REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DÉCIMO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO
PROYECTO OIT

Bogotá, D.C., ocho (08) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	110013107010-2023-00008
Accionante:	FANNY SUÁREZ CAMARGO
Accionada:	NUEVA EPS S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Vinculada:	ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRESS
Asunto:	ACCÍON DE TUTELA DE 1ª INSTANCIA
Decisión:	IMPROCEDENTE POR CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO

OBJETO

Se procede a resolver acción de tutela instaurada por **FANNY SUÁREZ CAMARGO** identificada con cédula de ciudadanía n° 39.695.361 expedida en Bogotá, en contra de la **NUEVA EPS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, por la presunta vulneración a sus derechos fundamentales al mínimo vital, salud, seguridad social y vida digna.

HECHOS Y PRETENSIONES

Indicó la accionante se encuentra afiliada al Sistema General de la Seguridad Social en Salud con la **NUEVA EPS** en el régimen contributivo.

Por enfermedades laborales que padece ha sido diagnosticada con **SÍNDROME DEL MANGUITO ROTATORIO DERECHO, BURSITIS DEL HOMBRO DERECHO y DESGARRO DE MENISCOS PRESENTE DERECHO**, pronóstico emitido por el médico Arco Buelvas y los que le han generado

incapacidades médicas que las accionadas se han negado a reconocer y pagar.

Adujo, a pesar de que las incapacidades han sobrepasado los 181 días, **COLPENSIONES** se ha negado a sufragarlas bajo el fundamento que no cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 1427 de 2022 -artículo 2.2.3.3.2.-, lo cual no es cierto, pero además, la administradora de pensiones, de manera maliciosa e irresponsable ha manifestado que en algunas de estas no aparece el nombre del médico tratante, lo que en su criterio, resulta ridículo pues en todas se aparece el nombre y la fecha de certificación, lo que se está usando como excusa para evadir el pago, con lo cual está vulnerando sus derechos a la vida, la salud, al mínimo bienestar y mínimo vital por cuanto de los ingresos por su trabajo, sobrevive su familia, a lo que debe sumarse que es una persona de escasos recursos.

De igual manera, relacionó una a una las incapacidades que le han sido expedidas y que, totalizan **178 días**, que dijo, lleva sin percibir ingresos, soportando una situación económica degradante por culpa de la indolencia de las accionadas.

DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

De acuerdo con el escrito de demanda, la señora **FANNY SUÁREZ CAMARGO,** invoca como trasgredidos sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida digna, los cuales depreca de este estrado judicial le sean amparados.

PRETENSIONES

La actora en tutela depreca del juez constitucional se tutele sus derechos fundamentales al mínimo vital y móvil en conexidad con los de la vida digna y seguridad social, y se ordene a las accionadas a conceder y pagarle las incapacidades médicas causadas a partir del 09/05/2022 al 02/11/2022 y las que se sigan generando en adelante, y se las consignen en su cuenta de

ahorros del Banco Caja Social de Ahorros n° 24116963831, se conmine a las accionadas a no seguir dilatando el trámite de sus peticiones.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 25 de enero del año que avanza, por reparto se recibió escrito de tutela elevado por **FANNY SUÁREZ CAMARGO** identificada con c.c. n° 39.695.361, motivo por el cual, en la misma fecha, se avocó conocimiento de la acción constitucional y se ordenó correr traslado del escrito de tutela a las demandadas **NUEVA EPS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, asimismo, se vinculó al contradictorio a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD - ADRES**, para el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, librando vía correo electrónico, los oficios respectivos.

Respuesta de las entidades accionadas y la vinculada

NUEVA EPS S.A.

Inicialmente, el apoderado judicial de la entidad, doctor FABIAN ALONSO MORA GÓMEZ, hizo énfasis en que el responsable de dar cumplimiento a las medidas provisionales y fallos de tutela según el área técnica respectiva era el director de Prestaciones económicas de la NUEVA EPS.

En punto a las pretensiones de la actora, indicó, era importante poner en nuestro conocimiento que la compañía se compone de diferentes áreas las cuales cuentan con personal capacitado que trabaja organizadamente encaminando los procesos a seguir de acuerdo con su pertinencia, conocimiento y funciones específicas, y aclaró, la expedición de incapacidades está a cargo del médico tratante del accionante y la EPS solo se circunscribe a transcribir las otorgadas.

Precisó, efectivamente la actora se encontraba en estado activo en el régimen contributivo, y que procedió a dar traslado de sus pretensiones al área técnica correspondiente -prestaciones económicas- para que realicen el

estudio del caso y gestionen lo pertinente en aras de garantizar el derecho fundamental de su afiliado.

Por demás, se encargó de recordar la improcedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos de contenido económico, o cuando el hecho motivo de la acción, así como las características que debe tener la decisión del juez de tutela o supuesto de hecho argumentado no existe o desaparece, basado en fallos de tutela de Corte Constitucional[1], para culminar afirmando que como el derecho respecto del cual el accionante (sic) eleva reclamación en su protección así cono el consecuente reconocimiento de incapacidades, se enmarca dentro de los derechos de orden económico, derechos estos que no son susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela, tal como pretende el accionante (sic) pues a pesar de encontrarse dentro de la Constitución Política como derechos a las personas, resulta bien claro que existe dentro de la normatividad jurídica vigente mecanismos para su protección. Recalcó, es por esta razón que no se encuentra fundamento para sustentar en primer lugar la petición elevada por el accionante (sic) y en segundo lugar la procedencia que encuentra el despacho en adelantar la presente acción no se basa en la protección de un derecho considerado como fundamental.

Seguidamente transcribió lo concerniente a las reglas sobre reconocimiento de incapacidades y el responsable de su pago, establecidos en los decretos y leyes reglamentarios sobre dicho asunto -los relacionó-, para luego aludir a la improcedencia de la acción de tutela por ser de carácter residual o transitorio, para inferir que no se podía pretender a través de esta acción se reconozcan derechos que deben discutirse en instancia (sic), como en este caso, y tampoco se evidenciaba vulneración a un derecho fundamental.

En consecuencia, solicitó de manera primaria requerir a **COLPENSIONES**, quien por imperio de la ley debe pronunciarse respecto del dictamen de pérdida de capacidad laboral cuando lleva más de 180 días de incapacidad y es responsable del pago de incapacidades hasta tanto se haya emitido este.

[1] T-489 de 2003, T 308 de 2003, T 616 de 1997 y la T 247 de 1996.

De ser mayor al 50% el porcentaje, se ordene se inicie el proceso de pensión del accionante (sic).

En punto al dictamen de pérdida de capacidad laboral, relaciono las normas aplicables para concluir que es el Fondo de Pensiones el que debe efectuarlo y realizar lo pertinente al existir controversia.

Por todo ello, peticionó denegar la tutela o en su defecto desvincular a su representada por no existir acción u omisión que vulnere los derechos de la accionante, y requerir al Fondo de Pensiones para que se pronuncie respecto del pago de incapacidades a su cargo y/o respecto del dictamen de pérdida de capacidad laboral.

El 31 de enero del año en curso, la apoderad especial de la **NUEVA EPS S.A.**, doctora DIANA PAOLA CORREDOR ESTRELLA, al pronunciarse sobre las pretensiones de la actora en tutela, indicó, el área técnica -dirección de prestaciones económicas- de la entidad le informó que el afiliado presenta **342** días de incapacidad continua desde el 25 de noviembre de 2022, completó 180 días el 24 de mayo de 2022. **NUEVA EPS S.A.** emitió concepto de rehabilitación del afiliado el 16/09/2022 como FAVORABLE, notificado a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES – COLPENSIONES** el 23/09/2022 con el fin de dar cumplimiento al artículo 142 del Decreto 019 de 2012 -lo transcribió-, en razón de lo cual quien debe asumir el valor de las prestaciones económicas hasta tanto se emita la calificación de perdida de capacidad laboral, es dicha Administradora de Pensiones, por cuanto las EPS solo están obligadas a reconocer hasta 180 días consecutivos de incapacidad por un mismo diagnóstico o patología relacionada, y a partir del día 181 el reconocimiento económico pasa a ser responsabilidad del fondo de pensiones donde se encuentre afiliado, recalcó, la negación de la AFP **COLPESIONES** genera barreras de acceso al afiliado incapacitado, y es su obligación aceptar las incapacidades expedidas y emitidas por **NUEVA EPS**, teniendo en cuenta que hasta el 29 de julio de 2022 empezó a regir el Decreto 1427.

Finalmente, indicó que **NUEVA EPS S.A.** y la IPS se encontraban implementando los desarrollos técnicos que permitan generar las

incapacidades con todos los criterios definidos en el Decreto 1427 de 2022, si embargo, con el formato de incapacidad actual, el Fondo de Pensiones cuenta con los datos mínimos requeridos para adelantar las gestiones correspondientes y por lo tanto, se encuentra en la obligación de reconocer la incapacidad como legítima y dar trámite a la misma con el fin de no violar el derecho al mínimo vital. Resaltó, no existe en el mencionado decreto algún artículo en el que se exima al Fondo de Pensiones al cumplimiento de sus deberes y obligaciones por efectos en campos de los formatos de incapacidades.

Solicitó involucrar a la IPS con el fin de que ajuste sus formatos y entregue a **NUEVA EPS S.A.** los datos solicitados por el referido decreto, en consecuencia, solicitó tener en cuenta este escrito junto con el allegado el 26 de enero de igual anualidad.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
La Directora (A) de la Dirección de Acciones Constitucionales de la Administradora, doctora MALKY KATRINA FERRO se pronuncio sobre el libelo constitucional en los siguientes términos:

Como antecedentes refirió, la tutela no podía seguir siendo un mecanismo de tercera o cuarta instancia ante las inconformidades del accionante, pues la misma por expresa disposición legal y jurisprudencia es de carácter subsidiario, y por eso relacionó lo establecido en el artículo 95 de la C.N. que trata sobre los deberes del ciudadano.

Afirmó, en este asunto no estaba probado el perjuicio irremediable que justifique el desconocimiento del debido proceso administrativo y el carácter subsidiario de la acción de tutela, además con oficio n° BZ2022_14600314 le infirmó a la accionante que rechazaba su solicitud de pago de incapacidades por cuanto los documentos presentados no cumplían con los requisitos exigidos en el Decreto 1427 del 29 de julio de 2022 -anexó copia-; agregó, la entidad únicamente estaba obligada a pagar incapacidades desde el día 181 hasta el 540 ininterrumpidos, pero previo a su reconocimiento como requisito *sine qua non* la EPS debía radicar antes del día 150 concepto

de rehabilitación favorable, so pena de asumir directamente el pago de las incapacidades.

Aludió a la prórroga de la incapacidad conforme al contenido en el artículo 2.2.3.2.3. del Decreto Ley 1333 de 2018, que determina que existe prórroga de la incapacidad derivada de enfermedad general de origen común, y se expide con posterioridad a la inicial por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con esta, siempre y cuando entre una y otra incapacidad no haya interrupción mayor a **30 días**, y en este caso, de la relación de incapacidades se observan varias interrupciones en tanto no se tiene probado ni existe certeza de que los diagnósticos estén relacionados entre sí, por tanto, no es capricho de la entidad rechazar la solicitud del accionante, pues lo que se está es dando aplicación a una disposición normativa con interpretación restrictiva, la cual debe ser acatada por todas las autoridades nacionales, incluidos jueces de la república.

Adicional mente hizo mención a la improcedencia de la tutela para el pago de incapacidades al existir mecanismos adecuados para la discusión del derecho económico, basada en la sentencia T-168 de 2020 y el precepto 2° del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social.

De otra parte, resaltó lo relacionado con el trámite administrativo de solicitud de pago de incapacidades, y como fundamento invocó el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 el cual estableció que el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá las incapacidades por enfermedad general, **de conformidad con la normatividad vigente que regule el tema** (destaca el despacho).

Asimismo trajo a colación lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013 acerca de que las incapacidades pueden ser de origen laboral o común y que entidad las debe asumir e indicó que el origen de la enfermedad o accidente lo hacen las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral con el fin de establecer el origen de una patología, diferenciando si es de origen profesional (causada por la exposición a un factor de riesgo laboral) o común, la primera deberá ser asumidas por las ARL y las segundas serán pagadas

conforme a los lineamientos del Decreto 019 artículo 121. Recalcó en que para la prestación de incapacidades se debe estar cotizando al sistema como lo exige el Decreto 780 de 2016. De igual manera enfatizó en la obligación de cumplir con la emisión del concepto favorable de rehabilitación antes **del día 120 de la incapacidad** y remitirlo a la AFP correspondiente **antes del día 150**, para luego reiterar lo relacionado con los responsables del pago de incapacidades según el tiempo de las mismas, 2 días, 180 días, y 181 a 540 días y de las que exceden los 541 días.

Recordó, el trámite de solicitud de pago de incapacidades debe ser agotado por el afiliado directamente ante la entidad o en sud efecto por in tercero debidamente autorizado por el mismo. Si es elevada por el empleador, este también debe contar con la autorización del empleado y diligenciar el formato de la Administradora para tal fin, por cuanto la información esta sometida a reserva.

Copió lo relativo al procedimiento interno para el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad por parte de **COLPENSIONES** el cual consta de 5 etapas cuyos tiempos entre una y otra, dijo, varían de conformidad con las situaciones de cada caso, consistentes en: ***(i)*** validación documental; ***(ii)*** validación de aportes, identificación del día 180 y del IBC; ***(iii)*** validación de pertinencia médica y administrativa; ***(iv)*** control de calidad por parte de Colpensiones; ***(v)*** liquidación y pago del subsidio de incapacidad; todo ello para significar que, al tratarse de recursos públicos, la entidad debía garantizar que los pagos estén legalmente soportados.

Refirió, debía tenerse en cuenta que decidir de fondo las pretensiones del accionante y acceder a las mismas, invadía la órbita del juez constitucional, de la cual relaciono varios apartes jurisprudenciales, para luego hacer alusión a la protección del patrimonio público, con base en lo cual, infirió el trámite alegado con la presente acción constitucional debía ser declarado improcedente ante la consagración del patrimonio público como un derecho colectivo, sumado al carácter subsidiario de la tutela.

Frente a la interrupción en la generación de incapacidades, resaltó, si bien las AFP son responsables del pago de aquellas que superen los 180 días, lo cierto es que debe tenerse en cuenta que no haya interrupción superior a 30 días, transcribió las legislaciones que tratan del tema, y de manera específica trajo a colación el artículo 2.2.3.3.2. parágrafo 1° del Decreto 1427 de 2022, para indicar que al existir interrupción, el fenómeno subsiguiente era el nuevo conteo de la incapacidad.

Se ocupó de establecer la diferencia entre la protección al derecho de petición, que entre otras cosas, la actora no deprecó, y el derecho a lo pedido, con base en posiciones de la Corte Constitucional para colegir que, **COLPENSIONES** ha dado respuesta a la petición de acuerdo a dicho precedente, y por lo cual, si el accionante considera que le asiste otros derechos distintos al de petición, debía acudir a la jurisdicción ordinaria o de lo contencioso administrativo y por ello, insistió en la declaratoria de improcedencia de la tutela, y repitió lo concerniente a la no existencia de un perjuicio irremediable, para solicitar se deniegue la acción de tutela por ser improcedentes las pretensiones y porque no está probada la conculcación de derechos fundamentales por parte de **COLPENSIONES**.

LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SALUD – ADRES.

Guardó silencio ante las pretensiones del libelo constitucional.

ACERVO PROBATORIO

1.- Demanda, presentada por la accionante **FANNY SUÁREZ CARDONA** y sus anexos.
2.- Respuesta de la **NUEVA EPS S.A**. con sus anexos.
3.-Respuesta de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y sus anexos.
4.- Constancia secretarial dejada por la Oficial Mayor del despacho de la llamada vía celular hecha a la accionante **FANNY SUÁREZ CAMARGO**, el 3 de febrero de 2023.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

COMPETENCIA

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Nacional, en armonía con los Decretos 2591 de 1.991, 1382 de 2.000 y 333 de 2021 artículo 1° numeral 2, este estrado judicial es competente para conocer la demanda de tutela interpuesta en contra de la **NUEVA EPS S.A.** que es sociedad comercial de naturaleza anónima y carácter privado, y corresponde a una Empresa Promotora de Salud sometida a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud y de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** por tratarse de una Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como entidad financiera de carácter especial, adscrita al Ministerio de Trabajo.

DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA Y PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Legitimación por activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

Por su parte, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala que la acción de tutela puede ser ejercida (i) a nombre propio; (ii) a través de un representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial; (iv) mediante un representante legal; o (v) por el Defensor del Pueblo o los personeros municipales.

En el caso objeto de estudio, la acción tutela fue presentada por la señora **FANNY SUÁREZ CARDONA**, como titular de los derechos cuya protección se invoca, por lo que en el presente asunto existe legitimación en la causa por activa.

Legitimación por pasiva

Los artículos 5º, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991, prevén que la acción de tutela se puede promover contra autoridades y contra particulares respecto de quienes el solicitante se halle en situación de subordinación e indefensión. De esta forma, este requisito se encuentra acreditado puesto que la solicitud de tutela se dirige contra **NUEVA EPS S.A., COLPENSIONES**, y la vinculada **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRESS**, las dos últimas autoridades públicas que están legitimadas en la causa por pasiva de conformidad con el numeral 8° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Requisito de inmediatez.

Al respecto, ha precisado que la protección de los derechos fundamentales, vía acción constitucional, debe invocarse en un plazo razonable y oportuno contado entre la ocurrencia del hecho generador de la transgresión y la interposición del amparo. Lo anterior, en procura del principio de seguridad jurídica y de la preservación de la naturaleza propia de la acción de tutela.

Conforme lo expuesto, en este caso, el requisito de inmediatez se encuentra superado, ello, por cuanto la vulneración de los derechos invocados por la actora es continuada y persiste toda vez que a la fecha sigue sin percibir, por parte de las accionadas, el pago de las incapacidades superiores a los 180 días que le fueron otorgadas por la **NUEVA EPS S.A.** con ocasión de las enfermedades diagnosticadas por el medico laboral que en la actualidad padece.

Requisito de subsidiariedad.

El artículo 86 de la Carta establece de manera clara que *"(...) Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre,* ***la protección inmediata*** *de sus derechos constitucionales fundamentales,*

cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.
(...)
Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)".

Al respecto, a través de la jurisprudencia constitucional se ha advertido que, de existir otro medio de defensa judicial, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso concreto con el fin de determinar la idoneidad y eficacia del referido medio para lograr la protección pretendida en el contexto en el que se encuentra el sujeto activo de la acción.

Así, en los eventos en que el amparo proceda como mecanismo definitivo, ha precisado que la ineficacia y falta de idoneidad de los medios ordinarios de defensa con que cuente el accionante deben ser estudiados atendiendo el contexto del caso y las especiales condiciones del afectado, pues solo así, será posible determinar si tales mecanismos ofrecen una solución integral desde una dimensión constitucional y no meramente formal. En palabras de la Corte "(...) *el medio de defensa ordinario debe estar llamado a proteger el derecho fundamental conculcado y, además, a hacerlo de manera oportuna, toda vez que, como ya ha sido señalado por esta Corporación, el Juez de tutela, al interpretar constitucionalmente asuntos laborales, no persigue la solución de un conflicto o diferencia entre el trabajador y el empresario para hallar la solución correcta, sino pretende, la definición de campos de posibilidades para resolver controversias entre derechos o principios fundamentales"*[2].

Por ello, en el evento en que la acción constitucional proceda como mecanismo transitorio, se requiere la configuración de un perjuicio irremediable, el cual, jurisprudencialmente se ha reiterado, debe ser *inminente* y *grave,* de allí que, las medidas para evitar su consumación obedezcan a los criterios de urgencia e impostergabilidad[3]. Sobre esa base,

[2] Sentencia T- 064 de 2016 (M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez).
[3] Respecto de la urgencia precisó la Corte desde sus inicios que: "(…) *hay que instar o precisar (…) su pronta ejecución o remedio".* Las medidas urgentes deben adecuarse a la inminencia del perjuicio y a las circunstancias particulares del caso. Y en cuanto a la impostergabilidad ha referido que "las medidas de protección "(...) *deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable". Sentencias* T-225 de 1993,

ha agregado la Corte que: *"(…) (ii) el estado de salud del solicitante y su familia; y (iii) las condiciones económicas del peticionario del amparo"* constituyen criterios orientadores al momento de determinar la existencia o no de un perjuicio irremediable[4]. En este último escenario, la decisión de amparo constitucional tiene un alcance transitorio, en el sentido de que solo se mantiene vigente mientras la autoridad judicial competente decide de fondo sobre la acción ordinaria instaurada por el afectado.

De otra parte, en punto al reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, la referida Corporación igualmente ha esbozado que, en principio, no procede la acción tutela, dado que el conocimiento de dichas solicitudes implica la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces desborda las competencias del juez constitucional[5].

Lo anterior amerita, en este caso, hacer mención al marco legal sobre la material y por ello diremos que, 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"*.

Por su parte, la Ley 1438 de 2011 en el literal g de su artículo 126[6] prevé un trámite administrativo ante la Superintendencia Nacional de Salud, donde se establece, dentro de las funciones jurisdiccionales que tiene dicho órgano la de: *"g) conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador"*.

T-107 de 2017, T- 064 de 2017, entre otras.
[4] Sentencia T- 064 de 2017 (M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez).
[5] Corte Constitucional, sentencia T-662 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-693 de 2017 (M.P Cristina Pardo Schlesinger).
[6] Por medio del cual se modificó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

Sin embargo, y contrario a lo afirmado por la directora de acciones constitucionales de **COLPENSIONES**, debe tenerse en cuenta que concretamente en lo relacionado con el reconocimiento de incapacidades la Corte Constitucional ha reconocido la procedencia de la acción de tutela, por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone la vulneración de otros derechos fundamentales habida cuenta de que tal ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, como en este caso, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata. Así lo expuso la Corte:

> "El no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos"[7].

En suma, para ese alto Tribunal el pago del auxilio por incapacidad evidentemente garantiza **el mínimo vital** del trabajador que no puede laborar por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la **salud y a la dignidad humana**, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente[8].

Sobre esa base, la jurisprudencia en la materia ha reiterado que "(...) l*os mecanismos ordinarios instituidos para* [*reclamar* el pago del auxilio por incapacidad], ***no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz****, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza (...)"*[9] (Énfasis suplido).

Precisado lo anterior, se ocupará el juzgado de determinar el problema jurídico puesto a nuestra consideración de la siguiente manera:

---

[7] Sentencia T -311 de 1996 (M.P José Gregorio Hernández Galindo), T- 972 de 2013 (M.P Jaime Araujo Rentería), T-693 de 2017 (M.P Cristina Pardo Schlesinger).
[8]Corte Constitucional, ver entre otras, Sentencias T -311 de 1996 (M.P José Gregorio Hernández Galindo), T- 972 de 2013 (M.P Jaime Araujo Rentería), T-693 de 2017 (M.P Cristina Pardo Schlesinger).
[9] Corte Constitucional ,Ver, entre otras, las sentencias T-311 de 1996 (M.P José Gregorio Hernández Galindo), T-920 de 2009 (M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo),T-468 de 2010 (M.P Jorge Iván Palacio Palacio); T-182 de 2011 (M.P Mauricio González Cuervo), T-140 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), y T-401 de 2017 (M.P Gloria Stella Ortiz Delgado), T-693 de 2017 (M.P Cristina Pardo Schlesinger).

Problema jurídico a resolver

En atención a las situaciones fácticas expuestas y las respuestas allegadas por las accionadas, le corresponde despacho determinar si estas vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la accionante por el no pago del subsidio de incapacidad.

Para resolver el problema jurídico planteado, se tendrá en cuenta lo relativo a: ***i)*** régimen normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud - entidades responsables de efectuar el pago; y ***ii)*** la carencia actual de objeto por daño consumado; ***iii)*** y la resolución del caso concreto.

Del régimen normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud - entidades responsables de efectuar el pago.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-194 de 2021, de manera amplia se refirió a dicho régimen y por ello, considera el despacho importante traer a colación apartes de lo allí esbozado:

> *"(…)* De acuerdo con el artículo 49 de la Constitución, el Estado colombiano *"garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud"*, y con fundamento en esta disposición, se ha instituido dentro del régimen del Sistema General de Seguridad Social el reconocimiento y pago de las incapacidades, bien sean por enfermedad común, o por enfermedad profesional.
>
> Esto, con la finalidad de soportar al afiliado durante el tiempo en que su capacidad laboral se ve mermada, en virtud del principio de solidaridad que rige el Sistema General de Seguridad Social. Así, el reconocimiento y pago de las incapacidades fueron atribuidas a los distintos agentes del sistema, dependiendo del origen de la enfermedad o accidente (común o profesional), y de la persistencia de la afectación de la salud del afiliado, en el tiempo.
>
> Entonces, en primer lugar, de acuerdo con el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013[21], las Administradoras de Riesgos Laborales son las encargadas de asumir el pago de las incapacidades laborales con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.
>
> Este pago se surte, por parte de las ARL, *"(…) hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii)*

en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez"[22].

En segundo término, tratándose de **enfermedades o accidentes de origen común**, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad[23] radica en diferentes actores del sistema dependiendo de la prolongación de esta, de la siguiente manera:

Conforme al artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador.

A su vez, en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012[24], el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador[25].

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación[26], esta corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación[27].

Ahora, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación[28] -sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión de este a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

(…)

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

Cuadro No.2

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 181 hasta el 540	Fondo de Pensiones	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 541 en adelante	E.P.S.	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

(…)".

La carencia actual de objeto por daño consumado

Frente a este tópico ha venido sosteniendo la Corte[10]:

"(…) Sobre este fenómeno, según el artículo 86 de la Constitución, la tutela es una acción preferente y sumaria que pretende la protección *inmediata* de derechos fundamentales. Sin embargo, como lo ha explicado la jurisprudencia constitucional en reiteradas ocasiones[139], puede ocurrir el fenómeno de carencia actual de objeto, donde la orden de la autoridad judicial puede quedar en el vacío o ser inocua, debido a la alteración de las circunstancias que dieron origen a la acción de tutela. Esta situación puede suceder en tres escenarios, a saber, cuando: (i) entre la interposición de la tutela y el fallo se cumple completa y voluntariamente la pretensión de la tutela por parte de la entidad accionada -**hecho superado**[140]; (ii) se ha producido la afectación o vulneración que la tutela pretendía evitar, por lo que no es posible que el juez dé una orden para retrotraer la situación y solo es posible el "resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental" – **daño consumado**[141]; (iii) la afectación ha cesado, pero esto no obedeció a la diligencia de la accionada, sino que (a) cesó por el actuar del accionante o de un tercero, (b) es imposible proferir una orden por razones ajenas a la entidad demandada o (c) el accionante perdió interés en el objeto de la acción -**hecho sobreviniente**[142].
Ahora, como se señaló, en el **daño consumado**, **si bien el juez de tutela no puede expedir una sentencia con efectos resarcitorios ya que la acción de tutela en principio[143] no es indemnizatoria, sí tiene la facultad de pronunciarse sobre la vulneración de derechos**, especialmente si ocurrió durante el trámite[144]. (…)" (Destaca el despacho).

Del caso concreto

La señora **FANNY SUÁREZ CAMARGO** presentó acción de tutela contra **NUEVA EPS S.A**. y **COLPENSIONES** por considerar que la negativa de dichas entidades en reconocer y pagar las incapacidades laborales superiores a los 181 días vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida digna. Adujo, los certificados de incapacidad se produjeron como consecuencia de las enfermedades laborales que padece.

Ahora bien, para resolver el problema jurídico planteado, resulta necesario dejar claro que del certificado de incapacidades que aportó la actora en tutela y anexo a la actuación por parte de la **NUEVA EPS S.A.**, se tiene que las incapacidades de las que reclama su pago corresponden a los siguientes periodos:

[10] Una de las últimas decisiones la T-168 de 2022.

Número de Incapacidad	**Fecha Inicio**	**Fecha Fin**	**Días Incapacidad**
0007861534	09/05/2022	23/05/2022	15
0007914241	24/05/2022	05/06/2022	13
0007959241	06/06/2022	05/07/2022	30
000751833	06/07/2022	10/07/2022	5
0008072416	11/07/2022	22/07/2022	12
0008113415	23/07/2022	21/08/2022	30
0008211398	22/08/2022	05/09/2022	15
0008264801	06/09/2022	20/09/2022	15
0008316794	21/09/2022	03/10/2022	13
0008365196	04/10/2022	02/11/2022	30
TOTAL DIAS			**178**

Conforme a lo anterior, y a pesar de las respuestas emitidas por las entidades accionadas, se observa claramente que, de un lado, la **NUEVA EPS S.A.,** pasó por alto indicar al despacho cuales de los 342 días de incapacidad que contabilizó en los certificados expedidos por esa entidad, eran los que estaban pendientes de pago, y del otro, **COLPENSIONES** se escudó en la falta del cumplimiento de los requisitos exigidos por el Decreto 1427 de 2022, y no se detuvieron a analizar el específico período que la actora en tutela reclama y que corresponde a **178 días ininterrumpidos de incapacidades generadas por quebrantos de salud que padece por enfermedades generales.**

Situación que el despacho esclareció, por intermedio de la Oficial Mayor, a través de la llamada telefónica que realizó a la señora **FANNY SUÁREZ CAMARGO** quien expresó que lo reclamado vía tutela era el pago de las incapacidades generadas a partir del **9 de mayo y hasta el 2 de noviembre de 2022** (**178 días)**, por cuanto las anteriores **ya le habían sido canceladas**

por su empleador. De igual manera refirió, estas incapacidades fueron emitidas por el médico ortopedista de la IPS VIVA 1 A sede Chapinero adscrita a la **NUEVA EPS S.A.,** quien aún sigue tratándole el desagarro de meniscos que posee en la rodilla derecha generado a causa de un accidente que tuvo.

Dada la información obtenida de la actora en tutela en punto a su pensión de vejez, mediante auto del 6 de febrero del año que avanza se dispuso consultar en la página Web de la ADRES la información correspondiente a dicho reconocimiento pensional por parte de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, por lo que consultado el RUAF -Registro Único de Afiliados- del Ministerio de Salud y Protección Social, en efecto se corroboró que dicha Administradora de Pensiones mediante resolución n° 270644 del 2022/09/29 le reconoció pensión de vejez a la señora **FANNY SUÁREZ CAMARGO**, identificada con cédula de ciudadanía n° 39.695.361.

Del anterior recuento al despacho le quedan claras varias situaciones a saber:

1. La obligada al pago de las mencionadas incapacidades no es otra que la **NUEVA EPS S.A.**, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013 en su artículo 142, como en precedencia se resaltó de la Sentencia de la Corte Constitucional en caso similar al de marras, en tanto las incapacidades de la señora **FANNY SUÁREZ CAMARGO**, fueron causadas de manera ininterrumpida desde el **09/05/2022 al 02/11/2022**, como consta en los respectivos certificados expedidos por la misma entidad.
2. El no pago de dichas incapacidades, en efecto vulneró su derecho fundamental a la salud, pero también el del mínimo vital y móvil en conexidad con el disfrute de una vida digna, en dicho lapso de tiempo.
3. No obstante lo anterior, al conocer esta juez constitucional, que a la señora **FANNY SUÁREZ CAMARGO**, efectivamente le fue reconocida su pensión de vejez, por parte de **COLPENSIONES**, desde el 30 de noviembre de 2022, desapareció la conculcación a dichos derechos,

pues desde dicho momento se encuentra gozando de un salario que le permite cubrir sus necesidades básicas.

Por manera que, emerge diáfano en este asunto, el cese de la vulneración de derechos fundamentales a la actora en tutela, a partir del momento en que le fue reconocida su pensión de vejez, por ende su pretensión se torna netamente económica, pues lo que persiste es el no pago de los 178 días de incapacidad, por parte de la **NUEVA EPS S.A.** y ello constituye entonces una reclamación ante la vía ordinaria (juez laboral competente), a donde deberá acudir la señora **SUÁREZ CAMARGO** para reclamar el pago correspondiente, lo cual se encuentra fuera de la órbita de competencia del juez constitucional, y por ello la acción de tutela resulta improcedente y así lo declarara el despacho.

Finalmente, al encontrar esta juez constitucional que **COLPENSIONES** no incurrió en ninguna violación a los derechos fundamentales incoados por la actora en tutela, pues no era la encargada del pago de las incapacidades, dado el número de días causados, 178, situación que no advirtió al analizar el caso concreto, se ordenará su desvinculación de la presente acción constitucional.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Décimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá,** administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE

PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO de la vulneración a los derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, salud, seguridad social y vida digna, por parte de **NUEVA EPS S.A.,** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** incoados por la señora **FANNY SUÁREZ CAMARGO** identificada con cédula de ciudadanía n° 39.695.361 expedida en Bogotá.

SEGUNDO: Por ende, se **NIEGA** por **IMPROCEDENTE** la acción de tutela incoada por **FANNY SUÁREZ CAMARGO** contra la **NUEVA EPS S.A.,** y la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en esta decisión.

TERCERO. DESVINCULAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** de la presente acción constitucional, por cuanto se evidencio la no trasgresión de derechos fundamentales a la actora en tutela por su parte.

CUARTO. Notifíquese la presente decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

QUINTO.- Remítase la actuación original ante la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de ser seleccionada y en el evento que no sea impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.
MARTHA CECILIA ARTUNDUAGA GUARACA
Juez

Firmado Por:
Martha Cecilia Artunduaga Guaraca
Juez
Juzgado De Circuito
Penal 010 Especializado
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **7d4c937f53c70c3a6f1a3df2f299afc75223f56ca2ebfd6c9c6bb93de3f45f4b**
Documento generado en 08/02/2023 10:31:27 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica