficit de protección legal que afrontaron los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, ya sea porque no ha sido calificado su porcentaje de pérdida de capacidad laboral o porque su disminución ocupacional es inferior al 50%, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la Ley 1753 de 2015 –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, atribuyó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las entidades promotoras de salud (EPS) y radicó en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, para solucionar los dos puntos de vista analizados en los fundamentos jurídicos 28 y 29 de esta sentencia.

En efecto, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, indicó:

"ARTÍCULO 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:

(...)

Estos recursos se destinarán a:

a) El reconocimiento y pago a las **Entidades Promotoras de Salud** por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos**. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades." **(Resaltado de la Sala)**

Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Igualmente, conviene aclarar que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que, se reitera, está en cabeza de las EPS) no se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada.

33. Con fundamento en esta normativa, es claro que en todos los casos futuros, esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la ley –9 de junio de 2015 –, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social deberán acatar lo dispuesto en dicho precepto legal.

Lo anterior, significa entonces que en los casos en que a pesar de que el afiliado, no está en una condición de invalidez, pero que aun así no pueda reincorporarse a sus labores, corresponde el pago de las incapacidades que superen los 540 días a la EPS a la que se encuentre afiliado. En ese orden, de la jurisprudencia y normatividad en cita, emerge que dicho pago se reconocerá y cancelará a los afiliados inicialmente por parte de la Entidad Promotora de Salud EPS, quien en forma posterior deberá recobrar dicho valor, a la entidad en mención en los términos de la Ley 1753 de 2015.

Así las cosas, revisado el asunto encuentra el Despacho que la vulneración de los derechos fundamentales del accionante, se sujeta al no pago de las incapacidades que superan el día 540, esto es las prescritas a partir del 21 de Marzo de 2021 y por lo menos hasta el 05 de agosto de 2021, conforme lo indicó en su escrito de tutela, circunstancia que le impide asumir sus gastos, colocándolo tal situación, en un estado de debilidad manifiesta, dado su estado de salud que le impide retomar sus labores en la empresa en la cual se encuentra vinculado.

Así mismo, evidencia este Juez constitucional, que no obra en autos constancia de que se haya verificado pago alguno con respecto a las incapacidades proferidas con posterioridad al 21 de Marzo de 2021 es decir del día 541 de incapacidad, lo que hace que del acervo probatorio emerja vulneración de los derechos fundamentales de la promotora del amparo, en los términos de la jurisprudencia trascrita, y por ello se deba proferir orden de tutela para su pago, a cargo de la NUEVA EPS, conforme al artículo 67 de la Ley 1753 del 9

de junio de 2015, por ende procederá el Despacho a conceder el amparo solicitado, conforme a las consideraciones expuestas.

CASO CONCRETO:

En consecuencia y teniendo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales reseñados y analizado el caso a la luz de los mismos, se advierte que el señor NELSON VIDAL CASTILLO CHAVEZ se encuentra afiliado a la EPS NUEVA en calidad de cotizante, perteneciente al régimen contributivo y con estado de afiliación ACTIVO, según la información de afiliados en la base de datos única al sistema de seguridad social en salud.

En segundo lugar, se tiene que como resultado de una enfermedad general se le han generado las incapacidades médicas; emitidas a partir del día 09 DE MARZO DE 2021 hasta el 05 DE AGOSTO DE 2021 en la siguiente forma:

| Nº INCAPACIDAD | INICIO | FINAL | DIAS | TIPO INCAPACIDAD | DIAS ACUMULADOS |
|----------------|------------|------------|------|------------------|-----------------|
| 0006673235 | 09/03/2021 | 07/04/2021 | 30 | PRORROGA | 550 |
| 0006759476 | 08/04/2021 | 07/05/2021 | 30 | PRORROGA | 580 |
| 0006848207 | 08/05/2021 | 06/06/2021 | 30 | PRORROGA | 610 |
| 0006903410 | 07/06/2021 | 06/07/2021 | 30 | PRORROGA | 640 |
| 0007029370 | 07/07/2021 | 05/08/2021 | 30 | PRORROGA | 670 |

Por consiguiente, es dable concluir en el sub lite que se vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital en conexidad con la vida, salud y seguridad social del accionante, y por tanto, procede la acción de tutela por encontrarse probado los requisitos exigidos por la jurisprudencia para otorgar el derecho solicitado.

En consecuencia, y por ser procedente se dispone ORDENAR a NUEVA EPS S.A. - que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de la sentencia, si aún no lo ha hecho, liquide y pague al accionante la totalidad de las incapacidades comprendidas desde el 21 de marzo de 2021 al 07 de abril de 2021 correspondiente al certificado No. 0006673235, incapacidad comprendida desde el 08/04/2021 al 07/05/2021 por 30 días correspondiente al certificado 0006759476, incapacidad comprendida desde el 08/05/2021 al 06/06/2021 por 30 días correspondiente al certificado 0006848207, incapacidad comprendida desde el 07/06/2021 al 06/07/2021 por 30 días correspondiente al certificado 0006903410 y la incapacidad comprendida desde el 07/07/2021 al 05/08/2021 por 30 días correspondiente al certificado No.0007029370, por enfermedad general, diagnostico M544 LUMBAGO CON CIATICA conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Dicha gestión deberá agotarse en un plazo máximo de quince (15) días.

Así mismo se ordenará a NUEVA EPS, que en el término de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, remita a este Despacho un informe en el que certifique que le canceló al señor NELSON VIDAL CASTILLO CHAVEZ las correspondientes incapacidades en el tiempo y en el modo en que debe hacerlo, de acuerdo con la ley y lo dispuesto en esta sentencia, adjuntando los respectivos recibos de pago.

De conformidad a lo anterior entrará el despacho a tomar la decisión que corresponde.

Parte Dispositiva.

Son suficientes las anteriores consideraciones para que este Despacho, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVA:

PRIMERO: Tutelar los derechos constitucionales fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana del señor NELSON VIDAL CASTILLO CHAVEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 18.128.707, impetrados por el apoderado judicial EDWARD CAMILO SOTO, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Como consecuencia de lo anterior se ORDENA a NUEVA EPS a través de su representante legal o quien haga sus veces, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contados a partir de la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, liquide y pague al señor NELSON VIDAL CASTILLO CHAVEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 18.128.707 la totalidad de las incapacidades comprendidas *desde el 21 de marzo de 2021 al 07 de abril de 2021 correspondiente al certificado No. 0006673235*, incapacidad comprendida desde el 08/04/2021 al 07/05/2021 por 30 días correspondiente al certificado 0006759476, incapacidad comprendida desde el 08/05/2021 al 06/06/2021 por 30 días correspondiente al certificado 0006848207, incapacidad comprendida desde el 07/06/2021 al 06/07/2021 por 30 días correspondiente al certificado 0006903410 y la incapacidad comprendida desde el 07/07/2021 al 05/08/2021 por 30 días correspondiente al certificado No.0007029370, por enfermedad general, diagnóstico M544 LUMBAGO CON CIATICA conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. Dicha gestión deberá agotarse en un plazo máximo de quince (15) días.

Así mismo se ordenará a NUEVA EPS, que en el término de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, remita a este Despacho un informe en el que certifique que le canceló al señor NELSON VIDAL CASTILLO CHAVEZ las correspondientes incapacidades en el tiempo y en el modo en que debe hacerlo, de acuerdo con la ley y lo dispuesto en esta sentencia, adjuntando los respectivos recibos de pago.

SEGUNDO: CONMINAR a NUEVA EPS, para que no vuelva a ejecutar actos que vulneren derechos fundamentales del aquí accionante.

CUARTO: Notifíquese a las partes e intervenientes por el medio más expedito posible, advirtiéndoles que esta decisión podrá ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

QUINTO: En el evento de no ser impugnada esta providencia, se enviará al día siguiente el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



FREDDY ESPINDOLA SOTO

JUEZ PRIMERO PENAL MUNICIPAL DE FLORENCIA