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.

Providencia: Tutela del 15 de agosto de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-003-2019-00249-01

Proceso: Acción de tutela

Accionante: Diana Carolina Castro Meneses

Accionado: Nueva EPS S.A.

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / PAGO DE INCAPACIDADES / PROCEDENCIA DE LA TUTELA PARA ORDENARLO / CUANDO SUPERAN LOS 540 DÍAS / CORRESPONDE SU PAGO A LAS EPS CON CARGO A LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.**

La Honorable Corte Constitucional ha reiterado que la acción de tutela es procedente para obtener el pago de incapacidades laborales, en razón a que el dinero que se reconoce como auxilio sustituye al salario durante el periodo en el cual el trabajador se encuentre incapacitado, lo que le permite tener una recuperación satisfactoria pues no debe preocuparse por conseguir los ingresos económicos necesarios para su sostenimiento personal y el de su núcleo familiar. (…)

… advirtió que el vacío legal que se tenía frente al responsable del pago de las incapacidades superiores a 540 días fue superado con la expedición de la ley 1753 del 9 de junio de 2015, así:

“ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. La Entidad administrará los siguientes recursos:

“(…) Estos recursos se destinarán a:

“a) El 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. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_**

**(15 de agosto de 2019)**

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el día 21 de junio de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por **Diana Carolina Castro Meneses** en contrade la **Nueva EPS S.A.,** a través de la cual pretende el amparo de los derechos fundamentales **a la vida, la seguridad social, el mínimo vital y la salud.**

#### La demanda

La accionante, a través de apoderado judicial, solicita que se tutelen sus derechos fundamentales a la vida, la seguridad social, el mínimo vital y la salud, y en consecuencia, se le ordene a la Nueva EPS adelantar las gestiones administrativas necesarias para cancelar las incapacidades que se han causado.

Para fundar estas pretensiones aduce que el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira, mediante decisión de fondo, tuteló sus derechos fundamentales a la seguridad social, dignidad humana y mínimo vital; ordenándole a la AFP Protección S.A. cancelar las incapacidades generadas a partir del día 181 hasta el día 540.

Señala que al término de la radicación de esta tutela, la Nueva EPS le adeuda el pago de incapacidades superiores al día 540, las cuales nada tienen que ver con la situación fáctica que dio origen a la acción constitucional antes mencionada.

Indicó que es madre cabeza de hogar, que pasa por una situación económica precaria y que subsiste de lo que recibe de las incapacidades, las cuales además utiliza para cubrir los gastos de su hija menor de edad.

Por último, agregó que la entidad accionada no solo ha sido negligente con su obligación, sino que además ha hecho caso omiso a todos los escritos y derechos de petición mediante los cuales ha solicitado que se le pague lo que conforme a la ley le corresponde.

#### II. Contestación de la demanda

 **Nueva EPS S.A.**

Señaló que la actora previamente presentó una acción de tutela bajo los mismos hechos y pretensiones, la cual fue conocida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira bajo el radicado No. 2018-063. En ella se tutelaron los derechos fundamentales invocados por la señora Castro Meneses y se le ordenó a la AFP Protección pagar las incapacidades “hasta que se produzca la calificación de pérdida de capacidad laboral de la accionante”.

Conforme a lo anterior, indicó que en los casos como el presente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que cuando se abusa de la acción de tutela por los mismos hechos y derechos, se evidencia no solo una actuación temeraria, al tenor del artículo 38 del decreto 2591 de 1991, sino también una conducta totalmente injustificada por parte de la accionante, que se basa en un concepto errado de lo que es la acción de tutela.

 Por último, manifestó que la accionante lo que pretende es lograr mediante la acción de tutela el reconocimiento de pretensiones meramente económicas, las cuales no pueden ser dirimidas por el mecanismo constitucional, ya que además de que se pierde la esencia de la acción de tutela al no existir una afectación inmediata de un derecho fundamental, este tipo de controversias deben ser resueltas por la jurisdicción ordinaria.

1. **Providencia Impugnada**

La Jueza de primer grado negó la acción de tutela impetrada por la señora Diana Carolina Castro Meneses, argumentando que lo reclamado por la accionante se encuentra dentro de los parámetros esbozados en la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira el 17 de mayo de 2018, pues en aquella decisión se tutelaron los derechos fundamentales invocados por la señora Castro Meneses y se ordenó a la AFP Protección S.A. cancelar las incapacidades que se causaran desde el día 181 hasta el día 540, o hasta que se produjera la calificación de pérdida de capacidad laboral. De manera que al no haberse superado los 540 días de incapacidad y al no existir calificación de pérdida de capacidad laboral, se presenta el fenómeno jurídico de cosa juzgada constitucional, en razón a que se evidencia que el juzgado enunciado anteriormente ya se había pronunciado con respecto al problema jurídico puesto aquí en conocimiento.

1. **Impugnación**

La accionante impugnó la decisión, manifestando que en el fallo de tutela no se tuvo en cuenta, y tampoco se verificó por parte del juzgado, que la actora a la fecha lleva más de 670 días de incapacidad. De manera que se desconocieron los derechos fundamentales reclamados al no tener en cuenta dicha situación al momento de proferir sentencia, pues si bien la Juez de primera instancia manifestó que en la presente acción constitucional se reclama el pago de las incapacidades superiores a 540 días no pagadas por la Nueva EPS, en la decisión proferida se interpretó algo completamente distinto, por cuanto nada tiene que ver lo que se pretende en esta acción de tutela con la decisión proferida el 17 de mayo de 2018 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira.

Por último, añadió que no ha sido notificado en debida forma por el juzgado, ya que en su correo electrónico no reposa prueba de haber recibido el fallo de tutela, pues tan solo el 27 de junio del presente año, la accionante al no tener conocimiento del fallo de tutela se dirigió al despacho y conoció de la decisión de fondo proferida por la jueza.

#### Consideraciones

* 1. **Problema jurídico por resolver**

En este asunto le corresponde a la Sala determinar si la acción de tutela resulta procedente para solicitar el pago de las incapacidades reclamadas por la señora Diana Carolina Castro Meneses, y en caso afirmativo, si la Nueva EPS ha vulnerado los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de la actora al no haber realizado el pago de las incapacidades médicas.

**5.2 Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de auxilio por incapacidad**

La Honorable Corte Constitucional ha reiterado que la acción de tutela es procedente para obtener el pago de incapacidades laborales, en razón a que el dinero que se reconoce como auxilio sustituye al salario durante el periodo en el cual el trabajador se encuentre incapacitado, lo que le permite tener una recuperación satisfactoria pues no debe preocuparse por conseguir los ingresos económicos necesarios para su sostenimiento personal y el de su núcleo familiar. En la sentencia T – 008 de 2018 la Corte Constitucional se ha referido al respecto indicando lo siguiente:

*“El mecanismo idóneo para solucionar las controversias sobre el reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, corresponde a la justicia ordinaria. Sin embargo, cuando el pago de incapacidades laborales constituye el único medio para la satisfacción de necesidades básicas, la acción de tutela también se convierte en mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al mínimo vital. En síntesis, la Corte Constitucional ha reconocido que la interposición de acciones de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales es procedente, aun cuando no se han agotado los medios ordinarios de defensa, cuando de la satisfacción de tal pretensión dependa la garantía del derecho fundamental al mínimo vital.”*

 **5.3 Pago de incapacidades hasta el día 540**

El órgano de cierre de la jurisdicción Constitucional ha realizado una síntesis respecto al reconocimiento y pago de las incapacidades generadas hasta el día 540, precisando la entidad a la que corresponde el pago de las mismas, en la sentencia T-144 de 2016 donde manifestó:

*“Una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, dependiendo de la prolongación de la situación de salud del trabajador.*

*Así, el lapso que hay entre el día 1 y el día 2, competen económicamente al empleador, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, así:*

*“En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes****a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general****y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.*

*En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.*

*Lo anterior tanto en el sector público como en el privado.”*

*Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto-Ley 019 de 2012. Tal obligación está sujeta a la afiliación del trabajador por parte del empleador o del propio independiente.*

*La incapacidad para trabajar que persiste luego de este periodo y trasciende al día 181, puede suscitar debate en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios que genera, y a la exigibilidad de la misma en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación. Lo anterior en virtud del Decreto 2463 de 2001.*

*Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, claramente, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación –superados 180 días de incapacidad– debe ser efectuada y promovida por las AFP, hasta agotar las instancias del caso.*

*Sobre el papel del concepto favorable de rehabilitación, conviene destacar que conforme el Decreto-Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150, a la AFP que corresponda.*

*En los eventos en que ello no sea así, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. Asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.*

*La AFP, una vez tenga concepto favorable de rehabilitación, habrá de postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral “hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS”**. El régimen de calificación prevé como condición, el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador. De este modo es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se dejó dicho”.*

 Igualmente, advirtió que el vacío legal que se tenía frente al responsable del pago de las incapacidades superiores a 540 días fue superado con la expedición de la ley 1753 del 9 de junio de 2015, así:

*“Retomando lo referente al déficit de protección legal para asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días que no tienen derecho a una pensión de invalidez, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la****Ley 1753 del 9 de junio de 2015****–Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, reguló lo referido al pago de las incapacidades superiores a los 540 días y estableció, en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de regular el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, dando soluciones a los dos puntos de vista analizados en los fundamentos 31 y 32 de esta sentencia.*

*En efecto, el artículo 67 de la referida Ley 1753 de 2015, indicó:*

*“ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. La Entidad administrará los siguientes recursos:*

*(…)*

*Estos recursos se destinarán a:*

*a) El 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****. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.”*

*Teniendo presente esta nueva normativa, es claro que en todos los casos futuros; esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la Ley –9 de junio de 2015, el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar lo normado. Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.”*

 **5.5 Caso concreto**

En el caso que ocupa la atención de la sala, la señora Diana Carolina Castro Meneses acude a la vía de tutela con el propósito de que se protejan sus derechos fundamentales a la vida, la seguridad social, el mínimo vital y la salud, presuntamente vulnerados por la Nueva EPS S.A., debido a la falta de pago de las incapacidades médicas que le fueron otorgadas por su médico tratante.

Para empezar, respecto a la procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de incapacidades, la Sala observa que nos encontramos frente a una persona objeto de especial protección constitucional, puesto que la incapacidad que padece la accionante la sitúa en circunstancias de debilidad manifiesta, condición por la cual no le es posible acceder al mercado laboral; sumado al hecho de que ante la negativa al pago de las incapacidades, que según la Corte Constitucional se presume que constituyen la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su subsistencia y la de su familia, no solo se violan el derecho al mínimo vital, sino también los derechos a la vida digna, la seguridad social y la salud, situación que torna necesaria la intervención del Juez Constitucional.

Se encuentra acreditado en el expediente que la señora Diana Carolina Castro Meneses, sufrió una afección en su salud, razón por la cual, su médico tratante emitió las respectivas incapacidades, las cuales partieron del 15 de junio de 2017 al 17 de julio de 2019. Ante este suceso la Nueva EPS en cumplimiento de su deber legal, previsto en el artículo 142 del decreto 019 de 2012, pagó el auxilio económico correspondiente a las incapacidades de los primeros 180 días, esto es, hasta el 13 de diciembre de 2017. Sin embargo, aseguró la accionante que no ha recibido el pago del subsidio correspondiente a las incapacidades superiores a los 540 días.

No obstante, observa la Sala que existió una acción de tutela anterior, con radicado No. 2018-063, en la que se le ordenó a la AFP Protección S.A. *“(…) que dentro del término de cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de este fallo adelante las gestiones administrativas necesarias para cancelar las incapacidades que se han causado a la señora Castro Meneses desde el día 181 hasta el día 540 o hasta que se produzca la calificación de la pérdida de capacidad laboral de la accionante. (...)*

*2.- No se toma ninguna decisión respecto de la Nueva EPS. (…)”.*

Conforme a lo anterior y teniendo en cuenta que la juez de primera instancia decidió, mediante sentencia del 21 de junio de 2019, denegar el amparo solicitado bajo el argumento de que el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira ya se había pronunciado sobre el problema jurídico puesto en conocimiento, esta Sala advierte que, con respecto a lo solicitado en la presente acción constitucional, es decir, al pago de las incapacidades superiores a 540 días, no se presenta el fenómeno jurídico de la cosa juzgada. Lo anterior debido a que si bien previamente existió una acción de tutela en la que se vinculó a la Nueva EPS S.A., y por medio de la cual, se le reconoció a la aquí accionante el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 hasta el día 540, lo cierto es que, como se observa en la parte resolutiva del fallo de tutela referido, no se emitió orden alguna contra la Nueva EPS S.A.

Así las cosas, es claro que en la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pereira no se vislumbró el panorama actual en que se encuentra la accionante, por cuanto en ella no se definió la entidad encargada de pagar las incapacidades generadas después del día 540 sin que se hubiere hecho efectiva la calificación. Por lo que en tales circunstancias, determinar que se ha configurado el fenómeno jurídico de la cosa juzgada comprometería los derechos fundamentales que se anuncian como vulnerados, pues de hacerse así, se dejaría a la deriva la situación de la señora Castro Meneses, ya que además de que se le excluye de la posibilidad de reclamar el pago de las prestaciones económicas que por ley le corresponden, también le resultaría imposible iniciar un incidente de desacato en contra de la Nueva EPS, toda vez que se itera, no se tomó decisión alguna en contra de aquella.

En lo que atañe a los subsidios de las incapacidades médicas posteriores al día 540, – que para el caso se encuentran pendientes- el ordenamiento jurídico colombiano ha reiterado que el pago de estas le corresponden a la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentre afiliada la accionante, en virtud del artículo 67 de la ley 1753 de 2015, esto es, a la Nueva EPS S.A.; quien a su vez como lo indica la norma referida, podrá perseguir el reembolso ante la entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social. Adicionalmente, resulta importante aclarar que el deber legal de asumir el pago de estas incapacidades generadas por enfermedad común, y que superan los 540 días, no se encuentran condicionadas a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral, como quiera que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada.

En virtud de lo anterior, en los términos de la jurisprudencia previamente citada se revocará el fallo proferido el 21 de junio de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, que declaró improcedente el amparo deprecado. En su lugar, se concederá la protección del derecho fundamental al mínimo vital y a la seguridad social de la accionante Diana Carolina Castro Meneses. Por consiguiente, se ordenará a la Nueva EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a realizar los trámites para el reconocimiento y pago de los subsidios por incapacidad reclamados por la señora Castro Meneses, desde el 3 de marzo de 2019 hasta el 17 de julio de 2019 y las que se generen de ahí en adelante por superar los 541 días de incapacidad.

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: REVOCAR** la sentencia proferida el 21 de junio de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, por las razones que se exponen en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar

**SEGUNDO: ORDENAR** a la Nueva EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a realizar los trámites para el reconocimiento y pago de los subsidios por incapacidad reclamados por la señora Castro Meneses, desde el 3 de marzo de 2019 hasta el 17 de julio de 2019 y las que se generen de ahí en adelante por superar los 541 días de incapacidad.

**TERCERO:** **NOTIFICAR** esta decisión a las partes por el medio más expedito.

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**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Magistrado

 En uso de permiso