

Cartagena de Indias D. T. y C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

### **I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES.**

<b>Acción</b>	<b>TUTELA<sup>1</sup></b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-33-33-004-2023-00183-01</b>
<b>Accionante</b>	<b>ABERLADO DAZA TORRES</b>
<b>Accionado</b>	<b>COLPENSIONES, NUEVA EPS Y LUXURY SERVICE ZONA CAR AND REAL STATE SAS</b>
<b>Tema</b>	<i>Confirma protección de los derechos pero modifica la orden emitida - Corresponde a la EPS realizar el pago de las incapacidades médicas causadas después de los 180 primeros días por la mora en la remisión del concepto de rehabilitación; el pago del resto de las incapacidades otorgadas debe ser asumido por Colpensiones, ya que la entidad no le indicó a la accionante en forma específica y clara cuales eran los requisitos del Decreto 1427/22 que debía subsanar para darle trámite a su solicitud – La imposición de trabas administrativas no puede desconocer derechos fundamentales.</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

### **II.- PRONUNCIAMIENTO.**

La Sala de Decisión No. 004 de este Tribunal decide la impugnación presentada por la parte accionada, COLPENSIONES<sup>2</sup>, contra el fallo del catorce (14) de abril de dos mil veintitrés (2023)<sup>3</sup>, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados por el accionante.

### **III.- ANTECEDENTES.**

#### **3.1. Pretensiones<sup>4</sup>.**

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

*“1. Que se tutelen los derechos fundamentales incoados y consecuentemente se ordene a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y VINCULADAS*

<sup>1</sup> Se deja constancia que la Sala estuvo de comisión de servicios concedida por el Consejo de Estado en fecha 12 de mayo de 2023, y posteriormente el ponente en uso de permiso los días 15 al 19 de mayo de la presente anualidad.

<sup>2</sup> Fols 1-8 Doc. 17 pdf del Exp. Digital.

<sup>3</sup> Fols 1-18 Doc. 13 pdf del Exp. Digital.

<sup>4</sup> Fols 3-4 Doc. 01 pdf del Exp. Digital.



**13001-33-33-004-2023-00183-01**

*NUEVA EPS Y LUXURY SERVICE ZONE CAR AND REAL STATE SAS, según a quien jurídicamente corresponda, para que efectúe el RECONOCIMIENTO Y PAGO de las incapacidades que se encuentran relacionadas en el certificado o relación de incapacidades medicas expedido por NUEVA EPS de fecha 21 de marzo de 2023, así:*

- incapacidad medica 8552678 del 21/09/2022 al 20/10/2022.*
- Incapacidad medica 8551992 del 21/10/2022 al 19/11/2022*
- Incapacidad medica 8918699 del 20/11/2022 al 19/12/2022*
- Incapacidad medica 8918700 del 20/12/2022 al 18/01/2023*
- Incapacidad medica 8759536 del 19/01/2023 al 17/02/2023*

**2.** *Que se ordene a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y VINCULADAS NUEVA EPS Y LUXURY SERVICE ZONE CAR AND REAL STATE SAS, según a quien jurídicamente corresponda, para que RECONOZCA Y PAGUE las incapacidades medicas que en lo sucesivo se sigan causando y superiores a 541 días."*

### **3.2 Hechos<sup>5</sup>**

El señor Aberlado Daza Torres ingresó a laborar al servicio de la empresa Luxury Service Zone Car And Real State SAS en el año 2019, mediante contrato a término fijo en el cargo de coordinador de patios, el cual permanece vigente, por tal razón, se encuentra afiliado en salud a la Nueva EPS y en pensiones a la administradora Colpensiones.

El día 14 de febrero de 2022, fue hospitalizado en la clínica Ese Hospital Universitario Del Caribe, en la cual se le diagnosticó un tumor maligno del estómago y un tumor maligno del tercio inferior del esófago; desde la fecha indicada, se encuentra sometido a quimioterapia, cirugía y tratamiento. Posteriormente, el día 21 de octubre de 2022 fue notificado de carta formal en la cual su empleador informaba que no podía seguir cancelando los subsidios por incapacidad médica temporal por haber superado 180 días.

El día 5 de diciembre de 2022, solicitó a Colpensiones el pago de las incapacidades, obteniendo una respuesta negativa a su petición, el 07 de diciembre del mismo año, por considerar que dichas incapacidades no cumplen con los requisitos del Decreto 1427 del 29 de julio de 2022. De igual manera, acudió ante la Nueva EPS para obtener el pago de las incapacidades, sin embargo, la entidad le manifestó que dicha obligación le corresponde a Colpensiones.

Por tal motivo, solicitó nuevamente su pretensión a Colpensiones, habiendo obtenido respuesta negativa el 01 de febrero de 2023, bajo el mismo argumento referido con anterioridad, esto es, por no haber reunido la totalidad de las exigencias plasmadas en el Decreto 1427 de 2022.

Finalmente, alegó que padece de una enfermedad terminal, incurable, la cual está siendo tratada de forma paliativa, siendo el pago de las incapacidades médicas, es el único medio de subsistencia que tiene y puede sostener a su familia.

<sup>5</sup> Folios 1-3 Doc 01 pdf Exp. Digital.

### **3.3 CONTESTACIÓN.**

#### **3.3.1 NUEVA EPS<sup>6</sup>.**

En primer lugar, indicó la entidad que el accionante se encuentra activo en el sistema de seguridad social en salud del régimen contributivo en calidad de cotizante, categoría A y con un IBC de \$ 1.160.000, además, se le han brindado todos los servicios requeridos, conforme a las prescripciones médicas.

Alegó que, según informe del área técnica de prestaciones económicas, el señor Daza Torres presentó 356 días de incapacidad continua al 17 de febrero de 2023, y completó 180 días el 25 de agosto de 2022. Seguidamente, la Nueva EPS S.A. emitió concepto de rehabilitación del afiliado el día 04/11/2022 como FAVORABLE, notificado a COLPENSIONES con fecha 24/11/2022.

Señaló que no es posible acceder al pago de las incapacidades, por cuanto las empresas promotoras de salud están obligadas a reconocer las mismas hasta los 180 días consecutivos de incapacidad por un mismo diagnóstico o patología; a partir del día 181 el reconocimiento económico pasa a ser responsabilidad del fondo de pensiones donde se encuentre afiliado, en este caso, a Colpensiones, prorrogando el pago por 360 días adicionales a los primeros 180 y al finalizar este último período le calificará la pérdida de capacidad laboral.

Manifestó que, junto a su red de IPS se encuentra implementando los desarrollos técnicos necesarios para generar las incapacidades con los criterios establecidos en el Decreto 1427 de 2022, aclarando que en dicha normativa, no existe algún artículo que exima a los Fondos de Pensiones al cumplimiento de sus deberes y obligaciones por defectos en los campos de los formatos de incapacidades.

Concluyó indicando que, el actor cuenta con otro medio de defensa ordinario para obtener su pretensión, siendo la tutela un mecanismo subsidiario, además, no hay vulneración del derecho fundamental de la salud o al mínimo vital que pueda ser atribuible a NUEVA EPS; motivo por el cual solicitó se declare improcedente la presente acción constitucional y se conmine a Colpensiones al pago de las incapacidades reclamadas hasta que el actor pueda reintegrarse a sus labores o hasta el momento en el cual se le reconozca la pensión, así como a determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral

---

<sup>6</sup> Folios 1-9 Doc 05 pdf Exp. Digital.



13001-33-33-004-2023-00183-01

### **3.3.2 COLPENSIONES<sup>7</sup>.**

Informó que no es capricho de la entidad solicitar el cumplimiento de los requisitos que se encuentran en el Decreto 1427 de 2022, por el contrario, dicha exigencia, se hace en atención al derecho fundamental del debido proceso.

Frente al caso concreto, adujo que la Dirección de Medicina Laboral dio respuesta a la petición elevada por el actor, con soporte del 1 de febrero de 2023, y no se logra evidenciar radicación de documentos que se encuentren pendientes o solicitud de trámites.

Manifestó que, la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reconocimiento de las pretensiones incoadas, pues el accionante cuenta con otro medio de defensa para dicho fin, por lo que pide la declaratoria de improcedencia de la acción en estudio, al no cumplir con el requisito de subsidiariedad para el pago de las incapacidades y la calificación. Adicionalmente, hizo un recuento del trámite administrativo de solicitud de pago de incapacidades y el procedimiento interno para el reconocimiento y pago de este subsidio por Colpensiones.

Por lo anterior, solicitó negar la acción de tutela por cuanto las pretensiones formuladas son abiertamente improcedentes.

### **3.3.3. Luxury Service Zonecar And Real State SAS.**

Esta accionada no presentó escrito de contestación de la demanda.

### **3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>8</sup>**

El Juzgado Cuarto Administrativo de Cartagena, en sentencia del veintitrés (14) de abril de dos mil veintitrés (2023), resolvió amparar los derechos fundamentales invocados y en consecuencia ordenó:

**“SEGUNDO:** En consecuencia, para su garantía efectiva, ordenase a COLPENSIONES, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) días siguientes a la notificación de esta decisión, proceda al reconocimiento y pago de las incapacidades médicas generadas al señor ABELARDO DAZA TORRES superiores a los 180 días de incapacidad, es decir, las generadas entre el 26 de agosto de 2022 al 17 de febrero de 2023, y aquellas que le lleguen a generar hasta los 540 días de incapacidad.  
(...)

**CUARTO:** CONMINASE a la NUEVA EPS que se sirva adoptar los ajustes necesarios para la expedición de los certificados de incapacidades y/o licencias conforme a los requisitos previsto en el artículo 2.2.3.3.2. del Decreto 1427 del 29 de julio de 2022, de forma que no genere más traumatismos a los afiliados

<sup>7</sup> Folios 1-11 Doc 08 pdf exp. Digital.

<sup>8</sup> Folios 1-13 Doc 13 pdf del exp. Digital.



**13001-33-33-004-2023-00183-01**

**QUINTO:** Desvincular del presente asunto a LUXURY SERVICE ZONECAR AND REAL STATE SAS, conforme a lo antes expuesto.

(...)"

Como motivos de su decisión expuso lo siguiente:

"(...)

Sobre el fondo del asunto, se encuentra que al actor se le ha venido generando incapacidades médicas consecutivas desde el 14 de febrero de 2022 hasta el 17 de febrero de 2023, como consecuencia de su diagnóstico de tumor maligno del tercio inferior del esófago y tumor maligno del estómago (...)

Se observa que la NUEVA EPS ha efectuado el reconocimiento y pago de los primeros 180 días de incapacidad, esto es, hasta el 25 de agosto de 2022; y ha emitido concepto favorable de rehabilitación al accionante, en fecha 04 de noviembre de 2022, comunicado al Fondo de Pensiones Colpensiones.

En primer orden, es claro que le asiste a los Fondo de Pensiones el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas superiores a los 180 días, por lo que este caso le asiste a Colpensiones asumir el pago de las incapacidades médicas que le han generado al accionante entre el 26 de agosto de 2022 al 17 de febrero de 2023, y las que le sigan emitiendo hasta los 540 días de incapacidad.

Colpensiones únicamente aduce que las certificaciones de las incapacidades no se encuentran conforme al Decreto 1427 del 29 de julio de 2022, artículo 2.2.3.3.2. Sin embargo, visto los certificados de las incapacidades autorizadas por la NUEVAEPS, se encuentran que contienen toda la información necesaria y relevante para darle trámite al reconocimiento y pago de la misma, y, en todo caso, no es posible trasladar la carga al usuario del cumplimiento de todos y cada unos (sic) de los requisitos se enlistan en el artículo 2.2.3.3.2. del Decreto 1427 del 29 de julio de 2022 para el certificado de incapacidad, cuando quien expide dichos certificados es la EPS, contando los fondos de pensiones con los medios e instrumentos para requerir a aquellas entidades la información necesaria para tal fin, por tanto, ello no puede convertirse en un obstáculo para reconocer el pago de las incapacidades del trabajador, quien tiene que soportar la afectación a su mínimo vital y vida digna por la exigencia de requisitos que no se encuentra en su cabeza. En ese orden, es evidente que se desconocen los derechos fundamentales del señor ABELARDO DAZA TORRES, al negarse COLPENSIONES a dar trámite al pago de las incapacidades médicas a que tiene derecho, al aduciré situaciones que no tiene la carga que soportar, y no puede resultar un obstáculo para la garantía de sus derechos superiores.

(...)

En lo que respecta a la NUEVA EPS, se le conminará para que se sirva adoptar los ajustes necesarios para la expedición de los certificados de incapacidades y/o licencias conforme a los requisitos previsto en el artículo 2.2.3.3.2. del Decreto 1427 del 29 de julio de 2022, de forma que no genere más traumatismos a los afiliados.

En lo que respecta a la accionada LUXURY SERVICE ZONE CAR AND REAL STATE SAS, no encuentra el Despacho que este vulnerando o amenazando derechos fundamentales del aquí accionante, comoquiera que no le asiste obligación alguna en el pago de las incapacidades generadas al actor superiores a los 180 días, por lo que no desvinculada del presente asunto.

(...)"

### 3.5. IMPUGNACIÓN<sup>9</sup>

La parte accionada, Colpensiones cuestionó la decisión de primera instancia manifestando que el no pago de las incapacidades se debió al incumplimiento de los requisitos previstos en el Decreto 1427 del 29 de julio de 2022 2, artículo 2.2.3.3.2., sin que a la fecha se haya subsanado la misma mediante el aporte de lo solicitado al accionante, carga administrativa que le corresponde asumir a este para obtener el pago de su derecho.

Sostuvo que, es responsabilidad de la EPS acatar el Decreto, teniendo en cuenta que el mismo rige a partir de la fecha de su promulgación, Además el estado de incapacidad se deberá probar mediante la presentación, en original, de la licencia otorgada por el médico tratante, situación que no se ha cumplido en el presente trámite.

Expuso que el A-quo incurrió en *“un error fáctico derivado de pretermisión probatoria, pues (...) accede al derecho deprecado sin la lectura de los medios suasorios, los cuales indican el incumplimiento de los requisitos legales señalados para las incapacidades permite (...)”* y *“sin el cumplimiento de los requisitos legales, se abre pase un error sustantivo, por falta de aplicación de norma de derecho sustancial”*

Adicionalmente, expresó que la acción de tutela no está instruida para resolver cuestiones litigiosas, sino para proteger derechos fundamentales, por esto, la orden emitida desnaturaliza este mecanismo de protección de carácter subsidiario y residual de la tutela, como quiera que el actor cuenta con otro medio de defensa judicial para el pago de las incapacidades y no cumple con los requisitos de procedibilidad del art 6 del decreto 2591 de 1991, debiéndose declarar su improcedencia.

### 3.6. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de fecha 19 de abril de 2023<sup>10</sup> proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo de Cartagena, se concedió la impugnación interpuesta por Colpensiones contra la sentencia de primera instancia, siendo asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el 20 de abril de 2023<sup>11</sup>, por lo que se admitió mediante proveído del 21 de la misma calenda<sup>12</sup>.

## IV.- CONTROL DE LEGALIDAD.

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

<sup>9</sup> Folios 1-8 Doc 17.pdf exp. Digital.

<sup>10</sup> Folios 1-2 Doc 20 pdf exp. Digital.

<sup>11</sup> Folio 1 Doc 22 pdf exp. Digital.

<sup>12</sup> Folio 1 Doc 23 pdf exp. Digital.



13001-33-33-004-2023-00183-01

## **V.- CONSIDERACIONES.**

### **5.1. Competencia.**

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

### **5.2. Problema jurídico.**

De conformidad con los antecedentes aquí relacionados, considera la Sala que el problema jurídico a resolver en el asunto estudiado, se circunscribe a determinar si:

*¿En el presente asunto se cumplen los requisitos que determinan la procedencia de la acción de tutela?*

De resolverse favorablemente el interrogante anterior, se entrará a examinar si:

*¿Hay lugar a revocar el fallo de primera instancia por estar demostrado que Colpensiones no vulneró los derechos fundamentales de la actora, al no proceder con el trámite de la solicitud allegada por el actor y el consecuente pago de las incapacidades médicas solicitadas bajo el argumento de que estas no cumplían los requisitos del Decreto 1427/22?*

*Se deberá determinarse a quien corresponde asumir dicho pago, si a la Nueva EPS o a Colpensiones, y en qué forma.*

### **5.3. Tesis de la Sala.**

Una vez verificada la procedencia de la acción de tutela, esta Sala CONFIRMARÁ el fallo de primera instancia, pero modificará el ordinal segundo en el sentido de ordenar que el pago entre los días 26-08-22 al 24-11-22, sea asumido por la Nueva EPS, al haber remitido el concepto de rehabilitación después de los 150 días de incapacidad. Por otra parte, se concluye que a Colpensiones le corresponde pagar las incapacidades generadas entre el 25-11-22 al 17-02-23, por cuanto la entidad se abstuvo de dar trámite a la solicitud de reconocimiento y pago de estas bajo el argumento de que los certificados allegados por el actor no cumplían los requisitos exigidos en el artículo 2.2.3.3.2 del Decreto 1427 de 2022, sin determinar en forma específica cuales eran las causales que debían ser subsanada.

### **5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.**

Para resolver el problema jurídico planteado abordaremos el siguiente hilo conductor: i) Generalidades de la acción de tutela; ii) Procedencia de la acción constitucional para el pago y reconocimiento de incapacidades de



13001-33-33-004-2023-00183-01

origen común; iii) Régimen de Seguridad Social en Salud para el pago de incapacidades de origen común – Entidad prestadora con la obligación de correr con la dispensa de esta clase de emolumentos iv) Caso concreto.

#### **5.4.1. Generalidades de la acción de tutela.**

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

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

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso, o en su lugar la persona que requiere la intervención del juez constitucional se encuentre en una posición de indefensión que no le permita acudir a la vía ordinaria. Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

Por su parte, el principio de inmediatez implica que la acción de tutela debe interponerse en un término razonable y prudencial, con relación al momento en que ocurrió la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, el cual ha sido establecido por la jurisprudencia constitucional, en seis (6) meses.



13001-33-33-004-2023-00183-01

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

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia<sup>13</sup>, ha establecido que el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales adeudadas procede por la vía de la acción de tutela, en aquellos casos en los que el juez constitucional advierta que el no pago de incapacidades pueda generar un detrimento mayor a los derechos del tutelante, toda vez que, existen factores como la edad, el estado de salud, las condiciones económicas, sociales y familiares, que son aspectos de obligatoria ponderación, pues exigirle a ciertas personas asumir las complejidades propias de los procesos ordinarios, en algunos casos podría redundar en que la vulneración de un derecho fundamental, como la dignidad humana o el mínimo vital, se prolongue de manera injustificada.

Así las cosas, la sentencia T-490 de 2015<sup>14</sup> fijó una serie de reglas en materia de idoneidad de la acción de tutela para el reconocimiento de las incapacidades médicas laborales por parte de las E.P.S.

En este sentido, menciona el Máximo Órgano de Cierre Constitucional, mediante esta misma sentencia, que se presume que el pago de las incapacidades laborales constituye la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su subsistencia y la de su familia, es por ello que a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar los beneficios prestacionales, entre ellas las incapacidades, se hace necesaria la intervención del Juez de tutela a fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el solicitante.

En consecuencia, la acción de tutela se eleva como el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital, la salud y la seguridad social, cuando el peticionario se ve desprovisto del pago de este subsidio económico, aun cuando el conocimiento de las reclamaciones concernientes a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social Integral corresponda, en principio, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social, trámite que tiende a carecer de idoneidad, en razón del tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza, lo cual, habilita a la tutela, para resolver esta clase de litigios, siempre que se cumplan con los principios generales de la acción constitucional<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Ver [sentencia T 265 de 2022 M.P. Cristina Pardo Schlesinger](#); [sentencia T-194 de 2021 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo](#); [sentencia T-876 de 2013 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo](#); [sentencia T 140 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio](#)

<sup>14</sup> [Sentencia T-490 de 2015 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio](#)

<sup>15</sup> Ver [Sentencia T-490 de 2015 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio](#)



13001-33-33-004-2023-00183-01

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

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

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

En ese estado de la evolución de la incapacidad del afiliado, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral o de la posibilidad de recuperación. Y toma un papel importante el concepto favorable de rehabilitación, por ello, conviene destacar que conforme el Decreto-Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal y remitirlo a la AFP que corresponda antes del día 150. En los eventos en que las EPS no cumplan lo anterior, les compete pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, es decir, les asistirá el deber de asumir el pago de dichas sumas desde el día 181 y hasta el día en que emitan el concepto en mención.

En caso de que la EPS emita concepto favorable de rehabilitación, la AFP tendrá que postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral hasta por 360 días calendario adicional a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó y pagó la EPS. En este evento se generará el derecho al reconocimiento de un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador que estará a cargo de la AFP a la que se encuentre afiliado, según lo dispone el Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

Superados los 540 días de incapacidad, si el trabajador continúa recibiendo incapacidades, aunque hubiese sido calificado con una pérdida de capacidad inferior a 50%, surge el interrogante de quién es el llamado al reconocimiento y pago de las mismas. Es así como la Ley 1753 de 2015, en su artículo 67, y posteriormente, 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018, con el fin de superar el vacío legal que existía en esta materia, estableció la obligación de reconocer y pagar las incapacidades por enfermedad de origen común de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud que superen los 540 días continuos a las EPS.



**13001-33-33-004-2023-00183-01**

En lo afín a los porcentajes en que debe ser pagado el auxilio monetario por incapacidades médicas de origen común, el artículo 27 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que, el trabajador que tenga una incapacidad comprobada, ocasionada por enfermedad no profesional, tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario del 66,67% del salario base de cotización en los primeros 90 días de incapacidad continua, y a partir del día 91 en adelante, el 50% del salario. Prestación que, con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, en principio, pasó de estar en cabeza del empleador, a estar a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Así es como la Corte Constitucional, en su sentencia C-543 de 2007<sup>16</sup>, reiterada en múltiples ocasiones, indicó, tras considerar lo plasmado en el artículo en comento, que es “pertinente distinguir aquellas situaciones en las que el valor del auxilio monetario por enfermedad no profesional sea inferior al salario mínimo legal, en las que se desconocería la garantía constitucional de todo trabajador a percibir el salario mínimo vital, consagrado en el artículo 53 superior, más aún en condiciones de afectación de su salud que no le permiten temporalmente trabajar. En esas circunstancias, la Corte entiende que el porcentaje del auxilio monetario por enfermedad no profesional no quebranta el principio de igualdad y el estatuto del trabajo, siempre y cuando su valor no sea inferior al salario mínimo legal”.

En consecuencia, se debe entender que dicho subsidio no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente, cuando el empleado tenga como ingreso base de cotización el valor del mismo.

## **5.5. CASO CONCRETO.**

### **5.5.1 Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.**

Teniendo en cuenta los hechos planteados en el escrito de tutela, su contestación, y los argumentos expuestos en la impugnación, corresponde a la Sala dar respuesta al primer problema jurídico del asunto, consistente en la verificación del cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la tutela, así:

(i) Legitimación por activa: Se encuentra en cabeza del señor Abelardo Daza Torres, por ser el titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, al haberse expedido en su favor las incapacidades médicas por enfermedad común bajo el diagnóstico de C169 tumor maligno del estómago y C155 tumor maligno del tercio inferior del esófago, causadas en forma continua desde el 14 de febrero de 2022 hasta el 17 de febrero de 2023<sup>17</sup>, cuyo pago pretende a través de peticiones presentadas el día 5 de

<sup>16</sup> [Sentencia C-543 DE 2007 M.P. Álvaro Tafur Galvis](#)

<sup>17</sup> Fols. 23-37 Doc. 01 y Doc. 06 Exp. Digital.



**13001-33-33-004-2023-00183-01**

diciembre de 2022<sup>18</sup> y 27 de enero de 2023<sup>19</sup>, el cual hasta la fecha no ha sido cancelado.

(ii) Legitimación por pasiva: La ostenta la AFP Colpensiones, por ser la administradora en pensiones a la cual se encuentra afiliado el accionante<sup>20</sup>, además, por haber negado el pago de las incapacidades solicitadas<sup>21</sup>. De igual forma, está legitimada la Nueva EPS, como quiera que ante esta se tramitaron las incapacidades correspondientes a los primeros 180 días, los cuales fueron reconocidos y pagados, además, dicha entidad reportó a Colpensiones el concepto médico de rehabilitación favorable del 16 de noviembre de 2022 del actor<sup>22</sup>. También está legitimada en la causa la empresa Luxury Service Zona Car And Real State SAS, quien funge como empleador del actor incapacitado.

(iii) Inmediatez: Encuentra esta judicatura que, la petición de reconocimiento y pago de las incapacidades superiores a 180 días, radicadas el 5 de diciembre de 2022 y el 27 de enero de 2023, fueron resueltas en forma negativa mediante Oficios del 07 de diciembre de 2022 y 01 de febrero de 2023, respectivamente<sup>23</sup>, habiéndose interpuesto la acción de tutela el 27 de marzo de 2023<sup>24</sup>, dentro de los seis (6) meses siguientes, término razonable dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>25</sup> y el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo<sup>26</sup>, por lo que resulta evidente el cumplimiento de este requisito.

(iiii) Subsidiariedad: Conforme a lo plasmado en el marco normativo y jurisprudencial de este proveído, se estima que la acción de tutela no es, en principio, el medio idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas, por cuanto el interesado dispone del proceso laboral ordinario y del proceso abreviado ante la Superintendencia Nacional de Salud para obtener la protección de sus derechos; sin embargo, el juez constitucional no puede dejar de lado que *“la ausencia o dilación injustificada de dichos pagos afecta gravemente la condición económica del trabajador, así como sus derechos al mínimo vital y a la salud, pues éste deriva su sustento y el de su familia de su salario, que es suspendido temporalmente en razón a una afectación de su salud”*, además, el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere

<sup>18</sup> Fol. 13 Doc. 01 Exp. Digital.

<sup>19</sup> Fol. 17 Doc. 01 Exp. Digital.

<sup>20</sup> Fol. 17 Doc. 01 Exp. Digital.

<sup>21</sup> Fols. 14-16 y 18-20 Doc. 01 Exp. Digital.

<sup>22</sup> Fols. 38 y 39 Doc. 01 Exp. Digital.

<sup>23</sup> Fols. 14-16 y 18-20 Doc. 01 Exp. Digital.

<sup>24</sup> Doc. 03 Exp. Digital.

<sup>25</sup> [Corte Constitucional, Sentencia T-461 de 2019 M.P. Alejandro Linares Cantillo.](#)

<sup>26</sup> [Consejo de Estado, Sentencia de unificación del Consejo de Estado, exp. 2012-02201-01, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.](#)



13001-33-33-004-2023-00183-01

satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales<sup>27</sup>.

Vistas así las cosas, puede pensarse que estamos frente a una causal de improcedencia alegada por Colpensiones en su informe e impugnación consistente en que se pretende el pago de una prestación económica del sistema de seguridad social en salud, como lo es el subsidio por licencia por enfermedad; sin embargo, al existir también la posible vulneración del derecho fundamental al debido proceso, seguridad social y mínimo vital, la tutela cumple con el requisito de subsidiariedad dada la naturaleza de los derechos involucrados, así como a las condiciones especiales del actor, que lo hacen un sujeto de especial protección constitucional, por lo que esta acción resulta ser el medio idóneo y eficaz para su defensa, razón por la cual le corresponde al juez de tutela efectuar el respectivo estudio y decidir de fondo el asunto, conforme al artículo 86 superior, superando el requisito de subsidiariedad y cumpliendo los requisitos de procedencia

En efecto, se encuentran cumplidos los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, por lo que se entrará a estudiar y resolver el siguiente problema jurídico planteado 5.2 de este fallo.

Examinado el expediente, se encuentra que, en efecto, el accionante cuenta con incapacidades médicas que van desde 14 de febrero de 2022 hasta el 17 de febrero de 2023, las cuales han sido debidamente trascritas por la Nueva Eps<sup>28</sup>, existe concepto de rehabilitación favorable día 04/11/2022 en el cual se dictaminó C169 tumor maligno del estómago, parte no especificada de origen enfermedad común y C155 tumor maligno del tercio inferior del esófago origen enfermedad común<sup>29</sup>.

De igual forma, se encuentra demostrado en su historia clínica las diferentes consultas, diagnósticos y exámenes que se realizó, así como los controles emitidos por la Sociedad de Cancerología de la Costa S.A.S<sup>30</sup>

Se generaron las siguientes incapacidades en favor del señor, Aberlado Daza Torres respecto de las cuales haciendo un análisis integral se extraen los siguientes días otorgados<sup>31</sup>:

INCAPACIDAD	FECHA DE EXP.	FECHA INICIO	FECHA FIN	DÍAS	DÍAS ACUM.	Entidad Responsable Del Pago.	Estado
0008295053	07 de marzo 2022	14 de febrero 2022	20 de febrero 2022	7		Empleador hasta el 2º día	Pagadas

<sup>27</sup> sentencia T-490 de 2015 Corte Constitucional

<sup>28</sup> Fol 23 -37 Doc. 01 exp. Digital.

<sup>29</sup> Fol 41 Doc 01 exp. Digital

<sup>30</sup> Folios 46-55 Doc. 01pdf exp. Digital

<sup>31</sup> Folios 21-37 Doc. 01pdf exp. Digital



13001-33-33-004-2023-00183-01

						- Nueva Eps del día 3.	
0008295087	07 de marzo 2022	22 de febrero 2022	28 de febrero de 2022	7	14	Nueva Eps	Pagadas
0008295105	07 de marzo 2022	1 de marzo de 2022	7 de marzo de 2022	7	21	Nueva EPS	Pagadas
0008295120	07 de marzo de 2022	8 de marzo de 2022	12 de marzo de 2022	5	26	Nueva EPS	pagadas
0008552706	22 de marzo de 2022	25 de marzo de 2022	23 de abril de 2022	30	56	Nueva Eps	Pagadas
0008551961	6 de mayo de 2022	24 de abril de 2022	23 de mayo de 2022	30	86	Nueva Eps	Pagadas
0008552626	23 de mayo de 2022	24 de mayo de 2022	22 de junio de 2022	30	116	Nueva Eps	Pagadas
0008552586	23 de junio de 2022	23 de junio de 2022	22 de julio de 2022	30	146	Nueva Eps	Pagadas
0008552661	22 de julio de 2022	23 de julio de 2022	21 de agosto de 2022	30	176	Nueva Eps	Pagadas
0008552004	19 de agosto de 2022	22 de agosto de 2022	20 de septiembre de 2022	30	206	<u>Nueva Eps hasta los 180 días, que se completó el día 25 de agosto de 2022.</u>	Negado por superar los 180 días
0008552678	16 de septiembre de 2022	21 de septiembre de 2022	20 de octubre de 2022	30	236	Colpensiones	Negado por superar los 180 días
0008551992	27 de septiembre de 2022	21 de octubre de 2022	19 de noviembre de 2022	30	266	Colpensiones 4/11/22 emite concepto Nueva EPS y comunica el 24/11	Negado por superar los 180 días
0008918699	21 de noviembre de 2022	20 de noviembre de 2022	19 de diciembre de 2022	30	296	Colpensiones 25/11 le tocaría.	Negado por superar los 180 días
0008918700	29 de noviembre de 2022	20 de diciembre de 2022	18 de enero de 2023	30	326	Colpensiones	Negado por superar los 180 días
0008759535		19 de enero de 2023	17 de febrero de 2023	30	356	Colpensiones	Negado por superar los 180 días

De acuerdo al cuadro anterior, se logra identificar que el actor cuenta con 356 días de incapacidad continua, habiendo alcanzado los 180 primeros días el 25 de agosto de 2022, los cuales fueron debidamente pagados por la Nueva EPS. Los días que no le han sido cancelados, están comprendidos entre el 26 de agosto de 2022 al 17 de febrero de 2023, para un total de 176 días.

Por lo anterior, el actor radicó ante Colpensiones solicitud de reconocimiento y pago de incapacidades médicas generadas a partir del día 181 en adelante. La entidad por su parte demostró, haber expedido radicado para atender la solicitud el 5 de diciembre de 2022 y 27 de enero de 2023, mediante el cual le comunicó al actor que no era posible dar trámite a su



**13001-33-33-004-2023-00183-01**

solicitud, por cuanto *“los certificados de incapacidades aportado no cumplen con los requisitos mínimos establecidos en el artículo 2.2.3.3.2 del Decreto 1427 del 29 de julio de 2022.”* Del contenido de la respuesta emitida por Colpensiones, no se desprende de forma exacta cuáles son las falencias de que adolecen los certificados de incapacidad aportados, pues dicho ente simplemente se limitó a transcribir los requisitos señalados en el artículo 2.2.3.3.2 del Decreto 1427 de 2022, sin indicar específicamente cuales hacen falta cumplir.

Así las cosas, a juicio de la Sala no existe una respuesta de fondo a la solicitud y con ello se vulneran los derechos fundamentales del actor, pues al no establecerse con claridad cuáles son los requisitos faltantes, no podría el accionante subsanar algún tipo de deficiencia para obtener el reconocimiento y pago de la prestación económica solicitada, según lo dispuesto en el artículo 17 del CPACA.

No debe perderse de vista que si bien el reconocimiento y pago de este tipo de emolumentos está sujeto a un trámite interno de verificación y al cumplimiento de unos requisitos, dichas formalidades no pueden prevalecer sobre el derecho sustancial de los interesados, especialmente cuando se involucra la satisfacción de derechos iusfundamentales como el mínimo vital y la seguridad social, por lo que las entidades del sistema de seguridad social no pueden imponer barreras o trabas de carácter administrativo que amenacen o vulneren los mismos, máxime cuando tal como lo sostuvo el A-quo, quien expide los certificados de incapacidad es la EPS a la cual se encuentra afiliado el trabajador, asistiéndole a esta la obligación de garantizar que los mismos contengan la totalidad de la información requerida para proceder con el reconocimiento y pago del subsidio; en caso de no hacerlo, la administradora encargada de asumir tal pago, podrá requerirle para que complementen en debida forma las incapacidades.

Por todo lo anterior, se concluye la vulneración de los derechos fundamentales de petición, debido proceso, seguridad social de la accionante y como consecuencia de ello la afectación a su mínimo vital por parte de Colpensiones al negarse a dar trámite a la solicitud allegada, sin indicarle al accionante cuales eran los requisitos que a su juicio debían ser subsanados; motivo por el cual se hace procedente el pago de las incapacidades generadas entre el 26 de agosto de 2022 al 17 de febrero de 2023.

Determinada la procedencia del pago de la licencia por enfermedad, se entrará a analizar el siguiente problema jurídico formulada, consistente en determinar a quien corresponde asumir dicho pago, si a Coosalud EPS o a Colpensiones, o a ambas.

En este punto, se reitera sobre la responsabilidad del pago que esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen



**13001-33-33-004-2023-00183-01**

común desde el día 3 hasta el 180 de incapacidad deben ser asumidas por las empresas prestadoras de salud, y en caso de que las incapacidades superen los 180 días, corren a cargo de la administradora de fondos de pensiones a la cual está afiliado el trabajador, ya sea que existe concepto favorable o desfavorable de rehabilitación; siempre y cuando la EPS haya enviado el concepto de rehabilitación entre los días 120 y 150, pero, en todo caso, antes del 180.

Como se aprecia del cuadro relacionado, las incapacidades generadas a partir del 10/2/2022 hasta el 25/08/2022 fueron asumidas por la Nueva EPS, sin embargo, la entidad negó el pago de las demás incapacidades bajo el argumento de haberse superado el término de 180 días. Al respecto, la Sala encuentra que no le asiste razón a la entidad de salud, pues está demostrado que emitió concepto de rehabilitación favorable del actor el 04 de noviembre de 2022, mucho tiempo después del día 120 de incapacidad (específicamente, el día 251 de incapacidad, según cuadro anexo), y el mismo fue notificado a Colpensiones el 24 de noviembre de 2022<sup>32</sup>, cuando habían transcurrido más de 150 días de incapacidad. Por ello, dicha EPS debe pagar las incapacidades generadas al actor desde el día 181, esto es, el 26 de agosto 2022 hasta el 24 de noviembre de 2022, cuando remitió el concepto a Colpensiones, debido a la mora en la remisión del concepto de rehabilitación del actor al fondo de pensiones.

En ese orden, a Colpensiones le corresponde pagar las incapacidades a partir del 25 de noviembre de 2022, fecha en la cual fue notificada del concepto de rehabilitación hasta el último día de incapacidad demostrada, es decir, el 17 de febrero de 2023, por ser posteriores al día 180 de incapacidad, y estar dentro de los 540 días siguientes de incapacidad total de la afiliada.

En ese orden de ideas, la Sala encuentra ajustado a derecho el amparo concedido por el A-quo, sin embargo, en virtud de las consideraciones aquí expuestas, se MODIFICARÁ el numeral segundo del fallo de primera instancia, para incluir a la Nueva EPS, quien deberá pagar el subsidio de incapacidad en favor del señor Abelardo Daza Torres, causado desde el 25-08-22 al 24-11-22. Por su parte, la Administradora Colombiana de Pensiones, deberá realizar el pago de las incapacidades comprendidas entre el 25-11-22 hasta el 17-02-23. Para el efecto, a dichas entidades se les concede un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, para realizar dicho pago.

<sup>32</sup> Según el decir de la Nueva EPS en su contestación, circunstancia que no fue discutido por la administradora de pensiones, por el contrario, la entidad al dar respuesta al señor Abelardo Daza Torres así lo afirma (visible a fol. 11 Doc. 25)



13001-33-33-004-2023-00183-01

**VI.- DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

**FALLA:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo del fallo impugnado, pro las consideraciones aquí expuestas, el cual quedará así:

*“**SEGUNDO:** En consecuencia, se ordena a la Nueva EPS que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) días siguientes a la notificación de esta decisión, proceda al reconocimiento y pago de las incapacidades médicas generadas al señor Abelardo Daza Torres entre el 26-08-22 al 24-11-22. En el mismo plazo concedido, Colpensiones deberá pagar al accionante las incapacidades causadas entre el 25-11-22 hasta el 17-02-22”*

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia, por las razones aquí expuestas.

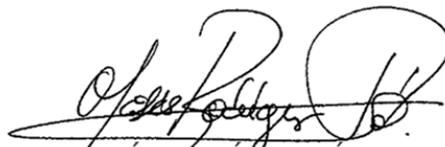
**TERCERO: NOTIFÍQUESE** a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 033 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ