REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

JUZGADO 9° ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., Diecisiete (17) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Radicación: 110013335 009 **2020** 00**305** 00
Accionante: María Helena Cascavita Mayorga
Accionado: Nueva EPS y Otro

ACCIÓN DE TUTELA

(Sentencia de primera instancia)

El despacho decide la solicitud de tutela de la señora **María Helena Cascavita Mayorga** para proteger sus derechos fundamentales de petición, a la seguridad social y al debido proceso que aduce que le han sido vulnerados por la Nueva EPS.

I. ANTECEDENTES

1.1. La solicitud de tutela

La señora María Helena Cascavita Mayorga a través de apoderada Judicial promovió solicitud de amparo, con el fin de obtener:

> *<<(…) Tutelar a favor de la señora María Helena Cascavita Mayorga, los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social y petición vulnerados por La Nueva EPS (…)*
>
> *(…)En consecuencia, ORDENAR a LA NUEVA EPS que proceda a transcribir las incapacidades desde el 05/07/2019 hasta el 19/07/2019 por 15 días y desde el 30/07/2019 hasta el 28/08/2019, por 30 días y*

expedir certificado de incapacidades donde se registren dichas incapacidades de la señora María Helena Cascavita Mayorga>>.

<<(…) ORDENAR a LA NUEVA EPS que proceda a resolver de fondo y conforme a Derecho la solicitud de transcripción de incapacidades radicado el día 15 de julio de 2019 por la incapacidad desde el 05/07/2019 hasta el 19/07/2019 por 15 días y la solicitud de transcripción de incapacidades radicada el 31 de julio de 2020 desde el 30/07/2019 hasta el 28/08/2019 por 30 días y notificarlo en debida forma a la señora María Helena Cascavita Mayorga>>.

<<(…) ORDENAR a LA NUEVA EPS que proceda a pagar a la señora María Helena Cascavita Mayorga, las incapacidades generadas desde 13 de julio de 2017 hasta 27de diciembre de 2019, las cuales corresponden a 90 días de incapacidad y son inferiores a los 540 días.>>.

1.2. Hechos

La apoderada manifestó en la demanda de tutela que la señora María Helena Cascavita Mayorga, se encuentra afiliada actualmente como cotizante de la Nueva EPS e igualmente se encuentra afiliada a la Administradora de Fondo de Pensiones Protección S.A. (**PORVENIR**)

Igualmente indicó que fue diagnosticada con artrodesis de codo izquierdo por polifractura, síndrome del túnel cubital persistente, enfermedades de origen común, en consecuencia, se han generado varias incapacidades desde el año 2016 hasta el 27 de diciembre de 2019.

De la misma manera adujó que la Nueva EPS pagó las incapacidades hasta el día 180 y el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. no pagó oportunamente las incapacidades y debido a lo anterior interpuso acción de tutela la cual le correspondió por reparto al Juzgado Cincuenta y Dos Civil Municipal el cual ordeno que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta determinación, le pague a la señora María Helena Cascavita Mayorga (con sus propios recursos) las

incapacidades que adeuda desde el 19 de julio de 2016 y hasta que se califique el grado de invalidez de la accionante.

Así mismo indicó que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez expidió dictamen de perdida la capacidad laboral No.51669201-11377 de fecha 26 de junio de 2019, donde determinó una pérdida de la capacidad laboral del 59.17% con fecha de estructuración del 04 de septiembre de 2017.

Por lo tanto, **PORVENIR** pago las incapacidades desde el 19 de julio de 2016 hasta el 12 de septiembre de 2019.

También adujó que las incapacidades causadas a partir del día 13 de septiembre de 2019 son superiores a los 540 días y que por lo tanto le correspondería a La Nueva EPS, 90 días de incapacidad causados desde el 13 de septiembre de 2019 hasta el 27 de diciembre de 2019.

Que como como consecuencia de la pérdida de capacidad laboral cumplió los requisitos para la pensión de vejez y el día 12 de junio de 2019 presentó solicitud de pensión de vejez ante AFP Protección S.A.

Por lo tanto, la aquí accionante no reclamó la pensión de invalidez conforme al dictamen de pérdida de la capacidad laboral No. 51669201-11377, debido a que ya se encontraba realizando el trámite de pensión de vejez cuando le notificaron el mencionado dictamen.

Además, la AFP Protección S.A. a través oficio de fecha 06 de marzo de 2020, informó que su solicitud de vejez había sido aprobada desde el 01 de marzo de 2020 por un valor correspondiente al salario mínimo legal mensual vigente.

Por consiguiente, la señora María Helena empezó a percibir su pensión de vejez y nunca recibió ningún pago de la pensión de invalidez, por lo tanto, solicita el pago de las incapacidades desde el 13 de septiembre de 2019 hasta el 27 de diciembre de 2019, porque no cobro pensión de invalidez.

Igualmente ostentó que, a través de su apoderada judicial, radicó el día 13 de octubre de 2020, solicitud de trascripción de incapacidades desde el 05/07/2019 hasta el 19/07/2019 y desde el 30/07/2019 hasta el 28/08/2019, ante la Nueva EPS y también presentó solicitud de pago de las

incapacidades causadas desde el 13 de septiembre de 2019 hasta el 27 de diciembre de 2019, ante la Nueva EPS.

Esta EPS respondió a su solicitud el día 14 de octubre de 2020 que, en cuanto a la trascripción de las incapacidades solicitadas están no se realizarán debido a que la fecha de inicio de las incapacidades de 05.07.2019 y 30.07.2019 a nombre de María Helena Cascavita Mayorga identificada con numero de cedula 51669201 superan un año. Y, respecto al pago de incapacidades informó que presenta una PCL superior al 50%, razón por la cual no aplica la autorización del pago teniendo en cuenta que el usuario adquiere el estatus de invalidez permanente y disfrute de la pensión de invalidez por riesgo común a cargo del Fondo de Pensiones. Lo anterior en cumplimiento al decreto 758 de 1990 artículo 5° y 10°."

1.3. Por lo anterior manifestó que se están vulnerando sus derechos al debido proceso, seguridad social y petición.

1.4. Trámite procesal

La solicitud de tutela fue radicada el 30 de octubre de 2020, admitida por el despacho el día 04 de noviembre y notificada el mismo día.

1.5. Oposición

PROTECCIÓN S.A. rindió informe de tutela el 06 de noviembre de 2020 en el que señaló que la señora María Helena Cascavita Mayorga, presenta afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por ING hoy Protección S.A. desde el día 31 de diciembre de 1994, con fecha de efectividad de la afiliación del día 1 de enero de 1995, como traslado de régimen proveniente del ISS hoy COLPENSIONES.

Así mismo indicó que la aquí accionante presento ante el Fondo de Pensiones Obligatorias Protección S.A. solicitud de reconocimiento del subsidio por incapacidad temporal.

De la misma manera indicó que y en observancia a un fallo de tutela, se procedió con el reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad temporal en los términos del artículo 142 del Decreto 019 de 2012, por lo que esta administradora procedió con el pago de las incapacidades generadas a partir del día 181 de incapacidad de la siguiente manera:

Incapacidades

Id	Estado	Inicio Incapacidad	Fin Incapacidad	Días	Valor Pagado	Origen Recursos
437504	PAGADA	29/08/2019	12/09/2019	14	$386,454	Administradora
433483	PAGADA	22/07/2019	29/07/2019	8	$220,831	Administradora
426834	PAGADA	21/06/2019	05/07/2019	15	$414,058	Administradora
424925	PAGADA	06/06/2019	20/06/2019	15	$414,058	Administradora
421377	PAGADA	15/05/2019	03/06/2019	19	$524,473	Administradora
419709	PAGADA	06/05/2019	14/05/2019	9	$248,435	Administradora
417533	PAGADA	23/04/2019	05/05/2019	13	$358,850	Administradora
415176	PAGADA	08/04/2019	22/04/2019	15	$414,058	Administradora
413397	PAGADA	21/03/2019	06/04/2019	16	$441,662	Administradora
410295	PAGADA	06/03/2019	20/03/2019	15	$414,058	Administradora
406762	PAGADA	04/02/2019	05/03/2019	32	$883,324	Administradora
402251	PAGADA	03/01/2019	01/02/2019	29	$800,512	Administradora
401527	PAGADA	01/01/2019	02/01/2019	2	$55,208	Administradora

260865	PAGADA	08/03/2017	15/03/2017	8	$196,725	Administradora
255961	PAGADA	23/02/2017	07/03/2017	15	$368,859	Administradora
240603	PAGADA	24/01/2017	22/02/2017	29	$713,126	Administradora
231907	PAGADA	25/12/2016	23/01/2017	29	$703,474	Administradora
229961	PAGADA	25/11/2016	24/12/2016	30	$689,455	Administradora
229960	PAGADA	26/10/2016	24/11/2016	29	$666,473	Administradora
229959	PAGADA	24/09/2016	25/10/2016	32	$735,419	Administradora
229711	RECHAZADA	24/09/2016	24/12/2016	91	$0	N/A
227732	PAGADA	19/07/2016	23/09/2016	65	$1,493,819	Administradora

También adujó, que si bien las AFP están obligadas a pagar un total de 360 días de cada ciclo de incapacidad, en el presente caso **PROTECCIÓN** le ha reconocido y pagado a la señora María Helena Cascavita Mayorga un total de 1.081 días de incapacidad, excediendo por mucho el total de días que debían ser reconocidos por ella, por lo que las incapacidades solicitadas en el escrito de tutela por la accionante en ningún caso son responsabilidad de Protección, pues insiste, que protección ha pagado muchos más días de incapacidad de los que se encontraba obligada a pagar.

No solo exteriorizó que, de conformidad con lo narrado en el escrito de tutela, la señora María Helena Cascavita Mayorga lleva incapacitada por

más de 540 días debido a sus enfermedades que han generado incapacidades desde el año 2017 hasta el 27 de diciembre de 2019, sino que también, de esos 540 días de incapacidad de la accionante, ya PROTECCIÓN pagó los 360 días que le correspondía pagar por ley y hasta más, razón por la cual, solicitó que sea desvinculada de la presente demanda de tutela, pues ya se cumplió con las obligaciones que se tenían frente a la misma.

Así mismo señaló que la ley 1753 de 2015, en el artículo 67 consagra tal responsabilidad en cabeza de las Entidades Promotoras de Salud –EPS, así:

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[25]*	*Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 Artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018*

También indicó que el artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018 estableció lo siguiente:

"Artículo 2.2.3.3.1. Reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días, Las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días en los siguientes casos:

1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.
2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.
3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

   De presentar la afiliada cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541).

De acuerdo con lo expuesto, PROTECCIÓN S.A. procedió con la finalización del pago de incapacidad, fundamentado en que esta Administradora había reconocido las mismas, desde el día 181 y hasta el día 540 de incapacidad, tal y como lo ordena el Decreto 019 de 2012 y tal y como lo afirma la señora María Helena Cascavita Mayorga en el escrito de tutela.

Concluyó que PROTECCIÓN S.A. no ha transgredido derecho fundamental alguno de la aquí accionante, ha obrado conforme al procedimiento legal en el trámite de la solicitud presentada por la tutelante, pues se reconocieron las incapacidades a que tuvo derecho y se calificó su Pérdida de Capacidad Laboral. Así mismo, es de resaltar que las incapacidades solicitadas por parte de la señora Maria Helena Cascavita Mayorga en la presente Acción de Tutela corresponden a la EPS a la cual se encuentra afiliada la cita señora, teniendo en cuenta que son superiores al día 540 con base en la normativa expuesta.

LA NUEVA EPS rindió informe de tutela el 06 de noviembre de 2020 en el que señaló que, una vez revisada la base de afiliados de Nueva EPS, se estableció que la aquí accionante se encuentra en estado activo en el régimen contributivo, categoría A.

Así mismo indicó que es claro que se ha desconocido que el fin de la Acción de Tutela es la protección de los derechos fundamentales, pero en ningún caso la controversia sobre derechos que tengan un contenido económico. Y es que la acción de tutela no se encuentra establecida para la discusión de derechos de tipo económico, así lo ha establecido la Corte Constitucional.

Por lo anterior adujó que consideraban que sería equivocado el pronunciamiento del Despacho respecto del cubrimiento económico de las incapacidades al usuario, ya que como en reiteradas ocasiones se ha puesto de presente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la doctrina constitucional, la acción de tutela no puede ser utilizada para la

discusión de derechos de contenido patrimonial, sino de los derechos fundamentales, tal y como quedó establecida desde 1991.

La acción se institucionalizó, pero no con el objetivo de perseguir la protección a derechos que solo tienen rango legal, o para hacer cumplir las normas de rango inferior a la Constitución Política.

De la misma manera manifestó que el derecho respecto del cual la aquí accionante eleva reclamación en su protección así como el consecuente reconocimiento de incapacidades, se enmarca dentro de los Derechos de Orden Económico, derechos éstos que no son susceptibles de ser amparados mediante la acción de Tutela, tal como pretende la accionante, pues a pesar de encontrarse dentro de la Constitución Política como derechos de las personas, resulta bien claro que existe dentro de la normatividad jurídica vigente mecanismos para su protección. Es por esta razón que no se encuentra fundamento para sustentar en primer lugar la petición elevada por el accionante y en segundo lugar la procedencia que encuentra el Despacho en adelantar la presente acción no se basa en la protección de un derecho considerado como fundamental.

REGLAS SOBRE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES CON RELACIÓN AL RESPONSABLE DE SU PAGO.

De manera genérica, manifiesto que los pagos de incapacidades y prórrogas son asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, dependiendo de la prolongación de la situación de salud del trabajador. Es así, como se tienen las siguientes reglas

a. Los primeros dos días de incapacidad, el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente
b. Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador

c. Posterior al día 540, las Empresas Promotoras de Salud asumen el pago del
d. subsidio de incapacidad con recobro a la ADRES siempre y cuando, se dé uno de los siguientes presupuestos que establece el Decreto 1333 de 2018, que sustituye el Título 3 de la parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, a saber
    - Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.
    - Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.
    - Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

PROCEDIMIENTO DE TRANSCRIPCIÓN DE INCAPACIDADES. También indicó que la transcripción es el acto mediante el cual NUEVA EPS traslada al formato único del sistema de información el certificado de incapacidad o licencia ordenada por el médico u odontólogo tratante.

Qué el proceso de transcripción debe ser realizado por el afiliado o el empleado (Dependiendo del caso), de no realizarse la citada solicitud, no se demuestra vulneración de derechos fundamentales.

Igualmente, que la Nueva EPS tiene distintos canales, mediante los cuales se lleva a cabo el proceso de transcripción, por ende, no es de recibo que no se haya podido efectuar. Así las cosas, desde el celular, se descarga la aplicación NUEVA EPS MÓVIL y selecciona en el menú la opción Transcripción Incapacidades. También puedes hacerlo desde tu computador o cualquier otro dispositivo con acceso a internet.

Además, adujó que teniendo en cuenta lo anterior, Nueva EPS no solo tiene distintos canales presenciales y no presenciales para la transcripción de incapacidades, sino que es de fácil acceso dicha información a través del LINKhttps://nuevaeps.com.co/empresas/licencias-e-incapacidades.

Por consiguiente, no se puede obviar los deberes de la parte accionante, así las cosas, en lo que respecta a este punto indicó que no existe vulneración de derechos fundamentales.

Adicionalmente indicó que la incapacidad o licencia expedida por el médico tratante de la red de atención de Nueva EPS. Es indispensable que la incapacidad médica sea presentada durante el mismo mes en que fue expedida.

Que respecto al derecho de petición no implica una respuesta positiva; al respecto la sentencia T 146 de 2016, interpreta:

> <<*(…)* El derecho de petición no implica una prerrogativa en virtud de la cual, el agente que recibe la petición se vea obligado a definir favorablemente las pretensiones del solicitante, razón por la cual no se debe entender conculcado este derecho cuando la autoridad responde oportunamente al peticionario, aunque la respuesta sea negativa. Esto quiere decir que la resolución a la petición, producida y comunicada dentro de los términos que la ley señala, representa la satisfacción del derecho de petición, de tal manera que, si la autoridad ha dejado transcurrir los términos contemplados en la ley sin dar respuesta al peticionario, es forzoso concluir que vulneró el derecho pues la respuesta tardía, al igual que la falta de respuesta, quebranta, en perjuicio del administrado, el mandato constitucional (…)

Por esa razón exteriorizó que prueba de lo anterior es que, la respuesta, contesta directamente la petición formulada y así mismo, se fundamenta en un criterio jurídico y técnico, por lo que solicitó denegar la acción de tutela o desvincular a la Nueva EPS.

1.5. Medios de Prueba

- Constancia de pago por incapacidad temporal de Protección S.A.
- Oficio de 06 de marzo de 2020
- Solicitud de pago de incapacidades
- Solicitud de trascripción de incapacidades
- Respuesta al derecho de petición de fecha 14 de octubre
- Oficio de fecha 01 de octubre de 2019
- Dictamen de perdida de la capacidad laboral
- Dictamen de perdida de la capacidad laboral de la Junta Regional de calificación de invalidez
- Certificado de incapacidades
- Formatos de solicitud y notificación de trascripción para la incapacidad o licencia.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

El Despacho es competente para resolver este caso de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 37 del Decreto 2591 de 1991 en concordancia con el numeral 2° del artículo 1° del Decreto 1983 de 2017, pues la acción se dirigió contra una autoridad pública de orden nacional.

2.2. Procedencia de la tutela

Legitimación activa: La tutela fue interpuesta a través de apoderada judicial. Lo anterior, encuentra su fundamento constitucional en el artículo 86[1] de la Constitución Política, el cual establece que toda persona que consideré que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se

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

encuentren amenazados, podrá interponer demanda de tutela en nombre propio o a través de un representante que actué en su nombre. De conformidad con lo anterior, el Despacho considera que está acreditada la legitimación en la causa por activa.

Legitimación pasiva: Las entidades accionadas son la PROTECCIÓN S.A. y NUEVA EPS.[2] Esta es una sociedad anónima, sociedad de servicios financieros y Administradora de fondo de pensiones y cesantías y NUEVA EPS es una empresa prestadora de servicios de salud de derecho privado. De las anteriores, se alega afectación a los derechos invocados por la accionante.

Lo anterior quiere decir que, tanto protección S.A. como Nueva EPS cuentan con la calidad subjetiva y el interés sustancial para actuar como accionadas en el caso *subjudice,* toda vez que ante un eventual fallo favorable a la accionante donde se ordene el pago de las incapacidades, la orden iría dirigía a dichas entidades.

El artículo 86 de la Constitución Política, desarrollado por el Decreto 2591 de 1991, estableció la tutela como un mecanismo para reclamar, ante los jueces en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción y omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

Adicionalmente, el artículo 6 del decreto 2591 regló la improcedencia cuando existan otros recursos o mecanismos de defensa judicial, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable o estos resulten ineficaces (mecanismo subsidiario); para proteger derechos que puedan ser atendidos por medio de habeas corpus o derechos colectivos; y cuando la violación del derecho ha originado un daño consumado. De allí se dedujo que la acción de tutela es mecanismo subsidiario, residual, preferente y sumario

[2] Decreto 2591 de 1991, artículo 42, numeral 3.

para obtener la intervención inmediata del juez constitucional en aras de proteger derechos fundamentales.

Para caso objeto de análisis, la Corte Constitucional[3] ha señalado en varias oportunidades que, en principio, resulta improcedente la demanda de tutela porque para ello los interesados cuentan con la jurisdicción ordinaria laboral, competente para resolver conflictos que involucren afiliados, usuarios, administradora del sistema integral de seguridad social y empleadores; sin embargo, en estos mismos pronunciamientos, ha precisado que, de manera excepcional y atendiendo a las particularidades de cada caso, resulta procedente la tutela, cuando se trata de personas que se encuentran catalogadas como de especial protección constitucional.

Frente al caso, el reclamo del pago por concepto de incapacidad de una persona que por haber perdido su fuerza de trabajo lleva meses dependiendo de dicho auxilio, resulta presumible pensar que ese ingreso es el que le permite llevar una vida digna y atender los gastos de la enfermedad que le generan dicha incapacidad temporal.

Ahora bien, de acuerdo con lo afirmado por la señora María Helena Cascavita, lo que busca con la presente demanda de tutela es que le cancele el pago de sus incapacidades a partir del día 540 debido se le está vulnerando el derecho al debido proceso, seguridad social y petición. Lo cual implica que procede la acción de tutela para examinar de fondo la situación, con el fin de evitar la configuración de un perjuicio irremediable a sus derechos fundamentales[4] invocados.

2.3. Asunto a resolver

El Despacho debe establecer si las accionadas han vulnerado los derechos de la señora María Helena Cascavita Mayorga, ante la conducta omisiva

[3] Ver Sentencias T-401 de 2017, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-427 de 2018, MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez; y T-161 de 2019, MP. Cristina Pardo Schlesinger.
[4] Artículo 86 de la Constitución Política.

que han adoptado frente al reconocimiento y pago del subsidio por incapacidades médicas.

Para resolver lo anterior, se analizará lo siguiente: (i) el auxilio económico y el subsidio de incapacidades superiores a 180 días y a 540 días; (ii) y el caso concreto.

2.4. Discusión

La tutela tiene como objeto primordial la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados a través de un procedimiento preferente y sumario, mediante el cual es posible establecer si se ha presentado una acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos previstos en la ley, causando con ello un agravio a los derechos invocados por el causante.

2.5 Solución al caso

El auxilio económico y el subsidio de incapacidad superiores a 180 días. De tiempo atrás, con el Código Sustantivo del Trabajo, se previó auxilio económico por incapacidad laboral, protección que se ha sostenido en el tiempo, hoy con la Constitución Política de 1991 se consagró como servicio público y derecho irrenunciable la seguridad social (artículo 48).

Por virtud de este mandato constitucional fue promulgada la Ley 100 de 1993, la cual, junto con sus decretos reglamentarios (2463 de 2001; 019 de 2012; entre otros), desarrolló el aspecto relacionado con las incapacidades tanto de origen común como de origen laboral y las entidades encargadas de dicho reconocimiento, desde el día 1 hasta el día 540. Sin embargo, a lo largo del tiempo, ha sido un tema objeto de debate y de múltiples pronunciamientos judiciales, principalmente por parte de la Corte Constitucional en sede de revisión.

Al respecto, se señala que dicha Corporación, en Sentencia T - 401 de 2017, estableció las siguientes diferencias: i) certificado de incapacidad temporal: concepto médico que acredita una falta temporal de capacidad laboral;

ii) auxilio económico: es el pago que se genera durante los primeros 180 días de incapacidad; y iii) subsidio de incapacidad: aquel que se reconoce a partir del día 181 de incapacidad.

En este mismo pronunciamiento y retomando no solo las previsiones legales ya anotadas, sino decisiones anteriores como las sentencias T-920 de 2009, T-140 de 2016 y T-146 de 2016, entre otras, la Corte estableció las siguientes reglas en materia de reconocimiento del auxilio económico y el subsidio de incapacidad:

1. Los primeros 2 días a cargo del empleador.

2. Desde el día 3 y hasta el día 180 a cargo de la EPS.

3. A partir del día 181 y hasta el día 540 a cargo de la Administradora de Fondo de Pensiones (AFP), sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la EPS es favorable o desfavorable.

Esta regla tiene como excepción que la EPS no haya enviado el concepto de rehabilitación antes de los primeros 180 días, caso en el cual es esta última la que debe responder.

Lo ideal es que entre el día 181 y el día 540 se efectúe al trabajador la calificación de pérdida de capacidad laboral (PCL), ya que de ella se desprenden 3 escenarios: i) un eventual reconocimiento pensional (50% o más de PCL); ii) un eventual reintegro a la vida laboral (menos del 50% de PCL); o iii) incluso, si la persona pese a no alcanzar el 50% de PCL continúa incapacitada, el deber de mantener el pago del auxilio económico o subsidio por incapacidad.

En este sentido, lo que ha pretendido en tanto el tránsito normativo como la interpretación jurisprudencial es el amparo de aquella persona que dependía de su fuerza de trabajo y que por motivo de accidente o enfermedad no ha podido volver a desempeñarse en sus actividades

cotidianas afectando su mínimo vital y el de su familia, así como las condiciones dignas de subsistencia.

De esta manera, el pago de esas incapacidades debe realizarse, incluso, después de que se realice el dictamen de pérdida de capacidad laboral, *"hasta que el médico tratante emita un concepto en el que se determine que la persona está en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o* ***hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%.*****"**

2.6 Análisis del caso concreto

En el presente caso, la accionante alega vulnerado los derechos de petición, debido proceso y a la seguridad social por considerar que la negativa de las entidades accionadas en reconocer y pagar las incapacidades laborales ordenadas por su médico tratante. Los certificados de incapacidad se produjeron como consecuencia de que le diagnosticaron Artrodesis de codo izquierdo por polifractura, sindrome de túnel cubital persistente

A la señora Martha Cecilia Ospina Murillo se le ha prescrito incapacidades desde el año 2016 hasta el 27 de diciembre de 2019.

la accionante y la EPS demandada concuerdan en que los primeros 180 días de incapacidad fueron reconocidos y cancelados por esta última institución, e igualmente indicó que AFP Protección S.A. pagó las incapacidades desde el 19 de julio de 2016 hasta el 12 de septiembre de 2019.

También indicó que las incapacidades causadas a partir del día 13 de septiembre de 2019 hasta el 27 de septiembre de 2019 son superiores a los 540 días y que por lo tanto le correspondería pagar a La Nueva EPS.

De la misma manera adujó que, el 15 de julio y 30 de julio del 2019 radicó formato de solicitud de transcripción para incapacidad o licencia ante la

Nueva EPS y que a la fecha se encuentra adeudando 90 días de incapacidad causados desde el 13 de septiembre de 2019 hasta el 27 de diciembre de la misma anualidad.

Así mismo exteriorizó en la demanda de tutela que La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – PROTECCION S.A., mediante carta de fecha 06 de marzo de 2020, informo que la solicitud de pensión de vejez había sido aprobada, desde el 01 de marzo de 2020, por un valor correspondiente al salario mínimo mensual legal vigente.

Después de un año y tres meses aproximadamente la señora María Helena radicó el día 13 de octubre de 2020 solicitud de pago de las incapacidades causadas desde el 13 de septiembre de 2019 hasta el 27 de diciembre de 2019 ante la nueva EPS.

Solicitud que fue resuelta el día 14 de octubre de la misma anualidad a través de correo electrónico donde le comunico que no se realizará la transcripción de las incapacidades solicitada con fecha de inicio 05.07.2019 y 30.07.2019 a nombre de la aquí accionante ya que **estas superan un año desde la fecha inicial y además tiene el estatus permanente y disfrute de la pensión a cargo del Fondo de Pensiones**.

Lo anterior en cumplimiento al decreto 758 de 1990 artículo 5° y 10°, aclarando que el tiempo para la transcripción de las incapacidades se basa en la Resolución 2266 de 1998. artículo 23, de los términos para la transcripción y cobro de incapacidades o licencias por maternidad. "El afiliado dispone de un año a partir de la fecha de ocurrencia del evento que originó la incapacidad o la licencia por maternidad para solicitar la transcripción del certificado y el pago del subsidio correspondiente, siempre y cuando haya cumplido los períodos de cotización respectivos para tener derecho a éste."

Respecto a la inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción de

Tutela. Como primera medida es importante resaltar que de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional, la acción de tutela como mecanismo expedito para la protección de los derechos fundamentales exige como requisito de procedibilidad, el presupuesto de la inmediatez, con base en el cual debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y oportuno, de suerte que de un lado, se otorgue protección inmediata de los derechos fundamentales que se consideran vulnerados o amenazados y, del otro, se evite que el uso de este mecanismo en forma indiscriminada lo convierta en factor de inseguridad jurídica, premiando con ello la inactividad o indiferencia de los actores.

En efecto, si la acción de tutela busca la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten violados o amenazados, es indispensable que su ejercicio se realice dentro del marco de ocurrencia de la violación o amenaza de los derechos.

También ha señalado la jurisprudencia, no es posible afirmar que la tutela tenga un término específico de caducidad, entendido como la pérdida de la oportunidad de presentar la acción judicial que tenía un sujeto, en razón de su inactividad durante un plazo perentorio previamente establecido en la ley. La tutela, según el artículo 86, puede ser interpuesta en cualquier momento, de modo que temporalmente no tiene un límite previamente establecido. No obstante, dentro de este proceso constitucional sumario y preferente, la jurisprudencia ha encontrado necesario exigir que haya una racionalidad temporal, entendida como un plazo prudencial entre la vulneración de los derechos fundamentales y la interposición de la acción.

Dicho requisito de oportunidad ha sido denominado principio de la inmediatez, el cual, lejos de ser una exigencia desproporcionada que se le impone al interesado, reclama el deber general de actuar con el esmero y cuidado propio de la vida en sociedad. Se trata de acudir a la jurisdicción constitucional en un lapso prudencial, que refleje una necesidad imperiosa de protección de los derechos fundamentales.

Por esa razón el fin de la acción de tutela es la protección de los derechos fundamentales, pero en ningún caso la controversia sobre derechos que tengan un contenido económico, según la Corte Constitucional.

Es así, como los derechos respecto de los cuales la señora María Helena Cascavita Mayorga eleva reclamación en su protección, como el consecuente reconocimiento de incapacidades, además de que se enmarcan dentro de los derechos de orden económico, derechos éstos que no son susceptibles de ser amparados mediante la acción de Tutela, la hacen referencia a lo sucedido más de un año de anterioridad a la presentación de la demanda, con la cual pretende la aquí accionante se ordene su pago, pues a pesar de ser derechos de las personas, resulta bien claro que existen, dentro de la normatividad jurídica vigente, otros mecanismos precisos para su protección.

En ese orden de ideas, la acción de tutela es improcedente toda vez que cuenta con otras actuaciones administrativas que debe cumplir.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela promovida por la señora María Helena Cascavita Mayorga contra la Nueva EPS y Protección S.A., de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta sentencia a las partes. A la accionada mediante mensaje de datos que incluya el texto íntegro de esta decisión dirigido al buzón electrónico oficial. Al accionante a través del medio más expedito.

TERCERO: IMPUGNABILIDAD. Esta sentencia es susceptible de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro de los tres días

siguientes a su notificación a través del correo electrónico jadmin09bta@notificacionesrj.gov.co,

CUARTO: Una vez ejecutoriada **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión (artículo 31 del Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO POVEDA PERDOMO

Juez

DDZ

(Firma escaneada conforme al artículo 2 del Decreto 1287 del 24 de septiembre de 2020 del Ministerio de Justicia y del Derecho[5])

[5]<**Firma de los documentos expedidos durante el trabajo en casa.** Durante la emergencia sanitaria y siempre que los servidores públicos y contratistas estén prestando sus servicios desde la casa, en el marco del artículo 11 del Decreto Legislativo 491 de 2020, se podrán suscribir válidamente los actos, providencias y decisiones que se adopten mediante firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas, siguiendo las directrices dadas por el Archivo General de la Nación y las que se imparten en el presente decreto.>.