

ACCIÓN DE TUTELA – Segunda instancia / ACCIÓN DE TUTELA – Procedencia para ordenar a EPS efectuar el pago de incapacidades superiores a 540 días / DERECHOS AL MÍNIMO VITAL Y SALUD / INCAPACIDADES SUPERIORES A 540 DÍAS – No procede la suspensión de su pago por falta de calificación de la enfermedad que padece la persona / ACCIÓN DE TUTELA – Requisitos de procedencia / PAGO DE INCAPACIDADES – Régimen legal / INCAPACIDADES LABORALES ORIGINADAS EN ENFERMEDAD COMÚN - Reglas jurisprudenciales y legales para su reconocimiento y pago

“(…) La Sala encuentra mérito para revocar la decisión de primera instancia que concedió el amparo del derecho fundamental de petición, y negó el amparo de los demás derechos fundamentales invocados en protección. En primer lugar, y de acuerdo a las pretensiones que la señora (...) eleva ante el juez constitucional, la discusión no versa sobre la protección al derecho de petición de la accionante, pues tal amparo no ha sido solicitado en la presente acción. Si bien la accionante afirma que el 1° de diciembre de 2021 radicó derecho de petición ante la NUEVA EPS solicitando el pago de las incapacidades correspondiente al periodo del 11 de septiembre de 2021 hasta el 3 de diciembre de 2021, considera que la negativa en acceder a tal solicitud por parte de la entidad, genera en su persona la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, la vida y a la salud. Por lo anterior, el estudio de fondo del asunto debe partir de dicha premisa, esto es, junto con la valoración probatoria, determinar si la NUEVA EPS ha incurrido en vulneración de los derechos fundamentales de la accionante al no acceder a su solicitud de pago del subsidio de incapacidad radicada ante su dependencia. Ahora bien, la Sala tampoco se encuentra de acuerdo con la decisión de negar los derechos deprecados por la accionante. Pese a que no se tiene conocimiento certero de si la enfermedad que padece la accionante es de origen común o laboral, ese hecho no determina una suspensión en el pago de incapacidades superiores a 540 días, las cuales están a cargo de la EPS. Precisamente, Ley 1753 de 2015 asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Además, la normativa insistió en que dicho reconocimiento no debería estar supeditado a ningún requisito adicional. (...) la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, es del ADRES, entidad ante la cual la EPS podrá perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015. (...)”

NOTA DE RELATORÍA. Sobre la entidad responsable del reconocimiento y pago de las incapacidades superiores a 540 días, consultar: Corte Constitucional, sentencias T-144 de 2016, T-200 de 2017.

FUENTE FORMAL: Constitución Política (Art. 86); Ley 1753 de 2015 (ART. 67); Código Sustantivo del Trabajo (Art. 227); Decreto 2351 de 1965 (Art. 16); Decreto 770 de 1975 (Art. 9); Ley 100 de 1993 (Art. 206); Decreto 2463 de 2001; Decreto Ley 019 de 2012 (Art. 142).

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C**

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil veintidós (2022)

ACCIÓN DE TUTELA

Radicado:	11001 – 33 – 36 – 034 - 2022 – 00028 - 01
Accionante:	Blanca Luz Pinzón Penagos
Accionado:	Nueva EPS S.A.
Tema:	Derechos al mínimo vital y salud. Deber de la EPS de efectuar el pago de incapacidades superiores a 540 días.
Instancia:	SEGUNDA – Impugnación
Sentencia:	SC3 – 0426 - 2653
Sala:	57

I. ASUNTO

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la accionante Blanca Luz Pinzón Penagos, en contra de la sentencia del 14 de febrero de 2022, mediante la cual el Juzgado 34 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., tuteló el derecho fundamental de petición de la accionante y negó la tutela de los demás derechos solicitados.

II. ANTECEDENTES

Hechos que originaron la acción.

El reclamo constitucional se fundó en el acontecer fáctico relatado por la parte accionante y que pasa a señalarse, en síntesis:

- i. La señora Blanca Luz Pinzón Penagos informa que, desde el 1 de agosto de 2018 se desempeña como agente técnico de Call Center en la empresa Outsourcing Servicios Informáticos S.A.
- ii. Desde el 30 de octubre de 2018 se encuentra incapacitada medicamente en periodos continuos por su padecimiento de Disfonía (por tensión muscular-esfuerzo vocal).

- iii. Mediante comunicación del 1° de junio de 2020, el empleador Outsourcing Servicios Informáticos S.A. le informó que se abstendrá de pagar los valores derivados de la incapacidad, ya que esta supera los 180 días, por lo que la accionante debía solicitar el pago del auxilio de incapacidad directamente con el Fondo de Pensiones- Protección.
- iv. Por su parte, el Fondo de Pensiones- Protección mediante oficio del 12 de junio de 2020 notificó al empleador que realizaría únicamente el pago del subsidio por incapacidad hasta los 360 días, y que en caso de continuar con la misma este pago lo asumiría la EPS.
- v. En vista de que habían transcurrido 540 días de incapacidad y la accionante no había recibido el pago del subsidio desde el mes de junio, con petición del 9 de octubre del 2020 solicitó a la NUEVA EPS el pago de dicho emolumento. Sin embargo, con respuesta del 14 del mismo mes y año la EPS le respondió que no está a su cargo dicho pago.
- vi. El 15 de octubre de 2020, el Fondo de Pensiones Protección le notificó el dictamen de pérdida de capacidad laboral realizado por la ARL Suramericana Servicios de Salud Suramericana IPS S.A, No. 228425, del día 24 de septiembre de 2020, en el cual se establece el 26,7% de pérdida de la capacidad laboral, por enfermedad de origen común. Conclusión que fue impugnada por la interesada por encontrarse en desacuerdo con el porcentaje otorgado.
- vii. Frente a la respuesta dada por la NUEVA EPS, la accionante insistió en su petición el 22 de octubre de 2020, adjuntando incapacidades dadas por la EPS Cruz Blanca, completando más de 540 días, correspondiéndole el pago en virtud del Decreto 1333 de 2018.
- viii. Ante la negativa, el 26 de agosto de 2021 radicó acción de tutela en contra de PROTECCIÓN S.A y/ la NUEVA EPS pues ante la omisión del pago de sus incapacidades, evidenció vulnerados sus derechos al mínimo vital en conexidad con el derecho a la salud.
- ix. El 7 de septiembre de 2021, el Juzgado Cuarenta y Nueve (49) Penal del Circuito de Bogotá profirió fallo a favor de la señora Blanca Luz Pinzón Penagos ordenando al Fondo de Pensiones Protección S.A. desembolsar el dinero de las incapacidades desde el 1 de noviembre de 2020 al 6 de agosto de 2021 y a la NUEVA EPS desde el 7 de agosto de 2021 hasta el 11 de septiembre de 2021. PROTECCIÓN S.A impugnó el fallo y el día 17 de septiembre “*el mismo juzgado volvió a fallar a favor de la accionante*” (sic) y eximió de responsabilidad a PROTECCIÓN S.A, de esta manera NUEVA EPS desembolsó en el mes de octubre de 2021 el valor de las incapacidades hasta el mes de agosto del 2021.
- x. El día 2 de diciembre del 2021 se acercó a la NUEVA EPS a consultar sobre el pago de las incapacidades que le faltaban con fechas de 11 de septiembre de 2021 hasta el 3 de diciembre del 2021, para lo cual, NUEVA EPS le solicitó hacer una carta con dicho pedimento.
- xi. Comenta que al día de hoy, y transcurrido el término legal, la NUEVA EPS no se ha pronunciado respecto a la petición presentada el día 2 de diciembre del

2021. En repetidas ocasiones se comunicó con la entidad, donde le indicaron que todavía no está la orden del pago de sus incapacidades. Además, advierte que ya se están comenzando a sumar las incapacidades de enero y febrero del 2022, las cuales tampoco le han sido canceladas.

- xii. Finalmente advierte que, el retraso del pago de sus incapacidades afecta su calidad de vida ya que en el momento es el único sustento económico con el que cuenta.
- xiii. Por lo anterior acude a la acción de tutela con fundamento en las siguientes pretensiones:

“[...] PRIMERO: Tutelar el derecho fundamental a mínimo vital conexas con el derecho fundamental a la vida y a la salud en consecuencia.

SEGUNDO: Ordenar a NUEVA EPS, a que desembolse a mi favor los valores correspondientes al subsidio por incapacidad, debidos desde el mes de septiembre del 2021 hasta la fecha febrero 2022.

TERCERO: Ordenar a NUEVA EPS, a que no se vuelva a atrasar con el pago del subsidio por incapacidad”

III. ACTUACIÓN PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA

3.1. Trámite impartido

Por reparto le correspondió el conocimiento de la acción al Juzgado 34 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., quien dispuso su admisión el 3 de febrero de 2022 y ordenó notificar al Representante Legal de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Representante Legal de la Nueva EPS, para que rindieran su informe en relación con los hechos objeto de tutela.

3.2. Respuesta de la accionada- Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.

La Representante Legal de la accionada, mediante oficio No. 2022_25169 del 7 de febrero de 2022 informó que la señora Blanca Luz Pinzón Penagos presenta afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A., desde el 10 de noviembre de 2005 como vinculación inicial al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Indica que Protección S.A. recibió por parte de Cruz Blanca EPS concepto favorable de rehabilitación el 6 de mayo de 2019. En ese sentido, y producto del concepto favorable de rehabilitación, procedió con el pago de incapacidades hasta el día 540 por un total de \$10.213.985.

Teniendo en cuenta que las incapacidades superan los 540 días, la responsabilidad de pago de las mismas se traslada a la EPS, obligación que se prolonga hasta que

el afiliado se recupere. Esto, atendiendo a lo señalado en el artículo 142 del decreto 019 de 2012.

Argumenta además que, sobre la base de lo previsto en la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

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

Del caso bajo estudio, refiere que, llegado el día 540 de incapacidad continua, Protección S.A. procedió a remitir a la accionante ante la comisión médico laboral con quien tiene contrato de prestación de servicios, esta comisión a través de dictamen determinó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral en un 26.7% con una fecha de estructuración del 24 de septiembre de 2020 y de origen común.

Inconforme la accionante con el dictamen emitido por Protección S.A., presentó recurso de impugnación, por lo que el caso fue remitido ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, entidad que a través de dictamen determinó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral en un 37.53% con una fecha de estructuración del 1 de junio de 2020 y de origen común.

Igualmente inconforme la accionante, presentó recurso de impugnación en contra del dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, por lo que el caso actualmente se encuentra en proceso de estudio por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Considera entonces, que Protección S.A. no está en obligación de asumir el pago de las incapacidades de la accionante, toda vez que éstas ya fueron pagadas y, en la actualidad, la entidad responsable de la misma es la EPS. Por lo anterior, no ha existido por parte de la Administradora conducta alguna que constituya o se erija en la violación de algún derecho fundamental o legal de la accionante, pues la firma Protección S.A. cumplió con su obligación legal de pagar las mesadas de incapacidad a la señora Blanca Luz Pinzón Penagos.

3.3. Respuesta de la accionada- Nueva EPS S.A.

Mediante correo electrónico, dio respuesta a la presente acción, oponiéndose a las pretensiones de la accionante de la siguiente manera:

La accionada empieza por precisar que, la señora Blanca Luz Pinzón Penagos pretende dirimir por medio de la acción de tutela una controversia de tipo económico, por lo que la acción constitucional se encuentra improcedente para tal fin.

En lo que tiene que ver con el pago de incapacidades de la accionante, refiere que el parágrafo 3º, artículo 5 del Decreto-ley 1562/2012, dispone:

“El pago de la incapacidad temporal será asumido por las Entidades Promotoras de Salud, en caso de que la calificación de origen en la primera oportunidad sea común; **o por la Administradora de Riesgos Laborales en caso de que la calificación del origen en primera oportunidad sea laboral** y si existiese controversia continuarán cubriendo dicha incapacidad temporal de esta manera hasta que exista un dictamen en firme por parte de la Junta Regional o Nacional si se apela a esta, cuando el pago corresponda a la Administradora de Riesgos laborales y esté en controversia, esta pagará el mismo porcentaje estipulado por la normatividad vigente para el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, una vez el dictamen esté en firme podrán entre ellas realizarse los respectivos reembolsos”.

De lo anterior, colige que en el accidente o enfermedad calificado como de origen laboral, es la ARL de la accionante la llamada a suministrar todo lo pertinente a garantizar el derecho de salud y hacer el pago de incapacidades, sin perjuicio de las solicitudes de reembolso a la EPS, de ser determinada por la Junta Regional y Nacional como de origen común.

3.4. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 14 de febrero de 2022 el Juzgado 34 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, resolvió:

“[...] PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental de petición de la señora BLANCA LUZ PINZON PENAGOS, negar la tutela de los demás derechos solicitados por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

*SEGUNDO: ORDENAR a la NUEVA EPS, realizar las gestiones que les sean pertinentes dentro de su competencia, para que en un término no mayor a las cuarenta y ocho (48) horas hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a dar respuesta de fondo a la solicitud presentada por la señora BLANCA LUZ PINZON PENAGOS con radicada solicitud No. 1794856 radicada el primero de 1 de diciembre de 2021
[...].”*

El Juzgado de instancia determinó que no resulta jurídicamente viable ordenar a la NUEVA EPS, el pago del subsidio por incapacidad desde el mes de septiembre del 2021 hasta la fecha febrero 2022, por cuanto se tiene duda sobre el origen de la enfermedad (laboral o común), y además la definición por parte de la Junta Nacional de Invalidez respecto del porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Así las cosas, no es jurídicamente dable en sede de tutela, asignar una obligación de pago de unas sumas determinadas sin que medie el presupuesto legalmente establecido para esos efectos; porque podría incurrir en posibles violaciones al derecho al debido proceso, que al igual que los derechos alegados por la accionante, tiene un rango constitucional.

El escenario presentado ante el Juzgado 49 Penal del Circuito, permitía tener claro que la obligación de pagar, en consideración a los días de incapacidad que habían transcurrido, recaía en la Nueva EPS y el Fondo de Pensiones Protección, respectivamente; mientras que ahora, se encuentra pendiente de definición cuál entidad debe cancelar dichos montos: la Nueva EPS o la ARL Positiva.

Aunado a esto, señala que no se acreditó en el expediente la vulneración a los derechos de mínimo vital en conexidad con el derecho fundamental a la vida y a la salud, por lo que se considera procedente negar estas pretensiones.

En cuanto al derecho de petición, advierte que si bien la NUEVA EPS informa sobre los motivos por los cuales al parecer no ha efectuado los pagos que le reclaman, en el plenario no obra prueba que indique que la accionante conoce esos motivos, para que ella con esa información pueda aportar o solicitar la información o documentación que dilucide las dudas sobre el origen de la enfermedad o inicie los trámites correspondientes que en derecho correspondan. Por lo tanto, ordenó a la accionada para que dé respuesta y notifique la misma a la accionante, para que conozca el motivo del no pago de sus incapacidades.

3.5. Fundamentos de la impugnación

La accionante, en desacuerdo con la anterior decisión, manifiesta que es una persona en condiciones de discapacidad y en desigualdad, pues cuenta con escasos recursos y su único sustento es el pago de las incapacidades reclamadas.

Refiere que, su inconformidad versa sobre la decisión de no tutelar sus derechos fundamentales, los cuales están siendo vulnerados al no aceptar que NUEVA EPS asuma los pagos debidos al subsidio de incapacidad que presentó desde septiembre del 2021 hasta este momento, porque todavía la Junta Nacional de Calificación de Invalidez no ha emitido el dictamen de pérdida de capacidad laboral que decida el origen de su enfermedad.

Informa que ha desmejorado de manera radical su calidad de vida, ya que al ser una persona en condición de discapacidad, su único sustento en este momento es el pago de los subsidios de incapacidad que recibe a causa de su enfermedad; desde septiembre del 2021 por la incertidumbre con respecto a esto, ha presentado varios problemas de salud mental como ansiedad y depresión, por lo que, al no tutelar de manera favorable sus derechos, significa otros meses de angustia y desesperación que afectan personalmente su calidad de vida y la de su familia, junto con el desmejoramiento de su salud mental y física.

El hecho de que el Juzgado haya protegido el derecho de petición no le da ninguna garantía de que se le, estén resguardando sus derechos fundamentales principales del mínimo vital en conexidad con el derecho a la vida.

Solicita, por lo tanto, se revoque la decisión de primera instancia y se ordene continuar con el pago de sus incapacidades desde el mes de septiembre de 2021

hasta marzo de 2022, teniendo en cuenta que, sin dichos pagos, se estaría vulnerando el derecho fundamental al mínimo vital en conexidad con la vida.

3.6. Trámite de la impugnación

En auto del 18 de marzo de 2022, el juzgado **concedió la impugnación** propuesta.

A través de acta de reparto del 31 de marzo de 2022 se asignó el conocimiento de la acción al Magistrado Ponente. Y mediante informe secretarial de la misma fecha se ingresó el asunto al Despacho para su trámite.

IV. PRESUPUESTOS PROCESALES

Competencia

De conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991¹, corresponde a este Tribunal conocer de la impugnación propuesta por ser el superior jerárquico del juez de primera instancia.

V. DEL ASUNTO A RESOLVER

5.1. Problema jurídico

En atención a los argumentos de impugnación propuestos a la Sala, se deberá determinar lo siguiente:

¿la acción de tutela es procedente para solicitar el pago de las incapacidades reclamadas en el presente asunto? Verificado lo anterior, deberá resolver si la entidad accionada NUEVA EPS vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna de la accionante al negarse a reconocer y asumir el auxilio correspondiente a las incapacidades originadas con posterioridad al día 540, con fundamento en que, en su criterio, dicha obligación se encuentra supeditada a que la Junta Regional de Invalidez determine si el origen de su enfermedad es común o laboral.

5.2. Tesis de la Sala

La Sala encuentra mérito para revocar la decisión de primera instancia que concedió el amparo del derecho fundamental de petición, y negó el amparo de los demás derechos fundamentales invocados en protección.

¹ **“ARTICULO 32.-Trámite de la impugnación. Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente. El juez que conozca de la impugnación estudiará el contenido de la misma, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo. El juez, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas y proferirá el fallo dentro de 20 días siguientes a la recepción del expediente. Si a su juicio, el fallo carece de fundamento, procederá a revocarlo, lo cual comunicará de inmediato. Si encuentra el fallo ajustado a derecho, lo confirmará. En ambos casos, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo de segunda instancia, el juez remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su (eventual)* revisión”.**

En primer lugar, y de acuerdo a las pretensiones que la señora BLANCA LUZ PINZÓN PENAGOS eleva ante el juez constitucional, la discusión no versa sobre la protección al derecho de petición de la accionante, pues tal amparo no ha sido solicitado en la presente acción.

Si bien la accionante afirma que el 1° de diciembre de 2021 radicó derecho de petición ante la NUEVA EPS solicitando el pago de las incapacidades correspondiente al periodo del 11 de septiembre de 2021 hasta el 3 de diciembre de 2021, considera que la negativa en acceder a tal solicitud por parte de la entidad, genera en su persona la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, la vida y a la salud.

Por lo anterior, el estudio de fondo del asunto debe partir de dicha premisa, esto es, junto con la valoración probatoria, determinar si la NUEVA EPS ha incurrido en vulneración de los derechos fundamentales de la accionante al no acceder a su solicitud de pago del subsidio de incapacidad radicada ante su dependencia.

Ahora bien, la Sala tampoco se encuentra de acuerdo con la decisión de negar los derechos deprecados por la accionante. Pese a que no se tiene conocimiento certero de si la enfermedad que padece la accionante es de origen común o laboral, ese hecho no determina una suspensión en el pago de incapacidades superiores a 540 días, las cuales están a cargo de la EPS.

Precisamente, Ley 1753 de 2015 asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto ante la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Además, la normativa insistió en que dicho reconocimiento no debería estar supeditado a ningún requisito adicional.

Para resolver el problema jurídico suscitado es necesario hacer referencia a: (i) procedencia de la acción de tutela para el pago de incapacidades; (ii) el régimen legal para el pago de incapacidades; y (iii) el caso concreto.

VI. CONSIDERACIONES GENERALES

6.1. Procedencia de la acción de tutela en atención del principio de subsidiariedad.

El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

En atención a tal principio la jurisprudencia constitucional ha determinado que las acciones de tutela no proceden para el reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, ya que los mismos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de los procesos laborales ordinarios. En efecto, el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó en cabeza de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, la competencia para resolver *“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 los contratos”*.

Así mismo, la Corte Constitucional ha reiterado que el conocimiento de ese tipo de solicitudes exige la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces escapan a la competencia del juez de tutela. De esta manera, es claro que la improcedencia es una regla general para reclamar el reconocimiento y pago de incapacidades².

Sin embargo, acorde con la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, la Corte Constitucional ha determinado que existen dos excepciones que justifican la procedibilidad del amparo: (i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado; y (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**³.

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.

6.2. Régimen legal para el pago de incapacidades.

El Legislador estableció un apartado especial para la regulación de los auxilios económicos por incapacidad laboral. El artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo, determina que los mismos se reconocerían *“en caso de incapacidad comprobada para desempeñar las labores, ocasionada por enfermedad no profesional”*, y determinó, tanto la cantidad por la que serían reconocidos, como los sujetos obligados a otorgarlos.

² T-163 de 2017

³ *Ibíd.*

Igualmente, el artículo 16 del Decreto 2351 de 1965, prevé la obligación del empleador de reinstalar al empleado que se hubiere encontrado incapacitado por causa de enfermedad común. En virtud de esta norma, los dictámenes médicos determinan si la reincorporación debe hacerse al mismo puesto de trabajo o a otro compatible con la capacidad física del trabajador.

Después, el Decreto 770 de 1975 sustrajo de la órbita de responsabilidad del empleador el pago del auxilio de incapacidad, para radicarlo en cabeza de un agente externo a la relación laboral. De este modo, el artículo 9º de dicha normativa asignó al Instituto de Seguros Sociales la responsabilidad del pago de *“un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de[!] (...) salario de base, subsidio que (...) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días”*.

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 contempló la figura de la incapacidad en su artículo 206, conforme al cual los afiliados al Régimen Contributivo en salud tienen derecho al reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común.

Así mismo, el Decreto 2463 de 2001 dispuso que las AFP, previo concepto favorable de recuperación, tienen la potestad de postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los 180 que se encuentran a cargo de las EPS, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Esta disposición se mantuvo sustancialmente en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, norma que actualmente regula la materia.

6.3. Reglas jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540.

Las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones⁴, fijando las siguientes reglas:

- (i) Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.
- (ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS.
- (iii) **A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las Administradoras de**

⁴ T- 146 de 2016 y T-401 de 2017.

Fondos de Pensiones, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Según se indicó, 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.

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, como se explicó previamente. A partir del día 541, el pago de las incapacidades correrá por cuenta de la EPS a la cual se encuentre afiliado el trabajador, la cual deberá emitir un concepto de rehabilitación que, en caso de resultar desfavorable, debe ser remitido a la AFP respectiva, para la calificación de la pérdida de capacidad laboral y el reconocimiento de las prestaciones a que haya lugar.

6.4. Reconocimiento de incapacidades laborales posteriores al día 540.

En materia de incapacidades que superan los 180 días, es necesaria una evaluación por parte de las autoridades calificadoras acerca de la pérdida de capacidad laboral. Una vez efectuada la calificación, los escenarios posibles son: (i) que no exista pérdida de capacidad laboral relevante para el Sistema General de Seguridad Social, esto es, cuando el porcentaje de pérdida de capacidad laboral oscila entre 0% y 5%; (ii) que se presente una incapacidad permanente parcial, esto es, cuando el porcentaje es superior al 5% e inferior al 50%; y (iii) que se genere una condición de invalidez cuando el porcentaje es superior al 50%.

Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente (es decir, inferior al 50%), se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas.

En estos casos, como se indicó anteriormente, es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras, el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por la jurisprudencia de la Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Sin embargo, la Ley **1753 de 2015** –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, atribuyó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las entidades promotoras de salud (EPS) y radicó en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad.

Dispuso la norma reseñada:

“ARTÍCULO 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:

(...)

Estos recursos se destinarán a:

a) *El reconocimiento y pago a las **Entidades Promotoras de Salud** por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos**. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.”* (Resaltado de la Sala)

En ese sentido, la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, es del ADRES, entidad ante la cual la EPS podrá perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Del mismo modo, el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que, se reitera, está en cabeza de las EPS) no se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada. Para este efecto, es la EPS la que debe entrar a emitir un Concepto de Rehabilitación sobre las posibilidades de recuperación médica del trabajador, y si resulta ser desfavorable, debe remitirlo a la AFP para la calificación de la pérdida de capacidad laboral y el reconocimiento de las prestaciones correspondientes.

VII. SOLUCIÓN DEL CASO

Como se advirtió con antelación, las pretensiones que la señora Blanca Luz Pinzón Penagos eleva ante el Juez Constitucional recaen en *“Tutelar el derecho fundamental a mínimo vital conexas con el derecho fundamental a la vida y a la salud”,* y en consecuencia, *“Ordenar a NUEVA EPS, a que desembolse a mi favor los valores correspondientes al subsidio por incapacidad, debidos desde el mes de septiembre del 2021 hasta la fecha febrero 2022”.*

Del material probatorio aportado al asunto, se adjuntó copia de la solicitud del 1° de diciembre de 2021 por medio de la cual la accionante pidió ante la NUEVA EPS el pago de las incapacidades correspondiente al periodo del 11 de septiembre de 2021 hasta el 3 de diciembre de 2021. La omisión de acceder a este pedimento, es precisamente lo que la accionante señala como factor vulnerante a los derechos fundamentales de los cuales ahora solicita amparo.

Si bien la NUEVA EPS no aportó documento ni expresó que haya dado respuesta por medio alguno a la petición de la accionante, para la Sala no es pertinente centrar el estudio de la tutela en el derecho fundamental de petición, pues el mismo no fue solicitado ni es lo que, a juicio de la accionante y de la Sala resulta relevante en perspectiva de los derechos vulnerados y del factor de vulneración.

Por lo tanto, el amparo que otorgó el Juez de primera instancia al derecho fundamental de petición de la accionante no resuelve de fondo las pretensiones que se ponen a consideración en la acción constitucional, pues como se verá a continuación, resulta pertinente realizar un análisis de fondo a los pedimentos hechos por la accionante en relación con el pago del subsidio de incapacidad ante la Nueva EPS.

De conformidad con los argumentos de impugnación propuestos y en aras de desatar el problema jurídico planteado, se encuentran dos situaciones a estudiar por la Sala: la primera relacionada con la procedencia de la tutela en el caso bajo estudio y, la segunda, con relación la entidad responsable del pago de las incapacidades médicas radicadas por la parte actora posteriores a 540 días.

Como antecedentes relevantes al caso se tiene:

- Conforme a lo informado por la NUEVA EPS, la señora Blanca Luz Pinzón Penagos, cuenta con los siguientes registros de incapacidad:

Número Incapacidad	Contingencia	Fecha Inicial	Fecha Final	Diagnóstico	Días Otorgados	Días Autorizados	Tipo iden. Aportante	Número identificación Aportante	Nombre Aportante	IBL	Valor Autorizado
0005631715	ENFERMEDAD GENERAL	08/11/2019	22/11/2019	J370	15	13	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.002.415	\$358.850
0005667882	ENFERMEDAD GENERAL	23/11/2019	07/12/2019	R490	15	13	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.002.415	\$358.850
0005921320	ENFERMEDAD GENERAL	08/12/2019	20/12/2019	R490	13	13	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.002.415	\$358.850
0005747943	ENFERMEDAD GENERAL	21/12/2019	04/01/2020	R490	15	15	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.002.415	\$414.058
0006031366	ENFERMEDAD GENERAL	05/01/2020	17/01/2020	R490	13	13	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$916.250	\$380.381
0005809308	ENFERMEDAD GENERAL	18/01/2020	01/02/2020	R490	15	15	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$916.250	\$438.902
0005883119	ENFERMEDAD GENERAL	17/02/2020	02/03/2020	R490	15	15	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$936.814	\$438.902
0005929579	ENFERMEDAD GENERAL	03/03/2020	17/03/2020	R490	15	15	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$929.377	\$438.902

Número Incapacidad	Contingencia	Fecha Inicial	Fecha Final	Diagnóstico	Días Otorgados	Días Autorizados	Tipo iden. Aportante	Número identificación Aportante	Nombre Aportante	IBL	Valor Autorizado
0005974284	ENFERMEDAD GENERAL	18/03/2020	16/04/2020	R490	30	30	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$929.377	\$877.803
0006004439	ENFERMEDAD GENERAL	17/04/2020	01/05/2020	R490	15	15	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$924.915	\$438.902
0006016791	ENFERMEDAD GENERAL	02/05/2020	11/05/2020	R490	10	10	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$921.940	\$292.601
0006026755	ENFERMEDAD GENERAL	12/05/2020	26/05/2020	J390	15	15	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$921.940	\$438.902
0006042794	ENFERMEDAD GENERAL	27/05/2020	10/06/2020	R490	15	9	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$921.940	\$263.341
0006062120	ENFERMEDAD GENERAL	11/06/2020	25/06/2020	R490	15	0	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$0	\$0
0006082893	ENFERMEDAD GENERAL	26/06/2020	10/07/2020	R490	15	0	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$0	\$0
0006110543	ENFERMEDAD GENERAL	11/07/2020	25/07/2020	R490	15	10	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$914.564	\$292.601

Número Incapacidad	Contingencia	Fecha Inicial	Fecha Final	Diagnóstico	Días Otorgados	Días Autorizados	Tipo iden. Aportante	Número identificación Aportante	Nombre Aportante	IBL	Valor Autorizado
0006152051	ENFERMEDAD GENERAL	29/07/2020	12/08/2020	R490	15	15	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$914.564	\$438.902
0006182590	ENFERMEDAD GENERAL	13/08/2020	27/08/2020	R490	15	15	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.008.013	\$438.902
0006211524	ENFERMEDAD GENERAL	28/08/2020	03/09/2020	R490	7	7	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.008.013	\$204.821
0006228994	ENFERMEDAD GENERAL	04/09/2020	05/09/2020	R490	2	2	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.082.772	\$58.520
0006231827	ENFERMEDAD GENERAL	07/09/2020	21/09/2020	R490	15	15	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.082.772	\$438.902
0006262986	ENFERMEDAD GENERAL	22/09/2020	06/10/2020	R490	15	15	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.082.772	\$438.902
0006300344	ENFERMEDAD GENERAL	07/10/2020	21/10/2020	R490	15	15	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.755.606	\$438.902
0006333957	ENFERMEDAD GENERAL	22/10/2020	25/10/2020	R490	4	4	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.755.606	\$117.040

Número Incapacidad	Contingencia	Fecha Inicial	Fecha Final	Diagnóstico	Días Otorgados	Días Autorizados	Tipo iden. Aportante	Número identificación Aportante	Nombre Aportante	IBL	Valor Autorizado
0006482752	ENFERMEDAD GENERAL	26/10/2020	05/11/2020	R490	11	11	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.755.606	\$321.861
0006368340	ENFERMEDAD GENERAL	06/11/2020	05/12/2020	R490	30	30	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.755.607	\$877.804
0006712719	ENFERMEDAD GENERAL	06/12/2020	03/01/2021	R490	29	29	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.755.606	\$848.543
0006503646	ENFERMEDAD GENERAL	04/01/2021	18/01/2021	R490	15	9	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.755.606	\$272.558
0006538461	ENFERMEDAD GENERAL	19/01/2021	01/02/2021	R490	14	14	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.755.606	\$423.979
0007219341	ENFERMEDAD GENERAL	02/02/2021	14/02/2021	R490	13	13	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.755.606	\$393.695
0006604111	ENFERMEDAD GENERAL	15/02/2021	28/02/2021	R490	14	14	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.755.606	\$423.979
0007219357	ENFERMEDAD GENERAL	01/03/2021	11/03/2021	R490	11	11	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.817.052	\$333.126

Número Incapacidad	Contingencia	Fecha Inicial	Fecha Final	Diagnóstico	Días Otorgados	Días Autorizados	Tipo iden. Aportante	Número identificación Aportante	Nombre Aportante	IBL	Valor Autorizado
0006668050	ENFERMEDAD GENERAL	12/03/2021	26/03/2021	R490	15	15	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.817.052	\$454.263
0006706344	ENFERMEDAD GENERAL	27/03/2021	10/04/2021	R490	15	15	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.817.052	\$454.263
0006739197	ENFERMEDAD GENERAL	12/04/2021	26/04/2021	R490	15	15	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.015.642	\$454.263
0006782771	ENFERMEDAD GENERAL	27/04/2021	28/04/2021	R490	2	2	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.015.642	\$60.568
0006790123	ENFERMEDAD GENERAL	29/04/2021	13/05/2021	R490	15	15	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.015.642	\$454.263
0007219368	ENFERMEDAD GENERAL	14/05/2021	27/05/2021	R490	14	14	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.560.322	\$423.979
0006871376	ENFERMEDAD GENERAL	28/05/2021	01/06/2021	R490	5	5	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.560.322	\$151.421
0007219375	ENFERMEDAD GENERAL	02/06/2021	15/06/2021	R490	14	14	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.817.052	\$423.979

Número Incapacidad	Contingencia	Fecha Inicial	Fecha Final	Diagnóstico	Días Otorgados	Días Autorizados	Tipo iden. Aportante	Número identificación Aportante	Nombre Aportante	IBL	Valor Autorizado
0006922577	ENFERMEDAD GENERAL	16/06/2021	30/06/2021	R490	15	15	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.817.052	\$454.263
0006972562	ENFERMEDAD GENERAL	01/07/2021	03/07/2021	R490	3	3	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.817.052	\$90.853
0007219380	ENFERMEDAD GENERAL	04/07/2021	16/07/2021	R490	13	13	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.817.052	\$393.695
0007021605	ENFERMEDAD GENERAL	17/07/2021	22/07/2021	R490	6	6	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.817.052	\$181.705
0007040084	ENFERMEDAD GENERAL	23/07/2021	25/07/2021	R490	3	3	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.817.052	\$90.853
0007047047	ENFERMEDAD GENERAL	27/07/2021	10/08/2021	R490	15	15	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.817.052	\$454.263
0007219387	ENFERMEDAD GENERAL	11/08/2021	20/08/2021	R490	10	10	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.817.052	\$302.842
0007119413	ENFERMEDAD GENERAL	21/08/2021	30/08/2021	R490	10	10	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.817.052	\$302.842

Número Incapacidad	Contingencia	Fecha Inicial	Fecha Final	Diagnóstico	Días Otorgados	Días Autorizados	Tipo iden. Aportante	Número identificación Aportante	Nombre Aportante	IBL	Valor Autorizado
0007219394	ENFERMEDAD GENERAL	31/08/2021	10/09/2021	R490	11	11	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$1.817.052	\$333.126
0007180340	ENFERMEDAD GENERAL	11/09/2021	20/09/2021	R490	10	0	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$0	\$0
0007207898	ENFERMEDAD GENERAL	21/09/2021	05/10/2021	R490	15	0	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$0	\$0
0007288910	ENFERMEDAD GENERAL	20/10/2021	29/10/2021	R490	10	0	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$0	\$0
0007324587	ENFERMEDAD GENERAL	02/11/2021	13/11/2021	R490	12	0	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$0	\$0
0007386522	ENFERMEDAD GENERAL	24/11/2021	03/12/2021	R490	10	0	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$0	\$0
0007429005	ENFERMEDAD GENERAL	10/12/2021	11/12/2021	R490	2	0	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$0	\$0
0007433325	ENFERMEDAD GENERAL	14/12/2021	15/12/2021	R490	2	0	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$0	\$0

Número Incapacidad	Contingencia	Fecha Inicial	Fecha Final	Diagnóstico	Días Otorgados	Días Autorizados	Tipo iden. Aportante	Número identificación Aportante	Nombre Aportante	IBL	Valor Autorizado
0007439601	ENFERMEDAD GENERAL	16/12/2021	17/12/2021	R490	2	0	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$0	\$0
0007443689	ENFERMEDAD GENERAL	18/12/2021	19/12/2021	R490	2	0	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$0	\$0
0007445601	ENFERMEDAD GENERAL	20/12/2021	24/12/2021	R490	5	0	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$0	\$0
0007462053	ENFERMEDAD GENERAL	27/12/2021	08/01/2022	R490	13	0	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$0	\$0
0007517084	ENFERMEDAD GENERAL	11/01/2022	20/01/2022	R490	10	0	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$0	\$0
0007561060	ENFERMEDAD GENERAL	21/01/2022	30/01/2022	R490	10	0	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$0	\$0
0007595062	ENFERMEDAD GENERAL	01/02/2022	15/02/2022	R490	15	0	NT	800211401	OUTSOURCING S.A.	\$0	\$0

-. En dictamen de pérdida de capacidad laboral rendido por Suramericana se determinó:

“Paciente con antecedente de lumbalgia crónica y artrodesis de columna en 2013. Con síntomas de disfonía desde octubre de 2019 con incapacidad prolongada Nasofibrolaringoscopia con tensión muscular, se ordena manejo con terapia de la voz. Calificada en primera oportunidad para el diagnóstico de disfonía por EPS como enfermedad laboral. ARL está en desacuerdo actualmente está a la espera de calificación por Junta Regional. Continua con dolor lumbar y signos de claudicación neurogénica en manejo por neurocirugía y cirugía de Columna quienes ordenan bloqueo anestésico. Además, en manejo por psiquiatría con diagnóstico de trastorno mixto de ansiedad y depresión desde junio de 2020 y diagnóstico de síndrome de manguito rotatorio sin resonancia ni manejo por ortopedia.

(...)

Se realiza ejercicio de calificación integral según sentencia C-425 de 2005 incluyendo el diagnóstico de origen laboral que está en controversia y los de origen común que cumplen mejoría médica máxima y nos da una calificación de 44,36%; como no alcanza un estado de invalidez se realiza calificación de solo diagnósticos de origen común que alcanzan mejoría médica máxima.

No se incluye el diagnóstico de disfonía en la calificación porque tiene un dictamen de EPS donde determinan origen laboral y se encuentra en controversia a la espera de evaluación por Junta Regional de Calificación de

Invalidez.

CONCLUSIONES.

Por lo anterior se conceptúa que la señora Blanca Luz Pinzón Penagos tiene una pérdida de capacidad laboral de 26,7%, **origen enfermedad común**. Fecha de estructuración 24/09/2020.” (Resaltado fuera del texto)

Se avizora con lo anterior, que la NUEVA EPS reconoce que a la señora Blanca Luz Pinzón Penagos no se le han pagado las incapacidades tramitadas ante la EPS desde el 11 de septiembre de 2021 al 15 de febrero de 2022. Como razón del no pago, con la contestación a la demandada afirma que se está a la espera de la decisión definitiva de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, quien determinará el origen de la enfermedad de la accionante y consecuentemente la entidad responsable del pago del subsidio otorgado por las incapacidades mayores a 540 días.

En consonancia con el cambio normativo que se produjo con la introducción de la Ley 1753 de 2015 en el ordenamiento jurídico, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha aplicado la disposición que, con claridad, asigna a las EPS la responsabilidad en el reconocimiento y pago de las incapacidades que se prolongan más allá de los 540 días.

De este modo, en la sentencia **T-144 de 2016**⁵, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional estudió el caso de una ciudadana que sufrió un grave accidente de tránsito, el cual ocasionó que fuera incapacitada por más de 540 días. Sin embargo, se dictaminó que la tutelante tenía un porcentaje de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, por lo cual no cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, pese a que continuaba en incapacidad médica.

En este caso, la Corte concluyó que la obligación de reconocer y pagar las incapacidades posteriores al día 540 estaba a cargo de las EPS, en virtud de la Ley 1753 de 2015. En tal sentido, estableció tres reglas para la aplicación de este mandato que, en términos generales, son las siguientes: **(i)** existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional no supera el 50%; **(ii)** el deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS. Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema; y **(iii)** la referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad⁶.

Posteriormente, mediante la sentencia **T-200 de 2017**⁷, la Sala Novena de Revisión de la Corte, se pronunció en relación con dos procesos de tutela acumulados y

⁵ Sentencia T-144 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶ Sentencia T-144 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Cabe anotar que la identificación de las tres reglas establecidas por la citada providencia fue llevada a cabo por la sentencia T-200 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amarís).

⁷ Sentencia T-200 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

amparó los derechos de cada uno de los accionantes. En ambos casos, se habían prescrito incapacidades ininterrumpidas que sumaban más de 540 días sin que los actores pudieran acceder a una pensión de invalidez, pues en el primer caso el porcentaje de pérdida de capacidad laboral era inferior al 50% y en el segundo el actor ni siquiera había sido calificado⁸.

En el citado fallo, la Corte Constitucional entendió que *“la regla actual de incapacidades que superan 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, es que deben asumirlas las EPS”*⁹. De este modo, consideró que mediante la Ley 1753 de 2015 se superó el déficit de protección que había sido evidenciado por la jurisprudencia constitucional anterior a su vigencia¹⁰.

En el presente asunto, la señora Blanca Luz Pinzón Penagos presentó acción de tutela contra la NUEVA EPS por considerar que la negativa de dicha entidad a reconocer y pagar las incapacidades laborales ordenadas por su médico tratante, vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna. Los certificados de incapacidad se produjeron como consecuencia de su diagnóstico de DISFONIA (R490), el cual le ha impedido que se reintegre de manera satisfactoria a la vida laboral.

La NUEVA EPS luego de aceptar que la accionante presenta al 15 de febrero de 2022, un acumulado de 755 días de incapacidad continua, argumenta que debe estarse a la espera de lo resuelto por la Junta Regional de Calificación de Invalidez pues debe determinar el origen real de la patología R490, esto es, si es común o laboral. En ese sentido, al ser de origen laboral, el reconocimiento económico deber ser dirigido a la Administradora de Riesgos Laborales POSITIVA.

Acude a lo dispuesto en el parágrafo 3°, artículo 5 del Decreto-Ley 1562 de 2012, dispone: *“El pago de la incapacidad temporal será asumido por las Entidades Promotoras de Salud, en caso de que la calificación de origen en la primera oportunidad sea común; o por la Administradora de Riesgos Laborales en caso de que la calificación del origen en primera oportunidad sea laboral (...)”*

Adicionalmente a lo señalado por la accionada, la norma en comento continua diciendo *“(...) y si existiese controversia continuarán (la EPS) cubriendo dicha incapacidad temporal de esta manera hasta que exista un dictamen en firme por parte de la Junta Regional o Nacional si se apela a esta, (...), una vez el dictamen esté en firme podrán entre ellas realizarse los respectivos reembolsos y la ARP reconocerá al trabajador la diferencia en caso de que el dictamen en firme indique que correspondía a origen laboral”*. Quiere significar lo anterior, que el hecho de estar en la espera de una decisión definitiva de la Junta Regional de Calificación de Invalidez no impide que se siga cumpliendo con el pago de incapacidades a la accionante conforme lo indica la ley.

El Legislador atribuyó expresamente a las EPS la responsabilidad de reconocer y

⁸ Sentencia T-200 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

⁹ Sentencia T-200 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

¹⁰ Sentencia T-200 de 2017. M.P. José Antonio Cepeda Amarís.

pagar las “*incapacidades de origen común que superen los 540 días continuos*”. Dicha asignación, además de ser explícita, no está sometida a ningún condicionamiento.

El entendimiento antes aludido desconoce el principio de accesibilidad del derecho fundamental a la salud, en la medida en que impone una barrera administrativa que no se encuentra prevista ni en la ley ni en el reglamento y que surge simplemente de la interpretación de la entidad. Sobre el particular, conviene tener en cuenta que el auxilio de incapacidad incide en la garantía del derecho a la salud en la medida en que permite la recuperación satisfactoria del paciente. Por tanto, debe evitarse la negación del trámite de las incapacidades posteriores a 540 días sin el debido fundamento legal.

En este punto, conviene recordar la atribución de responsabilidades en relación con el pago de incapacidades, señalada previamente:

Atribución legal de responsabilidad en el pago de incapacidades

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 181 hasta 540	Fondo de Pensiones	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Con fundamento en lo expuesto anteriormente, en el presente caso la NUEVA EPS se encuentra obligada a sufragar el auxilio de incapacidad correspondiente a los períodos que superen los 540 días de incapacidades continuas.

En efecto, contrario a lo manifestado por el A-quo, en el presente caso corresponde dar aplicación a la Ley 1753 de 2015, por lo que la prestación económica derivada de las incapacidades señaladas con anterioridad, deberán ser asumidas por la NUEVA EPS. Dicha responsabilidad se extiende hasta el momento en que la actora se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%.

Adicionalmente, y de acuerdo a la normativa citada por la accionada, el parágrafo 3º, artículo 5 del Decreto-Ley 1562 de 2012, dispone que: “*El pago de la incapacidad temporal será asumido por las Entidades Promotoras de Salud, **en caso de que la calificación de origen en la primera oportunidad sea común**; o por la Administradora de Riesgos Laborales en caso de que la calificación del origen en primera oportunidad sea laboral (...)*”. En el presente caso, se cuenta con un dictamen laboral que clasifica las afecciones de la accionante como enfermedad común, por lo que, hasta la espera de un posible cambio en el origen de la enfermedad por parte de la Junta Regional de Invalidez, quien tiene la obligación de sufragar dichas incapacidades es, sin asomo de duda, la Nueva EPS.

En conclusión, no encuentra la Sala justificación para que la NUEVA EPS se sustraiga del deber legal de realizar el pago de lo reclamado por la accionante, pues

tal omisión repercute en afectación sobre sus ingresos, ante la imposibilidad de laborar por su enfermedad, traducido en la vulneración a sus derechos fundamentales a al mínimo vital en conexidad con el derecho fundamental a la vida y a la salud de la señora Blanca Luz Pinzón Penagos.

Conforme a los anteriores argumentos, la Sala procede a revocar la sentencia de primera instancia en el presente asunto y en su lugar, se ampararán los derechos fundamentales deprecados, ordenando a la NUEVA EPS el pago del subsidio de incapacidad continuo y acreditado a partir del 11 de septiembre de 2021.

En mérito de lo expuesto, la Subsección “C” de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR el fallo del 14 de febrero de 2022 proferido en primera instancia por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, por las razones expuestas en esta providencia. La decisión quedará así:

SEGUNDO: TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital en conexidad con el derecho fundamental a la vida y a la salud de la señora BLANCA LUZ PINZON PENAGOS, por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la NUEVA EPS, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia y si aún no lo ha hecho, proceda a pagar a la señora BLANCA LUZ PINZON PENAGOS el subsidio por incapacidad correspondiente a las acreditadas y superiores a 540 días continuos, las cuales están soportadas por la misma EPS a partir del 11 de septiembre de 2021.

Igualmente, **PREVENIR** a la NUEVA EPS para que sufrague las incapacidades que correspondan y se causen en el caso de la accionante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. La NUEVA EPS podrá emprender todas las acciones pertinentes con el fin de obtener el reembolso de los dineros pagados por concepto de incapacidades superiores a 540 días, en virtud de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

CUARTO: NOTIFICAR esta decisión a las partes a través del medio más expedito.

QUINTO: REMÍTASE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión conforme a lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. En caso de ser excluida de revisión, devuélvase al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado

MARÍA CRISINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada

Jvm

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados que conforman la Sala de la Subsección C, de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta.