El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / PAGO INCAPACIDADES MÉDICAS / DISTRIBUCIÓN PAGO / SUPERIOR A 540 DÍAS CORRESPONDE A EPS / SUSTENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL.**

En lo correspondiente a la responsabilidad frente al reconocimiento y pago de incapacidades, la misma se encuentra distribuida así:

i. Entre el día 1 y 2 el empleador es el encargado de asumir su desembolso…

ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado…, a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado…

iii. Durante 360 días, contados desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del fondo de pensiones…, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS. (…)

Así las cosas, es claro que las AFP por regla general, deben asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones. Caso en el cual, los 360 días a su cargo empezarán a contar una vez recibido el concepto de rehabilitación.

iv. Ahora bien, en cuanto al pago de las incapacidades que superan los 540 días…

… todo vacío al respecto fue superado con la expedición de la Ley 1753 de 2015, la cual dispone en el artículo 67 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”. Esto es, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

# **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada ponente:

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

|  |  |
| --- | --- |
| Accionante: | Alba Marina Castrillón de Zuluaga |
| Accionados: | Nueva E.P.S. S.A. |
| Radicación No. | 66001–31-05-003-2020-00163-01 |
| Juzgado origen: | Tercero Laboral del Circuito de Pereira |
| Tipo de proceso: | Acción de tutela  |
| Providencia: | Sentencia de segunda instancia |
| Decisión: | CONFIRMA |

Pereira, Risaralda, veintidós (22) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Acta número 114 del 22-09-2020

Procede la Sala Cuarta de Decisión Laboral de este Tribunal, integrada por las Magistradas **ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, (ponente) ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN y OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA** a resolver la impugnación, contra la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda), el treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020), dentro de la acción de tutela arriba referenciada.

1. **ANTECEDENTES**

La accionante relata que con ocasión a un trauma de caída, sufrió una fractura de vértebra lumbar con diagnóstico de “estenosis ósea del canal neural, esguinces torceduras de la columna lumbar y trastorno depresivo recurrente”; que con ocasión a lo anterior, LA NUEVA EPS le generó incapacidades continuas e ininterrumpidas desde el 3 de septiembre de 2015, realizando el pago de las correspondientes a los primeros ciento ochenta (180) días, contados hasta el 7 de marzo de 2016.

Refiere que la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones con ocasión al fallo de tutela proferido el 8 de agosto de 2016 por el Juzgado Primero Administrativo Oral de esta ciudad, canceló las incapacidades generadas con posterioridad a los ciento ochenta (180) días de incapacidad hasta el mes de septiembre de 2017, fecha en que la Junta de Calificación de Invalidez profirió el dictamen de pérdida de capacidad, determinando un porcentaje inferior al 50%, pese a que se continuaron generando incapacidades con posterioridad, las cuales fueron canceladas hasta el 3 de junio de 2019 por la Nueva EPS, en acatamiento de la sentencia de tutela preferida por el Juzgado Tercero Administrativo de esta ciudad el 20 de junio de 2018, sin que dicho amparo fuese dado de manera integral y frente a incapacidades futuras, quedando pendientes de pago las generadas inmediatamente.

Con fundamento en lo anterior, solicita que se amparen sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida digna, y en consecuencia, se ordene a LA NUEVA EPS S.A. que en el término de 48 horas siguientes realice le pago de las incapacidades médicas que le adeuda, del 12 de junio de 2019 al 26 de marzo de 2020 (pág.2 a 7 archivo digital 01).

1. TRÁMITE DE INSTANCIA

Mediante proveído del 21 de julio de 2020, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, admitió la acción de tutela, dispuso vincular al trámite a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, y ordenó notificar a la accionada y la vinculada, concediéndoles el término de dos (2) días a fin de que ejerciera su derecho de defensa (pág. 57 y 58).

Surtida la notificación a las partes en debida forma (pág. 59 a 62), la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES allegó escrito de contestación, indicando que la accionante cuenta con pronóstico médico de recuperación desfavorable de fecha 7 de julio de 2020, motivo por el cual no procede el pago de las incapacidades médicas, pues corresponde es la calificación de su pérdida de capacidad laboral de manera inmediata. Por lo anterior, solicita se desestimen las pretensiones y se declare la improcedencia de las mismas.

Por su parte, LA NUEVA EPS dio respuesta indicando que es el Fondo de Pensiones quien debe asumir el valor de las prestaciones económicas hasta tanto realice la calificación de pérdida de capacidad laboral, y que en vista de que presenta una PCL inferior al 50 %, adquiere el status de afiliado incapacitado permanente parcial de acuerdo a lo establecido en el artículo 2° del Decreto 917 de 1999. Indicó además que la accionante cuenta con otro mecanismo idóneo y eficaz para la protección efectiva de sus derechos (Jurisdicción laboral), motivo por el cual debe denegarse por improcedente la presente acción.

1. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado cognoscente del asunto en primer grado, mediante sentencia del 30 de julio de 2020, tuteló del derecho fundamental a la seguridad social de la señora ALBA MARINA CASTRILLÓN DE ZULUAGA, y en consecuencia, ordenó a LA NUEVA EPS S.A., a través de la Gerencia Regional – Eje Cafetero, Dra. María Lorena Serna Montoya o quien haga sus veces, que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, dispusiera lo necesario para reconocer y pagar las incapacidades reclamadas por la accionante, radicadas bajo los números 5236715, 304696, 5388579, 5396300, 5477480, 553066, 5553080, 5564095, 5611618, 5831111, 5726063, 5831119, 5831123, 5802647, 5873507, 5950217, 5968819, 6061966, 6002956, 6061962, 6061955, 6049461, 6063324 y 6082207.

Exoneró de responsabilidad a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y negó la solicitud de pagos de incapacidad futuras.

Como sustento de la decisión invocó el artículo 48 de la Carta Política y varias sentencias de tutela emitidas por la Corte Constitucional, entre ellas, la T– 200 de 2017 para referirse a la responsabilidad que recae en cabeza de las entidades promotoras de salud del régimen contributivo, de prestar los servicios de salud requeridos para garantizar bienestar a sus usuarios, y de cubrir las contingencias económicas que son de su responsabilidad, como es el caso de incapacidades superiores a 540 días, de conformidad con el Decreto 1333.

En consecuencia, al descender al caso concreto, estableció que es la NUEVA EPS quien debe hacerse cargo de las incapacidades laborales generadas con posterioridad al día 540 a la accionante, desde el 12 de junio de 2019 al 10 de julio de 2020, sin incluir las que se generen con posterioridad, en tanto, que el juez constitucional se encuentra vedado para la protección de derechos futuros e inciertos, (pág. 141 a 150).

1. IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, LA NUEVA EPS S.A. impugnó la sentencia con el fin de que se revoque y en su lugar, la judicatura se abstenga de ordenar el pago de las incapacidades médicas que superan el día 540, para lo cual alegó que la responsabilidad recae en el fondo de pensiones hasta tanto emita la respectiva calificación de pérdida de capacidad laboral, en los términos señalados en el Decreto Ley 019 de 2012 y, el Decreto 2463 de 2001.

1. CONSIDERACIONES

**5.1. Problema jurídico a resolver**

En el presente asunto corresponde establecer si LA NUEVA EPS está o no en la obligación de reconocer y pagar las incapacidades que le fueron ordenadas a la accionante a partir del día 541.

**5.2. Fundamentos jurídicos**

**5.2.1. Régimen de reconocimiento y pago de incapacidades por enfermedad general o accidente de origen común**

En relación con el reconocimiento y pago de las incapacidades que se generan por afecciones de origen común, es preciso empezar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, su tiempo de duración es un factor determinante para establecer la denominación de la remuneración que el trabador percibirá durante ese lapso y de paso, el responsable de su pago. Así, cuando se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, se reconoce a título de “auxilio económico” y cuando se trata del día 181 en adelante se estará frente al pago de un “subsidio de incapacidad”.

En lo correspondiente a la responsabilidad frente al reconocimiento y pago de incapacidades, la misma se encuentra distribuida así:

i. Entre el día 1 y 2 el empleador es el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Esto, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

iii. Durante 360 días, contados desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del fondo de pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.

No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales la EPS no ha expedido el concepto de rehabilitación, es responsable del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

Así las cosas, es claro que las AFP por regla general, deben asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones. Caso en el cual, los 360 días a su cargo empezarán a contar una vez recibido el concepto de rehabilitación.

iv. Ahora bien, en cuanto al pago de las incapacidades que superan los 540 días, cabe mencionar que hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional reconocía la existencia de un déficit de protección respecto de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días (T-468 de 2010).

Sin embargo, todo vacío al respecto fue superado con la expedición de la Ley 1753 de 2015, la cual dispone en el artículo 67 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”. Esto es, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS.

Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia del órgano de cierre constitucional, verificable entre otras, en las sentencias T-161 de 2019, T-246 de 2018, T-008 de 2018, T-200 de 2017, T-401 de 2017, ha reiterado pacíficamente que, a partir de la vigencia del precitado artículo 67 de Ley 1753 de 2015, 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 tal precepto legal, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado.

**5.3. Caso concreto**

**5.3.1. Examen de procedencia de la acción de tutela**

**Legitimación.** Este requisito se encuentra satisfecho por activa, toda vez que Alba Marina Castrillón de Zuluaga actúa en nombre propio en procura de salvaguardar los derechos que establecen las normas sociales a su favor y que estarían siendo vulnerados por la NUEVA EPS S.A. por negarse al reconocimiento de las incapacidades que le ha sido generadas.

Por la parte pasiva, tanto la accionada como la entidad que fue vinculada, forman parte del sistema general de seguridad social y guardan relación directa con los hechos aducidos por la accionante como marco fáctico de la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales.

**Inmediatez**. El requisito de inmediatez también se encuentra satisfecho, toda vez que la tutela fue presentada el 16 de julio de la presente anualidad, reclamando el pago de incapacidades desde el 12 de junio de 2019, previo agotamiento ante la NUEVA EPS de los medios para cumplir con tal finalidad, a la vez que la vulneración de los derechos invocados es continuada y persiste, ya que se ha prologando en el tiempo y a la fecha la demandante sigue sin percibir, por parte de la accionada o las vinculadas, el pago de las incapacidades médicas superiores a los 540 días

**Subsidiariedad.** En cuanto al requisito de subsidiariedad debe considerarse que la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T-311 de 1996, T-972 de 2013 y T-693 de 2017, ha reconocido que en lo que se relaciona específicamente con el reconocimiento de incapacidades, la acción de tutela es procedente 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 en muchos casos, dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata.

En línea con esto, debe iterarse que la accionante ha manifestado no contar los recursos necesarios para su asegurar su subsistencia, al tiempo que se le ha dictaminado una discapacidad moderada que hace aún más visible que los mecanismos ordinarios no son suficientes para asegurar el amparo de sus garantías superiores.

**5.3.2. Examen material de las vulneraciones a los derechos fundamentales**

En el asunto bajo examen, se encuentra libre de toda discusión que, en razón de su estado de salud, los médicos tratantes de la señora Alba Marina Castrillón de Zuluaga le prescribieron incapacidades **continuas** desde el 3 de septiembre de 2015 hasta el 10 de julio de 2020 (pág. 17 a 43). Tampoco existe controversia en cuanto a que la NUEVA EPS le reconoció y pagó las incapacidades hasta el día 180 (pág. 33 y 34) y que lo propio hizo COLPENSIONES durante 360 días (pág. 35 a 37), para un total de 540 días. Así mismo, que la accionante fue calificada en segunda instancia por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, quien mediante dictamen emitido el 20 de septiembre de 2017, le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 38.49% (Pág. 16 archivo 01).

Se encuentra acreditado igualmente que la NUEVA EPS en cumplimiento a las sentencias de tutela proferidas el 22 de junio de 2018 y el 25 de junio de 2019, por el Juzgado Tercero Administrativo de Pereira y Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Pereira, en su orden, canceló las incapacidades médicas generadas entre el mes de octubre de 2017 y el 3 de junio de 2019, por ser posteriores a los 540 días de incapacidad, las cuales quedaron debidamente relacionadas e identificadas en las providencias en comento, y que en nada interfiere en las resultas de la presente acción tutelar (pág. 22 y 192 archivo 01).

El aspecto que motiva la diferencia entre las partes tiene que ver con el pago de las incapacidades generadas con posterioridad al 3 de junio de 2019 y hasta el 10 de julio de 2020, en relación con las cuales la accionante afirma que no le han sido pagadas por LA NUEVA EPS y esta, a su vez, manifiesta no tener esta obligación, pues le corresponde a la administradora de pensiones proceder al pago de las mismas, en consideración a que no ha emitido la calificación de pérdida de capacidad laboral, situación que carece de sustento probatorio, pues Colpensiones emitió el 25 de abril de 2016 dictamen de calificación en primera oportunidad, al paso que la Junta Nacional de Calificación resolvió la segunda instancia, tal como se indicó precedentemente.

Así las cosas y conforme fue expuesto, le corresponde a la Sala determinar si la NUEVA EPS está o no, obligada a reconocer y pagar a la accionante las incapacidades que por esta vía reclama.

Conforme se anunció previamente, es la Ley 1753 de 2015 y el Decreto 1333 de 2018 que la desarrolla, las disposiciones que claramente imponen a las EPS la obligación de reconocer y pagar al afiliado las incapacidades que excedan de 540 días, bien sea, porque el proceso de rehabilitación no ha concluido o porque no se ha producido el restablecimiento del estado de salud, como ocurre en este caso y concretamente lo estatuye el numeral 2 del artículo 2.2.3.3.1 el prenombrado decreto.

Bajo estas reglas, mientras el médico tratante de la señora CASTRILLÓN DE ZULUAGA estime que ella no se encuentra con las condiciones de salud necesarias para laborar, es su **EPS** quien está en la obligación de reconocerle y pagarle las incapacidades que le sean otorgadas; claro está, sin perjuicio del procedimiento establecido para las situaciones de abuso del derecho consagrado en el artículo 2.2.3.4.1 del Decreto 1333 de 2018, en el evento que así se establezca.

Luego, ninguna incidencia tiene en el sub examine que la actora cuente con el dictamen que en primera oportunidad emitió Colpensiones o con el dictamen que posteriormente expidieron las respectivas Juntas de Calificación Regional de Risaralda y Nacional de Invalidez, por cuanto este último determinó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 38.49%, el cual es insuficiente para generar una obligación a cargo de COLPENSIONES.

**5.4. Conclusiones**

Acorde con lo brevemente expuesto, se concluye que la NUEVA EPS S.A. está obligada al reconocimiento y pago de las incapacidades prescritas a la accionante por su médico tratante, superiores a los 540 días, generadas entre el 3 de junio de 2019 y el 10 de julio de 2020, de conformidad con las previsiones del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y el numeral 2, artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018, tal y como fue determinado por la a quo en la sentencia impugnada que será confirmada en su totalidad.

1. **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira – Sala Laboral, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo proferido el 30 de julio de 2020, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

**SEGUNDO:** Notificar la decisión por el medio más eficaz.

**TERCERO.**Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

 Magistrada Magistrada