**SEGURIDAD SOCIAL / PAGO DE INCAPACIDADES / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD**

… el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso en concreto. Por ende en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, la Corte Constitucional ha determinado que existen excepciones que justifican su procedibilidad: «(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, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable…

**SEGURIDAD SOCIAL / PAGO DE INCAPACIDADES / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA**

Para solicitar, por este medio de defensa judicial, el pago del subsidio por incapacidad, en principio debe ventilarse en un proceso ordinario y ante el juez natural. No obstante, la Corte Constitucional ha reconocido que las incapacidades son una prestación del Sistema de Seguridad Social que tienen por virtud parar las contingencias surgidas con ocasión de afectaciones a la salud que padecen los trabajadores, dependientes o independientes, pues la suspensión temporal de la labor o actividad lucrativa que desarrolla el afectado, arriesga la posibilidad de que pueda satisfacer adecuadamente sus necesidades básicas y las de aquellas personas que están a su cargo…

**SEGURIDAD SOCIAL / INCAPACIDADES / ENTIDADES RESPONSABLES SEGÚN EL TIEMPO**

… el parágrafo 1° del art. 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013, dispone que el empleador debe asumir los dos primeros días de incapacidad y partir del tercer día y hasta el 180 es la EPS la encargada de pagar las incapacidades. En lo atinente al pago de las incapacidades que persisten y superan el día 181, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: «… 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.» En lo que corresponde al subsidio de incapacidad por enfermedad general cuando supera los 540 días, el reconocimiento y pago está a cargo de las EPS…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

Magistrado Ponente

Pereira, trece (13) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

|  |  |
| --- | --- |
| Proceso: | Impugnación de Acción de Tutela |
| Radicado: | 660013105004202310223-01 |
| Accionante: | Santiago Cárdenas Londoño |
| Accionada: | Nueva EPS S.A. |
| Vinculadas: | - Protección S.A.- Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) |
| Tema: | Pago de incapacidades |
| Decisión: | CONFIRMAR |

**SENTENCIA No. 47**

**Aprobado por Acta No. 110 del 13 de septiembre de 2023**

En la fecha y una vez cumplido el trámite de ley, se decide el recurso de impugnación interpuesto por la NUEVA EPS S.A. frente al fallo de primera instancia del 08 de agosto de 2023, proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, Risaralda.

1. **ANTECEDENTES**

El señor **SANTIAGO CÁRDENAS LONDOÑO**, actuando en nombre propio, promovió acción de tutela contra la NUEVA EPS S.A., al considerar vulnerados y amenazados sus derechos fundamentales al mínimo vital, salud, igualdad y seguridad social, consagrados en la Constitución Política.

Al trámite fueron vinculados la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES y PROTECCIÓN S.A.

El accionante justifica el amparo constitucional basado en los siguientes,

**HECHOS**

Señala que en el mes de junio de 2023 elevó derecho de petición ante la NUEVA EPS S.A. solicitando el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas comprendidas entre el mes de enero y mayo de 2023, dado que lleva incapacitado más de 540 días por enfermedad de origen común. En respuesta del 08 de junio, la EPS le informó que el pago no era procedente porque las incapacidades debían ser cobradas y pagadas al empleador y no al trabajador. En virtud de ello, considera que la entidad accionada vulnera sus derechos.

**PRETENSIONES**

El accionante solicita se tutelen sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordene a la NUEVA EPS S.A. reconocer y pagar las incapacidades médicas correspondientes al año 2023, relacionadas en el derecho de petición presentado el 08 de junio, y las que se hayan generado con posterioridad, así:



**POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS**

La vinculada **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (ADRES)**, expresó que la acción de tutela resulta improcedente por tratarse de un pago de incapacidad que debe ser resuelto a través de los procesos labores ordinarios y no por medio de la tutela, máxime cuando la jurisdicción ordinaria laboral es idónea y eficaz y el actor no demostró un perjuicio irremediable. Agregó que el reconocimiento de incapacidades no es una función de la ADRES y que el pago de las superiores a 540 días es obligación de las EPS, cuando: “i*) cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico; ii) cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante; iii) cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prologuen el tiempo de recuperación del paciente.”* Decreto 1333 de 2018. Advirtió que el valor de dichos pagos está a cargo del porcentaje adicional ya reconocido por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, de acuerdo con el artículo 6 de la Resolución 6411 de 2016.

En virtud de lo anterior, solicitó ser desvinculada de la acción de tutela por resultar improcedente y no haberse demostrado la vulneración de derechos fundamentales.

La **NUEVA EPS S.A.** manifestó que el afiliado presenta una incapacidad de 749 días continua al 04 de agosto de 2023. Completó 180 días el 04 de enero de 2022 y 540 días el 07 de enero de 2023. Inicialmente, el 04 de octubre de 2021 la EPS emitió concepto de rehabilitación *FAVORABLE,* notificado a la Administradora PROTECCIÓN con fecha del 14 de octubre de 2021. Posteriormente, la NUEVA EPS el 11 de abril de 2023 emitió concepto de rehabilitación *DESFAVORABLE* y el mismo díanotificó a la Administradora PROTECCIÓN. Luego, antes del día 150 de incapacidad, PROTECCIÓN S.A. inició el pago a partir del día 181, prorrogando el pago por 360 días adicionales a los primeros 180 y al finalizar este último periodo, debe calificar la pérdida de la capacidad laboral.

Teniendo en cuenta lo anterior, la EPS le informó al afiliado que no era posible efectuar el pago de las incapacidades dado que el Fondo de Pensiones es quien debe asumir dichos valores, dado que, el actor presenta una PCL superior al 50%, estructurada el 22 de marzo de 2023 y a partir de dicha calenda, no aplica el reconocimiento de la incapacidad temporal, ya que marca el inicio del reconocimiento pensional.

En consecuencia, solicita se nieguen las pretensiones de la tutela, ya que la EPS ha cumplido con su obligación legal de cancelar las incapacidades hasta el día 180, por lo que, cualquier otra incapacidad debe ser asumida por el fondo de pensiones.

La **AFP** **PROTECCIÓN S.A.** indicó que existe una falta de legitimación por pasiva porque la tutela va dirigida a una entidad diferente, además, el actor no ha presentado ninguna solicitud para el reconocimiento de una pensión que esté pendiente de resolver por parte de la Administradora. Advirtió que según la jurisprudencia, las incapacidades posteriores al día 540, le corresponde a la EPS independientemente del concepto de rehabilitación favorable o desfavorable. Agregó que en el caso del accionante, las incapacidades con pronóstico favorable entre el día 181 y 540 fueron efectivamente reconocidas por PROTECCIÓN S.A. En ese sentido, considera se deben negar las pretensiones de la acción.

**FALLO IMPUGNADO**

Mediante sentencia del 08 de agosto de 2023, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira resolvió tutelar los derechos del actor y, en consecuencia, ordenó a la NUEVA EPS S.A. efectuar el pago previo presentación de las siguientes incapacidades médicas:

1. 16-01-2023 al 21-01-2023 (06 días)
2. 22-01-2023 al 05-02-2023 (15 días)
3. 06-02-2023 al 07-03-2023 (30 días)
4. 08-03-2023 al 22-03-2023 (15 días)
5. 23-03-2023 al 21-04-2023 (30 días)
6. 22-04-2023 al 21-05-2023 (30 días)
7. 22-05-2023 al 05-06-2023 (15 días)
8. 06-06-2023 al 20-06-2023 (15 días)

Y las que expidan de manera continua al actor o hasta que PROTECCIÓN determine pensionar al accionante de acuerdo al dictamen de pérdida de la capacidad laboral.

Finalmente, decidió desvincular de la tutela a la AFP PROTECCIÓN y la ADRES.

Como fundamento de la decisión, la *a quo* indicó que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (*sentencias T-161/2019, T-403/2017 y T-490/2015*) y providencias de la Sala del Tribunal de Pereira (*sentencia del de 20 de septiembre de 2021Radicación Nro.: 66001-31- 05-004-2022-00255-01, magistrado ponente JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ*), las incapacidades superiores a 540 días le corresponden a la EPS; por tanto, PROTECCIÓN es la que debe cancelar las incapacidades generadas entre el 16-01-2023 al 20-06-2023 y hasta que PROTECCIÓN determine el derecho pensional.

**IMPUGNACIÓN**

La accionada **NUEVA EPS S.A.** reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la acción de tutela y solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, teniendo en cuenta que, es responsabilidad del fondo de pensiones cancelar las incapacidades que superen el día 541, puesto que, le asiste la obligación de emitir la calificación de la pérdida de la capacidad laboral. No obstante, en caso de mantener la decisión, se debe adicionar al fallo la facultad de recobro ante el ADRES con la respectiva orden de pago por parte del mismo, a favor de la NUEVA EPS S.A. de las incapacidades reconocidas sin el lleno de los requisitos legales para tal efecto.

Procede la Sala a decidir previas las siguientes:

1. **CONSIDERACIONES**

**Sobre la Acción de Tutela**

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la **Acción de Tutela** como un instrumento jurídico a través del cual los ciudadanos pueden acudir ante los Jueces Constitucionales a reclamar la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estén siendo vulnerados, sin mayores requerimientos de índole formal y con la certeza de obtener oportuna resolución. Así pues, la Tutela procede frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de dichos derechos fundamentales, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; de esta forma, se propende por cumplir uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados constitucionalmente.

Se trata entonces de una categoría constitucional de protección que consagró la Constitución de 1991, tendiente a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, de lesiones o amenazas de vulneración por parte de una autoridad pública y, bajo ciertos supuestos, por parte de un particular. Es un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley; en ese sentido, la Acción de Tutela es un instrumento jurídico de carácter subsidiario que no puede ser asumida como una institución procesal alternativa, supletiva, ni sustitutiva de las competencias constitucionales y legales de las autoridades públicas.

En efecto, el presupuesto de **subsidiariedad** que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso en concreto. Por ende en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, la Corte Constitucional ha determinado que existen excepciones que justifican su procedibilidad: *«(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, procede el amparo como mecanismo definitivo; 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****.»[[1]](#footnote-1)*

**Sobre el pago de incapacidades a través de Tutela**

Para solicitar, por este medio de defensa judicial, el pago del subsidio por incapacidad, en principio debe ventilarse en un proceso ordinario y ante el juez natural. No obstante, la Corte Constitucional ha reconocido que *las incapacidades son una prestación del Sistema de Seguridad Social que tienen por virtud parar las contingencias surgidas con ocasión de afectaciones a la salud que padecen los trabajadores, dependientes o independientes, pues la suspensión temporal de la labor o actividad lucrativa que desarrolla el afectado, arriesga la posibilidad de que pueda satisfacer adecuadamente sus necesidades básicas y las de aquellas personas que están a su cargo[[2]](#footnote-2).* Entonces,cuando el medio de defensa existente no es eficaz, dada la vulneración de los derechos fundamentales, la acción de tutela se vuelve excepcional para su protección en aras de evitar el perjuicio irremediable.

Al respecto, el parágrafo 1° del art. 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013, dispone que el empleador debe asumir los dos primeros días de incapacidad y partir del tercer día y hasta el 180 es la EPS la encargada de pagar las incapacidades.

En lo atinente al pago de las incapacidades que persisten y superan el día 181, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: «*En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181, 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****.»[[3]](#footnote-3)*

En lo que corresponde al subsidio de incapacidad por enfermedad general cuando supera los 540 días, el reconocimiento y pago está a cargo de las EPS conforme el art. 67 de la Ley 1753 de 2015.

**Caso Concreto**

Descendiendo al caso bajo estudio, según las contestaciones de las partes, el accionante presenta 749 días de incapacidad continua al 04 de agosto de 2023. Los primeros 180 días los completó el 04 de enero de 2022 y los 540 días se cumplieron el 07 de enero de 2023. La NUEVA EPS manifestó que canceló las incapacidades hasta el día 180 y la AFP PROTECCIÓN S.A. pagó las incapacidades generadas desde el día 181 al 540, esto es, entre el 05 de enero de 2022 y el 15 de enero de 2023.

De manera que, estarían pendientes de pago aquellas ocasionadas desde el día 541 en adelante, que van desde el 16 de enero de 2023 al 20 de junio de 2023. (anexo4)

En lo ateniente al pago de las incapacidades, según lo dispuesto en el artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 del 2018 las EPS son las encargadas de reconocer y pagar las incapacidades de origen común superiores a 540 días, en los siguientes casos:

“*1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.*

*2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.*

*3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.*

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

Así las cosas, las responsabilidades para el pago del subsidio por incapacidad está distribuido así:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Término** | **Responsable** | **Norma**  |
| 2 primeros días | Empleador | Artículo 1° Decreto 2943 de 2013 |
| Del día 3 hasta el día 180 | E.P.S. | Decreto 2943 de 2013 y Artículo 41 Ley 100 de 1993 |
| Del día 181 al 540 | Fondo de Pensiones | Ley 962 de 2005 y Artículo 41 Ley 100 de 1993 |
| Del día 541 en adelante | E.P.S. o Fondo de Pensiones | Artículo 67 Ley 1753 de 2015 y Decreto 1333 de 27 de julio de 2018 |

Sobre las incapacidades generadas a partir del día 541, la Corte Constitucional reiteró en la Sentencia T-235 de 2020, mencionada en la T-369 de 2022, que “***las incapacidades laborales que hayan sido causadas por enfermedades de origen común, ocasionadas a partir del día 541, en adelante, deben ser canceladas por la EPS a la que el trabajador se encuentre afiliado****,* ***hasta tanto este último logre su plena recuperación o le sea reconocida la respectiva pensión de invalidez***(…)*”.*

Pues bien, en el caso analizado, el despacho del ponente se comunicó con el accionante el 12 de septiembre y aclaró que fue valorado por el fondo de pensiones, que obtuvo una calificación del 50,20% de PCL, pero, PROTECCIÓN apeló el resultado y al momento se encuentra pendiente la decisión de fondo. Dichos que coinciden con las contestaciones de la EPS y la AFP. El Actor agregó que a la fecha sigue incapacitado y la NUEVA EPS le reconoció las incapacidades que se encontraban pendientes de pago, esto es, desde el 16 de enero de 2023 al 20 de junio de 2023; no obstante, continúa a la espera del pago efectivo de algunas generadas posteriormente.

Bajo tales términos, para la Sala resultó acertada la decisión de la *a quo*, pues es evidente que la NUEVA EPS S.A. es la responsable de reconocer y pagar las incapacidades médicas del accionante a partir del día 541 en adelante, desde el 16 de enero de 2023 al 20 de junio de 2023, ya que el actor no ha tenido ninguna recuperación durante el curso de la enfermedad de origen común y a la fecha no le ha sido reconocida la pensión de invalidez.

Así las cosas, se confirmará la decisión de la primera instancia y se declarará la carencia actual de objeto parcial, respecto de las incapacidades pagadas por la NUEVA EPS entre el 16 de enero de 2023 y el 20 de junio de 2023.

Finalmente, con relación a la solicitud de la EPS sobre adicionar al fallo la facultad de recobro ante el ADRES con la respectiva orden de pago a favor de la NUEVA EPS S.A., respecto de las incapacidades reconocidas superiores al día 540, la Sala se abstendrá de dar dicha orden dado que es una facultad que tienen las EPS y puede adelantarla conforme al trámite administrativo, si lo considera pertinente.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO**: **CONFIRMAR** la sentencia impugnada, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, Risaralda.

**SEGUNDO: DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO PARCIAL** respecto de las incapacidades pagadas por la NUEVA EPS entre el 16 de enero de 2023 y el 20 de junio de 2023, por las razones expuestas en la presente providencia.

**TERCERO: DENTRO** de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, **REMÍTASE** de forma electrónica y en los términos del Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020, la presente Acción de Tutela ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual **REVISIÓN.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

**GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

1. Sentencia T-401 de 2017 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-248 de 2015 [↑](#footnote-ref-2)
3. T-246 de 2018 [↑](#footnote-ref-3)