República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Administrativo del Tolima

Ibagué, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Expediente: No. 73001-33-33-005-2022-041-01
Interno: 0092-2022
Acción: TUTELA
Demandante: MARIA EUGENIA MORENO MAHECHA
Demandada: NUEVA EPS Y OTROS

I. ASUNTO

Decide la Sala la impugnación oportunamente interpuesta por ambos extremos procesales contra la sentencia de tutela calendada el 16 de marzo del año que discurre, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Ibagué, que amparó parcialmente los derechos fundamentales deprecados por la accionante y adicionalmente declaró la existencia de cosa juzgada parcial.

II. A N T E C E D E N T E S

La ciudadana MARIA EUGENIA MORENO MAHECHA, actuando en nombre propio, promovió acción de tutela en contra de **LA NUEVA EPS, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SECRETARIA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL TOLIMA,** en procura que se le protejan sus derechos fundamentales a la salud, en conexidad con la vida digna, debido proceso, mínimo vital y móvil, igualdad, presuntamente trasgredidos por las entidades accionadas.

En consecuencia, solicita:

> ***"SEGUNDO: SE ORDENE*** *el reconocimiento y pago de incapacidades con Diagnóstico* ***M206 - DEFORMIDADES ADQUIRIDAS DE LOS DEDOS DEL PIE, NO ESPECIFICADAS -M204- OTROS DEDOS DEL PIE EN MARTILLO ADQUIRIDOS*** *-* ***M549- DORSALGIA, NO ESPECIFICADA – M659 – SINOVITIS Y TENOSINOVITIS, NO ESPECIFICADA – M179 – GONARTROSIS, NO ESPECIFICADA expedidas por la NUEVA EPS,*** *como enfermedad general.*

CONSOLIDADO DE INCAPACIDADES PENDIENTES DE RECONOCIMIENTO Y PAGO			
FECHA DE INICIO	***FECHA FINAL***	***DIAGNOSTICO***	***CANTIDAD DE DÍAS***
25-02-2021	***11-03-2021***	***M206***	***15***
12-03-2021	***25-03-2021***	***M206***	***14***
26-03-2021	***08-04-2021***	***M206***	***14***
09-04-2021	***13-04-2021***	***M206***	***5***
14-04-2021	***13-05-2021***	***M206***	***30***
14-05-2021	***28-05-2021***	***M206***	***15***
29-05-2021	***03-06-2021***	***M206***	***6***

04-06-2021	***18-06-2021***	***M204***	***15***
21-06-2021	***05-07-2021***	***M206***	***15***
08-07-2021	***22-07-2021***	***M549***	***15***
13-10-2021	***20-10-2021***	***M659***	***8***
11-02-2022	***14-02-2022***	***M179***	***3***

SE ORDENE a la NUEVA EPS, se agenden las citas pendientes del Plan de Tratamiento como son:

- *CITA ORTOPEDIA CON CIRUGANO PRIMARIO DEBIDO A COMPLICACIONES POSQUIRURGICAS.*

- *CONSULTA MEDICA DEL TRABAJO/LABORAL.*

- *INTERCONSULTA CON NUTRICION Y DIETETICA.*

- *CONSULTA PRIMERA VEZ POR FISIOTERAPIA.*

- *INYECCION O INFILTRACION DE ESTEROIDE SOD.*

- *CONSULTA CONTROL ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA (…)".*

Expuso como ***hechos*** sustento de sus pretensiones, los siguientes:

- Que es una persona de 54 años, madre cabeza de familia con 2 hijos menores de edad y se encuentra afiliada como independiente a FIDUAGRARIA EQUIDAD desde 01-07-2010 al mes 08-2021.

- Que tiene el siguiente diagnostico medico *"M206-DEFORMIDAD ADQUIRIDA DE LOS DEDOS DEL PIE, NO ESPECIFICIDA, M204-OTROS DEDOS DEL PIE EN MARTILLO ADQUIRIDOS, M774-METATARSALGIA, M549-DORSALGIA NO ESPECIFICADA M659 – SINOVITIS Y TENOSINOVITIS, NO ESPECIFICADA – M179 – GONARTROSIS, NO ESPECIFICADA"*

- Que radicó el historial clínico y las incapacidades en la NUEAVA EPS, COLPENSIONES y la SUPER INTENDENCIA DE SALUD, para el debido reconocimiento y plan de tratamiento.

- Que a pesar que COLPENSIONES y la NUEVA EPS han tenido conocimiento de las solicitudes de reconocimiento y pago de incapacidades, las mismas niegan ser las competentes para realizar el pago.

- Que es persona de bajo recursos, madre cabeza de familia, y el único ingreso con que cuenta para el sustento de su hogar, es el reconocimiento y pago de sus incapacidades, pues no cuenta con ningún ingreso adicional para sufragar sus gastos, por tanto, se encuentra en condiciones deplorables hasta tal punto que no tiene ni para los copagos de atención médica.

- Que presentó una acción de tutela la cual fue avocada por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué, y por falta de conocimiento no fue sustentado la vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la Salud, por lo que fue resuelta de manera desfavorable y por tal razón se ve avocada a presentar una nueva acción de tutela con sustento de pertinencia de afectación del mínimo vital y de la salud por las entidades accionadas.

III. CONTESTACIÓN DE LA ACCION

- **COLPENSIONES:**

Manifestó que reconoció a favor de la accionante las incapacidades médicas que se expidieron entre el día 181 al día 540, no obstante las incapacidades médicas reclamadas por la aquí accionante son superiores al día 540 días, por tanto, la llamada a reconocer y pagar las incapacidades alegadas es la Entidad Promotora de Salud EPS a la que se encuentre afiliada la señora MARIA EUGENIA MORENO MAHECHA que a su vez recibirá de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD la retribución correspondiente.

Aclaró que, la obligación de pago de incapacidades nace para este fondo de pensiones a partir del momento en que es remitido documento CRE por parte de EPS, siempre y cuando se esté solicitando el reconocimiento de pago de periodos de incapacidad de origen COMUN superiores al día 180 y hasta el día 540, y el afiliado cuente con pronóstico de recuperación favorable respecto de lo padecido.

Aseveró que no ha vulnerado derecho alguno de los invocados por la accionante, como quiera que esta entidad no tiene competencia administrativa y funcional para reconocer incapacidades médicas superiores al día 540, así como tampoco puede suministrar tratamiento médico integral para el manejo de las patologías padecidas por la accionante

Finalmente, pone de presente que la accionante ya había presentado una acción de tutela ante el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué con Rad. 2021-00277, en la que pretendía el pago de las incapacidades médicas por el periodo comprendido entre el 25/02/20211 al 22/07/2021, la cual fue despachada de manera desfavorable a la accionante por desconocimiento del carácter subsidiario. Así las cosas, peticiona tener en cuenta la cosa juzgada frente a dichos periodos reclamados.

- **FIDUAGRARIA**

Indicó que no tiene competencia ni responsabilidad alguna sobre el reconocimiento de prestaciones del Sistema de Seguridad Social en Salud, pues ni siquiera es partícipe en él.

De otra parte, señaló que el amparo de la acción de tutela es improcedente para el reconocimiento de prestaciones de carácter económico, como el pago auxilios por incapacidad, toda vez que existe la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria para debatir esos asuntos.

- **NUEVA EPS**

Destacó que la señora MARIA EUGENIA MORENO MAHECHA, cursó con incapacidad continua prolongada del 09 de agosto de 2019 al 22 de julio de 2021, motivo por el cual el 11 de diciembre de 2019 la Nueva EPS emitió Concepto de Rehabilitación con pronóstico favorable por los diagnósticos M204 OTRO (S) DEDO(S) DEL PIE EN MARTILLO (ADQUIRIDOS) DERECHO y L031 CELULITIS DE OTRAS PARTES DE LOS MIEMBROS DERECHO de origen enfermedad común, notificado a AFP Colpensiones el 26 de diciembre de 2019 mediante comunicado GRCO-ML-003376-19, dando cumplimiento al artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

Posteriormente, el 28 de junio de 2021 AFP Colpensiones emite dictamen N°4297083 de calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional (PCLO) para los diagnósticos K293 GASTRITIS CRONICA SUPERFICIAL de origen Enfermedad Común, determinando una PCLO del 17.50 %.

El 12 de julio de 2021 Nueva EPS emite carta Reincorporación Laboral por pronóstico de rehabilitación favorable.

De otra parte, advirtió que el 16 de junio de 2021 la señora MARIA EUGENIA MORENO MAHECHA radicó solicitud para concepto por Medicina Laboral, motivo por el cual se procedió posterior al análisis de los mismos, a emitir respuesta el 12 de julio de 2021, informándole que la EPS remitió el respectivo concepto de rehabilitación a la Administradora de Fondo de Pensiones COLPENSIONES, el día 26 de diciembre de 2019, con pronóstico FAVORABLE, por lo que debe acercarse a la Administradora de Fondo de Pensiones COLPENSIONES, para que se informe del proceso que debe continuar para dar trámite a su requerimiento

Agregó que las pretensiones de la presente acción de tutela son meramente económicas y por tanto no pueden ser dirimidas por el mecanismo constitucional y deben ser llevadas a la jurisdicción ordinaria, dado que no existe una afectación inmediata a un derecho fundamental.

Precisó que es el empleador quien tiene la obligación de pagar en primera instancia la incapacidad a su trabajador y posterior a ello efectuar los tramites tendientes para el recobro ante la EPS, así las cosas, quien está vulnerando el derecho fundamental invocado es el empleador del accionante.

V. LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Quinto Administrativo de Ibagué, en sentencia calendada el 16 de marzo de 2022, declaró la existencia de cosa juzgada parcial y amparó los derechos fundamentales deprecados por la accionante.

En consecuencia, dispuso:

> *"(…)* ***TERCERO: Amparar*** *los derechos fundamentales a la seguridad social, debido proceso, salud y mínimo vital de la señora María Eugenia Moreno Mahecha, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: Ordenar a la Nueva E.P.S.*** *que dentro de las 48 horas siguientes a partir de la notificación de la presente providencia, proceda al reconocimiento de las incapacidades médicas* ***-13-10-2021 al 20-10-2021 y - 11-2-2022 al 14-2-2022*** *concedidas por los médicos tratantes a la señora María Eugenia Moreno Mahecha y que las mismas se paguen en un término no mayor a cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente decisión.*
>
> ***QUINTO: Ordenar*** *a Nueva E.P.S. que dentro de las 48 horas siguientes a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a autorizar la cita de ortopedia con cirujano primario debido a complicaciones postquirúrgicas – consulta médica del trabajo/laboral – consulta primera vez con fisioterapia – consulta control ortopedia y traumatología, la interconsulta con nutrición y dietética, se suministre la inyección y realice la infiltración con esteroide sod, todo lo anterior en un término no mayor de diez 10 días siguientes a la notificación de la presente decisión.*

SÉPTIMO: Exhortar *a la Nueva E.P.S. para que en lo sucesivo se abstenga de desproteger a las personas que reclaman el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas.*

(…)"

Consideró el juez *a quo* que se configura la cosa juzgada frente a las incapacidades -25-2-2021 al 11-3-2021, -12-3-2021 al 25-3-2021, -26-3-2021 al 8-4-2021, -9-4-2021 al 13-4-2021, -14-4-2021 al 13-5-2021, -14-5-2021 al 28-5-2021, -29-5-2021 al 3-6-2021, -4-6-2021 al 18-6-2021, -21-6-2021 al 5-7-2021 y -8-7-2021 al 22-7-2021, por existir decisión judicial en firme con identidad de partes, identidad de objeto e identidad de causa petendi, ya que en la acción de tutela tramitada en el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Ibagué del Distrito Judicial del Tolima, la accionante era María Eugenia Moreno Mahecha, las accionadas Colpensiones, Nueva E.P.S. y Fiduagraria (identidad de partes), se peticionó el reconocimiento y pago de las incapacidades que también se solicitan en la presente acción de tutela (igualdad de objeto), y el amparo constitucional solicitado es el mismo (igualdad de causa petendi), configurándose los requisitos para decretar la cosa juzgada.

VI. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la accionante presentó oportunamente escrito de impugnación, argumentando que es inaceptable que, siendo una paciente de 54 años de edad como independiente en salud, se le siga negando y trasladando la responsabilidad administrativa de COLPENSIONES y la NUEVA EPS, permitiéndole así a las entidades evadir responsabilidades y vulnerar su derecho al reconocimiento y pago de las incapacidades.

Por su parte la NUEVA EPS, argumentó que no es posible realizar el reconocimiento económico de las incapacidades, teniendo en cuenta que es el Fondo de Pensiones mencionado, quien debe asumir el valor de las prestaciones económicas hasta tanto emita la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Resalta que una vez la EPS remite el concepto de rehabilitación a la Administradora de Fondo de Pensiones, antes del día 150 de incapacidad, como ha sucedido en este caso, su Administradora de Fondo de Pensiones debe iniciar el pago de incapacidad a partir del día 181 de incapacidad, prorrogando el pago por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad reconocida por Nueva EPS y al finalizar este último período, le calificará la pérdida de capacidad laboral.

Afirma que la Administradora de Fondo de Pensiones, tiene la obligación legal de expedirle el dictamen sobre calificación de la pérdida de capacidad laboral, dentro de los precisos términos señalados en el Decreto Ley 019 de 2012 antes citado, razón por la cual, de no serle expedido oportunamente, la AFP podría incurrir en una violación de las normas legales citadas y de sus derechos fundamentales.

Asevera que no es procedente ordenar el pago de incapacidades superiores a 540 días, cuando aún no se han causado, convirtiéndose en ordenes de hechos futuros e inciertos, y como tal, el Sistema General de Seguridad Social en Salud no fue diseñado para soportar incapacidades vitalicias de sus afiliados.

VII. TRAMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante proveído del 25 de marzo del corriente año, esta Corporación AVOCO el conocimiento de la presente impugnación, de conformidad con lo preceptuado en los decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000 (reglas de reparto), y ordenó comunicar por estado a las partes para el respectivo ejercicio de su derecho de contradicción.

Rituado el presente proceso conforme a las formalidades previstas para este tipo de acciones constitucionales, y no advirtiéndose causal de nulidad susceptible de afectar en todo o en parte la presente actuación, procede la Sala a decidir lo que corresponda, previas las siguientes:

VIII. C O N S I D E R A C I O N E S

- **Generalidades de la Acción de Tutela.**

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la tutela como un mecanismo judicial encaminado a la protección de los derechos fundamentales cuando éstos se amenacen o se vulneren por la acción o por la omisión de la autoridad pública o por particulares en algunos casos especiales.

Este instrumento de defensa se caracteriza por su trámite preferente, su residualidad y su subsidiariedad, a la luz del precepto superior que la consagra y del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 que la reglamenta, lo que permite advertir que el ejercicio de la tutela no es absoluto, está limitado por las causales de improcedencia allí contenidas, entre otros motivos, la relativa a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para garantizar la protección del derecho que se alega amenazado o vulnerado.

- **Actuación temeraria en la acción de tutela**

Conforme con lo que prevé el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, existe temeridad cuando, *"sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales", por lo cual "se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes"*.

La temeridad se configura, entonces, cuando concurren los siguientes presupuestos: (i) identidad fáctica en relación con otra acción de tutela; (ii) identidad de demandante, en tanto la segunda petición de amparo se presenta por parte de la misma persona o su representante; (iii) identidad del sujeto accionado; y (iv) falta de justificación para interponer la nueva acción.

La concurrencia de tales elementos evidencia la actuación temeraria, y en estricto sentido, la utilización impropia de la acción de tutela. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-1215 de diciembre 11 de 2003, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, señaló que:

> *"… la actuación temeraria es aquella que vulnera el principio de buena fe, asumiendo una actitud indebida para satisfacer un interés individual a toda costa y que expresa un abuso del derecho cuando deliberadamente y sin tener razón se instaura nuevamente una acción de tutela.*
>
> *Teniendo en cuenta que la buena fe se presume en toda actuación de los particulares ante las autoridades públicas, la temeridad es una circunstancia que debe ser valorada cuidadosamente por los jueces para prevenir decisiones injustas. En otras palabras, la conducta temeraria debe encontrarse plenamente acreditada y no puede ser inferida de la simple improcedencia de la tutela o revisando*

circunstancias meramente formales. Tal conducta requiere de un examen minucioso de la pretensión de amparo, de los hechos en que se funda y del acervo probatorio que repose en el proceso."

La jurisprudencia constitucional ha indicado que, cuando una conducta se adecúe a los presupuestos establecidos para la temeridad, el juez de tutela tiene la posibilidad de rechazar el amparo o decidir desfavorablemente la petición, siempre y cuando:

"(i) envuelva una actuación amañada, reservando para cada acción aquellos argumentos o pruebas que convaliden sus pretensiones; (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 favorable; (iii) deje al descubierto el 'abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción; o finalmente (iv) se pretenda en forma inescrupulosa asaltar la 'buena fe de los administradores de justicia".

Cabe anotar que esta Corporación ha estimado en oportunidades anteriores que el hecho de presentarse dos tutelas con hechos similares, no conduce indefectiblemente a tener como estructurada la referida figura, "*pues para ello, debe demostrarse que existen iguales sujetos procesales, hechos, pretensiones, que no hay justificación alguna para la interposición de una nueva acción, sumado a que debe encontrarse inequívocamente probado dentro del proceso de amparo tutelar, la mala fe o dolo del accionante*".

En este sentido, la Corte Constitucional ha establecido también algunos eventos en los cuales, a pesar de existir identidad de tales presupuestos, le permite al juez de tutela realizar un estudio a fondo sobre los hechos. Así, en sentencia T-919 de septiembre 23 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, se consideró lo siguiente:

"… que tratándose de personas en estado de especial vulnerabilidad, no es procedente negar la tutela por temeridad, a pesar de que se observe una identidad de partes, hechos y pretensiones, cuando el juez advierta que, no obstante la interposición de una o varias acciones anteriormente, los derechos fundamentales de los peticionarios continúan siendo vulnerados. Esta situación, en consecuencia, constituye otra causal que justifica la interposición de una nueva acción de tutela."

Igualmente, es importante que el análisis de los presupuestos que configuran la temeridad, se realice teniendo en cuenta las condiciones actuales que rodean el caso y no limitarse a un estudio meramente formal, cuando el fundamento de la acción se base en:

"(i) la condición del actor que lo coloca en estado de ignorancia o indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho y no por mala fe; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho[16]; (iii) en la consideración de eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante: y por último (iv) se puede resaltar la posibilidad de interponer una nueva acción de amparo cuando la Corte Constitucional profiere una sentencia de unificación, cuyos efectos hace explícitamente extensivos a un grupo de personas que se consideran en igualdad de condiciones, incluso si con anterioridad a dicha sentencia presentaron acción de tutela por los mismos hechos y con la misma pretensión."

- **Caso concreto**

En el *sub lite*, la parte actora insiste en la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al mínimo vital, salud, dignidad humana, presuntamente trasgredidos por las entidades accionadas al no realizar el pago de sus incapacidades médicas.

Por su parte, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, declaró la cosa juzgada respecto de las siguientes incapacidades médicas "; -25-2-2021 al 11-3-2021, -12-3-2021 al 25-3-2021, -26-3-2021 al 8-4-2021, -9-4-2021 al 13-4-2021, -14-4-2021 al 13-5-2021. -14-5-2021 al 28-5-2021, -29-5-2021 al 3-6-2021, -04-6-2021 al 18-6-2021, -21-6-2021 al 5-7-2021 y -8-7-2021 al 22-7-2021", al considerar que no era procedente resolver nuevamente las pretensiones del accionante, ya que esta situación fue de conocimiento del Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué en su sentencia de fecha 14 de diciembre de 2021 dentro del radicado 73001-33-33-010-2021-00277-00.

A efectos de resolver la impugnación, la Sala comenzará por determinar, si como lo consideró el *a quo*, se conjugaron los presupuestos que configuran la temeridad o si, por el contrario, la petición de amparo merece un estudio más detallado en orden a establecer si las omisiones que se les atribuye a las entidades accionadas, lesionan los derechos fundamentales invocados.

En este orden de ideas se advierte que en la presente actuación obra copia de la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué del proceso distinguido con radicado 73001-33-33-010-2021-00277-00.

Los hechos que motivaron la presentación de dicha tutela ante el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, según se expuso en el fallo con el que se culminó dicho trámite constitucional, se circunscribieron en señalar que la NUEVA EPS y COLPENSIONES no le han realizado el pago de las siguientes incapacidades medicas " -25-2-2021 al 11-3-2021, -12-3-2021 al 25-3-2021, -26-3-2021 al 8-4-2021, -9-4-2021 al 13-4-2021, -14-4-2021 al 13-5-2021. -14-5-2021 al 28-5-2021, -29-5-2021 al 3-6-2021, -04-6-2021 al 18-6-2021, -21-6-2021 al 5-7-2021 y -8-7-2021 al 22-7-2021".

En cuanto a lo pretendido, se tiene que en la citada acción de tutela se solicitó ordenar a COLPENSIONES y NUEVA EPS, realizar el reconocimiento, liquidación y pago de las incapacidades medicas otorgadas por el médico tratante.

El Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante proveído de fecha 14 de diciembre de 2021, dispuso declarar improcedente la acción de tutela, toda vez que no encontró probados los requisitos de subsidiariedad e inmediatez.

Conforme con lo anterior, concluye la Sala que lo pretendido por la accionante en los referidos procesos de tutela y los hechos en que dieron lugar a éstos, guardan total coincidencia e identidad con la presente solicitud de tutela, conducta ésta reprochable, pues constituye un ejercicio temerario de la acción de tutela y un abuso de este mecanismo constitucional.

Por tal razón, lo procedente sería dar aplicación al artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 que, a la letra dice: *"…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"; pero resulta igualmente indiscutible que la actora se encuentra en un estado de indefensión que la exonera de la consecuencia jurídica que establece la norma en cita.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido como excepción a la temeridad el hallarse bajo un *"estado de indefensión*", lo cual se predica de las especiales condiciones de quien ejerce la tutela, cuyo contexto es indicativo de que no se está obrando por mala fe o con la intención de obtener un nuevo pronunciamiento judicial que le resulte positivo, sino porque su necesidad de amparo es tan extrema que el recurrir al mecanismo constitucional constituye la única vía legal de cara a la situación que padece, contexto que a todas luces encaja con el escenario que expone el tutelante, quien pretende el pago de unas incapacidades médicas, que resultan ser su mínimo vital y único sustento para ella y su núcleo familiar.

No obstante, aun cuando la solicitud de tutela no deba ser rechazada producto de la excepción a la temeridad configurada, lo cierto es que el amparo solicitado no puede deprecarse por este medio constitucional. En efecto, el hecho de que la tutelante censure la decisión del juez de tutela, no la autoriza empero para que interponga un sinnúmero indeterminado de tutelas con idéntico propósito.

En consecuencia, la Sala comparte lo decidido por el juez *a quo* en cuanto declaró la cosa juzgada frente a la pretensión de reconocimiento y pago de las siguientes las incapacidades médicas -25-2-2021 al 11-3-2021, -12-3-2021 al 25-3-2021, -26-3-2021 al 8-4-2021, -9-4-2021 al 13-4-2021, -14-4-2021 al 13-5-2021, -14-5-2021 al 28-5-2021, -29-5-2021 al 3-6-2021, -4-6-2021 al 18-6-2021, -21-6-2021 al 5-07-2021 y -8-07-2021 al 22-7-2021.

Así las cosas y conforme fue expuesto, le corresponde a la Sala a continuación determinar si las accionadas vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social, a la dignidad humana y la igualdad de la señora María Eugenia al negarse a reconocer y asumir el pago correspondiente a las incapacidades que le fueron expedidas con posterioridad a los 540 días por enfermedad común (incapacidades médicas **-13-10-2021 al 20-10-2021 y - 11-2-2022 al 14-2-2022)** y que no fueron objeto de la acción de tutela atrás en cita.

Para efectos de darle solución al objeto de la *litis*, es del caso realizar las siguientes precisiones:

Respecto del pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, es preciso comenzar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabajador percibirá durante ese lapso. Así, cuando se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un **auxilio económico** y cuando se trata del día 181 en adelante se estará frente al pago de un **subsidio de incapacidad.**

Ahora bien, en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

i. Entre el día **1** y **2** será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número **180**, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

iii. Desde el día **181** y hasta un plazo de **540** días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que 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.

Así las cosas, 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 expuso en precedencia.

Ahora bien, en cuanto al pago de las incapacidades que superan los 540 días, cabe mencionar que, hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional reconocía la existencia de un déficit de protección respecto de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días.

No obstante, el Congreso expidió la Ley 1753 de 2015 mediante la cual buscó dar una solución a al aludido déficit de protección. Así, dispuso en el artículo 67 de la mencionada ley, que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas *"[al] 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."* Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a **540** días a las EPS.

Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que, a partir de la vigencia del precitado artículo 67 de Ley 1753 de 2015, en todos los casos en que se solicite el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad superior a **540** días, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social están en la obligación de cumplir con lo dispuesto en dicho precepto legal, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado.

En ese orden, y para efectos de brindar una protección efectiva a los derechos invocados por la accionante, se precisa recordar que, en tratándose de una enfermedad de origen común como ocurre en el caso *sub examine* y teniendo como base la legislación y jurisprudencia en la materia, la cual fue expuesta en párrafos anteriores, quien está llamada a cancelar las incapacidades superiores a los 540 días de la señora MARIA EUGENIA MORENO es la NUEVA EPS.

Por todo lo anterior, y con base en la obligación impuesta por la Ley 1753 de 2015, se le ordenará a la NUEVA EPS realizar el pago de las incapacidades que excedan los 540 días, es decir, las incapacidades médicas **-13-10-2021 al 20-10-2021 y -11-2-2022 al 14-2-2022**.

Por último, respecto de la pretensión relacionada con la cita de ortopedia con cirujano primario debido a complicaciones postquirúrgicas – interconsulta con nutrición y dietética – consulta primera vez con fisioterapia – inyección o infiltración de esteroide sod – consulta control ortopedia y traumatología de la accionante, como quiera que la NUEVA EPS, no allegó documento alguno del cual se pueda tener la certeza que las citas médicas ya fueron agendadas y los servicios médicos ya fueron suministrados, la Sala comparte lo decidido por el juez de instancia, que amparó el derecho fundamental a la salud de la señora María Eugenia Moreno, y ordenó a la NUEVA EPS que en un término no mayor a cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de la sentencia, procederá a autorizar las citas y servicios médicos citados.

Por lo anterior, la Sala CONFIRMARA la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Ibagué, el 16 de marzo de 2022, que amparó parcialmente los derechos fundamentales deprecados por la accionante y declaró la existencia de cosa juzgada parcial.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Tolima, Sala de decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

R E S U E L V E:

PRIMERO: **CONFIRMAR** el fallo de tutela proferido el pasado 16 de marzo de 2022, por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Ibagué.

SEGUNDO: Notifíquese la presente decisión a las partes, y remítase a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta providencia, fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ANGEL IGNACIO ALVAREZ SILVA **BELISARIO BELTRAN BASTIDAS**

JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO