**SOCIAL / PAGO INCAPACIDADES / SUBSIDIARIEDAD**

De acuerdo al sistema normativo colombiano, para hacer efectivas pretensiones de carácter económico, en este caso -para obtener el pago de incapacidades- el medio idóneo, es la acción ordinaria laboral. No obstante, se ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de incapacidades, cuando al analizar el caso individual de cada sujeto se hace imperativo la protección de los derechos fundamentales de manera inmediata.

**SEGURIDAD SOCIAL / PAGO INCAPACIDADES / SUSTITUYEN EL SALARIO**

El sistema de seguridad social protege los derechos de los trabajadores en casos de contingencia, cuando el trabajador no se encuentra en condiciones para laborar por su estado de salud, el reconocimiento de las incapacidades médicas se constituye como una garantía a sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, de esta manera, el trabajador obtiene recursos para su sostenimiento y el de su núcleo familiar

**SEGURIDAD SOCIAL / PAGO INCAPACIDADES / NO INCIDE EL CONCEPTO DE REHABILITACIÓN**

En cuanto al pago de incapacidades cuando subsista concepto de rehabilitación, la Corte Constitucional ha dejado sentando que están a cargo de las entidades que administran los recursos destinados a la seguridad social según sea el tiempo ininterrumpido de las incapacidades que se causen, independientemente de la decisión plasmada en el concepto de rehabilitación emitido por la E.P.S.

**SEGURIDAD SOCIAL / INCAPACIDADES SUPERIORES A LOS 540 DÍAS / RESPONDEN LAS EPS**

… con relación a la obligación que tienen las EPS de hacerse cargo de la obligación del pago de las prestaciones económicas después del día 540, la Corte Constitucional ha referido que, hasta tanto las personas no tengan la posibilidad de acceder a la pensión de invalidez, estará a cargo de las entidades promotoras de salud el pago del auxilio de incapacidad que se causa con posterioridad a los 540 días…

**SEGURIDAD SOCIAL / INCAPACIDADES SUPERIORES A LOS 540 DÍAS / RECOBRO AL ADRES**

Ha sostenido este tribunal mediante Sentencia del 28 de marzo de 2021 con radicación 66001310500120220003101, M.P. Julio César Salazar Muñoz…: “Actualmente no es necesario que en el fallo de tutela se faculte a la EPS o ARS a recobrar ante el ADRES, por los gastos en los que incurra frente a la orden de prestación de servicios y tecnologías de salud no financiados con cargo a la UPC del régimen contributivo, pues esta es una garantía legal que le asiste a este tipo de entidades y que se encuentra regulada de manera expresa en la Resolución No. 1885 de mayo de 2018, expedida por el Ministerio de Salud, modificada por la Resolución No 41656 de 2019, a su vez modificada por la Resolución No 3511 de 2020”.

Providencia : Sentencia de Segunda Instancia

Radicación No. : 66001310500420231018301

Proceso : Acción de tutela (Impugnación)

Demandante : Alexander Benavides Espinosa.

Demandado : Nueva EPS y Protección S.A.

Juzgado : Cuarto Laboral Del Circuito - Pereira

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucia Caicedo Calderón**

Pereira, diecinueve (19) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra el fallo proferido el dos (02) de junio de 2023, dentro de la **acción de tutela** impetrada por **Alexander Benavides Espinosa**, en contra del Fondo de Pensiones **Protección S.A.** yla **Nueva EPS**, através de la cual sesolicita el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social. Al trámite se vinculó a **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES)** y a **Medimas EPS en liquidación**.

1. **LA DEMANDA DE TUTELA**

Los hechos que interesan a la litis y que sustentan las pretensiones de la acción informan lo siguiente[[1]](#footnote-1):

Narró el accionante que fue incapacitado por primera vez el día dos (02) de febrero del año 2018 por causa de enfermedad general, que, a su juicio, había sido por accidente laboral, tal como se corroboró el 30 de abril de ese mismo año, cuando se declaró que esa patología se había derivado de un accidente laboral. A raíz de ello, se continuó con la concesión de las incapacidades por accidente de trabajo hasta el siete (07) de enero del 2019, mencionando que para ese entonces era su ARL la que cumplía esa obligación.

Indicó que a partir del diecisiete (17) de octubre de la anualidad del 2019, hasta la calenda del uno (01) de julio del 2020 se reemprendió su incapacidad como enfermedad general, haciendo hincapié que desde el mes de junio del año 2018 hasta el uno (01) de julio del 2020 persistió su incapacidad por enfermedad general. Puso de manifiesto que desde que perteneció a MEDIMAS EPS S.A.S esta efectuó el pago de todas sus incapacidades.

Informó que a partir del tres (03) de julio del 2020 se procedió a contabilizar sus días de incapacidad con concepto de enfermedad general hasta el veinticinco (25) de enero del año 2022, fecha hasta la cual su AFP PROTECCION efectuó el pago de todas sus incapacidades, al momento de completar sus 549 días de incapacidad, la entidad *Ídem* no continuó pagando sus incapacidades, y en lugar a eso, lo remitió a la NUEVA EPS, haciendo la salvedad que esta última nunca pagó alguna de sus incapacidades.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **NUMERO** | **INCAPACIDAD** | **DIAS INCAPACIDAD** | **PERIODO** |
| 1 | 7837257 | 30 | 30-04-2022 AL 29/05/2022 |
|  | NO APORTA |  | 30/05/2022 AL 01/06/2022 |
| 2 | 7946258 | 15 | 02/06/2022 AL 16/06/2022 |
| NO APORTA |  |  | 17/06/2022 AL 01/07/2022 |
| 3 | 7000337690 | 15 | 02/07/2022 AL 16/07/2022 |
| 4 | 7000371511 | 5 | 17/07/2022 AL 21/07/2022 |
| 5 | 7000380570 | 15 | 22/07/2022 AL 05/08/2022 |
| 6 | 7000413343 | 25 | 06/08/2022 AL 30/08/2022 |
| 7 | 7000462475 | 15 | 31/08/2022 AL 14/09/2022 |
| 8 | 8298974 | 30 | 15/09/2022 AL 14/10/2022 |
| 9 | 7000564548 | 15 | 15/10/2022 AL 29/10/2022 |
| NO APORTA |  |  | 30/10/2022 AL 01/11/2022 |
| 10 | 700030602 | 15 | 02/11/2022 AL 16/11/2022 |
| 11 | 7000629774 | 15 | 17/11/2022 AL 01/12/2022 |
| 12 | 7000668540 | 30 | 02/12/2022 AL 31/12/2022 |
| 13 | 7000733443 | 15 | 01/01/2023 AL 15/01/2023 |
| 14 | 8720108 | 15 | 16/01/2023 AL 30/01/2023 |
| 15 | 7000789394 | 17 | 31/01/2023 AL 16/02/2023 |
| 16 | 7000829639 | 30 | 17/02/2023 AL 18/03/2023 |
| 17 | 7000894888 | 15 | 19/03/2023 AL 02/04/2023 |
| 18 | 7000925829 | 5 | 03/04/2023 AL 07/04/2023 |
| 19 | 7000945532 | 7 | 08/04/2023 AL 14/04/2023 |
| NO APORTA |  |  | 15/04/2023 AL 16/04/2023 |
| 20 | 7000951988 | 15 | 17/04/2023 AL 01/05/2023 |
| 21 | 7000983389 | 5 | 02/05/2023 AL 06/05/2023 |
| 22 | 7000999222 | 8 | 07/05/2023 AL 14/05/2023 |
| 23 | 9130639 | 30 | 15/05/2023 AL 13/06/2023 |
| SUMA TOTAL DIAS |  | 387 |  |

Por estos prolegómenos el accionante esgrime el petitum, el cual se erige de la siguiente manera:

En primer término, solicita que se **AMPAREN** los derechos fundamentales al mínimo vital en conexidad con la seguridad social, salud, vida digna. En segundo lugar, solicita que se ordene el pago de las incapacidades desde abril de 2022 hasta mayo de 2023, y las que el médico tratante siga expidiendo.

1. **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE TUTELA**

**Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES):**

En su informe alegó, de manera preliminar, que la acción tuitiva es improcedente por cuanto al existir un medio propio para llevar a cabo dicha reclamación, se estaría desplazando de la órbita al juez natural; de igual forma esgrime conforme al requisito de inmediatez, que la parte accionante ha dejado transcurrir el tiempo demostrando la ausencia de objeto por el que se configure la necesidad de una protección inmediata, y dada su connotación económica tampoco envuelve una protección apremiante.

Por otro lado, pone de relieve que no es una función de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, el pago de incapacidades, por lo cual, ante una eventual vulneración de los derechos fundamentales anotados, dicha entidad no sería llamada a responder, así pues, entibó:

*“De otra parte, respecto al pago de incapacidades superiores a 540 días, el Decreto 1333 de 2018 estableció como obligación de las EPS el reconocimiento y pago de las mismas: 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. De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, las EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541). 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.”*

Con todo, colige que la obligación del reconocimiento y pago de las incapacidades corre por cuenta de la EPS, aduciendo que dicha EPS no realizó ninguna gestión para que se realizaran los pagos, allanándose a la mora.

Por contera, depreca que se declare la improcedencia de la acción de tutela, y en consecuencia, sean desvinculados de la acción.

**AFP Protección S.A.:**

En lo tocante a la procedencia de la acción de la referencia, manifestó que no se suple la subsidiariedad toda vez que para el caso *sub examine,* el cauce ordinario se ha de adelantar ante la jurisdicción laboral por su naturaleza, señalando que no es un mecanismo alternativo para lograr la protección de derechos, sino un medio residual y subsidiario, supeditado a la falta de recursos o medios de defensa judicial que permitan hacer valer las pretensiones del afectado, salvo que se utilice como mecanismo transitorio ante la presencia de un perjuicio irremediable.

Indicó que Alexander Benavides Espinoza, identificado con cédula de ciudadanía No. 1087555551, presenta afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por ING hoy Protección S.A. desde el 19 de julio de 2012 y con fecha de inicio de efectividad de la afiliación desde el 20 de julio de 2012, como vinculación inicial al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Informó que en el marco del trámite de tutela conocido por el JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE LA VIRGINIA – RISARALDA bajo el radicado 2021 – 00418 se le ordenó reconocer y pagar las incapacidades médicas del Señor Alexander Benavides, que se generaron desde el 15 de julio del año 2021 hasta el 2 de septiembre de esa misma anualidad, debiendo cancelar las que se causen hasta el día 540.

Agregó que se procedió a efectuar el pago de las incapacidades ordenadas hasta el día 540 (17 de enero de 2022), teniendo en cuenta que el día 181 de incapacidad se cumplió el 16 de enero de 2021, según récord de incapacidad emitido por la EPS. Por esa razón, el accionante tras haber cumplido los 540 días de incapacidad continua, procedió con su trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral, fruto de lo cual se remitió el expediente del afiliado a la Comisión Médico Laboral con quien tiene contrato de prestación de servicios para tal fin. Dicha Comisión procedió a valorar el estado de salud del accionante y emitió un dictamen por medio del cual se determinó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 40.06% de origen común y con fecha de estructuración del 3 de mayo de 2022.

Añadió que, frente a esa decisión, el demandante interpuso recurso de apelación, por lo que se procedió con el pago de los honorarios y el envío del expediente ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, los cuales en segunda instancia dilucidaron que el accionante cuenta con un porcentaje del 45.09% de pérdida de capacidad laboral, de origen común y con fecha de estructuración del 5 de mayo del año 2022.

Aseveró que el demandante interpuso recurso de apelación contra dicho dictamen, razón por la cual la AFP procedió con el pago de honorarios y envío del expediente para la valoración final ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, trámite que aún se encuentra en curso.

Como colofón, expone que las incapacidades pretendidas por el accionante son posteriores al día 540, por lo cual es su EPS que tiene a su cargo la obligación de efectuar su pago.

**Nueva EPS:**

Con referencia al trámite de la acción de tutela, aseguró que no es procedente el amparo por tratarse del reclamo de prestaciones económicas. En cuanto al problema de fondo, puso de manifiesto que el señor ALEXANDER BENAVIDES ESPINOSA se encuentra afiliado al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de NUEVA EPS y en estado ACTIVO, no obstante, mencionó que viene de cesión al ser trasladado de su antigua EPS, siendo MEDIMÁS en liquidación con inicio de vigencia en Nueva EPS a partir del 17 de marzo de 2022; bajo esa tesitura, alegan desconocer el historial de incapacidades que se presentó en la entidad de marras.

Por otra parte, expresó que la parte accionante ya cuenta con calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%.

Manifestó la necesidad de vincular al trámite a MEDIMÁS en liquidación, para que se sirva de informar si el tutelante radicó los soportes correspondientes para el cobro de sus prestaciones económicas, emita el certificado de incapacidades, reporte el soporte del concepto de rehabilitación amén de conocer el acumulado de días de prórroga, para que de esta forma se pueda definir si se trata de incapacidades superiores al día 180 o al día 540.

Por su parte, **Medimás EPS en liquidación** brindó contestación al diferendo, en el sentido de indicar que se avizora una evidente falta de legitimación en la causa por pasiva, puesto que la responsabilidad de efectuar el pago de las incapacidades no recae en ellos, pues ratifica por medio del certificado adosado del ADRES, que el accionante desde el 17 de marzo de 2022 se encuentra afiliado en el régimen contributivo en NUEVA EPS.

Afirmó que liquidó y pagó todas las prestaciones económicas que fueron otorgadas al actor durante la vigencia de su afiliación con Medimás EPS. Corolario de lo enunciado, explicó que, durante su operación como aseguradora, Medimás expidió el respectivo concepto de rehabilitación con pronóstico laboral desfavorable, el cual fue debidamente notificado ante el fondo de pensiones PROTECCIÓN.

Informó que los periodos que comprenden las incapacidades que reclama el accionante fueron compensados a NUEVA EPS, lo que demuestra que dicha aseguradora dispone de los recursos necesarios para hacer efectivo el reconocimiento de las prestaciones económicas que pretendidas en el proceso de la referencia.

Concluyó que dio cabal cumplimiento a lo conminado, por lo cual no transgredió ningún derecho de estirpe fundamental al demandante, por ende, solicitó la desvinculación de la acción en curso por no encuadrarse dentro de la legitimación en la causa por pasiva.

Como pretensión subsidiaria, ante el eventual suceso de encontrarse responsable del pago de las mentadas incapacidades, se estime la insatisfacción del requisito de subsidiariedad por existir un mecanismo ordinario de defensa.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La jueza de primera instancia tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital y salud de los que es titular Alexander Benavides Espinosa. En consecuencia, ordenó a la Nueva EPS que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, procediera a efectuar el pago de las incapacidades a partir del 30 de abril del 2022, hasta el 16 de junio hogaño o hasta que la AFP Protección determine pensionar al accionante de acuerdo al dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Para llegar a tal determinación, la jueza de primera instancia consideró, previo a encontrar cumplidos los elementos de procedencia de la acción de tutela, que como el señor Alexander Benavides Espinosa fue incapacitado por médico adscrito a la EPS Medimás, inicialmente el 29 de junio del año 2020 y ha estado incapacitado de manera continua hasta el 16 de junio del año que avanza, el 15 de enero del 2021 cumplió los 180 días de incapacidad continua, fruto de lo cual Medimás remitió el concepto de rehabilitación desfavorable a la AFP Protección. Por tal tesitura, la *a-quo* se ciñó al tenor del Decreto 019 de 2012 artículo 142, el cual reza:

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

Por otra parte, para el operador judicial no existe hesitación alguna en lo atinente a la obligación que reviste a la AFP Protección de cancelar un subsidio equivalente a las incapacidades continúas expedidas al actor ulteriores al día 180 y hasta el día 540 de incapacidad continua, pues tanto en su escrito de tutela, como en la contestación al requerimiento elevado por esa misma célula judicial, quedó en evidencia que Protección canceló las incapacidades expedidas de manera continua hasta el día 549, esto es, hasta el día 25 de enero del 2022.

A su vez, hizo remembranza del trámite de pérdida de capacidad laboral que actualmente se encuentra en curso ante LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN, que hasta el momento no ha emitido dictamen alguno.

En lo tocante a las incapacidades proferidas posteriores al día 540 de incapacidad continua, -a partir del 25 de enero del 2022-, y las demás que se le expidan de manera continua al actor le corresponden a la EPS el pago de incapacidades posteriores al día 540, bajo el argumento acuñado en la sentencia T-403 de 2017.

1. **IMPUGNACIÓN**

Inconforme con la decisión, la Nueva EPS emprende recurso de alzada, en el sentido de exponer de manera sintetizada que cumplimentó lo dispuesto en el artículo 227 del C.S.T. respecto del cubrimiento de incapacidades que presentan una enfermedad de origen común.

Arguyó que el cubrimiento de incapacidades por enfermedad general solo será de cargo de las EPS las incapacidades temporales por enfermedad general que no excedan los 180 días de incapacidad, aseverando que su actuar se ajusta a derecho, por tanto, menciona que es la AFP Protección quien debe dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 142 del decreto 19 de 2012 y se sirva proceder a cancelar las incapacidades superiores a 180 días reclamadas precedentemente.

Hizo remembranza de la responsabilidad que recae ante la AFP del reconocimiento económico con independencia de si el concepto de rehabilitación emitido por la EPS es favorable o desfavorable.

En suma, manifestó que la decisión emitida por la falladora de primera instancia fue desacertada al imponerle la orden de efectuar el pago de las incapacidades insolutas al demandante, pues infringió lo dispuesto en el Decreto 2463 de 2001 Art. 23, y Articulo 227 del Código Sustantivo del Trabajo en el sentido de establecer que le compete a la AFP PROTECCIÓN, cumplir con sus obligaciones de reconocer incapacidades superiores a los 180 días.

Su pretensión principal se circunscribe a solicitar la revocatoria del ordinal SEGUNDO de la sentencia proferida por JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO LOCAL en el sentido de ordenar directamente a la AFP PROTECCION que cancele todas las incapacidades a favor del tutelante.

De manera subsidiaria solicitó adicionar el fallo de primera instancia, de modo que se conceda la facultad de recobro ante el ADRES con la respectiva orden de pago por parte del mismo a favor de NUEVA EPS de las incapacidades reconocidas *“sin el lleno de los requisitos legales para el efecto”.*

Finalmente, deprecó que *“se conmine al fondo de pensiones para que se solicite una valoración donde se pueda determinar la viabilidad de calificación de pérdida de capacidad laboral y/o reintegro laboral en el mismo cargo o uno diferente”.*

1. **PROBLEMA JURIDICO**

El problema jurídico se circunscribe a determinar de acuerdo a las situaciones fácticas expuestas, si le asiste obligación a la Nueva EPS, de pagar a favor del señor Alexander Benavides Espinosa las incapacidades médicas generadas a partir del día 541, específicamente desde el 30 de abril del año 2022.

En caso positivo, establecer si hay lugar a ordenar el recobro ante el ADRES con la respectiva orden de pago por parte del mismo a favor de NUEVA EPS de las incapacidades que pague al actor por cuenta de esta acción de tutela.

1. **CONSIDERECIONES**
	1. **Presupuestos Generales de procedencia.**

**6.1.1. Legitimación por activa.**

El artículo 86 de la Constitución política y el artículo 10 del decreto 2591 de 1991 consagra que *“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante”.* En este sentido se acredita la legitimación en la causa por activa del señor ALEXANDER BENAVIDES, quien actúa mediante vocero judicial con el fin de obtener la tutela de los derechos antes esgrimidos, presuntamente vulnerados por La Nueva EPS, ante la negativa de las entidades de reconocer y pagar las incapacidades médicas.

* + 1. **Legitimación por pasiva.**

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva en la acción de tutela, los artículos 5º, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991, prevén que esta se puede promover contra todas las autoridades y también, contra los particulares que estén encargados de la prestación de un servicio público, o, respecto de quienes el solicitante se halle en situación de subordinación e indefensión.

En efecto, la acción de tutela se dirige contra la Nueva EPS, La ADRES, Medimás y PROTECCION, entidades de carácter público y privado, a quien se les endilga la presunta conducta violatoria al mínimo vital, la vida y seguridad social, como eventual encargada de asumir el pago de las incapacidades generadas al usuario.

* + 1. **Inmediatez.**

Garantizar la protección inmediata y oportuna de los derechos fundamentales, es la finalidad de la acción constitucional de tutela, y en consecuencia la parte actora debe solicitar la protección de los derechos que considere vulnerados dentro de un término razonable.

Ahora bien, la Corte ha reiterado que el principio de inmediatez no es estricto, cuando la posible afectación se cause de manera continua, o bien sea, porque la cuestión en estudio que presuntamente pone en riesgo el derecho fundamental del actor se esté presentando actualmente.

En razón de lo expuesto, en el caso que ocupa a esta Sala, se cumple este requisito teniendo en cuenta, que los hechos que soportan las pretensiones del señor ALEXANDER BENAVIDES persisten actualmente, ya que la última incapacidad continua se expidió desde el día 15 de mayo del 2023 y la presente acción fue incoada el día 24 de mayo del año actual.

* + 1. **Subsidiariedad**.

De acuerdo al sistema normativo colombiano, para hacer efectivas pretensiones de carácter económico, en este caso -para obtener el pago de incapacidades- el medio idóneo, es la acción ordinaria laboral.

No obstante, se ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela para el pago de incapacidades, cuando al analizar el caso individual de cada sujeto se hace imperativo la protección de los derechos fundamentales de manera inmediata.

Frente al pago de incapacidades la Honorable Corte Constitucional en sentencia T- 194 de 2021, reza:

 *“Con el fin de determinar la procedencia de la acción de amparo cuando median este tipo de pretensiones, se han ponderado aspectos como la edad del presunto afectado (menor de edad, adulto mayor), la situación económica, el estado de salud del solicitante y de su familia, el grado de afectación que tendrían sus derechos fundamentales ante la falta de pago de la prestación económica solicitada (mínimo vital), así como la actividad administrativa adelantada para obtener la protección de sus derechos.”*

Finalmente, teniendo en cuenta que los hechos que alega la parte actora persisten y la acción de tutela es el mecanismo para derrumbar las barreras administrativas que impidan el disfrute normal de los derechos fundamentales, esta Sala encuentra cumplido el principio de subsidiariedad.

Superados los requisitos generales de procedencia de la acción, se pasará a exponer de manera breve los temas que servirán para la resolución del caso concreto.

* 1. **El pago recibido por las incapacidades laborales es un sustituto del salario**

El sistema de seguridad social protege los derechos de los trabajadores en casos de contingencia, cuando el trabajador no se encuentra en condiciones para laborar por su estado de salud, el reconocimiento de las incapacidades médicas se constituye como una garantía a sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, de esta manera, el trabajador obtiene recursos para su sostenimiento y el de su núcleo familiar. De este modo, lo señala la Corte Constitucional:

*“i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;*

*ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y*

*iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta”.[[2]](#footnote-2)*

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

En el marco normativo colombiano, se ha instituido dentro del Sistema de Seguridad Social, el reconocimiento y pago de incapacidades de carácter común, o por enfermedad profesional.

Tratándose de enfermedad de origen común, la responsabilidad del pago se distribuye según el tiempo en que se prolongue la incapacidad, así:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  **Periodo** |  **Entidad obligada** | **Marco normativo** |
| 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 a 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 |

Fuente: Corte Constitucional Sentencia T-194 de 2021.

* 1. **Pago de incapacidades y su condicionamiento frente al concepto de rehabilitación.**

En cuanto al pago de incapacidades cuando subsista concepto de rehabilitación, la Corte Constitucional ha dejado sentando que están a cargo de las entidades que administran los recursos destinados a la seguridad social según sea el tiempo ininterrumpido de las incapacidades que se causen, independientemente de la decisión plasmada en el concepto de rehabilitación emitido por la E.P.S.

*“En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181, de acuerdo con la norma citada del Decreto 019 de 2012, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado. Si bien esto último fue objeto de debate en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, 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 con independencia de la decisión contenida en el concepto”. Sentencia T 523 de 2020.*

* 1. **Pago de incapacidades posteriores a los 540 días de incapacidad**

Ahora bien, con relación a la obligación que tienen las EPS de hacerse cargo de la obligación del pago de las prestaciones económicas después del día 540, la Corte Constitucional ha referido que, hasta tanto las personas no tengan la posibilidad de acceder a la pensión de invalidez, estará a cargo de las entidades promotoras de salud el pago del auxilio de incapacidad que se causa con posterioridad a los 540 días, pues existen dolencias y secuelas que dejan ciertas enfermedades o accidentes de origen común que obligan a las EPS a certificar incapacidades por lapsos de tiempo mucho más extensos.

*“En ese orden, el Gobierno Nacional, expidió la Ley 1753 de 2015, mediante la cual buscó dar una solución a al aludido déficit de protección. Así, dispuso en el artículo 67 de la mencionada ley, que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas, al reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS.”*

*Con fundamento en lo anterior, la corte ha reiterado que en todos los casos en que se solicite el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad superior a 540 días, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social están en la obligación de cumplir con lo dispuesto en la normatividad vigente, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado.*

* 1. **De la facultad de recobrar que pueden ejercer las EPS ante la** **administradora de recursos del sistema general de seguridad social en salud (ADRES).**

Ha sostenido este tribunal mediante Sentencia del 28 de marzo de 2021 con radicación 66001310500120220003101, M.P. Julio César Salazar Muñoz, lo concerniente a la facultad del recobro que pueden realizar las Entidades promotoras de salud ante la administradora del sistema de seguridad social en salud, -ADRES-, así:

*“Antes de que fuera derogado el literal j del artículo 14 de la Ley 122 de 2007, al juez de tutela le correspondía limitar el derecho al recobro que les asiste a las EPS y ARS frente al Fosyga y los entes territoriales, a un 50% sí el usuario se veía en la obligación de iniciar una acción de tutela para lograr la atención y el suministro de los servicios en salud.*

*Actualmente no es necesario que en el fallo de tutela se faculte a la EPS o ARS a recobrar ante el ADRES, por los gastos en los que incurra frente a la orden de prestación de servicios y tecnologías de salud no financiados con cargo a la UPC del régimen contributivo, pues esta es una garantía legal que le asiste a este tipo de entidades y que se encuentra regulada de manera expresa en la Resolución No. 1885 de mayo de 2018, expedida por el Ministerio de Salud, modificada por la Resolución No 41656 de 2019, a su vez modificada por la Resolución No 3511 de 2020.*

*La Corte Constitucional en la Sentencia T-048 del cuatro (4) de febrero de dos mil once (2011), M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, destacó: “tal como señaló el juez de primera instancia, el fundamento del recobro de una entidad ante el FOSYGA no surge de la jurisprudencia constitucional, sino de la ley y la reglamentación legal”.*

* 1. **CASO CONCRETO**

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el señor ALEXANDER BENAVIDES, acude a la vía de tutela con el propósito de proteger los derechos fundamentales al mínimo vital en conexidad con la seguridad social, derecho a habitación familiar, vida digna con dignidad humana, debido a que le han sido expedidas incapacidades desde abril de 2022 a junio de 2023, sin que a la fecha hubiese obtenido el pago de las mismas por parte las accionadas.

La jueza de primera instancia decidió tutelar los derechos fundamentales del actor y ordenó a La Nueva EPS que procediera a efectuar el pago de las incapacidades a partir del 30 de abril del año 2022 hasta el día 16 de junio de 2023, al haber evidenciado que la AFP Protección canceló las incapacidades que corrían desde el día 180 hasta el día 549 (25 de enero del 2022), por lo que consecuentemente estableció que la obligación de reconocer y abonar las incapacidades subsecuentes al día 540 (549 en el caso bajo examen), y las demás que se le expidan de manera continua, recae en la Nueva EPS a la luz de lo dispuesto en la sentencia T-403 de 2017 del máximo Tribunal Constitucional. En virtud de lo anterior, ordenó a La Nueva EPS de reconocer y efectuar el pago de las incapacidades insolutas causadas desde el 30 de abril del año 2022, hasta las que se le expidan de manera continua al actor o hasta que su AFP Protección determine pensionar al accionante de acuerdo al dictamen de pérdida de capacidad laboral.

En la impugnación, en síntesis, la Nueva EPS básicamente asevera que el cubrimiento de las incapacidades por enfermedad general solo estará a cargo de las EPS durante los primeros 180 días, afirmando que es la AFP Protección quien debe dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 142 del decreto 19 de 2012, esto es, canclear las incapacidades superiores a 180 días.

A efectos de resolver el problema jurídico, la Sala pasa a valorar las pruebas que obran en el expediente, así:

Con la demanda, el accionante allegó veintitrés certificados de incapacidades emitidos por la Nueva EPS, que militan en el expediente desde el archivo 03 del cuaderno de primera instancia, hasta el archivo 28 del mismo, las cuales hasta el momento de la presentación de la acción proteccionista se encontraban insolutas como se pasan a ver en el siguiente cuadro.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **NUMERO** | **INCAPACIDAD** | **DIAS INCAPACIDAD** | **PERIODO** |
| 1 | 7837257 | 30 | 30-04-2022 AL 29/05/2022 |
|  | NO APORTA |  | 30/05/2022 AL 01/06/2022 |
| 2 | 7946258 | 15 | 02/06/2022 AL 16/06/2022 |
| NO APORTA |  |  | 17/06/2022 AL 01/07/2022 |
| 3 | 7000337690 | 15 | 02/07/2022 AL 16/07/2022 |
| 4 | 7000371511 | 5 | 17/07/2022 AL 21/07/2022 |
| 5 | 7000380570 | 15 | 22/07/2022 AL 05/08/2022 |
| 6 | 7000413343 | 25 | 06/08/2022 AL 30/08/2022 |
| 7 | 7000462475 | 15 | 31/08/2022 AL 14/09/2022 |
| 8 | 8298974 | 30 | 15/09/2022 AL 14/10/2022 |
| 9 | 7000564548 | 15 | 15/10/2022 AL 29/10/2022 |
| NO APORTA |  |  | 30/10/2022 AL 01/11/2022 |
| 10 | 700030602 | 15 | 02/11/2022 AL 16/11/2022 |
| 11 | 7000629774 | 15 | 17/11/2022 AL 01/12/2022 |
| 12 | 7000668540 | 30 | 02/12/2022 AL 31/12/2022 |
| 13 | 7000733443 | 15 | 01/01/2023 AL 15/01/2023 |
| 14 | 8720108 | 15 | 16/01/2023 AL 30/01/2023 |
| 15 | 7000789394 | 17 | 31/01/2023 AL 16/02/2023 |
| 16 | 7000829639 | 30 | 17/02/2023 AL 18/03/2023 |
| 17 | 7000894888 | 15 | 19/03/2023 AL 02/04/2023 |
| 18 | 7000925829 | 5 | 03/04/2023 AL 07/04/2023 |
| 19 | 7000945532 | 7 | 08/04/2023 AL 14/04/2023 |
| NO APORTA |  |  | 15/04/2023 AL 16/04/2023 |
| 20 | 7000951988 | 15 | 17/04/2023 AL 01/05/2023 |
| 21 | 7000983389 | 5 | 02/05/2023 AL 06/05/2023 |
| 22 | 7000999222 | 8 | 07/05/2023 AL 14/05/2023 |
| 23 | 9130639 | 30 | 15/05/2023 AL 13/06/2023 |
| SUMA TOTAL DIAS |  | 387 |  |

Conviene traer a colación el compilado de los padecimientos propios del accionante, contentivos en los anexos de los certificados de incapacidades emitidos por la Nueva EPS, arribados por el accionante, condiciones de las cuales se habla:

*M511 trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía, F412 trastorno mixto de ansiedad y depresión, K219 enfermedad de reflujo gastroesofágico, F200 esquizofrenia paranoide, R522 dolor crónico intratable, K296 gastritis, R490 disfonía, JOOX rinofaringitis aguda, T940 secuelas de traumatismos que afectan múltiples regiones del cuerpo, F432 trastornos de adaptación, L22X dermatitis del pañal, 1778 otros trastornos especificados de arterias y arteriolas; Escoliosis, hernias discales, trastorno de disco lumbar, artrosis, espondilosis, radiculopatía de columna vertebral: FIBROLIALGIA, , mentales y fibrosis, M 350 síndrome seco de SJOGREN, M 511 radiculopatía, R 104 Otros Dolores abdominales no especificados; 5800 contusión de rodilla, M 509 Trastorno de disco cervical no especificado, M 513 Otras degeneraciones especificadas de disco Intervertebral y M 479 Espondilosis no especificada entre otras.*[[3]](#footnote-3)

Con base en lo anterior, no hay lugar a vacilación alguna para determinar que quien está compelida a realizar el reconocimiento y pago de las incapacidades plasmadas primigeniamente es La Nueva EPS, en razón de que las EPS tienen a su cargo algunos deberes en el reconocimiento y pago a sus afiliados de las incapacidades que se causen con posterioridad al día 540, tal como lo dispone el Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, sin perjuicio de la facultad de ejercer el recobro de los dineros pagados por concepto de dichas incapacidades ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social -ADRES-.

Por su parte, en el memorial que milita en el cuaderno de segunda instancia,[[4]](#footnote-4) en cumplimiento del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito local, la Nueva EPS informa que procedió a efectuar pago parcial de las incapacidades que corren desde el 30 de abril del 2022, hasta la del 14 de abril de los cursantes, razón por la cual no es posible hablar de una eventual configuración del fenómeno jurídico de carencia actual de objeto por hecho superado, pues se avizora la inobservancia del reconocimiento y pago con respecto a las incapacidades posteriores a la fecha del 14 de abril de los corrientes, a través del memorial anejado en segunda instancia por parte del accionante[[5]](#footnote-5), por medio del cual solicita encarecidamente el pago de lo faltante.

Por otra parte, La Nueva EPS advierte que teniendo en cuenta la amplia estructura organizacional que reviste la entidad, quien está llamado a velar por el cumplimiento del fallo de tutela es el Dr. CESAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE en su condición de Director de Prestaciones Económicas de NUEVA EPS. En consecuencia, se adicionará la sentencia de primera instancia en este sentido.

Finalmente, respecto a la facultad de recobro solicitado por LA NUEVA EPS en la impugnación, la Sala observa que no es necesario que en sede de tutela se ordene o autorice expresamente, en virtud del pronunciamiento adoptado en la Resolución No. 1479 de 2015 proferida por el Ministerio de Salud y la Protección Social, que, por ser una facultad legal, no requiere orden judicial para llevarse a cabo.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO**: **ADICIONAR** el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira el 02 de junio del 2023 dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor ALEXANDER BENAVIDES identificado con cédula de ciudadanía 1087555551, en el sentido de indicar que el cumplimiento de la sentencia de tutela está a cargo del Dr. CESAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE en su condición de Director de Prestaciones Económicas de NUEVA EPS, o quien haga sus veces.

**SEGUNDO:** Confirmar en todo lo demás la sentencia impugnada.

**TERCERO:** Comuníquese esta decisión a los interesados por el medio más eficaz.

**CUARTO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

 La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

1. Extraído del cuaderno de primera instancia, archivo 38AccionanteComntestaRequerimiento. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-490 de 2015. [↑](#footnote-ref-2)
3. Extraído del cuaderno de primera instancia, archivos 02EscritoTutela, folios 1 y 2, y archivos 03Incapacidad01 al 28Incapacidad23. [↑](#footnote-ref-3)
4. Extraído del cuaderno de segunda instancia, archivo 02Memorial, folios 3, 4, 8, 9 y 10. [↑](#footnote-ref-4)
5. Extraído del cuaderno de segunda instancia, archivo 04Memorial folios 1,2 y 16 al 26. [↑](#footnote-ref-5)