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: Sentencia de Segunda Instancia

Radicación No. : 66001-31-05-004-2023-00141-01

Proceso: Acción de tutela (Impugnación)

Demandante: Roberto de Jesús Arroyave Bran.

Demandado: Colpensiones.

Vinculado: Nueva EPS.

Juzgado: Cuarto Laboral del Circuito - Pereira.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / INCAPACIDADES MÉDICAS / NATURALEZA / SUSTITUYEN EL SALARIO / PROCEDENCIA DE LA TUTELA / SE AMPARAN OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES / DISTRIBUCIÓN DEL PAGO / SEGÚN EL TIEMPO EN QUE SE PROLONGUEN.**

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 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…”

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

… la Corte Constitucional ha dejado de presente 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.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra el fallo proferido el 02 de mayo de 2023, dentro de la **acción de tutela** impetrada por **Roberto de Jesús Arroyave Bran**, en contra de la **AFP Colpensiones** yla **Nueva EPS**, através de la cual sesolicita el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, vida, dignidad humana.

1. **LA DEMANDA DE TUTELA**

El señor Roberto De Jesús Arroyave Bran interpuso acción de tutela en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, con el fin de que se tutelen sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida, dignidad humana. En consecuencia, solicita que se ordene a Colpensiones y a la Nueva EPS que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, reconozcan y paguen las incapacidades adeudadas.

Para justificar las anteriores peticiones expone que tiene 56 años; que es cabeza de hogar, pues tiene 2 hijos y una nieta que dependen de él; que el 15 de septiembre de 2022 radicó ante Colpensiones solicitud de reconocimiento de pensión de vejez y corrección de la historia laboral, puesto que en las 1286,71 reportadas, se omitió registrar 4 periodos pagados.

Agrega que el 4 de diciembre de 2022 completó 180 días de incapacidad, por lo que a partir del 5 de diciembre de 2022 le correspondía a Colpensiones asumir el pago de las incapacidades otorgadas de diciembre a abril, mismas que a la fecha de presentación de la demanda no han sido pagadas, pese a haber sido presentadas ante la administradora pensional.

Informa que el 24 de febrero de 2023 a través de la resolución 2023\_2195673 y el 21 de marzo de 2023 por medio de la resolución 2023\_3465059, recibió respuesta negativa por parte de Colpensiones respecto al reconocimiento y pago de las incapacidades, bajo el argumento de que el concepto de rehabilitación no ha sido remitido por la EPS, motivo por el cual, indica que se presentó en las instalaciones de la Nueva EPS, donde le informaron que ya habían remitido toda la documentación a Colpensiones para que continuara con el pago de las incapacidades.

Manifiesta que el impago de las incapacidades le ha causado un perjuicio irremediable, debido a que no tiene acceso a unos ingresos mínimos que le permitan suplir sus necesidades básicas y las de su familia.

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

**Colpensiones** en su informe alega que el pago de incapacidades reclamado desnaturaliza el carácter subsidiario y residual que posee el mecanismo de protección frente a los derechos invocados cuando no han sido sometidos a los procedimientos pertinentes e idóneos para su solución, toda vez que la acción de tutela no es el medio idóneo para la consecución de derechos económicos, ya que se cuenta con otros medios de defensa administrativos y judiciales.

Agregó que verificados los sistemas de información asociados a la cedula de ciudadanía del accionante, se evidenció que mediante el radicado 2022\_846687 del 24 de enero de 2022 la Nueva EPS remitió un concepto de rehabilitación desfavorable, por lo cual mediante radicado 2022\_10217906 del 26 de julio del 2022, se emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 4776616 del 17 de noviembre de 2022, por medio del cual se otorgó al actor una PCL del 18,40%, empero, a la fecha, ante la inconformidad presentada por el accionante, el caso se encuentra en estudio ante las juntas de calificación.

Precisó que como administradora pensional está a cargo del pago de incapacidades de origen común, hasta un máximo de 360 días calendario, adicionales a los primeros 180 días reconocidos por su entidad promotora de salud, siempre y cuando se cuente con el concepto favorable de rehabilitación y se cumplan los demás requisitos establecidos para ello.

Por su parte, la **Nueva EPS** manifestó que el afiliado, al 20 de abril de 2023, presentaba 325 días de incapacidad continua, cumpliendo 180 días el 18 de octubre de 2020, siendo emitido Concepto de Rehabilitación Desfavorable el 12 de enero de 2022 y notificado a Colpensiones el 24 del mismo mes. Añadió que como el actor presenta una PCL inferior al 50%, no puede ser autorizado el pago de incapacidades, puesto que, como Afiliado Incapacitado Permanente Parcial, debe iniciar el proceso de reintegro laboral para garantizar el mínimo vital, tal y como lo establece la legislación en vigencia para las personas que se les ha definido una IPP (incapacidad permanente parcial.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La jueza de primera instancia tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital y salud de los que es titular el señor Roberto de Jesús Arroyave. En consecuencia, ordenó a Colpensiones que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, procediera a efectuar el pago de las incapacidades a partir del 06 de diciembre de 2022 y las que se expidan de manera continua hasta el día 540.

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 Roberto de Jesús Arroyave Bran ha estado incapacitado de manera continua desde el 06 de junio de 2022 hasta el 20 de abril del 2023, cumpliendo 180 días de incapacidad el 18 de octubre de 2020 y que su EPS remitió a su AFP concepto de rehabilitación desfavorable el 12 de enero del 2022, notificado el 24 de enero del 2022; a partir de esta fecha Colpensiones debe asumir la responsabilidad del pago del subsidio equivalente a las incapacidades continúas expedidas al actor y hasta el día 540, sin importar que se hubiese emitido el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

1. **IMPUGNACIÓN**

La anterior decisión fue impugnada oportunamente por Colpensiones, entidad que manifestó que atendió la solicitud de pago de incapacidades mediante oficio No. BZ 2023\_4713409-1215000 del 02 de mayo de 2023, por medio del cual se informó que:

* Incapacidad del 15/11/2022 hasta el 22/11/2022 es anterior al día 180 y está a cargo de la EPS.
* Incapacidades desde el 23/11/2022 hasta el 29/11/2022 y desde el 13/01/2023 hasta el 20/04/2023 no cumplen con los requisitos mínimos establecidos del decreto 1427 de 2022
* Incapacidad del 30/11/2022 al 2/12/2022 es de origen laboral y está a cargo de la ARL.

Por otra parte, argumentó que no ha vulnerado derechos fundamentales al accionante y que la acción de tutela al ser una mecanismo subsidiario y residual, no es el medio idóneo para reclamar el pago de incapacidades, en el entendido que el accionante cuenta con otro mecanismo judicial para discutir la legalidad de las actuaciones de la entidad y el pago de incapacidades, por lo que es necesario declarar su improcedencia.

1. **PROBLEMA JURIDICO**

Le corresponde a esta Sala determinar de acuerdo a las situaciones fácticas expuestas, si le asiste obligación a la Nueva EPS o a Colpensiones, de pagar a favor del señor Roberto de Jesús Arroyave Bran las incapacidades médicas generadas a partir del 06 de diciembre de 2022.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala procederá a reiterar la doctrina constitucional sobre: (i) procedencia excepcional de la acción de tutela para solicitar el pago de prestaciones económicas; (ii) régimen normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud - entidades responsables de efectuar el pago; (iii) pago de incapacidades y su condicionamiento frente al concepto de rehabilitación y, (iv) finalmente, se resolverá el caso concreto.

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 Roberto De Jesús Arroyave Bran, quien actúa en nombre propio con el fin de obtener la tutela de los derechos antes esgrimidos, presuntamente vulnerados por la Nueva EPS y Colpensiones, 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 Colpensiones y la Nueva EPS, entidades de carácter público, a quienes se le endilga la presunta conducta violatoria al mínimo vital, la vida y seguridad social, como eventuales encargadas de asumir el pago de las incapacidades generadas al usuario.

* + 1. **Inmediatez.**

La Corte Constitucional ha sostenido en varias sentencias, entre ellas la T-461-19 que: *“Si bien es cierto que la acción de tutela no está sometida a un término de caducidad, sí debe ser interpuesta en un plazo razonable y proporcionado a partir del hecho generador de la vulneración“.*

En el caso objeto de estudio, al accionante le fueron expedidas incapacidades desde el diciembre de 2022 hasta abril de 2023. Teniendo en cuenta la fecha en que se expidió la última incapacidad es correcto afirmar que se presentó la demanda de tutela dentro de un plazo razonable y proporcional, puesto que se instauró incluso, cuando no se había cumplido el último periodo.

* + 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”.[[1]](#footnote-1)*

* 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 de presente 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. **CASO CONCRETO**

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el señor Roberto de Jesús Arroyave Bran, acude a la vía de tutela con el propósito de proteger los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida y dignidad humana, debido a que le han sido expedidas incapacidades desde diciembre de 2022 a abril 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 Colpensiones que procediera a efectuar el pago de las incapacidades a partir del 06 de diciembre de 2022 y hasta el día 540.

Con la demanda, el accionante allegó cinco certificados de incapacidad emitidos por la Nueva EPS por el diagnostico F412 -Trastorno mixto de ansiedad y depresión-, así:

* 30 días del 06 de diciembre de 2022 al 04 de enero de 2023.
* 30 días del 13 de enero al 11 de febrero de 2023
* 30 días del 12 de febrero al 13 de marzo de 2023
* 8 días del 14 de marzo al 21 de marzo de 2023
* 30 días del 22 de marzo al 20 de abril de 2023

Por su parte, Colpensiones aportó comunicación y remisión de concepto de rehabilitación expedido por la Nueva EPS, radicado ante la administradora pensional el 24 de enero de 2022 por los diagnósticos M751- Síndrome de manguito rotatorio derecho, G560- Síndrome del túnel carpiano bilateral, R522 – otro dolor crónico bilateral, F412 – trastorno mixto de ansiedad y depresión, I10X – hipertensión esencial (primaria) y G439 migraña, no especificada, por los cuales el accionante fue calificado mediante Dictamen No. 4776616 del 17 de noviembre de 2022 con el 18.40 PCL estructurada el 17 de noviembre de 2022.

Con base a lo expuesto y en consonancia con los hechos de este caso, se evidencia que el actor ha presentado incapacidades constantes por diversos diagnósticos, correspondiendo las últimas prescripciones y las que persigue en la presenta acción originadas por TRASTORNO mixto de ansiedad y depresión, mismo que hizo parte del concepto de rehabilitación remitido a Colpensiones el 24 de enero de 2022 y por el cual se inició el proceso de calificación, último que, de acuerdo a la misma contestación de la administradora pensional, a la fecha no ha concluido, al encontrarse surtiendo los recursos ante las juntas respectivas.

De acuerdo a ello, atendiendo que el diagnostico Trastorno mixto de ansiedad y depresión que causó las incapacidades reclamadas por el actor, fue objeto de concepto desfavorable desde el año 2022 y está determinado como de origen común, por lo que, en virtud de esta remisión por parte de la EPS es que Colpensiones procedió a emitir el dictamen de pérdida de capacidad laboral, para la Sala la negativa de la administradora pensional de reconocer las incapacidades carece de fundamento, ya que al ser las causadas a partir del 06 de diciembre de 2022 posteriores al concepto de rehabilitación y a los 181 días, pero anteriores a los 540, le corresponde a la AFP.

Así, resulta evidente la vulneración de los derechos fundamentales del actor por cuanto, sin justificación alguna, Colpensiones ha negado el pago de las incapacidades que forman su sustento, sin que se hubiese probado la capacidad económica de aquel para soportar la carga de otro proceso en procura del pago del subsidio o que sus familiares cercanos pudiesen brindarle apoyo solidario del actor.

Ahora, lo cierto es que en el archivo 29 del cuaderno de primera instancia Colpensiones allegó oficio del 13 de mayo de 2023 dirigido al demandante, en el cual le informa que reconocerá la suma de $6.241.333 por concepto de incapacidades causadas entre el 06 de diciembre de 2022 y el 27 de mayo de 2023, mismas que, de acuerdo a comunicación telefónica entablada con el señor Roberto de Jesús el 15 de junio de 2023, se confirmó que fueron efectivamente pagadas.

De acuerdo a lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia y se declarará el hecho superado únicamente frente a las incapacidades causadas hasta el 27 de mayo de 2023, debiendo continuar Colpensiones con el pago de las incapacidades hasta el día 540, previa presentación en dicho sentido por parte del actor, por lo que se instará al demandante para que, si no lo ha hecho, acredite ante Colpensiones las incapacidades generadas con posterioridad a las pedidas en esta acción de tutela para que la entidad las reconozca y pague, si a ello hubiere lugar.

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: MODIFICAR** el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, el cual quedará así:

*“****SEGUNDO: DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO*** *frente a las incapacidades causadas entre el 06 de diciembre de 2022 y el 27 de mayo de 2023.* ***ORDENAR*** *a Colpensiones, por intermedio de su representante legal, o quién haga sus veces, que continúe pagando las incapacidades que se expidan al señor Roberto de Jesús Arroyave Bran, identificado con cédula de ciudadanía número 10.196.955 hasta el día 540*, *para lo cual,* ***SE INSTA*** *al señor Roberto de Jesús Arroyave Bran para que, si no lo ha hecho, acredite ante COLPENSIONES las incapacidades generadas con posterioridad a las pedidas en esta acción de tutela para que la entidad las reconozca y pague, si a ello hubiere lugar.”*

**SEGUNDO**: **CONFIRMAR en todo lo demás** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuido de Pereira del día 02 de mayo de 2023 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**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. Sentencia T-490 de 2015. [↑](#footnote-ref-1)