



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO 25 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA - ORAL**

Bogotá D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

PROCESO No.:	11001-33-35-025-2024-00053-00
ACCIONANTE:	LUZ LINDA GRACILIANA BERMÚDEZ
ACCIONADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES Y NUEVA EPS
ACCIÓN:	TUTELA

Asunto:
Sentencia Tutela

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia en la acción de tutela promovida por **Luz Linda Graciliana Bermúdez** a través de apoderado, en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones** y la **Nueva E.P.S** por la presunta violación a los derechos fundamentales al Mínimo vital y Salud en conexidad con la Seguridad Social, vida digna, protección laboral, buena fe, debido proceso y derecho de petición.

I. ANTECEDENTES

1.1. Soporte Fático de la solicitud de amparo

“(...) el día 11 de septiembre de 2023 se radicó ante la NUEVA EPS, derecho de petición, mediante el cual se solicitó el PAGO SUBSIDIO POR INCAPACIDAD, causado a favor de mi representada.

3. Así mismo, se radicó ante Colpensiones el día 6 de octubre de 2023, bajo BZ2023_16764795, solicitud de reconocimiento y pago de subsidio por incapacidad, respecto de los mismos periodos.

4. Colpensiones, mediante comunicaciones emitidas el 10 de octubre de 2023 y el 12 de octubre de 2023, bajo BZ2023_16764795, requirió: "certificado o constancia actualizada de la EPS donde se relacione o describa la totalidad de incapacidades expedidas"

5. Por lo anterior, los días 23 de octubre de 2023, bajo BZ2023_17515907 y 26 de octubre de 2023, bajo BZ2023_17739484, se radicó ante Colpensiones la documentación requerida por la entidad.

6. Por su parte, la Nueva EPS no ha emitido pronunciamiento alguno.

7. A la fecha, han transcurrido más de CUATRO (4) MESES desde la radicación de la SOLICITUD DE PAGO DE SUBSIDIO POR INCAPACIDADES ante la Nueva EPS y Colpensiones y más de TRES (3) MESES desde que se radico ante Colpensiones los documentos requeridos por la entidad y mi poderdante no ha recibido respuesta de fondo y completa a la solicitud efectuada.

8. La Sra. Bermudez, actualmente padece de Trastorno mixto de ansiedad y depresión; Fibromialgia; Artrosis; Sahos; Temblor esencial; Trombosis venosa superficial pierna izquierda y Síndrome de sensibilización central.

9. Se resalta que la historia de Síndrome de Fibromialgia se remonta al año 2013, en la que también concurren alteraciones afectivas de tipo Ansioso Depresivo, SAHOS que demanda uso de C PAP desde marzo de 2017; temblor esencial, insuficiencia venosa de miembros inferiores y dolor crónico intratable con síndrome de sensibilización central.

10. MI REPRESENTADA SE ENCUENTRA CON MANEJO MEDICO POR PSIQUIATRÍA, REUMATOLOGÍA, FISIATRÍA, CLÍNICA DE DOLOR, PSICOLOGÍA, TERAPIA FÍSICA, OCUPACIONAL Y TERAPIAS ALTERNATIVAS CON POBRE RESPUESTA.

11. Desde el 01 de diciembre de 2016, Polisomnografía confirma Síndrome de apneas de sueño severo (IAH 32.9/hora) por lo que es usuaria de C-PAP durante la noche.

12. Mi representada ha sido hospitalizada en diferentes ocasiones tal como se evidencia en historia clínica, sin que a la fecha a pesar de los diferentes tratamientos presente mejoría; y cuya última internación fue en julio de 2021 en Clínica Mederi durante 10 días.

13. A la fecha la Sra. LUZ LINDA GRACILIANA BERMÚDEZ continúa bajo control de clínica de dolor y psiquiatría, con evolución estacionaria, sin cambios para mejorar. INCAPACITADA DESDE 2017 POR PSIQUIATRÍA Y MEDICINA DE DOLOR.

14. Así mismo, es importante poner bajo consideración del Sr. Juez que mi representada cuenta con este único mecanismo jurídico para reclamar la protección de sus derechos fundamentales, y no por la vía ordinaria laboral, por estar afectado su mínimo vital, ya que son números los meses en los que no ha recibido el pago de incapacidades, violando de esta forma, sus derechos fundamentales al Mínimo vital y la Salud en conexidad con la Seguridad Social, vida digna, protección laboral, buena fe, debido proceso y derecho de petición.

15. Ahora bien, se resalta que las incapacidades como prestación económica, tienen por objeto brindar al trabajador una recuperación o descanso remunerado con el fin de que se recupere de su enfermedad y se posibilite otorgarle el cuidado y la atención requerida, por lo que se presume la afectación del mínimo vital de un trabajador enfermo al que no se le pagan las incapacidades a las que tiene derecho, como es el caso de mi representado. En este mismo orden, se destaca que la protección que se pretende dar con la licencia de incapacidad no solo está dirigida en favor del trabajador, sino que ampara igualmente a todos los que dependan del trabajador incapacitado.

16. Conforme el precedente Jurisprudencial establecido por la H. Corte Constitucional, debe tenerse en cuenta en el presente caso, la presunción de que las incapacidades son la única fuente de ingreso del trabajador, para garantizar su subsistencia y la de su familia, pues el pago de las incapacidades laborales pretende evitar la vulneración de los derechos de los trabajadores incapacitados, pues se encuentran en situación de debilidad manifiesta y son sujetos de especial protección constitucional.

17. Mi poderdante cuenta con Dictamen de PCL emitido por la Junta Nacional bajo No. 51812214 – 14460 del 07/06/2023 en el que se le otorgó:

7. Concepto final del dictamen		
Valor final de la deficiencia (Ponderado) - Título I		23,00%
Valor final rol laboral, ocupacional y otras áreas ocupacionales - Título II		17,60%
Pérdida de la capacidad laboral y ocupacional (Título I + Título II)		40,60%
Origen: Enfermedad	Riesgo: Común	Fecha de estructuración: 17/01/2022
Fecha declaratoria: 07/06/2023		
Sustentación fecha estructuración y otras observaciones:		
Nivel de pérdida: Incapacidad permanente parcial	Muerte: No aplica	Fecha de defunción:
Ayuda de terceros para ABC y AVD: No aplica	Ayuda de terceros para toma de decisiones: No aplica	Requiere de dispositivos de apoyo: No aplica
Enfermedad de alto costo/catastrófica: No aplica	Enfermedad degenerativa: Si	Enfermedad progresiva: Si
Calificación integral: No aplica	Decisión frente a JRCl: No aplica	

18. Por lo anterior se hace necesario interponer acción de tutela con el fin de que se protejan los derechos constitucionales y fundamentales al Mínimo vital y la Salud en conexidad con la Seguridad Social, vida digna, protección laboral, buena fe, debido proceso y derecho de petición, los cuales están siendo desconocidos y vulnerados por la accionada.”

1.2. Pretensiones

La parte tutelante solicitó del Despacho:

“PRIMERO. - TUTELAR los derechos fundamentales al Mínimo vital y la Salud en conexidad con la Seguridad Social, vida digna, protección laboral, buena fe, debido proceso y derecho de petición a favor de la señora LUZ LINDA GRACILIANA BERMÚDEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.812.214.

SEGUNDO. - En consecuencia, se ordene a la NUEVA EPS y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a RECONOCER Y PAGAR las incapacidades expedidas a favor de la Sra. LUZ LINDA GRACILIANA BERMÚDEZ, esto es, DESDE EL 03 DE ABRIL DE 2017 HASTA EL 28 DE JULIO DE 2023 Y LAS SUCESIVAS QUE HAN SIDO DEBIDAMENTE OTORGADAS POR LA EPS HASTA LA FECHA DE PRESENTACIÓN DE ESTA ACCIÓN CONSTITUCIONAL.

TERCERA: Se ordene a la NUEVA EPS y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que, en lo sucesivo, y sin dilaciones innecesarias, proceda a pagar a favor de la Sra. LUZ LINDA GRACILIANA BERMÚDEZ todas aquellas incapacidades que puedan llegarse a ocasionar, en razón de su estado de salud, con posterioridad al fallo de tutela.”

1.3. Trámite procesal y contestación de la acción de amparo constitucional

La demanda de tutela fue admitida por este Despacho mediante auto de **20 de febrero de dos mil veinticuatro (2024)** en el que se ordenó notificar por el medio más expedito y eficaz, a los representantes legales de las entidades accionadas, a quienes se les concedió el término de dos (2) días para que rindieran informe sobre los hechos y fundamentos de la acción, ejerciendo su derecho de defensa y contradicción.

Notificada en debida forma las accionadas, se evidencia que contestaron la acción de amparo en los siguientes términos.

1.3.1 NUEVA EPS

A través de memorial de 22 de febrero de 2024, contestó la acción de amparo oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señaló que, revisada la base la base de afiliados de Nueva EPS, se evidencia que la accionante se encuentra en estado ACTIVO en el régimen contributivo desde el 31 de julio de 2008.

Sostuvo que: *“El Afiliado (a) que presento los siguientes acumulados: 259 días de incapacidad continua al 23/12/2017, interrupción para el periodo del 24 de diciembre de 2017 hasta el 20 de marzo de 2018. 1.093 días de incapacidad continua al 19/04/2021, completo 180 días el 18 de septiembre de 2018, completo 540 días el 13 de septiembre de 2019, interrupción para el periodo del 20 de abril de 2021 hasta el 19 de mayo de 2021. Los periodos mencionados superaron el tiempo máximo establecido para efectuar el cobro por parte del aportante. Esta información se encuentra soportada legalmente en el Artículo 28 de la Ley 1438 de 2011: “Artículo 28. Prescripción del derecho a solicitar reembolso de prestaciones económicas. El derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador.” 557 días de incapacidad continua al 07/02/2023, completo 180 días el 26 de enero de 2022, completo 540 días el 21 de enero de 2023, interrupción para el periodo del 08 de febrero de 2023 hasta el 08 de mayo de 2023. 245 días de incapacidad continua al 25 de enero de 2024, completo 180 días el 21 de noviembre de 2023. La afiliada cuenta con una calificación inferior al 50% dada por la Junta Nacional en junio de 2023, razón por la cual no aplica la autorización del pago de incapacidades teniendo en cuenta que si la pérdida de capacidad laboral es calificada entre el 5% y el 49.9% se adquiere el status de Afiliado Incapacitado Permanente Parcial de acuerdo a lo establecido en el literal b del artículo 2 del Decreto 917 de 1999. Por lo anterior es necesario que se inicie un proceso de reintegro laboral para garantizar el mínimo vital, tal y como lo establece la legislación en vigencia para las personas que se les ha definido una IPP (incapacidad permanente parcial), proceso que se deberá realizar a través del médico especialista en salud ocupacional o en seguridad y salud en el trabajo de su empresa o de la IPS que tenga contratada para realizar el examen médico ocupacional periódico o post-incapacidad, en cumplimiento al programa de salud ocupacional o sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo,*

subprograma medicina preventiva y del trabajo. Lo anterior con el objeto de lograr la readaptación y/o reubicación laboral, que de acuerdo a las resoluciones 2346 de 2007 y 1918 de 2009, son a cargo del empleador.

La Dirección de Medicina Laboral notifica inicialmente el 12/11/2021 concepto de rehabilitación como DESFAVORABLE, el 20 de septiembre de 2023 notifica un ALCANCE ACTUALIZACION a dicho concepto como DESFAVORABLE, a la Administradora de Fondo de Pensiones COLPENSIONES, norma concordante con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012.”

Finalmente mencionó que la entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por la parte accionante, por cuanto el proceder de la entidad se ajusta a las directrices trazadas y las competencias asignadas por la regulación jurídica vigente en relación con el Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo que solicitó se niegue la acción de tutela.

1.3.2. Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

A través de memorial de 26 de febrero de 2024, contestó la acción de amparo oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, señalando que la accionante solicita el pago de incapacidades correspondientes a los años 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022 y 2023 por lo que es claro que algunas incapacidades de las solicitadas ya prescribieron y no es procedente el pago.

Indicó que analizados los hechos y bases de la entidad se pudo evidenciar que, el 12/11/2021 bajo radicado 2021_13602308 la NUEVA EPS remitió a Concepto Médico de Rehabilitación (CRE) DESAVORABLE ante esta administradora y Posteriormente, el día 20/09/2023, mediante radicado 2023_15889074 la entidad Promotora de Salud – Nueva EPS radicó comunicación en la que informaba que allegaba Concepto Médico de Rehabilitación (CRE) DESAVORABLE ante esta administradora, por lo que no es procedente acceder favorablemente al reconocimiento de las incapacidades solicitadas por cuanto, la obligación de pago de incapacidades nace para este fondo de pensiones a partir del momento en que es remitido documento Concepto de Rehabilitación (CRE) por parte de la Entidad Promotora de Salud EPS, siempre y cuando se esté solicitando el reconocimiento de pago de periodos superiores al día 180 y el usuario cuente con pronóstico de recuperación favorable respecto de lo padecido; por lo demás, como lo explica el concepto citado y de acuerdo al artículo 142 del Decreto 0129 de 2012, para casos como el presente, no le asiste el derecho al reconocimiento de las incapacidades, el trámite a realizar es el de pérdida de capacidad laboral. Tramite que ya fue realizado tal y como lo indica la accionante en su escrito de tutela.

Sostuvo que la acción de tutela promovida por el accionante debe ser declarada improcedente por cuanto no se cumplen los requisitos formales de procedencia consagrados en el artículo 86 de la Constitución Política, en relación con la

subsidiariedad, pasó por alto que contaba con otro medio de defensa judicial para buscar el pago de las incapacidades que ahora reclama a través de este mecanismo constitucional, regla que se hubiera podido excepcionar si en su momento hubiera demostrado una afectación grave a su derecho fundamental al mínimo vital, de igual manera, tampoco se cumple el requisito de la inmediatez en tanto han transcurrido más de 3 años desde que se hizo exigible el cobro del subsidio por incapacidad, incurria que no se puede remediar a través de la presentación de esta acción pues ello sería tanto como revivir los términos de prescripción que ya se encuentran vencidos.

Finalmente solicitó se niegue la tutela por improcedente como quiera que no cumple con los requisitos de procedibilidad y tampoco se encuentra demostrado que Colpensiones haya vulnerado los derechos de la accionante.

1.4 Acervo Probatorio

Parte Accionante.

- Solicitud de pago de subsidio por incapacidades radicada ante la Nueva EPS el 11 de septiembre de 2023.
- Solicitud de pago de subsidio por incapacidades radicada ante Colpensiones, el 6 de octubre de 2023, bajo BZ2023_16764795.
- Respuesta emitida por Colpensiones el 10 de octubre de 2023.
- Respuesta emitida por Colpensiones el 12 de octubre de 2023.
- Solicitud radicada ante Colpensiones el 23 de octubre de 2023, bajo BZ2023_17515907.
- Solicitud radicada ante Colpensiones el 26 de octubre de 2023, bajo BZ2023_17739484.
- Certificación de incapacidades.
- Dictamen No. 51812214 - 14460 del 07/06/2023, emitido por la JNC.

II. CONSIDERACIONES

2.1. De la acción de tutela.

La acción de tutela, prevista en el Artículo 86 de la Carta Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, como mecanismo preferente y sumario, fue concebida como una acción judicial subsidiaria, residual y autónoma, a disposición de los ciudadanos, mediante la cual pueden reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, la protección judicial inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de autoridades públicas y, excepcionalmente, de particulares.

El trámite de esta herramienta jurídica por medio de un procedimiento preferente y sumario supone su prevalencia frente a las demás acciones, y que el fallo que disponga la protección de derechos fundamentales sea de inmediato cumplimiento, empero, puede ser impugnado ante el superior, quien luego debe remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

A la par, se constituye como una acción subsidiaria y residual, de manera que se torna improcedente cuando existen otros mecanismos de defensa judicial a los que puede acudir el interesado para obtener la protección de sus derechos fundamentales. No obstante, a pesar de ello, en el evento de que se acredite la configuración de un perjuicio irremediable, la solicitud de amparo se hace procedente.

Así, aunque la acción de tutela ha sido puesta por la Constitución y la Ley a disposición de todas las personas, ese derecho de acción no es absoluto, en cuanto está limitado por las causales de improcedencia, como la anteriormente mencionada, y las previstas en el Artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, tales como: i) Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus; ii) Cuando se pretenda proteger derechos colectivos; iii) Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho y, iv) Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Sin embargo, también la norma que crea la acción indica que la acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.2 Alcance del principio de subsidiariedad de la acción de tutela

La jurisprudencia constitucional, en armonía con lo dispuesto en los artículos 86 superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, da cuenta que la acción de tutela es un medio de defensa de carácter subsidiario para obtener la protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales, lo que impone su procedencia siempre y cuando en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para el amparo judicial de estos derechos.

Ello pone de presente la competencia subsidiaria y residual del juez de tutela para la protección de los derechos constitucionales. Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión puramente litigioso, desnaturalizándose su finalidad de protección subsidiaria de derechos fundamentales.

En este mismo sentido, cabe hacer alusión a la sentencia T-406 de 2005, en la que la Corte señaló:

“(…) Según esta exigencia, entonces, si existen otros medios de defensa judicial, se debe recurrir a ellos pues de lo contrario la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales y se convertiría en un recurso expedito para vaciar la competencia ordinaria de los jueces y tribunales. De igual manera, de perderse de vista el carácter subsidiario de la tutela, el juez constitucional en este ámbito, no circunscribiría su obrar a la protección de los derechos fundamentales, sino que se convertiría en una instancia de decisión de conflictos legales. Nótese como de desconocerse el carácter subsidiario de la acción de tutela se distorsionaría la índole que le asignó el constituyente y se deslegitimaría la función del juez de amparo (…).”

Así las cosas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, la tutela resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, tal regla general encuentra excepción si el juez constitucional logra determinar que: i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; y ii) cuando se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

2.3. Del principio de Inmediatez.

La H. Corte Constitucional respecto a los requisitos de procedencia de la acción de tutela específicamente en lo que tiene que ver con la inmediatez, en sentencia T – 091 de 2018 señaló:

“ 3.2. Inmediatez

40. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable y proporcionado, a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. El requisito de la inmediatez tiene por finalidad preservar la naturaleza de la acción de tutela, concebida como “un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados”¹.

41. Con el fin de orientar la labor del juez de tutela, la jurisprudencia constitucional ha identificado cinco criterios que ayudan a determinar, en cada caso, el cumplimiento del requisito de inmediatez: (i) la situación personal del peticionario, que puede hacer desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve; (ii) el momento en el que se produce la vulneración, ya que pueden existir casos de violación permanente de derechos fundamentales; (iii) la naturaleza de la vulneración, pues la demora en la presentación de la tutela puede estar relacionada, precisamente, con la situación que, según el accionante, vulnera sus derechos fundamentales; (iv) la actuación contra la que se dirige la tutela, ya que si se trata de una providencia judicial, el

¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-391 de 2016.

análisis debe ser más estricto, y (v) los efectos de la tutela en los derechos de terceros, quienes tienen la expectativa legítima de que se proteja su seguridad jurídica².

Conforme a lo anterior, se debe tener en cuenta que la acción de tutela debe promoverse dentro de un tiempo razonado, puesto que el objeto de esta es proteger los derechos y garantías fundamentales de la sociedad de una amenaza actual o inminente, por lo tanto, no es posible que a través de este medio se pretenda el amparo un derecho que fue presuntamente transgredido años atrás, por cuanto se desnaturaliza la acción.

2.3.1. Análisis específico de procedencia.

Una vez analizados los argumentos contenidos en la solicitud de amparo, resulta evidente que la controversia planteada respecto a ordenar a la Nueva EPS y a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones el pago de las incapacidades causadas desde el 03 de abril de 2017 hasta el 28 de julio de 2023 a favor de la accionante puede resolverse ante la jurisdicción ordinaria laboral.

De acuerdo con lo anterior, en el caso bajo consideración, el ejercicio de la acción de tutela resulta improcedente, en razón a que dicho amparo se encuentra gobernado por los principios de inmediatez y subsidiariedad, toda vez que, el pago de incapacidades que reclama la accionante recae sobre incapacidades emitidas desde el año 2017, es decir hace más de 5 años, sin que exista una razón justificada de la demora en la reclamación de estas, por lo que resulta imposible asumir que por cuenta del no pago actualmente se encuentra afectado su mínimo vital, máxime si consultado el sistema de afiliados compensados³ se observa que viene cotizando, lo que quiere decir que cuenta con un ingreso actual.

Por lo tanto, el despacho considera que la acción de tutela no fue presentada en un tiempo razonable, pues como ya se dijo las incapacidades son del año 2017 en adelante las cuales han presentado interrupciones, las solicitudes de pago ante las accionadas fueron presentadas hasta en octubre de 2023 y la acción de tutela fue presentada hasta el 20 de febrero del 2024, sin que la accionante justifique la tardanza con razones válidas, con la existencia de algún suceso de fuerza mayor, caso fortuito o un hecho que hubiera cambiado las circunstancias previas y que le hayan impedido de interponer la tutela en un término razonable.

Así las cosas, se encuentra que la presente acción de tutela resulta improcedente, pues la tutelante no actuó con la debida diligencia y cuenta con los medios ordinarios para el cobro de las incapacidades reclamadas.

² Corte Constitucional, Sentencia SU-391 de 2016.

³ <https://www.adres.gov.co/eps/regimen-contributivo/Paginas/afiliados-compensados.aspx>

Sin embargo, advierte el despacho que revisado el certificado de incapacidades allegado observa que las expedidas entre el 10 de agosto de 2023 y el 27 de octubre de 2023, conforme al principio de inmediatez, es el único periodo que podría tenerse como lesivo para sus derechos fundamentales en este momento, en especial el derecho al mínimo vital y todos los derechos fundamentales conexos, por lo que es la única arista de la acción que resulta procedente, de manera que, en lo sucesivo, el Juzgado analizará y resolverá únicamente lo concerniente a este periodo de incapacidad.

3. Caso concreto

El pago recibido por las incapacidades laborales es un sustituto del salario. Reiteración de jurisprudencia⁴

De acuerdo con el artículo 48 del Estatuto Superior, el Estado colombiano *“garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”*.

Con fundamento en este precepto constitucional, el ordenamiento jurídico ha adoptado una serie de medidas que permiten garantizar la protección de aquellos trabajadores que se ven inmersos en una situación que les impida desarrollar sus labores, como consecuencia de un accidente o enfermedad, lo que a su vez deriva en la imposibilidad de recibir los recursos necesarios para su subsistencia.

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. El artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado al ordenamiento jurídico colombiano por Ley 319 de 1996 prescribe:

“Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa”.

Estas medidas de protección consisten en el reconocimiento y pago de incapacidades laborales, seguros, auxilios económicos e incluso la pensión de invalidez⁵, los cuales cobran relevancia, en tanto constituyen mecanismos de salvaguarda del mínimo vital y de la salud de quien se ve en imposibilidad de percibir un salario por sus condiciones de salud⁶.

4 En este acápite se sigue en parte la línea expuesta en la Sentencia T-312 de 2018. MP. Antonio José Lizarazo Ocampo.

5 Ver Sentencia T-200 de 2017.

6 *Ibidem*

Bajo ese orden, esta Corte a través de distintos pronunciamientos ha reconocido el pago de incapacidades laborales como el ingreso que permite sustituir el salario durante el periodo en el cual el trabajador no puede desarrollar sus labores, a causa de su condición de salud. En la Sentencia T-876 de 2013 se advirtió que los mecanismos para el pago de estos auxilios fueron implementados “[...] *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*”.

En igual sentido, en la sentencia T-490 de 2015 reiterada en la sentencia T-200 de 2017, esta Corporación, a fin de proveer un mejor entendimiento de la naturaleza y objetivo del pago de incapacidades, 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.”

Con base en ello, esta Corte ha concluido que la incapacidad laboral garantiza el derecho a la vida digna, a la salud y al mínimo vital durante el tiempo en que el trabajador no se encuentra en la posibilidad de desarrollar las labores, pues permite que este reciba el ingreso necesario para satisfacer sus necesidades básicas⁷.

Es de este carácter sustitutivo del salario que la jurisprudencia ha encontrado que, del mismo modo en que se presume la afectación del mínimo vital de un trabajador cuando no recibe su salario y devenga un salario mínimo o cuando el salario es su única fuente de ingreso -constituyendo un elemento necesario para su subsistencia al cubrir con ese dinero sus necesidades básicas-, igualmente se presume que el no pago de las incapacidades laborales implica una afectación al

⁷ Ver Sentencia T-200 de 2017.

mínimo vital de la persona⁸; correspondiéndole, en consecuencia, al empleador, a la EPS o a la AFP desvirtuar dicha presunción.

En cuanto al pago de incapacidades laborales por enfermedad de origen común.

En lo que tiene que ver con las incapacidades por enfermedad de origen común, es menester indicar que, atendiendo a la duración de la incapacidad, se ha establecido una diferencia en el entendido que si corresponde a los primeros 180 días de incapacidad se le otorgara un **auxilio económico** y a la que se causa a partir del día 181 se le llama **subsidio de incapacidad**.

De otra parte, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido que en función de la fase en la que se encuentre la incapacidad del trabajador, las responsabilidades económicas de la misma corresponden al empleador, a la EPS, o al Fondo de Pensiones del que éste sea afiliado.

Sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia T-194 de 2021⁹, precisó:

“Sobre la base de lo expuesto, el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedad de origen común está previsto de la siguiente manera:

<i>Periodo</i>	<i>Entidad obligada</i>	<i>Fuente normativa</i>
<i>Día 1 a 2</i>	<i>Empleador</i>	<i>Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013</i>
<i>Día 3 a 180</i>	<i>EPS</i>	<i>Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993</i>
<i>Día 181 hasta un plazo de 540 días</i>	<i>Fondo de Pensiones</i>	<i>Artículo 142 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993</i>
<i>Día 541 en adelante</i>	<i>EPS</i>	<i>Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015</i>

(...).”

⁸ En la Sentencia T-274 de 2006, la Corte sostuvo: “el no pago de las citadas incapacidades laborales, correspondientes a 90 días de salario, hace presumir en este caso la afectación del mínimo vital de la actora, pues se aplica el mismo criterio de la cesación prolongada en el pago de salarios y prestaciones sociales, por existir las mismas razones de hecho”.

⁹ En igual sentido, T-200 del 2017. Con la cita de las normas de esa oportunidad.

Caber anotar que, a la entidad promotora de salud le asiste el deber de emitir un concepto sobre la favorabilidad o desfavorabilidad de la rehabilitación del trabajador antes de alcanzar el día 120 de incapacidad, el cual deberá enviar al Fondo de Pensiones antes del día 150, so pena de que la EPS se vea obligada a asumir el pago de la incapacidad con posterioridad al día 180 **y hasta que emita dicho concepto**, como se desprende del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

ARTÍCULO 142. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. <Ver modificaciones directamente en la Ley 100 de 1993> El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así:

"Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad.

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite 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 reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la

Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

Lo anterior, en concordancia con lo previsto por el **Decreto 1333 de 2018**, que prevé la revisión periódica de la incapacidad y la **obligación de las EPS de reasumir el pago de las incapacidades por enfermedad común con posterioridad al día 540**:

*“**ARTÍCULO 2.2.3.2.1.** Revisión periódica de la incapacidad. La revisión periódica de la incapacidad por enfermedad general de origen común será adelantada por las EPS y demás EOC, quienes deberán adelantar las siguientes acciones:*

1. Detectar los casos en los que los tiempos de rehabilitación y recuperación del paciente se desvíen de los previstos para una condición de salud específica, identificando el grupo de pacientes que está en riesgo de presentar incapacidad prolongada.

2. Realizar a los pacientes mencionados un plan integral de tratamiento, monitoreo y evaluación del proceso de rehabilitación, que permita valorar cada sesenta (60) días calendario el avance de la recuperación de su capacidad laboral, constatando el curso normal de la evolución del tratamiento regular y efectivo y el estado de la recuperación. La valoración podrá realizarse antes del plazo señalado si así lo considera el médico tratante de acuerdo con la evolución del estado del paciente

3. Consignar en la historia clínica por parte del médico u odontólogo tratante el resultado de las acciones de que tratan los- numerales anteriores y comunicar al área de prestaciones económicas de la EPS o AFP que tenga a cargo el reconocimiento y pago de la incapacidad, según sea el caso”.

*“**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 el afiliado 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).

Frente a este tema la Corte Constitucional en la sentencia T-161 del 9 de abril de 2019, indicó:

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

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

Así las cosas, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia.” (Subrayado fuera del original).

En consideración a lo anterior, es evidente que ha sido unánime la posición de la Corte Constitucional de reconocer la incidencia que tienen los auxilios económicos derivados de las incapacidades laborales para la eficacia de derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital y la salud, entre otros.

En síntesis, el pago de incapacidades médicas laborales por enfermedad de origen común está a cargo de la EPS durante los primeros 180 días. A partir del día 181 y hasta el día 540, los pagos deben ser realizados por la Administradora de Pensiones. Luego, a partir del día 541, corresponde a la EPS asumir tales costos, sobre los cuales podrá solicitar el respectivo reembolso ante la ADRES de conformidad con las previsiones legales y pronunciamientos judiciales expuestos en este acápite.

El caso que nos ocupa la accionante pretende a través de esta acción la protección de sus derechos constitucionales fundamentales al mínimo vital y seguridad social, en consecuencia, se ordene a las accionadas a reconocer y pagar las incapacidades generadas a su favor.

De las pruebas que obran en el expediente se tiene que:

- Según los hechos de la demanda, la accionante actualmente padece de Trastorno mixto de ansiedad y depresión; Fibromialgia; Artrosis; Sahos;

Temblores esenciales; Trombosis venosa superficial pierna izquierda y Síndrome de sensibilización central.

- Debido a sus enfermedades y estado de salud ha presentado incapacidades entre el día 03 de abril de 2017 hasta el día 27 de octubre de 2023, las cuales han sido interrumpidas por lapsos mayores a 15 días como se observa del certificado de incapacidades aportado.
- A través de comunicado del 8 de noviembre de 2021 GRB-GM-16473-21 la Nueva EPS le comunicó el concepto de rehabilitación desfavorable para los siguientes diagnósticos:

C. DATOS DE LA ENFERMEDAD/ACCIDENTE

1. DIAGNÓSTICO(S) MOTIVO DE LA REMISIÓN PARA CALIFICACIÓN INTEGRAL DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL

CCF19	DESCRIPCIÓN	LATERALIDAD	ORIGEN	ETIOLOGÍA	FECHA
R522	OTRO DOLOR CRÓNICO		Enf. Común	Demostrada	07/09/2023
M797	FIBROMIALGIA		Enf. Común	Demostrada	07/09/2023
M150	OSTEOARTROSIS PRIMARIA GENERALIZADA		Enf. Común	Demostrada	10/08/2017
F33B	OTROS TRASTORNOS DEPRESIVOS RECURRENTES		Enf. Común	Demostrada	10/08/2017
F067	TRASTORNO COGNOSCITIVO LÉVE		Enf. Común	Demostrada	10/08/2017
F412	TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN		Enf. Común	Demostrada	07/09/2023

2. RESUMEN DE HISTORIA CLÍNICA: PARACLÍNICOS, PROCEDIMIENTOS, TRATAMIENTOS Y REHABILITACIÓN REALIZADOS INDICANDO FECHAS, COMPLICACIONES PRESENTADAS Y ESTADO ACTUAL DEL PACIENTE.

De acuerdo con informes clínicos paciente en sexta década de la vida, quien cursa con cuadro de artrosis articular, fibromialgias, trastorno del estado de ánimo. Médicos tratantes indican deterioro clínico debido a alteración de la nomenclación, depresión refractaria, dolor crónico persistente. Usuario cuenta con calificación de pérdida de capacidad (PCL) laboral en Instancia de Junta Regional de Calificación de Invalidez y le establecieron PCL 42.30%, por lo cual, solicitan re calificación.

3. TERAPÉUTICA POSIBLE

NO
 SI ¿CUAL? Tratamiento médico.

4. SECUELAS ANATÓMICAS Y/O FUNCIONALES ESTABLECIDAS A LA FECHA: SI X NO

SECUELA 1	SECUELA 2	PRONOSTICO
	Trastorno de la esfera mental	HALO

5. SE HA LOGRADO LA MEJORA MÉDICA MÁXIMA (POSIBILIDAD DE RECUPERACIÓN?)

SI NO

6. CON BASE EN LO ANTERIOR, EL CONCEPTO DE REHABILITACIÓN ES:

A CORTO PLAZO (Menor de 1 año) Favorable Desfavorable
 A MEDIANO PLAZO (Mayor a un año) Favorable Desfavorable

- La Junta Nacional de Calificación de Invalidez expidió dictamen de pérdida de la capacidad laboral radicado No. 51812214 – 14460 del 07/06/2023 en el que le otorgó:

7. Concepto final del dictamen	
Valor final de la deficiencia (Ponderado) - Título I	23,00%
Valor final rol laboral, ocupacional y otras áreas ocupacionales - Título II	17,60%
Pérdida de la capacidad laboral y ocupacional (Título I + Título II)	40,60%
Origen: Enfermedad	Riesgo: Común
Fecha declaratoria: 07/06/2023	Fecha de estructuración: 17/01/2022
Sustentación fecha estructuración y otras observaciones:	
Nivel de pérdida: Incapacidad permanente parcial	Muerte: No aplica
Ayuda de terceros para ABC y AVD: No aplica	Ayuda de terceros para toma de decisiones: Requiere de dispositivos de apoyo: No aplica
Enfermedad de alto costo/catastrófica: No aplica	Enfermedad degenerativa: Si
Calificación integral: No aplica	Enfermedad progresiva: Si
	Decisión frente a JRCL: No aplica

- La accionante el día 11 de septiembre de 2023 radicó ante la NUEVA EPS, solicitud de pago subsidio por incapacidad, así mismo, radicó ante Colpensiones el día 6 de octubre de 2023, solicitud de reconocimiento y pago de subsidio por incapacidad, respecto de los mismos periodos.

Ahora, conforme a lo señalado anteriormente en el análisis de procedencia de la acción de tutela, las incapacidades que reconocerá el despacho teniendo en cuenta que son las únicas que afectan el mínimo vital de la accionante serán las emitidas entre:

- 10 de agosto de 2023 al 24 de agosto de 2023
- 29 de agosto de 2023 al 27 de septiembre de 2023
- 28 de septiembre de 2023 al 27 de octubre de 2023.

9446320	ENFERMEDAD GENERAL	10/08/2023	24/08/2023	M797	15	AMPARO RODRIGUEZ CANAL
9520673	ENFERMEDAD GENERAL	29/08/2023	27/09/2023	M797	30	AMPARO RODRIGUEZ CANAL
9620623	ENFERMEDAD GENERAL	28/09/2023	27/10/2023	M797	30	AMPARO RODRIGUEZ CANAL

Así las cosas, conforme a la jurisprudencia y las normas anteriormente señaladas es claro que la NUEVA EPS vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social de la accionante, toda vez que, es la entidad responsable del reconocimiento y pago de las incapacidades generadas en los lapsos ya señalados.

Por lo tanto, como quiera que el objetivo del reconocimiento y pago de las incapacidades temporales persigue amparar el mínimo vital de la trabajadora, al brindar la posibilidad de reemplazar el salario y continuar percibiendo un ingreso que le permita atender sus necesidades básicas este Despacho ordena a la **NUEVA EPS** a que, si aún no lo ha hecho, mediante su representante legal y/o quien haga sus veces, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a cancelar los subsidios de incapacidad dejados de pagar a la señora **LUZ LINDA GRACILIANA BERMUDEZ** causados entre 10 de agosto de 2023 al 24 de agosto de 2023 - 29 de agosto de 2023 al 27 de septiembre de 2023 y 28 de septiembre de 2023 al 27 de octubre de 2023.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTICINCO (25) ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

I. FALLA:

PRIMERO: NEGAR por improcedente el amparo pedido respecto de los hechos aducidos causados con anterioridad al 10 de agosto de 2023.

SEGUNDO: TUTELAR PARCIALMENTE los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana, salud y seguridad social invocados por la parte accionante, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la **NUEVA EPS** a que, si aún no lo ha hecho, mediante su representante legal y/o quien haga sus veces, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente fallo, proceda a reconocer y cancelar los subsidios de incapacidad dejados de pagar a la señora **LUZ LINDA GRACILIANA BERMUDEZ** causados entre 10 de agosto de 2023 al 24 de agosto de 2023 - 29 de agosto de 2023 al 27 de septiembre de 2023 y 28 de septiembre de 2023 al 27 de octubre de 2023.

De igual forma, una vez de cumplimiento al presente fallo deberá allegar copia de ella al expediente.

CUARTO: Comunicar a las partes por el medio más expedito la presente decisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: De no ser impugnada esta decisión, remítase a la H. Corte Constitucional para eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA
Juez

CLM.



Esta providencia fue firmada en forma electrónica en el aplicativo Samai, herramienta que garantiza su integridad y autenticidad.