

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**DEPARTAMENTO DE ARAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN**

Aprobado Mediante Acta de Sala No. 574

Magistrada Ponente: MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Arauca, octubre diez (10) del año dos mil veintitrés (2023)

RADICADO: 81-736-31-84-001-2023-00512-01
RAD. INTERNO: 2023-00375
ACCIÓN: TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
ACCIONANTE: OSNAIDER REYES BONILLA
ACCIONADAS: NUEVA EPS Y OTRO
ASUNTO: IMPUGNACIÓN DE TUTELA

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide esta Corporación la impugnación interpuesta por la NUEVA EPS contra la sentencia de septiembre 1º de 2023, proferida por el Juez Promiscuo de Familia de Saravena,¹ mediante la cual tuteló los derechos fundamentales del señor OSNAIDER REYES BONILLA y dictó otras disposiciones.

ANTECEDENTES

Del escrito de tutela² se desprende, que el señor OSNAIDER REYES BONILLA tiene 30 años de edad, está afiliado al Sistema General de Seguridad Social en la NUEVA EPS y a la AFP PORVENIR, y sufrió un accidente laboral que le generó incapacidades médicas durante 90 días, que no le han sido canceladas a pesar de radicarlas ante la Entidad Promotora de Salud.

Indicó el actor, que debido a su padecimiento se encuentra en estado de debilidad manifiesta e indefensión y la actitud asumida por la NUEVA EPS, respecto al pago de la prestación

¹ Dr. Gerardo Ballesteros Gómez.

² Cdno electrónico del Juzgado, ítem 1, fls. 6 a 8.

económica reclamada, ha afectado su mínimo vital y móvil toda vez que no cuenta con la capacidad económica para solventar sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar.

Con fundamento en lo anterior pidió el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, mínimo vital y móvil, igualdad, debido proceso y vida en condiciones dignas, para que como consecuencia de ello se ordene a la NUEVA EPS realice el pago de la incapacidad médica reclamada, a la que considera tiene derecho.

Como respaldo probatorio de sus afirmaciones y pretensiones aportó copia de los siguientes documentos: (i) reporte de incapacidades³ para las anualidades 2021, 2022 y 2023 emitido por la Dirección de Prestaciones Económicas de la NUEVA EPS; (ii) incapacidades médicas⁴ expedidas por la IPS MYT Salud SAS el 24 de mayo, 26 de junio y 27 de julio de 2023; (iii) historias clínicas del actor⁵ emanadas de la IPS MYT Salud SAS, que datan del 24 de mayo, 24 de junio y 27 de julio de 2023; (iv) solicitudes de transcripción y notificación⁶ para incapacidad o licencia, radicadas ante la NUEVA EPS el 5 de junio, 1º y 27 de julio de 2023, y; (v) cédula de ciudadanía del señor REYES BONILLA.⁷

Asimismo, allegó copia de: (v) certificados de incapacidades⁸ de la NUEVA EPS Nos. 9187259 y 9409315, en los términos que se relacionan a continuación:

No. Incapacidad	Expedición	Recepción	Diagnóstico	Días	Fecha inicial	Fecha final	Estado
9187259	24/05/2023	30/05/2023	F064	30	24/05/2023	22/06/2023	Transcrita
9409315	27/07/2023	31/07/2023	S720	30	27/07/2023	25/08/2023	Transcrita

SINOPSIS PROCESAL

Presentado el escrito de tutela el asunto fue asignado⁹ al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, Despacho que declaró falta de competencia territorial y remitió las diligencias a la Oficina de Apoyo Judicial de Arauca, correspondiéndole al Juzgado de Familia de Saravena el 17 de agosto de 2023,¹⁰ que le imprimió trámite el mismo día¹¹ y procedió a: admitir la acción

³ Cdno electrónico del Juzgado, ítem 1, fls. 16 y 17; 31 y 32.
⁴ Cdno electrónico del Juzgado, ítem 1, fls. 10 y 11; 20 a 23; 27 a 29.
⁵ Cdno electrónico del Juzgado, ítem 1, fls. 12 a 14; 30.
⁶ Cdno electrónico del Juzgado, ítem 1, fls. 9, 19, 26.
⁷ Cdno electrónico del Juzgado, ítem 1, fl. 34.
⁸ Cdno electrónico del Juzgado, ítem 1, fls. 15, 24.
⁹ Cdno electrónico del Juzgado, ítem 1, fls. 2 a 5.
¹⁰ Cdno electrónico del Juzgado, ítem 2.
¹¹ Cdno electrónico del Juzgado, ítem 3.

contra la NUEVA EPS y el Fondo de Pensiones PORVENIR; vincular a la IPS Medicina y Tecnología en Salud MYT SAS y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES; correr traslado a las accionadas y vinculadas para el ejercicio de los derechos de contradicción y defensa, y; tener como pruebas las allegadas con la solicitud de amparo.

CONTESTACIÓN DE LAS ACCIONADAS

1. La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES¹² solicitó declarar improcedente la acción, toda vez que el tutelante dispone de otro medio de defensa judicial para obtener lo pretendido y los conflictos contractuales y de contenido económico escapan de la órbita de competencia del juez constitucional y, en consecuencia, pidió negar el amparo y su desvinculación del presente trámite.

Expuso que el art. 227 del C.S.T., en consonancia con el art. 206 de la Ley 100 de 1993, determinan el auxilio monetario que se reconocerá al trabajador por enfermedad general, profesional o accidente de trabajo, y en sentencia T-401 de 2017 el máximo Tribunal Constitucional precisó quiénes deben asumir el pago de la incapacidad, así:

PERÍODO	ENTIDAD OBLIGADA	FUENTE NORMATIVA
DÍA 1 A 2	EMPLEADOR	ARTÍCULO 1 DEL DECRETO 2943 DE 2013
DÍA 3 A 180	EPS	ARTÍCULO 41 DE LA LEY 100 DE 1993
DÍA 181 HASTA 540	FONDO DE PENSIONES	ARTÍCULO 41 DE LA LEY 100 DE 1993
DÍA 541 EN ADELANTE	EPS	ARTÍCULO 67 DE LA LEY 1753 DE 2015

Por último, señaló, que el Decreto 1333 de 2018 estableció el reconocimiento y pago de las incapacidades superiores a 540 días a cargo de las EPS en las siguientes situaciones: (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, a pesar de seguir los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante, y; (iii) cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

¹² Cdno electrónico del Juzgado, ítem 5.

2. La IPS Medicina y Tecnología en Salud MYT SAS,¹³ manifestó, que los pedimentos del actor están encaminados a obtener el pago de la incapacidad médica y como quiera que es la EPS o el Fondo de Pensiones, según el caso, en quienes recae dicha obligación, procede su desvinculación de esta acción constitucional en cuanto lo pretendido no guarda relación con el servicio de salud que brinda como IPS.

3. La NUEVA EPS¹⁴ por su parte señaló, que el señor OSNAIDER REYES BONILLA está afiliado a esa Entidad en el régimen contributivo en la categoría A, su estado es activo y el último aporte al sistema fue en mayo de 2023; que en el sistema de información de la EPS se evidencia que el actor para el 25 de agosto de 2023 presentaba en total 457 días de incapacidad; que al 28 de enero de 2022 presentaba 264 días, con un periodo de interrupción del 29 de enero al 12 de abril de 2022, y; que los primeros 180 días se cumplieron el 11 de noviembre de 2022.

Expuso, que el 13 de julio de 2021 la Dirección de Medicina Laboral emitió concepto de rehabilitación con pronóstico favorable, y el 5 de septiembre de esa anualidad notificó al Fondo de Pensiones PORVENIR el alcance de actualización del concepto "*favorable*", acorde a lo dispuesto en el art. 142 del Decreto 19 de 2012.

Afirmó, que no es viable el reconocimiento económico de las incapacidades al accionante, como quiera que es el Fondo de Pensiones quien debe asumir el valor de las prestaciones hasta tanto no se emita el dictamen de pérdida de capacidad laboral del afiliado, y; que una vez enviado el concepto de rehabilitación a la Administradora de Pensiones antes del día 150, la AFP iniciará el pago desde el día 181 de incapacidad, prorrogándolo por 360 días adicionales a los 180 reconocidos por la EPS, y que al culminar este último periodo deberá calificar la pérdida de la capacidad laboral.

Indicó, también, que en este caso no se satisfacen los presupuestos necesarios para la procedencia de la acción de tutela, y que las controversias que se suscitan por la prestación de los servicios de la seguridad social entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, corresponde conocerlas a la jurisdicción laboral, de conformidad con las previsiones del numeral 4º del artículo 2º del C.P.T. y de la S.S.

¹³ Cdno electrónico del Juzgado, ítem 6.

¹⁴ Cdno electrónico del Juzgado, ítem 7.

Por último, reiteró, que la tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el pago de gastos médicos, licencias de maternidad e incapacidades, toda vez que para ello existen otros medios de defensa judicial disponibles en nuestro ordenamiento jurídico, máxime cuando no se acreditó en este evento la configuración de un perjuicio irremediable. En ese sentido, solicitó declarar improcedente la solicitud de amparo constitucional y conminar a PORVENIR para que asuma el pago de las incapacidades a partir del día 181 hasta cuando el afiliado pueda integrarse a sus labores o acceder a la pensión de invalidez, y; asimismo, se le ordene determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del accionante.

4. La Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., contestó¹⁵, que el 22 de agosto de 2022 la NUEVA EPS emitió concepto de rehabilitación favorable de origen común para los siguientes diagnósticos:

1. DIAGNÓSTICO(S) MOTIVO DE LA REMISION PARA CALIFICACION INTEGRAL DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL					
CIE10	DESCRIPCIÓN	LATERALIDAD	ORIGEN	ETIOLOGÍA	FECHA
S720	FRACTURA DEL CUELLO DEL FEMUR	Derecha	ACCIDENTE COMÚN	DEMOSTRADA	13/04/2022
M255	DOLOR EN ARTICULACION		ACCIDENTE COMÚN	DEMOSTRADA	29/06/2022

Explicó, que ese Fondo debe reconocer los pagos de incapacidad posteriores al día 181 y hasta el 540, sin embargo, si las incapacidades son generadas antes de la notificación del concepto de rehabilitación ante el Fondo deberá reconocerlas la NUEVA EPS por concepto tardío.

Sostuvo que en la validación al sistema de la entidad encontró, que el señor OSNAIDER REYES BONILLA radicó incapacidades desde el 12 de noviembre de 2022 hasta el 21 de mayo de 2023, y; posteriormente radicó incapacidades desde el 24 de mayo al 22 de junio de 2023, las cuales fueron rechazadas por tener un diagnóstico «F064» diferente al que arrojó el concepto de rehabilitación, lo que ocasionó interrupción por cambio de diagnóstico superior a 30 días, en los términos que se pasan a relacionar:

NO. INCAPACIDAD	CONTINGENCIA	FECHA INICIO	FECHA TERMINACIÓN	DIAGNÓSTICO	DÍAS OTORGADOS
8866466	ENFERMEDAD GENERAL	18/02/2023	18/03/2023	S720	29
8974778	ENFERMEDAD GENERAL	22/03/2023	20/04/2023	S720	30
9080601	ENFERMEDAD GENERAL	22/04/2023	21/05/2023	S720	30
9187259	ENFERMEDAD GENERAL	24/05/2023	22/06/2023	F064	30
9322410	ENFERMEDAD GENERAL	24/06/2023	23/07/2023	S720	30
9409315	ENFERMEDAD GENERAL	27/07/2023	25/08/2023	S720	30

¹⁵ Cdno electrónico del Juzgado, ítem 8.

Aseguró que es deber de la NUEVA EPS reconocer y pagar la prestación económica pedida por el actor, de conformidad con lo dispuesto en el art. 34 de la Resolución 2266 de 1998 frente a la prórroga de la incapacidad por enfermedad general, siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a 30 días; amén que, conforme a lo previsto en el art. 67 de la Ley 1753 de 2015, a partir del 541 el subsidio por incapacidad queda a cargo de las EPS nuevamente, previsión ratificada por el art. 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018.

Finalmente, expresó que la tutela es improcedente porque la controversia que plantea el accionante debe ventilarse ante la jurisdicción ordinaria, concretamente mediante un proceso laboral, de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del art. 2º del Código de Procedimiento Laboral, máxime cuando tampoco se demostró la configuración de un perjuicio irremediable. En suma, pidió negar o declarar improcedente esta acción de tutela.

Aportó con la contestación copia de: oficio con radicado 0106327020512500¹⁶ de agosto 15 de 2023, emitido por el Coordinador Seguro Provisional; comunicación¹⁷ fechada agosto 30 de 2022 y concepto con pronóstico de rehabilitación favorable del accionante, remitido por la NUEVA EPS a PORVENIR en agosto 22 de 2022; certificado¹⁸ de las incapacidades expedidas por la NUEVA EPS al accionante desde marzo de 2021 hasta julio de 2022, y; certificado de afiliación¹⁹ del accionante al Fondo de Pensiones PORVENIR, expedido el 22 de julio de 2022.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA²⁰

El Juzgado Promiscuo de Familia de Saravena, mediante providencia de septiembre 1º de 2023, concedió la protección de los derechos fundamentales del señor OSNAIDER REYES BONILLA y, en consecuencia, dispuso:

*"SEGUNDO. - **ORDENAR** a NUEVA EPS, que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) siguientes a la notificación de la presente sentencia si aún no lo ha hecho, RECONOZCA Y PAGUE al señor **OSNAIDER REYES BONILLA** las incapacidades otorgadas hasta completar los 180 días.*

*TERCERO. - **DENEGAR** la ACCION DE TUTELA frente a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR.*

*CUARTO. - **NOTIFICAR** esta providencia a todos los interesados (correo electrónico), en la forma prevista en los artículos 30 del Decreto 2591 y 5 del Decreto 306 de 1992.*

¹⁶ Cdno electrónico del Juzgado, ítem 8, fls. 17 y 18.

¹⁷ Cdno electrónico del Juzgado, ítem 8, fls. 20 y 21.

¹⁸ Cdno electrónico del Juzgado, ítem 8, fls. 22 y 23.

¹⁹ Cdno electrónico del Juzgado, ítem 8, fl. 24.

²⁰ Cdno electrónico del Juzgado, ítem 8, fl. 9.

*QUINTO. - Contra este fallo procede la **IMPUGNACIÓN** presentada dentro de los tres (3) días, siguientes a su notificación, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato, como lo estipula el artículo 31 ídem.*

La impugnación, en caso de ser propuesta se recibirá por el correo electrónico jprfasarv@cendoj.ramajudicial.gov.co (...)” (Resaltado del original).

Como fundamento de la anterior determinación, indicó, que en este caso se satisfacen los requisitos esenciales para la procedencia de esta acción constitucional, que persigue el pago de las incapacidades generadas del 24 de mayo al 22 de junio de 2023, del 24 de junio al 23 de julio de 2023 y del 27 de julio al 25 de agosto de 2023, que a la fecha de expedición de esa sentencia no se había materializado.

Consideró, también, que la actividad probatoria de las accionadas debió estar dirigida a desvirtuar la urgencia de la intervención del juez para restituir los derechos fundamentales cuya vulneración se invoca, es decir, a aportar elementos de juicio que permitan concluir que el accionante no dependía del pago de esas incapacidades para suplir su sustento.

Dijo, además el juez de instancia, que de conformidad con el informe rendido por la NUEVA EPS, a 28 de enero de 2022 el actor presentaba 264 días de incapacidad continua y los primeros 180 días se cumplieron el 29 de octubre de 2021, y del 29 de enero de 2022 al 12 de abril de 2022 se interrumpió la incapacidad. De ahí, que desde esa última fecha a agosto 25 de 2023 presenta 457 días de incapacidad continua, cumpliéndose los 180 días el 11 de noviembre de 2022; amén que las incapacidades fueron canceladas por la AFP Porvenir, siendo la última del 22 de abril al 21 de mayo de la presente anualidad.

Finalmente, determinó, que el Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. no vulneró derecho fundamental alguno al actor y que a la NUEVA EPS le corresponde asumir el pago de las prestaciones económicas reconocidas al señor REYES BONILLA, en razón a que operó el fenómeno de la interrupción de que trata el art. 34 de la Resolución 2266 de 1998.

IMPUGNACIÓN²¹

Inconforme con la decisión adoptada la NUEVA EPS la impugnó, solicitando sea revocada con fundamento en los mismos argumentos planteados en su contestación, es decir, que el Fondo

²¹ Cdno electrónico del Juzgado, ítem 11.

de Pensiones PORVENIR es quien debe asumir el pago de las prestaciones económicas hasta tanto realice la calificación de pérdida de capacidad laboral del actor.

Por último, insistió, en que la acción de tutela no es procedente para reclamar derechos económicos, como aquí ocurre, pues existen otros mecanismos de defensa judicial idóneos para pedir lo que se pretende vía constitucional, máxime que en el *sub judice* ni siquiera se acreditó la configuración de un perjuicio irremediable.

CONSIDERACIONES

Esta Sala de Decisión es competente para conocer la impugnación del fallo proferido por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Saravena, fechado 1º de septiembre de 2023, conforme al art. 31 del Decreto 2591 de 1991, cuyo conocimiento se asumirá toda vez que dentro del término de ejecutoria la NUEVA EPS indicó oponerse a la decisión.

La acción de tutela ha sido instituida como mecanismo ágil y expedito para que todas las personas reclamen ante los jueces de la República la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad pública o de los particulares, en los casos previstos en la ley.

1. La procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se reclama el reconocimiento y pago de incapacidades médicas.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social, como las incapacidades laborales, y la razón de ello es el carácter subsidiario que posee este mecanismo judicial previsto en el art. 86 de la Constitución, pues el legislador ha establecido un escenario judicial concreto para los eventuales conflictos que surjan a propósito de la exigencia de este derecho, cual es la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social.

Sin embargo, la Corte Constitucional con fundamento en el citado precepto superior también ha indicado, que es procedente el uso de la tutela para obtener la cancelación de incapacidades médicas cuando éstas constituyen la única fuente de ingreso y sostenimiento de la persona

que ha visto afectada su capacidad laboral por razón de una enfermedad común o accidente de trabajo. Así lo señaló al expresar:

*"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."*²² (se resalta).

La anterior tesis fue reiterada recientemente por el máximo Tribunal Constitucional en providencia del T-448 de 2021²³, al afirmar:

*"La negativa del pago de una incapacidad médica desconoce no solo un derecho de índole laboral, sino que supone la vulneración de otros derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia, ya que también puede afectar directamente la salud, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y reiniciar labores para suministrar el sustento a su familia."*²⁴ En consecuencia, el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, toda vez que recibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente.

*Por lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que los mecanismos ordinarios instituidos para reclamar el pago del auxilio por incapacidad no son suficientemente idóneos para proteger oportuna y eficazmente los derechos, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza por la vía ordinaria"*²⁵ (se subraya).

Ahora, frente al pago de incapacidades, procede indicar, que en términos del Decreto 2943 de 2013 corresponde al empleador cancelar los 2 primeros días de incapacidad, mientras que a la EPS del día 3 al 180, y de conformidad con las Leyes 019 de 2012 y 1753 de 2015, en concordancia con el Decreto 1333 de 2018, es al Fondo de Pensiones al que le compete la cancelación de las incapacidades originadas entre el día 181 al 540, y del día 541 en adelante nuevamente a la EPS, obligación que ha reiterado la Corte Constitucional en varias decisiones, entre ellas, en las sentencias T-161-2019 y T-194-2021, trayendo para el efecto el siguiente cuadro:

²² Sentencia t-008 del 26 de enero de 2018, M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos.

²³ Reiterada en T-225 de 2022, M.P. Dr. José Fernando Reyes Cuartas.

²⁴ Sentencia T-311 de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo

²⁵ Ver sentencias T-311 de 1996, T-920 de 2009, T-468 de 2010, T-182 de 2011, T-140 de 2016 y T-401 de 2017.

4. Régimen normativo y jurisprudencial de las incapacidades médicas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud - Entidades responsables de efectuar el pago. Reiteración de jurisprudencia.

...

Sobre la base de lo expuesto, el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común está previsto de la siguiente manera:

Cuadro No.2.²⁶

<i>Cuadro No.2/</i>		
<i>Periodo</i>	<i>Entidad obligada</i>	<i>Fuente normativa</i>
<i>Día 1 y 2</i>	<i>Empleador</i>	<i>Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013</i>
<i>Día 3 a 180</i>	<i>E.P.S.</i>	<i>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</i>
<i>Día 181 hasta el 540</i>	<i>Fondo de Pensiones</i>	<i>Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993</i>
<i>Día 541 en adelante</i>	<i>E.P.S.</i>	<i>Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015</i>

Fuente: elaboración propia ²⁶“.”.

2. Requisitos para el reconocimiento y pago de la incapacidad por enfermedad general a trabajador independiente.

Con relación a este punto, la sentencia T-025 de 2017 precisó, que los requisitos exigidos para que la E.P.S. a la que se encuentra afiliado un trabajador independiente esté obligada a pagarle las incapacidades laborales por razón de enfermedad general, son los siguientes:

- "(i) haber cotizado al sistema, de forma ininterrumpida y completa, por un periodo mínimo de cuatro (4) semanas anteriores a la fecha de la solicitud de la prestación.*
- (ii) haber cancelado oportunamente por lo menos cuatro (4) de los últimos seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho y no incurrir en mora en el pago de aportes durante el tiempo que esté disfrutando de la licencia.*
- (iii) No tener deudas pendientes con Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadores de Servicios de Salud "por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades".*
- (iv) Haber depositado información veraz al momento de su afiliación y de autoliquidar sus aportes, y*
- (v) cumplir con los requisitos mínimos de movilidad en cuanto a la cotización a la seguridad social".*

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-194 del 18 de junio de 2021, M.P. Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo.

Respecto del primer requisito, tenemos, que el Decreto 780 de 2016 en su art. 2.1.13.4. establecía que *"Para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general, conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que los afiliados cotizantes hubieren efectuado aportes por un mínimo de cuatro (4) semanas"*, y ahora con el art. 2.2.3.3.1 del Decreto 1427 de 2022 se fijaron las siguientes condiciones para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común:

"Artículo 2.2.3.3.1 Condiciones para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común. Para el reconocimiento y pago de incapacidades de origen común, deben acreditarse las siguientes condiciones al momento del inicio de la incapacidad:

1. *Estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante, incluidos los pensionados con ingresos adicionales.*
2. *Haber cotizado efectivamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como mínimo cuatro (4) semanas, inmediatamente anteriores al inicio de la incapacidad. El tiempo mínimo de cotización se verificará a la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la incapacidad.*
3. *Contar con el certificado de incapacidad de origen común expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta.*

(...)"

Cuando del segundo requisito se trata, también aclaró la Corte en la citada sentencia que *"cuando los empleadores o trabajadores independientes pagan de manera extemporánea los aportes al sistema de seguridad social, las empresas prestadoras del servicio de salud, EPS, no pueden negarse a cancelar el pago de la incapacidad por enfermedad general, a no ser que hayan actuado para solicitar el pago oportuno de las cotizaciones o hayan rechazado los pagos efectuados por fuera del término establecido"*, es decir, que *"aun cuando el trabajador independiente haya efectuado el pago de manera tardía, si la E.P.S demandada no lo ha requerido para que lo hiciera, ni hubiese rechazado el pago realizado, se entenderá que la entidad accionada se allanó a la mora del trabajador independiente, y por tanto, se encuentra obligada a pagar la incapacidad laboral de él"*. (Se subraya).

3. Antecedentes relevantes.

Descendiendo al asunto que concita la atención de esta Sala, tenemos, que OSNAIDER REYES BONILLA solicitó la protección constitucional de sus derechos fundamentales a la salud, mínimo vital y móvil, igualdad, debido proceso y vida en condiciones dignas, los que a su juicio se encuentran vulnerados por la NUEVA EPS al negarle el reconocimiento y pago de sus incapacidades médicas expedidas del 24 de mayo al 25 de agosto de 2023.

Radicado: 2023-00512-01
Acción de tutela – 2ª instancia-Impugnación
Accionada: NUEVA EPS y Otro
Accionante: Osnaider Reyes Bonilla

De los hechos precedentemente señalados y de la documental obrante en el expediente, se pudo establecer que: (i) el señor REYES BONILLA tiene 30 años de edad²⁷ y está afiliado al sistema de seguridad social en salud como independiente en la NUEVA EPS desde el 01 de enero de 2020, y su estado actual es cotizante "activo"²⁸; (ii) ha pagado sus aportes en salud sin que la EPS accionada haya referido periodos de mora en la cotización; (iii) el 22 de agosto de 2022 la EPS emitió concepto de rehabilitación "favorable" para el diagnóstico de «S720 Fractura del cuello del Fémur y M255 Dolor en articulación» de origen "común", y; (iv) al accionante se le han expedido las siguientes incapacidades:

NO. INCAPACIDAD	CONTINGENCIA	FECHA INICIO	FECHA TERMINACIÓN	DIAGNÓSTICO	DÍAS OTORGADOS	NOMBRE EMPRESA	IBL	VALOR AUTORIZADO	ESTADO
6744680	ENFERMEDAD GENERAL	17/03/2021	23/03/2021	S708	7	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$908,526	\$160,002	PAGADA
6744690	ENFERMEDAD GENERAL	27/03/2021	25/04/2021	S720	30	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$908,526	\$960,012	PAGADA
6821359	ENFERMEDAD GENERAL	26/04/2021	25/05/2021	S720	30	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$908,526	\$960,012	PAGADA
6961727	ENFERMEDAD GENERAL	26/05/2021	09/06/2021	S720	15	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$908,526	\$480,006	PAGADA
6961745	ENFERMEDAD GENERAL	17/06/2021	16/07/2021	S720	30	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$908,526	\$950,571	PAGADA
7069405	ENFERMEDAD GENERAL	29/07/2021	04/08/2021	S720	7	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$909,420	\$221,007	PAGADA
7236086	ENFERMEDAD GENERAL	18/08/2021	16/09/2021	S720	30	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$908,526	\$947,138	PAGADA
7276164	ENFERMEDAD GENERAL	18/09/2021	17/10/2021	M167	30	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$908,526	\$947,138	PAGADA
7293828	ENFERMEDAD GENERAL	19/10/2021	17/11/2021	S720	30	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$908,526	\$31,571	PAGADA
7461926	ENFERMEDAD GENERAL	01/12/2021	10/12/2021	S720	10	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$0	\$0	TRANSCRITA
7469038	ENFERMEDAD GENERAL	11/12/2021	09/01/2022	S720	30	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$0	\$0	TRANSCRITA
7550163	ENFERMEDAD GENERAL	14/01/2022	28/01/2022	S720	15	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$0	\$0	TRANSCRITA
7949826	ENFERMEDAD GENERAL	13/04/2022	22/04/2022	S720	10	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$1,000,000	\$352,223	PAGADA
7949888	ENFERMEDAD GENERAL	26/04/2022	25/05/2022	S720	30	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$1,000,000	\$1,056,670	PAGADA
7949950	ENFERMEDAD GENERAL	26/05/2022	24/06/2022	S720	30	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$1,000,387	\$1,056,691	PAGADA
8055196	ENFERMEDAD GENERAL	29/06/2022	28/07/2022	M255	30	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$1,000,000	\$1,051,946	PAGADA
8151748	ENFERMEDAD GENERAL	29/07/2022	24/08/2022	T841	27	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$1,000,000	\$938,250	PAGADA
8288754	ENFERMEDAD GENERAL	01/09/2022	15/09/2022	S720	15	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$0	\$0	TRANSCRITA
8422007	ENFERMEDAD GENERAL	29/09/2022	28/10/2022	S720	30	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$0	\$0	TRANSCRITA
8511079	ENFERMEDAD GENERAL	04/11/2022	03/12/2022	S720	30	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$0	\$0	TRANSCRITA
8581160	ENFERMEDAD GENERAL	04/12/2022	24/12/2022	S720	21	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$0	\$0	TRANSCRITA
8676647	ENFERMEDAD GENERAL	25/12/2022	20/01/2023	S720	27	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$0	\$0	TRANSCRITA
8747768	ENFERMEDAD GENERAL	21/01/2023	17/02/2023	S720	28	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$0	\$0	TRANSCRITA
8866466	ENFERMEDAD GENERAL	18/02/2023	18/03/2023	S720	29	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$0	\$0	TRANSCRITA
8974778	ENFERMEDAD GENERAL	22/03/2023	20/04/2023	S720	30	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$0	\$0	TRANSCRITA
9080601	ENFERMEDAD GENERAL	22/04/2023	21/05/2023	S720	30	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$0	\$0	TRANSCRITA
9187259	ENFERMEDAD GENERAL	24/05/2023	22/06/2023	F064	30	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$0	\$0	TRANSCRITA
9322410	ENFERMEDAD GENERAL	24/06/2023	23/07/2023	S720	30	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$0	\$0	TRANSCRITA
9409315	ENFERMEDAD GENERAL	27/07/2023	25/08/2023	S720	30	REYESBONILLAOSNAIDE R	\$0	\$0	TRANSCRITA

²⁷ Fecha de Nacimiento 29-05-1993.
²⁸ Según consulta realizada en la página del ADRES: <https://www.adres.gov.co/consulte-su-eps>

En relación con dichas incapacidades la NUEVA EPS explicó: (i) el 19 de octubre de 2021 corrieron los primeros 180 días, y al 28 de enero de 2022 arrojó 264 días de incapacidad continua; (ii) del 29 de enero de 2022 al 12 de abril de 2022 se dio un periodo de interrupción; (iii) del 13 de abril de 2022 al 25 de agosto de 2023 arroja 457 días de incapacidad continua, y el 11 de noviembre de 2022 completó 180 días; (iv) la Dirección de Medicina Laboral notificó a la AFP PORVENIR, inicialmente el 13 de julio de 2021, concepto de rehabilitación "favorable", y el 05 de septiembre de 2022 comunicó un alcance de actualización a dicho concepto como "favorable", y; (iv) el Fondo de Pensiones PORVENIR, al que se encuentra afiliado el tutelante es el encargado de asumir las prestaciones económicas a partir del día 181, prorrogando el pago por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días reconocidos por la Nueva EPS, y al finalizar este último período debe calificar la pérdida de capacidad laboral.

Por su parte señaló la AFP PORVENIR, que negó el pago de la incapacidad emitida del 24 de mayo al 22 de junio de 2023 con fundamento en que exhibía como diagnóstico «F064», diferente al «S720 y M255» informado por la EPS en el concepto de rehabilitación, que causa una interrupción mayor a 30 días por cambio de diagnóstico, y por tanto le corresponde a la NUEVA EPS cancelar el auxilio económico reconocido y pedido por el accionante.

4. Decisión del caso

En principio se destacará que en este caso se cumplen los requisitos de legitimación por pasiva y activa e inmediatez para la procedencia de la acción de tutela, éste último de conformidad con lo sostenido por la Corte Constitucional en la sentencia T-194 de 2021, amén que también se presume la afectación que la falta de reconocimiento y pago de las incapacidades médicas le está causando al señor OSNAIDER REYES BONILLA, pues presenta padecimientos en su salud de manera persistente, que han ameritado la expedición de incapacidades médicas continuas, y los últimos 90 días de incapacidad no le han sido cancelados.

De lo relacionado y las documentales obrantes en el plenario, se aprecia, que el actor venía recibiendo el pago por incapacidad y reclama el auxilio económico correspondiente a los siguientes periodos generados:

No. Incapacidad	Diagnóstico	Días	Fecha inicial	Fecha final	Estado
9187259	F064	30	24/05/2023	22/06/2023	Transcrita
9322410	S720	30	24/06/2023	23/07/2023	Transcrita
9409315	S720	30	27/07/2023	25/08/2023	Transcrita

Asimismo, se tiene que, del certificado de incapacidades se observa que desde el 13 de abril de 2022 al 11 de noviembre de 2022 corrieron los primeros 180 días a cargo de la NUEVA EPS y desde el 12 de noviembre al 25 de agosto de 2023 han transcurrido 274 que le corresponden asumir a la AFP PORVENIR; además se advierte que la Dirección de Medicina Laboral emitió el 13 de julio de 2021 concepto de rehabilitación "*favorable*", y el 5 de septiembre de 2022 notificó al Fondo de Pensiones PORVENIR el alcance de actualización del concepto con pronóstico "*favorable*" expedido al actor el 22 de agosto de la misma anualidad, por lo que se colige que dio cumplimiento al artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

De lo expuesto y de la normatividad vigente citada, se extrae sin dubitación alguna, que el subsidio por incapacidad de origen común del día 181 al día 540 está a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR S.A. a la que se encuentra afiliado el trabajador, en razón a que cuenta con el concepto de rehabilitación por parte de la NUEVA EPS, amén que los periodos reclamados que suman 90 días se encuentran debidamente "*transcritos*", es decir, se cumplen los requisitos necesarios para su pago.

Además, si bien la incapacidad del 24 de mayo al 22 de junio de 2023 se emitió por el diagnóstico «F064²⁹», de la revisión de la historia clínica³⁰ se advierte "*usuario masculino de 29 años de edad, con antecedente de fx de la cabeza del fémur con absorción del mismo, quien está a la espera de junta médica para definir prótesis de cabeza de fémur, además, refiere estado de ánimo variable asociado a estrés postraumático, (...)*", por lo tanto, el referido diagnóstico tiene relación y es consecuencia del cuadro clínico principal del concepto de rehabilitación, esto es, "*fractura del cuello de fémur y dolor en articulación*", y no superó los 30 días que aduce la AFP y de que trata el art. 34 de la Resolución 2266 de 1998.

En suma, no le asiste razón a PORVENIR al sostener que operó el fenómeno de interrupción por la variable en el diagnóstico principal, toda vez que el padecimiento citado guarda relación directa con las patologías prescritas al accionante y sobre las que se venían emitiendo incapacidades continuas, tanto que se retoma el diagnóstico para los meses de julio y agosto, amén que entre una incapacidad y otra no se superaron los 30 días calendario de que habla la norma. Por consiguiente, y sin que hayan transcurrido los 540 días que debe asumir el Fondo de Pensiones, se declarará que es a PORVENIR a quien le corresponde el pago de las incapacidades médicas pedidas por el promotor constitucional.

²⁹ Código F064 corresponde a "trastorno de ansiedad".

³⁰ Cdno digital del Juzgado, ítem 2, fls. 5 y 6.

Por todo lo expuesto, y en atención a que los pedimentos económicos perseguidos por el actor constituyen su fuente de ingresos y la ausencia del pago lo sitúan en situación de vulnerabilidad, que agrava su estado de salud físico y mental, para esta Colegiatura el medio judicial ordinario carece de eficacia atendida la amenaza grave que se cierne sobre su mínimo vital y el de su familia, y en consecuencia se emitirán las órdenes correspondientes para mitigar la afectación de los derechos constitucionales fundamentales vulnerados al actor por la AFP PORVENIR.

2.4. Conclusión

Conforme a las razones expuestas, la Sala CONFIRMARÁ el amparo otorgado por el fallador de primera instancia al accionante, y REVOCARÁ los numerales segundo (*que ordenó el pago a la NUEVA EPS*) y tercero (*que negó el amparo frente a la AFP PORVENIR*) de la sentencia proferida el 1º de septiembre de 2023 por el Juez Promiscuo de Familia de Saravena, para ORDENAR a la AFP PORVENIR el pago de las incapacidades médicas Nos. 9187259, 9322410 y 9409315 expedidas al señor REYES BONILLA, decisión que en consecuencia quedará así:

"SEGUNDO. ORDENAR a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES PORVENIR que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente decisión, cancele las incapacidades médicas Nos. 9187259, 9322410 y 9409315 emitidas a nombre del señor OSNAIDER REYES BONILLA, por las motivaciones expuestas ut supra"

Sin necesidad de más consideraciones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, Sala Única de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 1º de septiembre de 2023 por el Juzgado Promiscuo de Familia de Saravena, para en su lugar ordenar:

"SEGUNDO. ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR que, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la presente decisión, cancele las incapacidades médicas Nos. 9187259, 9322410 y 9409315 emitidas a nombre del señor OSNAIDER REYES BONILLA, por las motivaciones expuestas ut supra."

SEGUNDO: REVOCAR el numeral TERCERO de la decisión de primera instancia, por las consideraciones expresadas en las motivaciones de esta decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás el fallo impugnado, de conformidad con las razones expuestas *ut supra*.

CUARTO: NOTIFÍQUESE el presente fallo a las partes por el medio más expedito y eficaz.

QUINTO: ENVÍESE el presente fallo a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada ponente


ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada


LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada