

Cartagena de Indias D.T y C, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Acción	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-007-2021-00166-01
Accionante	JORGE ENRIQUE CASTILLA CASTILLA
Accionado	NUEVA EPS- COLPENSIONES
Tema	<i>Se revoca el fallo en primera instancia - Procedencia de la acción de tutela para solicitar pago de prestaciones económicas derivadas por incapacidades, se tutela el derecho fundamental al mínimo vital y seguridad social.</i>
Magistrado ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala¹ Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver sobre la impugnación presentada por el JORGE ENRIQUE CASTILLA CASTILLA, contra la sentencia del tres (03) de agosto de dos mil veintiuno 2021 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se declaró la improcedencia de la solicitud de amparo.

III.- ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones.²

En ejercicio de la acción de tutela, el accionante elevó las siguientes pretensiones:

"PRIMERA: Solicite a la NUEVA EPS que me realice el pago de las incapacidades generadas hasta la fecha hasta culplior con ley"^{sic}

¹ Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del ARTÍCULO 4. Los cuerpos colegiados de las Altas Cortes y Tribunales del país podrán hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales del ACUERDO PCSJA20-11521 19 de marzo de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura.

² Fol. 2 Exp Digital

13-001-33-33-007-2021-00166-01

3.2. Hechos. ³

La parte accionante, como sustento a sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

El señor JORGE ENRIQUE CASTILLA CASTILLA manifestó que es afiliado a la NUEVA EPS S.A. estando al día con sus aportes de seguridad social, por lo que solicitó el pago de unas incapacidades en el mes de septiembre del año 2020, recibió a su correo electrónico un informe en fecha 20 de octubre del año 2020 donde no se reconocía el pago de la solicitud, desde la calificación de la NUEVA EPS en primera instancia, que le indicó que su concepto era desfavorable.

Solicitó por medio de un derecho de petición el pago de dicha incapacidad a la NUEVA EPS, sin que a la fecha le hayan cancelado las mismas, de igual forma requirió el pago de una pensión de invalidez por la pérdida de capacidad laboral la cual le fue determinada en un 52.72%.

Anexó soportes de planillas de incapacidades, donde indican la última fecha que la NUEVA EPS dejó de realizarle dichos pagos.

3.3. CONTESTACIÓN

3.3.1 NUEVA EPS.⁴

La entidad accionada en el informe rendido manifestó que, el señor JORGE ENRIQUE CASTILLA CASTILLA, registra afiliación en NUEVA EPS S.A., y se encuentra activo en régimen contributivo.

Así mismo, indicó que respecto a la petición realizada por parte del accionante, el afiliado presentó 227 días de incapacidad continua al 26 de diciembre 2020, completó 180 días el 09 de septiembre de 2020; interrupción de prórroga desde el 27 de diciembre de 2020 hasta el 06 de abril de 2021.

Como también emitió concepto de rehabilitación del afiliado el día 29/05/2020 de forma DESFAVORABLE, notificando a COLPENSIONES con fecha 02/06/2020, norma concordante, con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012.

³ Fol. 1 Exp Digital

⁴ Fol. 73-82 Exp Digital

13-001-33-33-007-2021-00166-01

Agregó que le corresponde al fondo de pensiones la obligación inmediata de otorgar la pensión de invalidez y asumir el valor de las prestaciones económicas hasta tanto realice la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Por otra parte, manifestó que no se evidenció 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.

A lo antes dicho, la NUEVA EPS solicitó la improcedencia de la presente acción de tutela, toda vez que esa entidad emitió concepto de rehabilitación del afiliado el día 29/05/2020 de forma DESFAVORABLE, notificado a la Administradora de Fondo de Pensiones COLPENSIONES con fecha 02/06/2020, norma concordante con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 y en su lugar conminar a Fondo de Pensiones cumplir con la obligación inmediata de otorgar la pensión de invalidez y asumir las prestaciones económicas a que hubiera lugar.

3.3.2 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.⁵

Una vez dispuesta la vinculación de COLPENSIONES a este trámite constitucional, presentó informe, en el que indica realizada la consulta en su base de datos, encontró que el accionante radicó solicitud para el reconocimiento de incapacidades médicas bajo el radicado 2021_5813428 de fecha 21/05/2021, la cual fue atendida por la entidad mediante respuesta BZ2021_5813428-1277225 de fecha 31/05/2021, debidamente notificada en fecha 04/06/2021, a través de la guía de envío MT686299750CO del servicio de mensajería 472.

Una vez efectuaron la revisión documental, evidenciaron que no había lugar al reconocimiento de más subsidios por incapacidades a favor del accionante, puesto que las incapacidades aportadas son inferiores al día 180, por tanto están a cargo de su EPS, conforme a lo establecido al artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

⁵ Fol. 92-102 Exp Digital

13-001-33-33-007-2021-00166-01

Alegó que evidenció concepto médico de rehabilitación (CRE) del 02/06/2020 el cual informó pronóstico de recuperación DESFAVORABLE emitido por la NUEVA E.P.S, respecto de patologías padecidas por los afiliados causantes de su estado de incapacidad, por lo cual no procede el pago de las incapacidades médicas y lo que jurídicamente se realiza en estos casos es la calificación de pérdida de la capacidad laboral.

Agregó que, el accionante inició trámite de determinación de la pérdida de capacidad laboral en fecha 20/11/2020 bajo el radicado 2020_11898209; en atención a dicha solicitud Colpensiones expidió el dictamen DML 4067086 de fecha 17/02/2021, el cual arrojó un porcentaje de pérdida del 52,72%, con fecha de estructuración de 26/10/2020, el dictamen fue notificado personalmente en fecha 16/04/2021 y contra el mismo no se interpuso ningún recurso, encontrándose así debidamente ejecutoriado. Obra en su base de datos, solicitud de estudio de reconocimiento de pensión de invalidez anticipada por invalidez bajo el radicado 2021_5996196 en fecha 25/05/2021, la cual está próxima a ser resuelta por el área competente.

En cuanto a la pretensión principal del accionante, respecto al pago de incapacidades indicó que las mismas no superan los 180 días y cuentan con CRE desfavorable, el trámite de las incapacidades en este caso le compete al empleador o la EPS, por lo que le solicitó al interesado dirigirse a estos últimos para que se adelanten las gestiones del caso y el encargado del reconocimiento y pago de las incapacidades, tome la decisión que en derecho corresponda. Así mismo, las incapacidades que son superiores a los días 540 son competencia de la E.P.S.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA ⁶

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito Cartagena, mediante sentencia del Tres (03) de agosto de dos mil veintiuno (2021), resolvió:

"RESUELVE

PRIMERO. – DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción constitucional, atendiendo las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia."

⁶ Fol. 139-147 Exp Digital

13-001-33-33-007-2021-00166-01

El juez de primera instancia advirtió respecto a los hechos expuestos en la demanda que, de la situación particular del actor y las pruebas allegadas al proceso no se cumplía en el presente caso con ninguno de los requisitos para la procedencia de la acción constitucional interpuesta ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para ventilar satisfactoriamente las pretensiones del accionante que no han sido usados, y porque, además, este no acreditó la posibilidad de configuración perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales que pueda habilitar la tutela como mecanismo transitorio.

En concordancia con lo anterior, manifestó que en lo atinente al reconocimiento y pago de prestaciones económicas derivadas de la relación laboral, como el auxilio por incapacidad, en principio, la acción de tutela resulta improcedente, ello, en razón a que, según lo dispuesto en el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, los jueces laborales conocen de *“las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos”*. Además, atendiendo a lo previsto en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, corresponde a la Superintendencia de Salud conocer y fallar en derecho *“sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”*.

Así las cosas, concluyó que, no pueden ser ventilados esta clase de asuntos a través de la acción de tutela, pues se tiene que el actor cuenta para los aspectos relacionados con reclamaciones por el reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre él como afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, un trámite procesal ante el juez ordinario laboral para zanjar estas discusiones.

3.5. IMPUGNACIÓN⁷

El señor JORGE ENRIQUE CASTILLA CASTILLA presentó impugnación contra la sentencia de primera instancia, con la finalidad de que se revoque el fallo de

⁷ Fol. 153-154 Exp Digital

13-001-33-33-007-2021-00166-01

tutela del 03 de agosto de 2021 y como consecuencia de lo anterior, se acceda a tutelar los derechos fundamentales invocados.

Como razones de inconformidad, inicialmente sostuvo que no tuvieron presente que es una persona discapacitada como se nota en su historia clínica que tiene un porcentaje grande de pérdida de la visión y que es trabajador independiente y no puede salir a laborar.

Seguidamente se refirió a que, se encuentra tramitando su pensión de invalidez ante su fondo de pensiones COLPENSIONES, que el trámite pensional demora de tres a cuatro meses y si no puede laborar como va a subsistir todo ese tiempo.

Por último, indica que el fallo de primera instancia prácticamente está violando su mínimo vital al no pagarle sus incapacidades.

3.6. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto de fecha diecinueve (19) de agosto de 2021, el juez de primera instancia concedió la impugnación⁸. El día 26 de agosto de 2021, se repartió el expediente correspondiéndole el conocimiento del mismo al Despacho 006 de esta Corporación⁹. En providencia del veintisiete (27) de agosto de 2021, el Magistrado Ponente ordenó la admisión y se efectuaron las notificaciones de rigor¹⁰.

IV. -CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

⁸ Fol. 155-157 Exp Digital

⁹ Fol. 160 Exp Digital

¹⁰ Fol. 161-162 Exp Digital

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en SEGUNDA INSTANCIA, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

5.2. El problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a solucionar se circunscribe en determinar sí:

¿Es procedente la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de una incapacidad laboral?

En caso de ser positiva la respuesta del interrogante, esta Corporación deberá determinar si:

¿Vulneran la NUEVA EPS y COLPENSIONES los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y seguridad social al señor JORGE ENRIQUE CASTILLA CASTILLA al no reconocer el pago de las prestaciones económicas derivadas de incapacidades laborales mayores a 120 días?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala revocará el fallo de primera instancia en razón a que la presente acción de tutela si es procedente para solicitar el reconocimiento y pago de unas incapacidades, debido a que, de las pruebas obrantes se demostró que al accionante si se le vulneraron los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social, como consecuencia del no pago de una incapacidad sustituyendo está el salario del trabajador.

La Sala sostendrá que la NUEVA EPS, deberá pagar las incapacidades desde el día 121 hasta el día 180 y COLPENSIONES, desde el día 181 en adelante sin sobrepasar el día 540 o hasta que reconozca la pensión por invalidez del actor, si esta se profiere antes del día 540.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para abordar los problemas planteados la Sala estudiará los siguientes temas: i) Generalidades de la acción de tutela; ii) Procedencia de la acción constitucional para el pago y reconocimiento de incapacidades; iii) Régimen de Seguridad Social en Salud para el pago de incapacidades de origen común – Entidad prestadora con la obligación de correr con la dispensa de esta clase de emolumentos; iv) Caso concreto.

5.4.1. Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se

13-001-33-33-007-2021-00166-01

presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable. En ese sentido, el análisis de procedencia de la acción de tutela exige del juez constitucional la verificación de la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

5.4.2. Procedencia de la acción constitucional para el pago y reconocimiento de incapacidades.

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha establecido que el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales adeudadas procede por la vía de la acción de tutela, en aquellos casos en los que el juez constitucional advierta que el no pago de incapacidades pueda generar un detrimento mayor a los derechos del tutelante, toda vez que, existen factores como la edad, el estado de salud, las condiciones económicas, sociales y familiares, que son aspectos de obligatoria ponderación, pues exigirle a ciertas personas asumir las complejidades propias de los procesos ordinarios, en algunos casos podría redundar en que la vulneración de un derecho fundamental, como la dignidad humana o el mínimo vital, se prolongue de manera injustificada.

Así las cosas, la sentencia T-490 de 2015 fijó una serie de reglas en materia de idoneidad de la acción de tutela para el reconocimiento de las incapacidades médicas laborales por parte de las E.P.S, que se pueden sintetizar en:

"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 este sentido, menciona el Máximo Órgano de Cierre Constitucional, mediante esta misma sentencia, que:

13-001-33-33-007-2021-00166-01

“Cuando no se reconoce el pago de las incapacidades laborales, se pueden estar afectando otros derechos fundamentales como la salud, la vida en condiciones dignas, el mínimo vital del trabajador y de su núcleo familiar, ya que en la mayoría de los casos el subsidio por incapacidad representa su único sustento”

Por esta razón, se presume que el pago de las incapacidades laborales constituye la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su subsistencia y la de su familia. Es por ello que a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar los beneficios prestacionales, entre ellas las incapacidades, y cuando éstas no se pagan oportunamente se afectan derechos del orden constitucional, por lo que se hace necesaria la intervención del Juez de tutela a fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el solicitante y su núcleo familiar.

Por ello, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital, la salud y la seguridad social, cuando el peticionario se ve desprovisto del pago de las incapacidades médicas. Esto, aun cuando el conocimiento de las reclamaciones concernientes a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social Integral corresponda, en principio, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social. Esto se hace aún más notable, cuando el Órgano de Cierre Constitucional, en Sentencia T-161 del 2019, expuso que el trámite que se cierra mediante la jurisdicción ordinaria, o ante la Superintendencia de Salud, tiende a carecer de idoneidad, en razón del tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza, lo cual, habilita a la tutela, para resolver esta clase de litigios, siempre que se cumplan con los principios generales de la acción constitucional.

Entonces, si las incapacidades debidamente certificadas al trabajador no son desembolsadas, de manera oportuna, ello puede generar vulneraciones iusfundamentales, razón por la cual el juez de tutela se ve legitimado para pronunciarse sobre el fondo del asunto con el propósito de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el trabajador, y en algunos casos su núcleo familiar.

En definitiva, cuando se interponga una acción de tutela que pretenda meramente el pago de incapacidades médicas, si bien los accionantes podrían acudir a un proceso laboral ordinario o un proceso abreviado ante la Superintendencia Nacional de Salud, el Juez de tutela no puede dejar de lado

13-001-33-33-007-2021-00166-01

que “la ausencia o dilación injustificada de dichos pagos afecta gravemente la condición económica del trabajador, así como sus derechos al mínimo vital y a la salud, pues éste deriva su sustento y el de su familia de su salario, que es suspendido temporalmente en razón a una afectación de su salud. Así la mora en dichos pagos puede situar al reclamante en circunstancias apremiantes, que ponen en riesgo su subsistencia digna”¹¹.

5.4.3. Régimen de Seguridad Social en Salud para el pago de incapacidades de origen común - Entidad prestadora con la obligación de correr con la dispensa de esta clase de emolumentos.

Las incapacidades médicas pueden tener origen en una enfermedad y/o un accidente, o ser de procedencia común. En uno u otro caso el sistema integral de seguridad social prevé el pago de las respectivas incapacidades. Sin embargo, dependiendo de cuál sea el origen varía la entidad encargada de cancelar las respectivas incapacidades.

En lo concerniente a las enfermedades de origen común, las incapacidades menores, esto es, que tengan una duración máxima de dos (2) días, serán asumidas directamente por el empleador conforme a lo dispuesto en el Decreto 2943 de 2013. De igual forma, a la EPS le corresponde pagar las incapacidades de origen común a partir del día tres (3), siempre y cuando la misma sea prórroga de otra, y no supere los ciento ochenta (180) días.

Debe anotarse que, el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, establece que son los empleadores quienes deben tramitar el reconocimiento y pago de las incapacidades por enfermedad general ante las Empresas Promotoras de Salud, el propósito de la referida norma es no transferirle al trabajador la carga administrativa que supone la obtención de dicho reconocimiento prestacional.

En ese estado de la evolución de la incapacidad del afiliado, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral o de la posibilidad de recuperación. Y toma un papel importante el concepto favorable de rehabilitación, por ello, conviene destacar que conforme el Decreto-Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120

¹¹ Sentencia T-140 de 2016, Corte Constitucional.

13-001-33-33-007-2021-00166-01

de incapacidad temporal y remitirlo a la AFP que corresponda antes del día 150.

En los eventos en que las EPS no cumplan lo anterior, les compete pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, es decir, les asistirá el deber de asumir el pago de dichas sumas desde el día 181 y hasta el día en que emitan el concepto en mención.

En caso de que la EPS emita concepto favorable de rehabilitación, la AFP tendrá que postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó y pagó la EPS. En este evento se generará el derecho al reconocimiento de un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador que estará a cargo de la AFP a la que se encuentre afiliado.

Entonces, el trabajador encontrará cubiertas sus necesidades económicas con el pago de las respectivas incapacidades, correspondiendo cubrir a la EPS los primeros 180 días y a la AFP hasta por 360 días más, según lo dispone el Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001:

"(...) para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la administradora de fondos de pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador".

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, caso en el cual será la llamada a responder.

Superados los 540 días de incapacidad, si el trabajador continúa recibiendo incapacidades, aunque hubiese sido calificado con una pérdida de capacidad inferior a 50%, surge el interrogante de quién es el llamado al reconocimiento y pago de las mismas. Es así como la Ley 1753 de 2015, con el fin de superar el vacío legal que existía en esta materia, estableció en su artículo

13-001-33-33-007-2021-00166-01

67 ibídem, la obligación de reconocer y pagar las incapacidades por enfermedad de origen común de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud que superen los 540 días continuos a las EPS.

Seguido, el Decreto 1333 de 2018 por medio del cual se sustituye el Título 3 de la parte 2 de del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, **reglamentó las incapacidades superiores a los 540 días, señalando en su artículo 2.2.3.3.1 que la obligación sobre el pago de dichas incapacidades originadas por una enfermedad general de origen común, corresponde a las EPS.**

En conclusión, se debe indicar que a través de la providencia T-161 de 2019 se sintetizó el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común de la siguiente manera;

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta un plazo de 540 días	Fondo de pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos relevantes probados

- Derecho de petición radicado por parte del accionante ante la NUEVA EPS, solicitando el pago de incapacidades radicado 03/11/2020¹².
- Formato de constancia de ejecutoria del dictamen de pérdida de capacidad laboral practicado al accionante, expedido por Colpensiones¹³.
- Certificado de incapacidades emitida por la NUEVA EPS¹⁴.

¹² Fol. 5-8 Exp Digital

¹³ Fol. 9 Exp Digital

¹⁴ Fol. 10-13 Exp Digital

13-001-33-33-007-2021-00166-01

- Oficio GNR-S-ML-244166 del 01 de junio de 2020 emitido por la NUEVA EPS, en el que remite el concepto de rehabilitación desfavorable del actor.¹⁵
- Concepto de pronóstico de rehabilitación realizado por la NUEVA EPS al actor¹⁶.
- Respuesta de la NUEVA EPS de fecha 04/11/2020, a la petición del actor, por medio de la cual solicitó el pago de incapacidades¹⁷.
- Copia de historia clínica del accionante¹⁸.
- Certificado de incapacidades aportado por la NUEVA EPS¹⁹.
- Oficio No. BZ2021-5813428-1277225 del 31/05/2021, por el cual COLPENSIONES informa al actor la negativa del pago de subsidios de incapacidades²⁰.
- Formulario de calificación de la pérdida de la capacidad laboral, practicada al accionante, junto con su constancia de notificación²¹.

5.6. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el caso objeto de estudio, la parte accionante, interpuso acción de tutela con la finalidad de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social y a la salud, como quiera que los mismos están siendo vulnerados por las entidades demandadas, al negarse el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas derivada de las incapacidades N° 6084519, 6146873, 6179753 y 6207907.

La NUEVA EPS en el informe rendido, solicitó declarar improcedente la acción constitucional, manifestando no tener obligación al pago de las incapacidades solicitadas por el actor, debido a que emitieron concepto de rehabilitación del afiliado como desfavorable remitiéndose al fondo de pensiones COLPENSIONES con fecha 02/06/2020, por lo que de acuerdo con las disposiciones del artículo 142 del Decreto 019 de 2012, es esta entidad quien tiene que responder al pago de las prestaciones económicas y otorgarle la pensión por invalidez.

Por otra parte, COLPENSIONES en el informe rendido, declaró que hicieron una revisión documental, indicando que no hay lugar al reconocimiento a subsidio

¹⁵ Fols. 14-15 Exp Digital

¹⁶ Fol. 16-17 Exp Digital

¹⁷ Fol. 20 Exp Digital

¹⁸ Fol. 22-59 Exp Digital

¹⁹ Fol. 84-88 Exp Digital

²⁰ Fol. 103-105 Exp Digital

²¹ Fol. 113-118 Exp Digital

13-001-33-33-007-2021-00166-01

por incapacidades a favor del afiliado JORGE ENRIQUE CASTILLA CASTILLA, dado que las incapacidades aportadas son inferiores a 180 días, por lo tanto están a cargo de su EPS, conforme a lo establecido en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, declaró la improcedencia de la acción constitucional, al considerar que la tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por incapacidades médicas, alegando que existen otros mecanismos de defensa judicial para ventilar satisfactoriamente las pretensiones del accionante que no han sido usadas, y además no se acreditó la posibilidad de configuración perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales que pueda habilitar la tutela.

Inconforme con la decisión, la parte actora impugnó el fallo de tutela fundamentando en que se debe reconocer y pagar las incapacidades medicas a través de la acción de tutela teniendo en cuenta que el accionante se encuentra en circunstancias económicas y físicas que le impiden prestar sus servicios. En ese sentido, la acción de tutela es procedente por cuanto el medio que dispone no es idóneo ni eficaz, por lo que, debe procederse a revocar el fallo, y en su lugar conceder las pretensiones de la presente acción.

Bajo estos supuestos, le corresponde a esta Sala de decisión determinar si en el presente caso procede excepcionalmente la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de prestaciones económicas. Para abordar este problema jurídico, es necesario evaluar los requisitos de procedibilidad, establecidos por la jurisprudencia constitucional se cumplen o no.

La Corte Constitucional en sentencia T-161/19, *“ha reconocido la procedencia de la acción de tutela, por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone la vulneración de otros derechos fundamentales habida cuenta de que en muchos casos, dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata”*

Por otra parte, en sentencia T-693/17 La Corte Constitucional ha señalado *“el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente. Por lo anterior, reiteradamente la jurisprudencia constitucional*

13-001-33-33-007-2021-00166-01

ha señalado que “los mecanismos ordinarios instituidos para reclamar el pago del auxilio por incapacidad, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza”.

En igual sentido, en la sentencia T-490 de 2015 reiterada en la T-200 de 2017, estableció las siguientes reglas:

“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.”

A partir de todo lo expuesto, avizora la Sala que se configuran los requisitos para hablar de una condición de vulnerabilidad, por cuanto hay una afectación del mínimo vital con la negación del reconocimiento y pago de las prestaciones económicas, dado que el accionante es trabajador independiente y debido a su incapacidad médica donde indica que tiene un 90% de pérdida de la visión²², le impide prestar sus servicios por motivo de la enfermedad. Así las cosas, está causal de procedencia excepcional se cumple.

Con relación a la existencia de un medio de defensa judicial idóneo y eficaz, como el que dispone el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, los jueces laborales conocen de “las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos”. La Corte Constitucional ha reconocido la procedencia de la acción de tutela, por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone la vulneración de otros derechos fundamentales, entre ellos el mínimo vital.

²² Fol. 24 Exp Digital

Una vez revisado del expediente, se extrajo lo siguiente: La NUEVA EPS pagó las incapacidades que se expidieron desde la fecha 24/02/2020 hasta 26/06/2020 con un total de 120 días²³.

Numero de incapacidad	Diagnostico	Fecha inicial	Fecha final	Días otorgados
0005904522	H359	24/02/2020	09/03/2020	15
0005904522	H359	10/03/2020	24/03/2020	15
0005989152	H359	25/03/2020	08/04/2020	15
0006000630	H359	13/04/2020	27/04/2020	15
0006013055	H359	28/04/2020	12/05/2020	15
0006028680	H359	13/05/2020	27/05/2020	15
0006045486	H359	28/05/2020	11/06/2020	15
0006064599	H359	12/06/2020	26/06/2020	15
Total				120

De lo anterior esta Sala avizora que la NUEVA EPS dejó de pagar 60 días de los 180 que le corresponde costear por motivos de incapacidad según lo dispuesto en el Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013, dado que desde la fecha 24/02/2020 hasta 26/06/2020 hay un total de 120 días de incapacidad de los cuales canceló 109 como lo demuestra los certificados de incapacidades aportados por la NUEVA EPS²⁴.

Ahora bien, con respecto a la solicitud del pago de las incapacidades N° 6084519, 6146873, 6179753 y 6207907, que son las relacionadas en el derecho de petición presentado por el actor a la NUEVA E.P.S el 3 de noviembre de 2020, procede la Sala a relacionar si las mismas suman 60 días o menos que son los que le faltan a esta entidad para pagar según dispone la Ley y decreto reglamentarios aquí citados.

²³ Fol. 11-12 Exp Digital

²⁴ Fol. 84-85 Exp Digital

13-001-33-33-007-2021-00166-01

Numero de incapacidad	Diagnostico	Fecha inicial	Fecha final	Días autorizados
0006084519	H359	27/06/2020	11/07/2020	15
0006146873	H359	27/07/2020	10/08/2020	15
0006179753	H359	11/08/2020	25/08/2020	15
0006207907	H359	26/08/2020	09/09/2020	15
Total				60

Por lo que 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; estas incapacidades son las que han generado esta controversia, le corresponde a la NUEVA EPS el reconocimiento y pago de estas prestaciones económicas derivadas de las anteriores incapacidades porque estas mismas hacen parte de los 180 días que se cumplieron el 09/09/2020 con la incapacidad N° 0006207907 y dentro de este término le puso en conocimiento el concepto de no rehabilitación del actor a COLPENSIONES como AFP del actor, lo cual realizó el 02 de junio de 2020, es decir, dentro de los 120 días al inicio de la incapacidad. Por lo antes mencionado, para la Sala no es de recibo el argumento de la Nueva EPS que solo tiene obligación de pago hasta emitir el concepto sobre rehabilitación del actor, lo cual no es cierto, su obligación es el pago de incapacidades hasta el día 180 y como se ve en el cuadro anterior después del día 120 no ha cancelado más.

De igual forma, se pone de presente, que COLPENSIONES al ser notificado del concepto de rehabilitación desfavorable debió pagar las incapacidades que persisten y superan los 181 días hasta 540, según el Artículo 52 de la Ley 962 de 2005, es decir, desde la incapacidad 0006242003, otorgada desde el 10/09/2020 hasta la 0007037935²⁵ que va del 23 de julio al 29 del mismo mes de esta anualidad para un total 97(noventa y siete) días del año 2020 y 112(ciento doce) días del año 2021 para un total de 209(doscientos nueve) días por pagar de los 329 días que lleva incapacitado el actor hasta la fecha mencionada.

De igual modo, para evitar una futura vulneración, se advertirá a COLPENSIONES que, deberá responder el pago del subsidio de incapacidades

²⁵ Folios 87-88-Exp. Digital.

13-001-33-33-007-2021-00166-01

generadas a partir del día 181 hasta los 540 días, esto conforme, a lo preceptuado en el Artículo 52 de la ley 962 de 2005, Sentencia T-161/19 y Sentencia T-523/20, las cuales indican que les incumbe a los fondos de pensiones el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por incapacidad, siempre y cuando no se le reconozca antes la pensión por invalidez, por que deberá pagarla hasta que se le empiece a pagar esta última.

Con base en todo lo expuesto, la Sala procederá a revocar el fallo de primera instancia, que declaró improcedente la acción de tutela tendiente a obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas derivada por incapacidades, en razón a que el litigio en cuestión no se encontraba dentro de la órbita del juez de tutela. Y en su lugar, se amparará el derecho al mínimo vital solicitado, ordenando a la NUEVA EPS, y a COLPENSIONES que procedan a efectuar el pago de las incapacidades en la forma que aquí ha quedado plasmada, lo cual deberán disponer en el término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de esta decisión y en todo caso su pago no puede sobrepasar los diez (10) días siguientes a la comunicación de esta decisión.

En razón a lo anterior, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley

VI.- FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia primera instancia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: En su lugar, **AMPARAR** la protección del derecho fundamental a la seguridad social, mínimo vital, vida digna y a la salud del señor JORGE ENRIQUE CASTILLA CASTILLA, vulnerados por la NUEVA E. P.S. y COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a la NUEVA EPS a que, si aún no lo ha hecho, proceda a **EFECTUAR** el pago de las incapacidades Nos. 6084519, 6146873, 6179753 y 6207907, que van del 27 de junio al 09 de septiembre de 2020, conforme al cuadro plasmado en la parte motiva de este fallo.

TERCERO: Igualmente se le ordena a COLPENSIONES, que cancele las incapacidades 0006242003, otorgada desde el 10/09/2020 hasta la

13-001-33-33-007-2021-00166-01

0007037935²⁶ que va del 23 de julio al 29 del mismo mes de esta anualidad para un total 97(noventa y siete) días del año 2020 y 112(ciento doce) días del año 2021 para un total de 209(doscientos nueve) días por pagar de los 329 días que lleva incapacitado el actor hasta la fecha mencionada. De igual modo, para evitar una futura vulneración, se advierte a COLPENSIONES que, deberá responder el pago del subsidio de incapacidades generadas a partir del día 181 hasta los 540 días, esto conforme, a lo preceptuado en el Artículo 52 de la ley 962 de 2005, siempre y cuando no se le reconozca antes la pensión por invalidez, por lo plasmado en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: Las ordenes emitidas en los numerales tercero y cuarto deberán disponerse en el término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de esta decisión y en todo caso, su pago, no puede sobrepasar los diez (10) días siguientes a la comunicación de esta decisión.

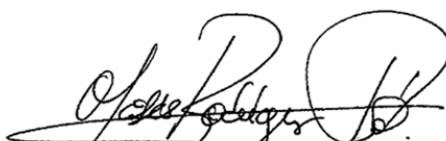
QUINTO: NOTIFÍQUESE las partes y al Juzgado de primera instancia, en la forma prevista en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

SEXTO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala
No.050 de la fecha.

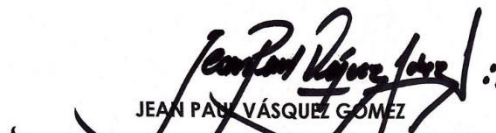
LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ

²⁶ Folios 87-88-Exp. Digital.