

Cartagena de Indias D.T. y C., Dieciséis (16) de octubre de dos mil veinte (2020)

- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA. – IMPUGNACIÓN -
Radicado	13-001-33-33-005-2020-00126-01
Demandante	JULIETA RESTREPO TORRES
Demandado	NUEVA EPS - COLPENSIONES
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
Tema	SEGURIDAD SOCIAL, MINIMO VITAL

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la parte accionada, contra la sentencia de tutela del 06 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Quinto (05) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual concedió los derechos fundamentales alegados en la presente acción.

III.- ANTECEDENTES

- Pretensiones.

Tutelar los derechos fundamentales de Petición, Seguridad Social y Mínimo Vital, en consecuencia, ordenar a Nueva Eps o Colpensiones, pagar las siguientes incapacidades: 09-03-2019, 05-04-2019, 16-07- 2019, 14-08-2019, 27-08-2019, 25-09-2019, 10-10-2019, 08-11-2019, 14-11-2019, 13-12-2019, 17-12-2019, 15-01-2020, 16-01-2020, 19-01- 2020, 20-01-2020, 18-02-2020, para un total de 10.

- Hechos

La accionante expone que el 28 de mayo de 2020, presentó solicitud a la entidad Nueva Eps y Colpensiones, con el fin que se le efectuara el pago de las incapacidades causadas desde el 10 de febrero de 2019.

En consecuencia, manifiesta la actora que Nueva Eps, responde de manera negativa mediante escrito del 23 de junio de 2020, indicando que las

incapacidades superan los 180 días, y por otro lado, agrega que Colpensiones no dio respuesta a lo pretendido.

A su turno, la tutelante hace referencia a las incapacidades de las cuales no se ha generado el pago: 09/03/2019-05/04/2019,16/07/2019-14/08/2019,27/08/2019- 25/09/2019, 10/10/2019-08/11/2019, 14/11/2019-13/12/2019- 17/12/2019- 15/01/2020, 16/01/2020- 19/01/2020, 20/01/2020-18/02/2020, 19/02/2020-19/03/2020,20/03/2020-18/04/2020 para un total de 10.

Así mismo, relata que ambas entidades le están negando el reconocimiento y pago de las incapacidades relacionadas con anterioridad, debido a que Nueva Eps, refiere que las incapacidades superan los 180 días y Colpensiones no se pronuncia al respecto.

Por lo anterior, manifiesta la accionante que se le están violentando los derechos fundamentales al Mínimo Vital y Móvil, Igualdad, Salud, Dignidad, por lo cual necesita definir lo planteado, en aras de evitar un perjuicio irremediable y así mismo, agrega que conmina a que se cumpla a cabalidad con la ley y se reconozca el pago de las incapacidades.

CONTESTACIÓN

- Nueva Eps

Dentro del expediente se observa informe presentado por la accionada, dando contestación a la acción de tutela y expone que la Sra. Julieta del Carmen Restrepo, presenta 244 días de incapacidad continua al 18 de abril de 2020, de las cuales completó 180 días el 10 de febrero de 2019.

Por otro lado, aduce la tutelada que Nueva Eps, remite concepto de rehabilitación a la Administradora de Fondo de Pensiones antes del día 150 de incapacidad y así mismo, Colpensiones inicia el pago de incapacidad a partir del día 181, prorrogando el pago por 360 días adicionales a los primeros 180 y al finalizar el último periodo calificaría la pérdida de capacidad laboral.

Agrega la accionada que, lo anterior es con el fin de dar cumplimiento al Decreto 019 de 2012 en su artículo 142, el cual describe que la EPS remite el concepto de rehabilitación a la Administradora de Fondo de Pensiones antes del día 150 de incapacidad y que este último, inicia el pago de incapacidad

a partir del día 181, prorrogando el pago por 360 días adicionales a los primeros 180 y al finalizar, califica la pérdida de capacidad laboral.

Por lo anterior, manifiesta la tutelada que no es posible realizar el reconocimiento económico de las incapacidades antes mencionadas, teniendo en cuenta que es el Fondo de Pensiones, quien debe asumir el valor de las prestaciones económicas hasta tanto emita la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Por otra parte, aduce que no se evidencia el cumplimiento del principio de Subsidiaridad de la acción de tutela, ya que el accionante no demuestra haber agotado todos los medios ordinarios de defensa, que se encuentran establecidos y asignados a la jurisdicción laboral, para reclamar pago de prestaciones económicas, y que excluye la posibilidad de usar la acción de tutela como primera opción ya que resulta improcedente; por lo anterior, solicita conminar a la AFP Colpensiones, al pago de las incapacidades y además, no acceder a las pretensiones del accionante, declarando la improcedencia de la presente Acción Constitucional.

- Colpensiones

Mediante informe presentado por la entidad accionada, dando contestación a la acción de tutela, exponen que para el día 15 de abril de 2019 mediante radicado No. 2019_5044645 la prestadora de salud NUEVA EPS remitió concepto de rehabilitación de carácter FAVORABLE del 09 de abril de 2019, de acuerdo al artículo 142 del Decreto 019 de 2012 y que, en razón a dicha causal, le asiste el derecho a reconocimiento de incapacidades.

En razón de lo anterior, manifiesta la accionada que Colpensiones ha venido reconociendo las incapacidades que han sido radicadas ante esta administradora y cuyo último periodo fue reconocido mediante oficio DML-I 17093 del 09 de diciembre de 2020, se procedió con el reconocimiento del subsidio de incapacidad desde el 02 de mayo de 2019 al 31 de mayo de 2019 procediendo a cancelar ochocientos veintiocho mil ciento dieciséis pesos (\$828.116.00) por concepto de 30 días de incapacidad médica temporales.

Por otro lado, alega la tutelada que no encuentra petición alguna presentada por la Sra. Julieta del Carmen Restrepo Torres, referente a la reclamación sobre el reconocimiento y pago del subsidio por incapacidades,

y agrega que, la vulneración de los derechos fundamentales que aduce la Sra. Julieta Restrepo Torres, no han sido transgredidos por parte de la entidad Colpensiones, debido a que esta ha reconocido el subsidio por incapacidad conforme a los documentos aportados por el accionante.

A su turno aduce la accionada que el tutelante no logró demostrar siquiera de manera sumaria que se encuentra en un grado de vulnerabilidad que le permita a juez de tutela flexibilizar el requisito de la subsidiariedad, descartando de plano la acreditación de otros elementos que la jurisprudencia ha establecido como importantes para estos casos, como lo es la afectación al mínimo vital, por lo anterior, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela.

- Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 06 de octubre de 2020, dispuso conceder las pretensiones de la presente Acción Constitucional, debido a que la accionada COLPENSIONES sí ha vulnerado los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de la señora JULIETA RESTREPO TORRES, pues pese haberse cumplido más de 180 días de incapacidad y habiéndosele remitido concepto de rehabilitación favorable en término, La AFP COLPENSIONES no ha procedido el pago a todas las incapacidades, las cuales datan desde hace más de dos (02) meses, causando un agravio ya que dicho pago de incapacidades constituyen el sustento de la accionante y de su familia, por tanto, resolvió:

- **“PRIMERO:** CONCEDER la presente acción de Tutela interpuesta por JULIETA RESTREPO TORRES c.c. 45466425 contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONESCOLPENSIONES-, por violación del derecho fundamental al mínimo vital vida digna, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
- **SEGUNDO:** Ordenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONESCOLPENSIONES que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación del presente fallo, PAGUE a JULIETA RESTREPO TORRES c.c. 45466425 las siguientes incapacidades solicitadas:

No. de Incapacidad	Fecha inicial	Fecha final	Código	Días otorgados
0005021238	09/03/2019	05/04/2019	G560	28
0005319209	16/07/2019	14/08/2019	G560	30
0005426890	27/08/019	25/09/2019	G560	30
0005574134	10/10/2019	08/11/2019	G560	28

Radicado: 13-001-33-33-005-2020-000126-01
Demandante: Julieta Restrepo Torres

0005644766	14/11/2019	13/12/2019	G560	30
0005735140	16/07/2019	15/01/2020	G560	30
0005802904	16/01/2020	19/01/2020	G560	04
0005813219	20/01/2020	18/02/20120	G560	30
0005894160	19/02/2020	19/03/2020	G560	30
0005981740	20/03/2020	18/04/2020	G560	30

Y las que en lo sucesivo se causen, hasta completar las 541 de conformidad con las reglas establecidas en la jurisprudencia citada con anterioridad.

TERCERO: NOTIFÍQUESE este fallo a las partes en la forma prevista en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1.991

CUARTO: Si esta providencia no fuere impugnada, ordenase el envío del expediente dentro del término previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 a la Corte Constitucional para su eventual revisión."

- **La impugnación.**

El accionado Colpensiones, expone que, si bien se encuentra en la obligación de realizar el reconocimiento de subsidio económico, esta obligación se causa desde que la EPS allega a Colpensiones el concepto de rehabilitación – CRE, No obstante, aduce que el CRE fue allegado el 15 de abril de 2019 por lo tanto las incapacidades anteriores a dicha fecha no son obligación de la ARL.

Teniendo en cuenta lo anterior, manifiesta la accionada que no resulta en derecho que se ordene a Colpensiones el reconocimiento de las incapacidades entre el periodo de 09 de marzo al 05 de abril de 2019, debido a que para el presente caso la EPS debió notificar el concepto de rehabilitación conforme a su obligación legal, y al omitir esta obligación las incapacidades causadas hasta el momento en que se remite el Concepto de rehabilitación (CRE) estarán a cargo de la EPS al no cumplir los mandatos legales, de conformidad a las normas precitadas en los fundamentos legales.

Además, agrega que dicha sanción, termina hasta la notificación de manera oficial de los documentos señalados, momento desde el cual se reconocerían las incapacidades siempre que se encontraran entre los días 180 a 540 calendario en que se generen las prescripciones médicas por incapacidades. En consecuencia, aduce que las incapacidades ordenadas son de obligación de la EPS, al menos hasta el día 15 de abril de 2019, por omitir sus obligaciones legales.

Por otro lado, relata que teniendo en cuenta el carácter de subsidiariedad de la tutela se tiene que este no es el medio idóneo para solicitarlas sin que la entidad haya conocido primero de las mismas, motivo por el cual no procede el reconocimiento ni existe obligación en esta administradora sobre las incapacidades solicitadas en la acción de tutela anteriores a la fecha en que se allegó el CRE.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Conforme lo prevé el artículo 132 del CGP, se hace control de legalidad sobre el cumplimiento de las reglas del debido proceso en esta etapa del diligenciamiento, advirtiéndose por la Sala que no se evidencian vicios que puedan acarrear nulidad.

- CONSIDERACIONES

- COMPETENCIA

El Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación de la presente acción, con base en la Constitución Política y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991.

- PROBLEMA JURÍDICO.

Conforme a los antecedentes mencionados, en el caso que nos ocupa, esta Corporación debe establecer la procedencia de la Acción de Tutela, con respecto al pago de incapacidades de la Sra. Julieta Restrepo Torres, y en caso de ser afirmativo, determinar si con la actuación de la accionada existe vulneración o no del derecho fundamental al mínimo vital y Móvil; invocados por la accionante, a fin de determinar si debe ser confirmada o revocada la sentencia de primera instancia.

TESIS

La Sala considera pertinente modificar la decisión proferida por el Aquo de primera instancia, ordenando a la Nueva Eps, el reconocimiento y pago de las incapacidades: 09/03/2019 hasta 05/04/2019, a razón de la inobservancia por parte de dicha entidad, al momento de emitir el concepto de rehabilitación, debido a que no lo notificó de manera oportuna ante Fondo de Pensiones Colpensiones.

Por otro lado, en cuanto a la AFP, se ordenará el reconocimiento y pago de los días de incapacidad desde el 16 de julio de 2019, hasta el 18 de abril de 2020, que por ley le corresponden.

Además, considera esta Sala que se vulnera los derechos fundamentales al Mínimo Vital y Móvil por parte de las accionadas, al no realizar el pago de las incapacidades de la Sra. Julieta Restrepo Torres, muy a pesar de considerarse estas, como una sustitución al salario laboral, siendo este el único sustento que ostenta para solventar sus necesidades.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

De la Tutela.

A la luz del artículo 86 de la máxima Norma constitucional y el Decreto 2591 de 1995, se consagra que toda persona por si misma o por quien actué a su nombre, podrá ejercer la acción de tutela para reclamar ante los Jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando estos, se encuentren amenazados o vulnerados por cualquiera entidad pública o por un particular.

No obstante, debe tenerse en cuenta el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela; la Corte Constitucional¹ ha señalado lo siguiente:

"permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos". Dicho carácter, se traduce en el deber de los asociados de incoar los recursos ordinarios otorgados por la legislación a fin de salvaguardar sus derechos e impide el uso indebido de la acción de tutela como vía preferente o instancia adicional de protección."

En efecto, con el fin de determinar el cumplimiento del requisito mencionado, la jurisprudencia constitucional ha establecido dos requisitos indispensables para determinar la procedencia de la acción de tutela en el caso de que exista un procedimiento ordinario. En ese sentido en sentencia T-098-16 se dijo:

"(...) En el análisis de la viabilidad de la solicitud de amparo, corresponde al Juez constitucional determinar el cumplimiento de ese requisito, respecto del cual se previeron dos supuestos en los que la existencia de otros mecanismos no frustra el ejercicio de la tutela, a saber:

- Cuando el mecanismo no es idóneo ni eficaz.
- Cuando a pesar de ser apto para conseguir el amparo de las garantías invocadas, las circunstancias particulares del caso

¹ Sentencia T-09/18, Corte Constitucional.

demuestren que debe ser protegido inmediatamente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable."

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido que la acción de tutela es el medio judicial procedente, eficaz e idóneo para exigir la garantía efectiva de los derechos fundamentales constitucionales.

Pago de Incapacidades Laborales – Sustitución Salarial

La Corte Constitucional, en sentencia T 161 de 2019, Magistrada Ponente: CRISTINA PARDO SCHLESINGER, advierte sobre las incapacidades laborales, como sustitución del salario, y expone:

"El Sistema General de Seguridad Social establece la protección a la que tienen derecho aquellos trabajadores que, en razón a la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad de origen común, se encuentran incapacitados para desarrollar sus actividades laborales y, en consecuencia, están imposibilitados para proveerse sustento a través de un ingreso económico. Dicha protección se materializa mediante diferentes figuras tales como: el pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilio y pensión de invalidez contempladas todas estas, en la Ley 100 de 1993^[71], Decreto 1049 de 1999, Decreto 2943 de 2013^[72], la Ley 692 de 2005, entre otras disposiciones.

Las referidas medidas de protección buscan reconocer la importancia que tiene el salario de los trabajadores en la salvaguarda de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. Así lo ha sostenido esta Corporación al referirse particularmente a la incapacidades, estableciendo que el procedimiento para el pago de las mismas se han creado "(...) en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada"^[73]

Bajo esa línea, la Corte mediante sentencia T-490 de 2015 fijó unas reglas en la materia, señalando que:

"i) el pago de las 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 su 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."

Radicado: 13-001-33-33-005-2020-000126-01

Demandante: Julieta Restrepo Torres

En consecuencia, durante los periodos en los cuales un trabajador no se encuentra en condiciones de salud adecuadas para realizar las labores que le permitan devengar el pago de su salario, el reconocimiento de incapacidades constituye como una garantía de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. De allí, que la Corte reconozca que sin dicha prestación, se presume la vulneración de los derechos en mención.

De lo anterior se extrae que las incapacidades laborales actúan como una sustitución al salario laboral, de manera que, es el único sustento que la persona devenga, el cual tiene que garantizarse en aras de evitar un perjuicio irremediable, y salvaguardar los derechos fundamentales al Mínimo Vital y Vida Digna.

Pago Incapacidades – Enfermedad origen común

La Corte Constitucional en sentencia referida con anterioridad, T- 161 de 2019, Magistrada Ponente: CRISTINA PARDO SCHLESINGER advierte, respecto a la responsabilidad del pago de incapacidades laborales, de acuerdo al término que corresponde:

- *Respecto del pago de las incapacidades que se generen por enfermedad de origen común, es preciso empezar 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^[80], 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 1º 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 1º 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^[81] para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS^[82].

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^[83].

Referente a lo expuesto, se tiene que existe una distribución entre distintas entidades para realizar el pago de las incapacidades al usuario; día 1 y 2 corresponde al empleador, si persiste el mal estado de salud y dicha incapacidad se extiende al día 3 hasta 180, corresponde pagar a la Eps en la cual se encuentre afiliado; así mismo, si pasado el día 181 con un plazo máximo de 540 días de incapacidad, corresponde el pago al Fondo de Pensiones, para luego tramitar la calificación por invalidez.

ANALISIS PROBATORIO

Se evidencia petición con fecha 04 de mayo de 2020, por parte de la Sra. Julieta Restrepo Torres, ante la entidad Nueva Eps y Colpensiones, con el fin que se reconozca el pago de las incapacidades médicas: 09-03-2019, 05-04-2019, 16-07-2019, 14-08-2019, 27-08-2019, 25-09-2019, 10-10-2019, 08-11-2019, 14-11-2019, 13-12-2019, 17-12-2019, 15-01-2020, 16-01-2020, 19-01-2020, 20-01-2020, 18-02-2020, para un total de 16; así mismo, se evidencia el sello de recibido por parte de las entidades peticionadas.

En consecuencia, se evidencia respuesta por parte de Colpensiones con fecha 17 de junio de 2020, dirigida a la Sra. Julieta Del Carmen Restrepo Torres, en el cual aducen que no procede el reconocimiento y pago de las incapacidades antes de la remisión del CRE, 15 de abril del 2019, por lo que las incapacidades previas a dicha fecha deben ser solicitadas ante la EPS.

Por otro lado, se vislumbra concepto de pronóstico de rehabilitación de la Sra. Julieta restrepo Torres, expedido por la entidad Nueva Eps, con fecha 09 de abril de 2019.

Se evidencia, certificados de incapacidades de la Sra. Julieta Restrepo Torres, expedido por la entidad Nueva Eps, que datan como fecha inicial desde el 29 de diciembre de 2008, enfermedad general, hasta 28 de abril de 2020.

CASO EN CONCRETO

Colorario a lo expuesto, y aterrizando al caso en concreto, el problema jurídico recae en establecer la procedencia de la Acción de Tutela, con respecto al pago de incapacidades de la Sra. Julieta Restrepo Torres, y en caso de ser afirmativo, determinar si con la actuación de la accionada existe vulneración

o no del derecho fundamental al mínimo vital y dignidad; invocados por la accionante.

Ahora bien, la accionante expone que las entidades tuteladas no reconocen el pago de incapacidades: 09/03/2019-05/04/2019,16/07/2019-14/08/2019,27/08/2019- 25/09/2019, 10/10/2019-08/11/2019, 14/11/2019-13/12/2019- 17/12/2019- 15/01/2020, 16/01/2020- 19/01/2020, 20/01/2020-18/02/2020, 19/02/2020-19/03/2020,20/03/2020-18/04/2020 para un total de 10

Por tanto aduce que le están vulnerando sus derechos fundamentales al Mínimo Vital y Móvil; así mismo, solicita que le sean reconocidas dichas incapacidades, con el fin de evitar un perjuicio irremediable en su persona.

Por otro lado, la Nueva Eps manifiesta que la Sra. Julieta del Carmen Restrepo, presenta 244 días de incapacidad continua al 18 de abril de 2020, de las cuales completó 180 días el 10 de febrero de 2019 y aduce la tutelada que Nueva Eps, remite concepto de rehabilitación a la Administradora de Fondo de Pensiones antes del día 150 de incapacidad, por lo cual le corresponde a esta última con el pago de las incapacidades desde el día 181 hasta generar calificación de invalidez.

En consecuencia Colpensiones relata que procedió con el reconocimiento del subsidio de incapacidad desde el 02 de mayo de 2019 al 31 de mayo de 2019 procediendo a cancelar ochocientos veintiocho mil ciento dieciséis pesos (\$828.116.00) por concepto de 30 días de incapacidad médica temporales y agrega que en cuanto a la petición la cual se refiere la tutelante, no tienen conocimiento respecto a ella.

De acuerdo a lo expuesto, es menester establecer que se está frente al reconocimiento del pago de incapacidades laborales, las cuales como ha establecido la Corte, se infiere que actúan como una sustitución del salario laboral, debido a que por la condición que presenta la persona, no puede ejercer sus labores, en ese sentido la Corte Constitucional en sentencia T 161 de 2019, ha advertido frente a lo anterior:

“El Sistema General de Seguridad Social establece la protección a la que tienen derecho aquellos trabajadores que, en razón a la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad de origen común, se encuentran incapacitados para desarrollar sus actividades laborales y, en consecuencia, están imposibilitados para proveerse sustento a través de un ingreso económico. Dicha protección se materializa mediante diferentes figuras tales como: el pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilio

Radicado: 13-001-33-33-005-2020-000126-01

Demandante: Julieta Restrepo Torres

y pensión de invalidez contempladas todas estas, en la Ley 100 de 1993^[71], Decreto 1049 de 1999, Decreto 2943 de 2013^[72], la Ley 692 de 2005, entre otras disposiciones.

Las referidas medidas de protección buscan reconocer la importancia que tiene el salario de los trabajadores en la salvaguarda de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. Así lo ha sostenido esta Corporación al referirse particularmente a la incapacidades, estableciendo que el procedimiento para el pago de las mismas se han creado "(...) en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada"^[73]

Bajo esa línea, la Corte mediante sentencia T-490 de 2015 fijó unas reglas en la materia, señalando que:

"i) el pago de las 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 su 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 consecuencia, durante los periodos en los cuales un trabajador no se encuentra en condiciones de salud adecuadas para realizar las labores que le permitan devengar el pago de su salario, el reconocimiento de incapacidades constituye como una garantía de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. De allí, que la Corte reconozca que sin dicha prestación, se presume la vulneración de los derechos en mención.

De lo expuesto, se extrae que las incapacidades laborales actúan como una sustitución al salario laboral, de manera que, es el único sustento que la persona devenga, el cual tiene que garantizarse en aras de evitar un perjuicio irremediable, y salvaguardar los derechos fundamentales al Mínimo Vital y Vida Digna.

En ese sentido, aterrizando al caso en concreto, al considerarse las incapacidades como una sustitución al salario laboral, es procedente la presente Acción Constitucional, debido a que el actor no tiene otro sustento económico en el cual pueda solventarse, por lo cual es necesario la intervención del Juez de Tutela en aras de evitar un perjuicio irremediable, cumpliendo de tal forma, el carácter subsidiario de la presente acción.

Ahora bien, con respecto a quién le corresponde el pago de dichas incapacidades, es necesario traer a colisión lo establecido en reiteradas jurisprudencias por la Corte, de acuerdo a los términos que le corresponde a cada entidad para el pago de estas:

*“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^[81] 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^[83].

Referente a lo expuesto, se tiene que existe una distribución entre distintas entidades para realizar el pago de las incapacidades al usuario; día 1 y 2 corresponde al empleador, si persiste el mal estado de salud y dicha incapacidad se extiende al día 3 hasta 180, corresponde pagar a la Eps en la cual se encuentre afiliado; así mismo, si pasado el día 181 con un plazo máximo de 540 días de incapacidad, corresponde el pago al Fondo de Pensiones, para luego tramitar la calificación por invalidez.

No obstante, se prevé una excepción, la cual consiste que el concepto de rehabilitación debe ser emitido antes del día 120 de incapacidad y enviado a la AFP antes del día 150, en caso contrario estas serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, por medio de sus recursos propios hasta que emitan dicho concepto.

Se tiene entonces que la accionada Nueva Eps, ha cumplido con el pago de las incapacidades de la Sra. Julieta Restrepo Torres, desde el 13 de marzo de 2013, hasta el 08 de marzo de 2019, de acuerdo a certificado aportado por esta misma entidad cumpliendo el término de 180 días.

Radicado: 13-001-33-33-005-2020-000126-01
Demandante: Julieta Restrepo Torres

De acuerdo a material probatorio aportado, se evidencia el no pago de las incapacidades laborales de la Sra. Julieta Restrepo Torres, las cuales datan de la siguiente manera:

No. de Incapacidad	Fecha inicial	Fecha final	Código	Días otorgados
0005021238	09/03/2019	05/04/2019	G560	28
0005319209	16/07/2019	14/08/2019	G560	30
0005426890	27/08/019	25/09/2019	G560	30
0005574134	10/10/2019	08/11/2019	G560	28
0005644766	14/11/2019	13/12/2019	G560	30
0005735140	16/07/2019	15/01/2020	G560	30
0005802904	16/01/2020	19/01/2020	G560	04
0005813219	20/01/2020	18/02/20120	G560	30
0005894160	19/02/2020	19/03/2020	G560	30
0005981740	20/03/2020	18/04/2020	G560	30

Al respecto, de acuerdo a las pruebas allegadas al expediente y por los supuestos de hecho se evidencia que si bien la accionante completó 180 días el 10 de febrero de 2019, la entidad Nueva Eps emite concepto de rehabilitación favorable el día 09 de abril de 2019, notificando a la Administradora de Fondo de Pensiones Colpensiones en fecha 15 de abril de 2019, para lo cual se refleja que Nueva Eps, no actuó bajo los términos correspondiente que expone la ley para emitir dicho concepto, es decir, antes del día 120 de incapacidad y enviado a la AFP antes del día 150.

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, por lo cual analizando la presente litis, se vislumbra el incumplimiento por parte de la Nueva Eps, al momento de emitir el concepto de rehabilitación a Colpensiones, de manera que los días de incapacidad del 09 de marzo hasta el 05 de abril de 2019, el pago corresponde a la Promotora de Salud Nueva Eps, por la inoperancia.

Por otro lado, sumados los días anteriores de incapacidad arroja 270 días de las cuales no se ha generado el respectivo pago para la Sra. Julieta restrepo Torres, en el cual, de acuerdo a la normatividad, le corresponde el pago a la Promotora del Fondo de Pensiones desde el día 181 de incapacidad, hasta un lapso de 540 días, o en su defecto, se genere la calificación por invalidez.

En ese orden de ideas, la Corte en sentencia T- 246 de 2018 establece sobre el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común, de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012
Día 181 hasta el 540	Fondo de Pensiones	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012
Día 541 en adelante	E.P.S	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

A su turno, se vislumbra que es la entidad de Colpensiones la que le corresponde el pago de las incapacidades después del lapso de 180 días, no obstante, teniendo en cuenta la inoperancia por parte de la entidad promotora de Salud Nueva Eps, al momento de emitir el concepto de rehabilitación, dicho con anterioridad, le corresponde a la AFP el pago de las siguientes incapacidades:

No. de Incapacidad	Fecha inicial	Fecha final	Código	Días otorgados
0005319209	16/07/2019	14/08/2019	G560	30
0005426890	27/08/019	25/09/2019	G560	30
0005574134	10/10/2019	08/11/2019	G560	28
0005644766	14/11/2019	13/12/2019	G560	30
0005735140	16/07/2019	15/01/2020	G560	30
0005802904	16/01/2020	19/01/2020	G560	04
0005813219	20/01/2020	18/02/20120	G560	30
0005894160	19/02/2020	19/03/2020	G560	30
0005981740	20/03/2020	18/04/2020	G560	30

Ahora bien, ya establecido los términos los cuales le corresponde el pago a cada entidad, es menester hacer énfasis en las dilaciones que ha presentado la tutelada Colpensiones para el pago de dichas incapacidades, teniendo en cuenta que alega que no se evidencia petición por parte de la accionante ante dicha entidad solicitando el pago de estas, y cabe destacar que lo anterior, carece de validez, ya que se refleja de acuerdo al

Radicado: 13-001-33-33-005-2020-000126-01
Demandante: Julieta Restrepo Torres

material probatorio allegado, la solicitud por parte de la Sra. Julieta Restrepo Torres con su respectivo sello de recibido de la entidad Colpensiones, y así mismo, la respectiva respuesta de la petición por parte de la accionada.

No obstante, muy a pesar que la entidad Colpensiones, recibe por parte de la tutelante solicitud para el pago de las incapacidades laborales, y además obtiene por parte de la Nueva Eps, documento en el cual se establece concepto de rehabilitación favorable de la accionante, en fecha 15 de abril de 2019, la AFP no ejerce ningún tipo de cumplimiento y/o interés, para realizar los trámites que por ley le corresponden.

Por otra parte, Colpensiones manifiesta que procedió con el reconocimiento del subsidio de incapacidad de la Sra. Julieta Restrepo Torres, desde el 02 de mayo de 2019 al 31 de mayo de 2019, cancelando ochocientos veintiocho mil ciento dieciséis pesos (\$828.116.00) por concepto de 30 días de incapacidad médica temporales, lo cual demuestra que dicha entidad reconoce la obligación que le corresponde, no obstante, ha incumplido con los pagos de las incapacidades de las fechas subsiguientes:

No. de Incapacidad	Fecha inicial	Fecha final	Código	Días otorgados
0005319209	16/07/2019	14/08/2019	G560	30
0005426890	27/08/019	25/09/2019	G560	30
0005574134	10/10/2019	08/11/2019	G560	28
0005644766	14/11/2019	13/12/2019	G560	30
0005735140	16/07/2019	15/01/2020	G560	30
0005802904	16/01/2020	19/01/2020	G560	04
0005813219	20/01/2020	18/02/20120	G560	30
0005894160	19/02/2020	19/03/2020	G560	30
0005981740	20/03/2020	18/04/2020	G560	30

En ese sentido, se evidencia la vulneración al derecho fundamental del Mínimo Vital y Móvil, por parte de la Administradora del Fondo de Pensiones – Colpensiones, y de la entidad Nueva Eps, teniendo en cuenta que el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, y al no realizar el pago oportuno de estas, se causa un perjuicio grave ante la persona, por no contar con otro sustento económico para subsistir.

Colorario a lo expuesto, la Corte Constitucional en sentencia T -678 de 2017, ha establecido un concepto referente al mínimo vital:

Radicado: 13-001-33-33-005-2020-000126-01

Demandante: Julieta Restrepo Torres

El derecho al mínimo vital ha sido definido por esta Corte como "la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional"^[52].

En ese sentido, el mínimo vital constituye un presupuesto básico para el efectivo goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales, en tanto salvaguarda de las condiciones básicas de subsistencia del individuo^[53]. El reconocimiento del derecho al mínimo vital encuentra su fundamento en el concepto de dignidad humana, pues es claro que la carencia de las condiciones materiales mínimas necesarias para garantizar la subsistencia del individuo, comporta la negación de la dignidad que le es inherente^[54]. Igualmente, este derecho se proyecta en otros derechos fundamentales como la vida (Art. 11 C.P.), la salud (Art. 49 C.P.), el trabajo (Art. 25 C.P.) y la seguridad social (Art. 48 C.P.). De esta forma, la protección al mínimo vital se configura una de las garantías de mayor relevancia en el Estado Social de Derecho.

*De acuerdo con lo anterior, la salvaguarda del derecho al mínimo vital se materializa en la satisfacción de las necesidades básicas del individuo, para el desarrollo de su proyecto de vida^[55]. Es en ese sentido que la Corte Constitucional ha señalado que "derecho al mínimo vital adopta una visión de la justicia constitucional en la que el individuo tiene derecho a **percibir un mínimo básico e indispensable** para desarrollar su proyecto de vida (...)".*

De acuerdo a lo expuesto, se tiene entonces que el mínimo vital garantiza aquellas condiciones básicas que debe tener toda persona, con el fin de tener una vida digna, de manera que, el salario laboral, es uno de los fines para poder suplir las necesidades elementales del ser, y al no poder contar con este debido al padecimiento de enfermedades que impidan el ejercicio laboral, las incapacidades entran como sustituto, en aras de no causar un perjuicio irremediable, es por ello que en el caso en mención, al no reconocer y otorgar el pago de las incapacidades laborales de la Sra. Julieta Restrepo Torres, por parte de las accionadas, vulnera indudablemente su derecho al mínimo vital y móvil.

Por lo anterior, esta Sala modificara la decisión proferida por el Aquo de primera instancia, ordenando el pago por parte de la entidad Promotora de Salud Nueva Eps, de los días de incapacidad:

09/03/2019	05/04/2019	G560	28
------------	------------	------	----

A razón, de no haber tramitado y notificado, en término oportuno el concepto de rehabilitación, ante la AFP, es decir antes del lapso de 180 días de incapacidad.

Radicado: 13-001-33-33-005-2020-000126-01
Demandante: Julieta Restrepo Torres

En consecuencia, ordenar a la Administradora de Fondo de Pensiones el pago de los correspondientes días de incapacidad, esto es, desde el 16 de julio de 2019, hasta el 18 de abril de 2020, por lo expuesto con anterioridad.

No. de Incapacidad	Fecha inicial	Fecha final	Código	Días otorgados
0005319209	16/07/2019	14/08/2019	G560	30
0005426890	27/08/019	25/09/2019	G560	30
0005574134	10/10/2019	08/11/2019	G560	28
0005644766	14/11/2019	13/12/2019	G560	30
0005735140	16/07/2019	15/01/2020	G560	30
0005802904	16/01/2020	19/01/2020	G560	04
0005813219	20/01/2020	18/02/20120	G560	30
0005894160	19/02/2020	19/03/2020	G560	30
0005981740	20/03/2020	18/04/2020	G560	30

Lo anterior, por preverse la vulneración al derecho fundamental de Mínimo Vital y Móvil de la Sra. Julieta restrepo Torres, por parte de las accionadas al no realizar el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales, del cual se tiene que es el único sustento económico para subsistir de la actora.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. Modificar la decisión de primera instancia con fecha 06 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Quinto (05) Administrativo del Circuito de Cartagena, para que, en su defecto, se realice conforme a los siguientes numerales:

“Primero: ORDENAR a la entidad Nueva Eps, el reconocimiento y pago de las incapacidades: 09/03/2019 hasta 05/04/2019 de la señora Julieta Restrepo Torres, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo: ORDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones – Colpensiones, el reconocimiento y pago de los días de incapacidad desde el 16 de julio de 2019, hasta el 18 de abril de 2020, de la Sra. Julieta Restrepo Torres, por lo expuesto en la referida sentencia.”

SEGUNDO. CONFIRMAR lo demás, en cuanto a la protección de los derechos fundamentales alegados por la Sra. Julieta Restrepo Torres.

TERCERO. Notifíquese esta providencia a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO. Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha -

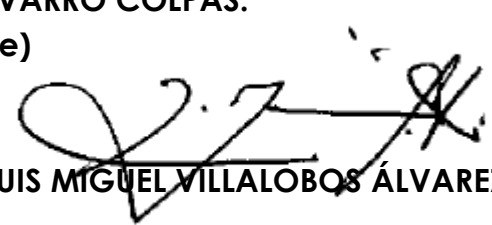
LOS MAGISTRADOS



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Roberto Mario Chavarro Colpas

Magistrado(a)

Tribunal Administrativo De Bolivar

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **cbc6077ab5124f385441080f42671d79d4c830444d023cd104aea88612526f1f**

Radicado: 13-001-33-33-005-2020-000126-01

Demandante: Julieta Restrepo Torres

Documento firmado electrónicamente en 19-10-2020

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/Justicia21/Administracion/FirmaElectronica/frmValidarFirmaElectronica.aspx>

Código: FCA - 008

Versión: 02

Fecha: 18-07-2017



SCS781-1-3

