

**Constancia Secretarial:** Vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada por la secretaría de la Corporación, únicamente las entidades accionadas remitieron en término los alegatos de conclusión en esta sede.

Pereira, 16 de febrero de 2024.

**DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ**

Secretario

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**PEREIRA, TRECE DE MARZO DE DOS MIL VEINTICUATRO**

Acta de Sala de Discusión No 038 de 11 de marzo de dos mil veinticuatro

### **SENTENCIA ESCRITA**

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por la totalidad de los intervinientes en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 11 de septiembre de 2023, dentro del proceso promovido por el señor **GILBERTO ENRIQUE BARAJAS LÓPEZ** en contra de la **NUEVA EPS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, cuya radicación corresponde al N°66001310500320220036501.

### **ANTECEDENTES**

Pretende el señor Gilberto Antonio Barajas López que la justicia laboral condene a la Nueva ESP S.A. y al fondo privado de pensiones Protección S.A. a reconocer y pagar las incapacidades entre el 6 de enero de 2019 y el 1° de octubre de 2020, los

intereses moratorios del artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, lo que resulte probado extra y ultra petita, además de las costas procesales.

Refiere que: Se encuentra afiliado a la Nueva EPS S.A. y al fondo privado de pensiones Protección S.A. en calidad de cotizante dentro del régimen contributivo en salud y pensiones respectivamente; debido a algunos quebrantos de salud, sus médicos tratantes le han generado incapacidades entre el 6 de enero de 2019 y el 1° de octubre de 2020, como se detalla en el hecho segundo de la demanda; el 7 de enero de 2022 radicó solicitudes de reconocimiento de las incapacidades generadas en esos periodos ante el fondo privado de pensiones Protección S.A. y la Nueva EPS S.A., peticiones que fueron respondidas negativamente por dichas entidades en comunicaciones de 7 y 29 de marzo de 2022 respectivamente.

La demanda fue admitida en auto de 21 de noviembre de 2022 -archivo 08 carpeta primera instancia-.

El fondo privado de pensiones contestó la acción -archivos 12 y 15 carpeta primera instancia- admitiendo que el señor Gilberto Enrique Barajas López se encuentra afiliado en esta entidad en calidad de cotizante dentro del régimen contributivo, sin embargo, se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra sosteniendo que no se dan los presupuestos legales para reconocer y pagar a favor del demandante las incapacidades que se generaron desde el día 181, ya que no existe un concepto favorable de rehabilitación, por cuanto la Nueva EPS emitió concepto desfavorable. Formuló las excepciones de mérito que denominó "*Inexistencia de la obligación y eventual responsabilidad de la codemandada*", "*Afectación al equilibrio financiero del sistema de seguridad social*", "*Buena fe*", "*Prescripción*" e "*Innominada o genérica*".

La Nueva EPS S.A. respondió el libelo introductorio -archivos 13 y 16 carpeta primera instancia- admitiendo que el señor Gilberto Enrique Barajas López se encuentra afiliado a esa entidad como cotizante dentro del régimen contributivo de salud desde el 1° de diciembre de 2018, habiéndose generado incapacidades por enfermedad

de origen común entre el 6 de enero de 2019 y el 1° de octubre de 2020; no obstante, es el fondo privado de pensiones Protección S.A. el llamado a cancelarlas en favor del actor al existir concepto desfavorable de rehabilitación, el cuál fue emitido en término. Se opuso a las pretensiones encausadas en su contra y planteó como excepciones de fondo las que denominó “*Inexistencia de la obligación en cabeza de Nueva EPS*”, “*Prescripción*”, “*Inexistencia de intereses moratorios e indexación*” y “*Excepción genérica*”.

En sentencia de 11 de septiembre de 2023, la funcionaria de primera instancia luego de hacer una exposición sobre el sistema general de salud y las normas que regulan lo concerniente al reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común a favor de los afiliados, sostuvo, con base en las pruebas allegadas al plenario, que en el plenario se encontraban acreditadas incapacidades a favor del señor Gilberto Enrique Barajas López entre el 6 de enero de 2019 y el 7 de enero de 2020, indicando que existe prueba en el expediente que demuestra la causación de incapacidades entre el 8 de enero de 2020 y el 1° de octubre de 2020.

A continuación, determinó que algunos de esos periodos de incapacidades fueron debidamente cancelados al demandante, esto es, las que van entre los periodos comprendidos entre el 6 de enero de 2019 y el 17 de marzo de 2019, así como desde el 15 de julio de 2019 al 12 de septiembre de 2019; sin embargo, también existen múltiples periodos que se encuentran en deuda por parte de sus responsables, razón por la que condenó a la Nueva EPS S.A. a reconocer y pagar las incapacidades que se generaron entre el 18 de marzo de 2019 y el 13 de julio de 2019, advirtiendo que esa promotora de salud emitió el concepto de rehabilitación favorable el 19 de julio de 2019, momento a partir del cual era responsabilidad de la AFP Protección S.A. el pago de las incapacidades que se causaron en favor del actor, motivo por el que condenó a esa entidad a reconocer y pagar las incapacidades insolutas que van desde el 13 de septiembre de 2019 hasta el 7 de enero de 2020; añadiendo que ninguna de las incapacidades que se generaron en favor del accionante se encuentra prescrita.

Posteriormente, abordó el tema concerniente a los intereses moratorios del artículo 4 del decreto 1281 de 2002, determinando que ellos no son procedentes para este tipo de casos en los que se existe mora en el pago de las incapacidades, ya que esos intereses moratorios se causan por la ausencia del pago o giro de los recursos al sistema general de salud, pero no, como ya dijo, frente a la mora en el pago de incapacidades.

Sin embargo, haciendo uso de las facultades extra y ultra petita, condenó a las entidades accionadas a reconocer y pagar la indexación de cada una de las incapacidades, desde la fecha en que se hicieron exigibles hasta aquella en que se produzca el pago de cada obligación.

Finalmente, condenó en costas procesales a las entidades accionadas en un 80% y por partes iguales, en favor de la parte actora.

Inconformes con la decisión, la totalidad de los intervinientes interpusieron recursos de apelación, en los siguientes términos:

El apoderado judicial de la parte actora sostiene que al plenario se adosó la certificación emitida por la Nueva EPS S.A. en donde se verifica la generación de incapacidades entre el 8 de enero de 2020 y el 1° de octubre de 2020, razón por la que solicita que se adicione la sentencia de primera instancia ordenando el pago de esas incapacidades al fondo privado de pensiones Protección S.A., al tratarse de incapacidades generadas después del día 181.

La apoderada judicial de la Nueva EPS S.A. manifiesta que no es posible emitir condena por concepto de incapacidades en contra de esa entidad, ya que conforme con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.1 del decreto 780 de 2016 sustituido por el decreto 1333 de 2018, la obligación de pago de las incapacidades no recae sobre las Entidades Promotoras de Salud, sino sobre sus empleadores, quienes

posteriormente tienen la posibilidad de realizar el correspondiente recobro, situación que no se ha surtido en este caso. Pero, en caso de que se deseche tal argumentación, su obligación de pago de las incapacidades a favor del señor Gilberto Enrique Barajas López solo iba hasta el día 180, esto es, hasta el 9 de julio de 2019 y no hasta el 19 de julio de 2019 como lo definió la *a quo*.

De otro lado, solicita la compensación de las sumas pagadas por concepto de incapacidades con posterioridad al día 180, ya que no era obligación suya realizar el pago de estas.

El fondo privado de pensiones Protección S.A. expresó que no es posible emitir condena en contra de esa administradora pensional por concepto de incapacidades, ya que ello solo procede cuando el concepto de rehabilitación es favorable y, como se encuentra demostrado en el proceso, en este caso el concepto emitido por la Nueva EPS S.A. fue de carácter desfavorable, razón por la que solicita que se revoquen las condenas emitidas en su contra, incluida la de indexación, indicando frente a este último aspecto, que en este caso no hay lugar a esa condena, ya que ella no fue solicitada dentro de las pretensiones elevadas por la parte actora y en todo caso la AFP Protección S.A. ha edificado su actuar en el estricto cumplimiento de la Ley, en aplicación del principio de la buena fe.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, solamente las entidades accionadas remitieron en término los alegatos de conclusión en esta sede.

En cuanto al contenido de los alegatos de conclusión, teniendo en cuenta que el artículo 279 del CGP dispone que “*No se podrá hacer transcripciones o reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente.*”, baste decir que, los argumentos expuestos por las demandadas

coinciden plenamente con los emitidos en las sustentaciones de los recursos de apelación.

Atendidos los planteamientos expuestos, a esta Sala de Decisión le corresponde resolver los siguientes:

### **PROBLEMAS JURIDICOS:**

- 1. ¿Le asiste razón al apoderado judicial de la parte actora cuando sostiene que en el plenario se encuentra acreditado la generación de incapacidades a favor del señor Gilberto Enrique Barajas López entre el 8 de enero de 2020 y el 1° de octubre de 2020?***
- 2. ¿Es obligación del empleador cancelar las incapacidades generadas hasta el día 180 como lo sostiene en la sustentación del recurso de apelación la Nueva EPS S.A.?***
- 3. De acuerdo con la respuesta al interrogante anterior ¿Le corresponde a la Nueva EPS S.A. cancelar en este caso incapacidades a favor del señor Gilberto Antonio Barajas López?***
- 4. Para que se reconozcan incapacidades posteriores al día 180 ¿tiene que emitirse un concepto de rehabilitación favorable?***
- 5. ¿Le era dable a la a quo emitir condena por concepto de indexación?***

Con el propósito de dar solución a los interrogantes en el caso concreto, la Sala considera necesario precisar, los siguientes aspectos:

#### **1. EL RECONOCIMIENTO DE LAS INCAPACIDADES LABORALES.**

Al entrar en vigor la Ley 100 de 1993, el pago de licencias por enfermedad de origen común le fue asignado a las entidades encargadas de asegurar las contingencias en materia de seguridad social, estableciéndose en el parágrafo 1° del Decreto Reglamentario 1406 de 1999 modificado por el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013, que **el empleador es responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a dos días y que las EPS cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180**, siempre y cuando el empleador haya

efectuado la afiliación del trabajador al SGSS, porque de lo contrario, o en el evento en que se encuentre en mora en las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, el pago de las incapacidades corre por su cuenta.

Ahora, la responsabilidad en el pago de las incapacidades causadas después del día 180, se rige por las disposiciones previstas en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012; siendo la jurisprudencia constitucional consistente en señalar que luego del día 181 de incapacidad, es la administradora de pensiones quien asume su pago, hasta tanto se defina su derecho pensional.

Con la expedición de la Ley 1753 de 2015, por medio del cual se emitió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, en su artículo 67, se determinó que el pago de las incapacidades de origen común que superen los 540 días continuos deberá ser asumido por las Empresas Promotoras de Salud.

De otro lado, en sentencia T-140 de 2016, la Corte Constitucional, buscando llenar el vacío normativo que se presenta en relación con los afiliados que siendo calificados con un porcentaje de pérdida de capacidad inferior al 50% continúan siendo incapacitados entre el día 180 y el 540, concluyó que *“los pagos por incapacidades superiores a los primeros 180 días deben ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por 360 días adicionales, sin importar que ya se haya realizado la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuando este siga presentando afectaciones a su estado de salud que le impidan trabajar.”*

Recientemente en sentencia T-194-21, la misma Corporación puntualizó:

*“En segundo término, tratándose de enfermedades o accidentes de origen común, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad<sup>[23]</sup> radica en diferentes actores del sistema dependiendo de la prolongación de esta, de la siguiente manera:*

Conforme al artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador.

A su vez, en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012<sup>[24]</sup>, el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador<sup>[25]</sup>.

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. **Si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación<sup>[26]</sup>, 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, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación<sup>[27]</sup>.**

**Ahora, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación<sup>[28]</sup> -sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión de este a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.**

Así mismo, de acuerdo con la norma citada, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable de rehabilitación, podrá 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”<sup>[29]</sup>. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador<sup>[30]</sup>. Contrario sensu, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. **En todo caso, 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.”** (Negritas y subrayas por fuera de texto)

## 2. MONTO DE LAS INCAPACIDADES DE ORIGEN COMÚN.

Establece el artículo 206 de la ley 100 de 1993 que al interior del régimen contributivo se reconocerán las incapacidades generadas por enfermedad de origen común, **de conformidad con las disposiciones legales vigentes.**

Conforme con lo expuesto en la norma en cita, para establecer el monto de las incapacidades por enfermedad de origen común, debe acudirse al artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo en el que se establece que cuando se produzcan incapacidades ocasionadas por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que se le otorgue un auxilio de las 2/3 partes del salario durante los primeros noventa días y la mitad del salario por el tiempo restante.

Ahora, ante acción pública de inconstitucionalidad en la que se solicitaba la declaratoria parcial de inexecutable del artículo 277 del CST, la Corte Constitucional en sentencia C-543 de 18 de julio de 2007, decidió declarar executable la norma bajo estudio, pero bajo el entendido que el **auxilio monetario por enfermedad no profesional (origen común) no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente**; luego de considerar que reconocer un monto inferior al mismo vulneraría lo consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, porque de esa manera se desconocería la garantía constitucional de todo trabajador a percibir el salario mínimo vital, más aún cuando se encuentra en condiciones de afectación a su salud que no le permiten trabajar temporalmente.

### **3. EL PRINCIPIO DE CONSONANCIA.**

Prevé el artículo 66A del CPT y de la SS, que la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación.

### **EL CASO CONCRETO**

#### **De la generación de incapacidades.**

Con el objeto de resolver la totalidad de los temas planteados por los intervinientes en las sustentaciones de los recursos de apelación, la Corporación inicialmente realizará la relación de las incapacidades que se generaron en favor del señor Gilberto Enrique Barajas López, relacionando también aquellas que ya fueron canceladas a su favor, como pasa a verse a continuación.

Al contestar la demanda, la Nueva EPS S.A. allegó las certificaciones de incapacidades emitidas por esa entidad, definiendo que ellas se expedían luego de haberse efectuado el correspondiente proceso de transcripción -pags.48 a 52 archivo 13 carpeta primera instancia-, realizando la siguiente relación:

<b>N° Incapacidad</b>	<b>Desde</b>	<b>Hasta</b>	<b>N° días</b>	<b>Cancelada</b>
0004877726	06/01/2019	10/01/2019	5	Pagada
0004877731	11/01/2019	18/01/2019	8	Pagada
0004879670	19/01/2019	02/02/2019	15	Pagada
0004920329	05/02/2019	14/02/2019	10	Pagada
0004952534	15/02/2019	16/03/2019	30	Pagada
0005021767	18/03/2019	01/04/2019	15	No pagada
0005060267	02/04/2019	16/04/2019	15	No pagada
0005114893	17/04/2019	01/05/2019	15	No pagada
0005134915	02/05/2019	16/05/2019	15	No pagada
0005176766	17/05/2019	28/05/2019	12	No pagada
0005206358	31/05/2019	14/06/2019	15	No pagada
0005252082	15/06/2019	28/06/2019	14	No pagada
0005280094	29/06/2019	13/07/2019	15	No pagada
0005315942	15/07/2019	29/07/2019	15	Pagada
0005396492	15/08/2019	29/08/2019	15	Pagada
0005516764	30/08/2019	12/09/2019	14	Pagada
0005516768	13/09/2019	27/09/2019	15	No pagada

0005518953	28/09/2019	12/10/2019	15	No pagada
0005582694	13/10/2019	26/10/2019	14	No pagada
0005625492	27/10/2019	10/11/2019	15	No pagada
0005634332	11/11/2019	25/11/2019	15	No pagada
0005686304	26/11/2019	09/12/2019	14	No pagada
0005724966	10/12/2019	23/12/2019	14	No pagada
0005751535	24/12/2019	07/01/2020	15	No pagada
0005782100	08/01/2020	21/01/2020	14	No pagada
0005824185	22/01/2020	05/02/2020	15	No pagada
0005866439	06/02/2020	20/02/2020	15	No pagada
0005910440	21/02/2020	06/03/2020	15	No pagada
0005954751	07/03/2020	21/03/2020	15	No pagada
0006007647	21/04/2020	05/05/2020	15	No pagada
0006034841	19/05/2020	02/06/2020	15	No pagada
00060687760	17/06/2020	01/07/2020	15	No pagada
0006303629	02/09/2020	01/10/2020	30	No pagada

Como puede verificarse de la relación de incapacidades derivada de las certificaciones emitidas por la Nueva EPS S.A., cierto es que, producto de sus problemas de salud de origen común, se generaron a favor del señor Gilberto Enrique Barajas López incapacidades desde el 6 de enero de 2019, habiéndosele cancelado, como correctamente lo definió la juzgadora de primera instancia, las que se causaron los periodos que van desde el 6 de enero de 2019 hasta el 16 de marzo de 2019 y entre el 15 de julio de 2019 y el 12 de septiembre de 2019 -pagos realizados por la Nueva EPS S.A.-; pero se equivocó la sentenciadora de primer grado cuando sostuvo que en el plenario no había prueba que acreditara la causación de incapacidades a favor del actor entre el 8 de enero de 2020 y el 1° de octubre de 2020, ya que de la prueba documental arrojada al plenario se puede constatar que efectivamente la Nueva EPS S.A., luego del correspondiente proceso de transcripción, generó incapacidades durante ese periodo al señor Barajas López, mismas que no han sido canceladas a su favor, asistiéndole razón al apoderado

judicial de la parte actora en la sustentación del recurso de apelación; sin embargo, más adelante se definirá, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, a quien le corresponde cancelar esa obligación.

### **Sobre la obligación de pago de las incapacidades generadas entre los días 3 y 180.**

Sostiene la apoderada judicial de la Nueva EPS S.A., que conforme con lo previsto en el artículo 2.2.3.1.1 del decreto 780 de 2016 sustituido por el artículo 3° del decreto 1333 de 2018, la obligación de cancelar las incapacidades generadas a favor del afiliado entre los días 3 y 180 está en cabeza del empleador, quien posteriormente podrá realizar el recobro a la respectiva Entidad Promotora de Salud.

Sin embargo, no solamente ha sido clara ley y la jurisprudencia en sostener que la obligación de cancelar esas incapacidades está en cabeza de la Entidades Promotoras de Salud, sino que también es pertinente indicar que la norma referida por la apoderada judicial de esa entidad, no solamente no le impone esa carga al empleador, sino que ratifica la obligación de las EPS (Entidades Promotoras de Salud) y EOC (Entidades Obligadas a Compensar) a reconocer y pagar en los plazos allí establecidos, entre otros, los generados por incapacidades por enfermedad general, en los siguientes términos:

***“Artículo 2.2.3.1.1. Pago de prestaciones económicas. A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.***

*El pago de estas prestaciones económicas al aportante será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.*

*En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificarla cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.*

**Parágrafo 1°.** *La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4° del Decreto-ley 1281 de 2002.*

**Parágrafo 2°.** *De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar. (Artículo 24 del Decreto 4023 de 2011).”.*

Otra cosa muy diferente es que el empleador, de conformidad con lo previsto en el artículo 121 del decreto 019 de 2012, deba adelantar el trámite para el reconocimiento de las incapacidades en nombre de su trabajador, previa información por parte de éste sobre la expedición de incapacidades y, dado el caso que así lo hiciere, de proceder con el pago de las incapacidades de manera directa a su trabajador, pueda posteriormente realizar el correspondiente recobro a la entidad de la seguridad social responsable del pago, situación esta última que es meramente facultativa y no de carácter obligatorio; explicaciones que permiten concluir que no le asiste razón a la apoderada judicial de la Nueva EPS S.A. en esa argumentación.

### **Responsabilidad en el pago de incapacidades por parte de la Nueva EPS S.A.**

Por otro lado, sostiene la apoderada judicial de la entidad promotora de salud accionada que se equivocó la juzgadora de primera instancia en condenar a la Nueva EPS S.A. al definir que era de su resorte cancelar las incapacidades generadas hasta el 19 de julio de 2019, ya que el día 180 de incapacidad del señor Gilberto Enrique Barajas López se cumplió el 9 de julio de 2019.

En efecto, al verificar los certificados de incapacidades generados por la Nueva EPS S.A. y que fueron debidamente relacionados previamente, le asiste razón a la

entidad promotora de salud accionada cuando afirma que el día 180 de incapacidad del actor data del 9 de julio de 2019, por lo que en principio solo tendría la obligación de pagar las incapacidades generadas hasta ese momento; sin embargo, con lo que no cuenta dicha entidad, es que no cumplió con la obligación contenida en el artículo 142 del decreto 19 de 2012, consistente en emitir antes del día 120 de incapacidad el concepto de rehabilitación y posteriormente remitirlo a la respectiva administradora pensional antes del día 150 de incapacidad, los cuales transcurrieron en este caso entre el 8 de mayo de 2019 y 9 de junio de 2019; pero, como se evidencia en las páginas 25 a 28 del archivo 12 de la carpeta de primera instancia, el concepto de rehabilitación fue emitido el 16 de julio de 2019 y remitido a la AFP Protección S.A. el 19 de julio de 2019; por lo que, de acuerdo con lo referido en la norma en cita, al no haber cumplido la Nueva EPS S.A. con esas obligaciones, le corresponde asumir el pago de las incapacidades a favor del señor Barajas López, no solamente desde el 8 de enero de 2019 *-tercer día de incapacidad-* hasta el 9 de julio de 2019 *-día 180 de incapacidad-*, sino también las que se expidieron entre el 10 de julio de 2019 y el 19 de julio de 2019; pero, como ya se encuentran canceladas las incapacidades que corrieron entre el 8 de enero de 2019 y el 17 de marzo de 2019 y las que van del 14 de julio de 2019 al 19 de julio de 2019, le corresponde asumir el pago de las incapacidades que se causaron entre el 18 de marzo de 2019 y el 13 de julio de 2019, como acertadamente lo definió la falladora de primera instancia.

### **De la solicitud de compensación realizada por la Nueva EPS S.A.**

Como último punto en la sustentación de su recurso de apelación, la apoderada judicial de la parte actora solicitó que se compensaran las sumas de dineros que pagó la Nueva EPS S.A. y que no era de su resorte realizarlo, al haberse causado más allá del día 180 de incapacidades.

Como se relacionó en el cuadro de incapacidades, la Nueva EPS S.A. le pagó al señor Gilberto Enrique las incapacidades que se generaron entre el 20 de julio de

2019 y el 12 de septiembre de 2019, las cuales no se encontraban a su cargo, por haberse causado, en este caso, más allá del 19 de julio de 2019 cuando remitió por fuera de término el concepto de rehabilitación del afiliado; pero, no es posible analizar ese aspecto en el proceso, en primer lugar porque dicha entidad no propuso la excepción de mérito de “compensación” para defender sus intereses y así mismo, porque en todo caso lo que le corresponde buscar a la Nueva EPS S.A. es su reembolso por parte de la entidad de la seguridad social responsable del pago de esas incapacidades, acudiendo a lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.1 del decreto 780 de 2016 sustituido por el artículo 3° del decreto 1333 de 2018; motivos por los que tampoco es posible acceder a esa petición.

### **Del pago de incapacidades a partir del día 181.**

Al sustentar el recurso de apelación, la apoderada judicial del fondo privado de pensiones Protección S.A. sostiene que en este evento no es posible reconocer a favor del señor Gilberto Enrique Barajas López las incapacidades generadas con posterioridad al día 181, al estimar que el reconocimiento de esa prestación económica está supeditado a que el concepto de rehabilitación sea favorable y como en este caso ello no aconteció, el actor no tiene derecho a disfrutar del pago de incapacidades.

Pero, siguiendo la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional, debidamente expuesta líneas atrás, no le asiste razón en esa argumentación a la apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A., en consideración a que dicha Corporación ha sido enfática en sostener que, **independientemente si el concepto de rehabilitación es favorable o no**, los afiliados al sistema general de seguridad social tienen derecho a que se les reconozca el subsidio por incapacidades después del día 180, indicando que a los fondos privados de pensiones les corresponde cancelar dicho subsidio entre los días 181 y 540 de incapacidad; eso sí, sin olvidar que para que ello proceda, evidentemente la respectiva EPS tiene que cumplir con la obligación de emitir dicho concepto antes del día 120 y remitirlo debidamente a la

administradora pensional antes del día 150, pues de hacerlo de manera extemporánea, le corresponderá a la Entidad Promotora de Salud, con sus propios recursos, pagar el subsidio de incapacidad hasta la fecha en que la administradora pensional reciba efectivamente el mencionado concepto de rehabilitación.

Es que la importancia del concepto de rehabilitación no tiene ninguna incidencia en el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad a favor del afiliado, pues lo que realmente depende de que sea en uno u otro sentido *-favorable o desfavorable-* es el trámite a seguir respecto a la obligación de iniciar la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, ya que si el concepto de rehabilitación es desfavorable se debe realizar inmediatamente la calificación de la PCL del afiliado; mientras que si el concepto es favorable, dicho trámite se puede postergar hasta por 360 días más, pero en todo caso, con el importe del subsidio por incapacidad.

Aclarado lo anterior y teniendo en cuenta de que no existe duda en que al señor Gilberto Enrique Barajas López se le generaron incapacidades entre el 20 de julio de 2019 y el 1° de octubre de 2020, como se desprende de la relación de incapacidades plasmada anteriormente con base en las certificaciones expedidas por la Nueva EPS S.A., posteriores al día 180 de incapacidad; se encuentra el fondo privado de pensiones Protección S.A. en la obligación de cancelarlas al afiliado Barajas López.

### **Indexación de las incapacidades.**

Antes de abordar el tema de la indexación de las incapacidades, es del caso recordar que al iniciar la presente acción la parte actora solicitó dentro de sus pretensiones la emisión de condena por concepto de intereses moratorios del artículo 4° del decreto 1281 de 2002, sin embargo, la falladora de primera instancia los negó al considerarlos improcedentes, **decisión que no fue controvertida por la parte actora**, y que derivó en que la directora del proceso abordara, bajo las

facultades extra y ultra petita, lo concerniente a la indexación de las sumas reconocidas.

Ahora, cierto es, como lo sostiene la apoderada judicial del fondo privado de pensiones Protección S.A., que la parte actora no solicitó dentro de sus pretensiones la indexación de las incapacidades que se reconocieran en el curso del proceso; no obstante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL359-2021 sostuvo que la indexación *“no comporta una condena adicional a la solicitada”*, explicando que *“cuando el juez del trabajo advierte un menoscabo a los derechos de las partes y, por este motivo, impone el pago de prestaciones económicas derivadas del sistema de pensiones, su labor no puede limitarse a la restitución simple y plana de dichos rubros; tiene la obligación de imponer una condena que ponga al perjudicado en la situación más cercana al supuesto en que se hallaría de no haberse producido el menoscabo, tal como lo dispone el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, según el cual «dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales». Y la forma en que aquello se garantiza, en el marco de la protección especial a la seguridad social, es a través de la indexación como consecuencia de la incontenible depreciación de la moneda.”*.

Así las cosas, como en el presente asunto se está reconociendo en favor del señor Gilberto Enrique Barajas López una prestación económica **en el marco de la protección especial a la seguridad social**, no cabe duda que, siguiendo la postura adoptada por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral, correspondía ordenarle a las entidades responsables del pago de las incapacidades a favor del afiliado, su correspondiente indexación desde la fecha en que se han hecho exigibles hasta aquella calenda en que se cumpla con esa obligación, como correctamente lo ordenó la *a quo*, al entender que no había lugar a intereses.

### **Liquidación de las incapacidades.**

En atención a que el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora salió triunfante, ya que quedó demostrado que se generaron más incapacidades de las que efectivamente había reconocido la juzgadora de primera instancia y teniendo en cuenta que la *a quo* no emitió la condena en concreto, existiendo pruebas para hacerlo; procederá en consecuencia la Corporación a liquidar el valor de las incapacidades que se generaron en favor del actor, como pasa a verse.

Como se evidencia en el certificado de cotizaciones emitido por la Nueva EPS S.A. -págs.46 y 47 archivo 13 carpeta primera instancia-, el ingreso base de cotización del señor Gilberto Enrique Barajas López entre el 1° de diciembre de 2018 y el 1° de diciembre de 2021 ha sido equivalente al salario mínimo legal mensual vigente; por lo que, dando aplicación a lo dispuesto en la sentencia C-543 de 2007, se liquidarán las incapacidades a cargo de las entidades accionadas con base en el 100% del salario mínimo legal mensual vigente, de la siguiente manera:

- Por los 116 días de incapacidades que corrieron entre el 18 de marzo de 2019 y el 13 de julio de 2019, se condenará a la Nueva EPS S.A. a reconocer y pagar a favor del señor Gilberto Enrique Barajas López por concepto de incapacidades la suma de \$3.202.049.
- Por los 266 días de incapacidades que corrieron entre el 13 de septiembre de 2019 y el 1° de octubre de 2020, se condenará a la AFP Protección S.A. a reconocer y pagar a favor del demandante la suma de \$7.601.001.

De esta manera quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos por la totalidad de los intervinientes.

Costas en esta sede a cargo de las entidades accionadas en un 100% y por partes iguales en favor de la parte actora.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO. MODIFICAR** los ordinales SEGUNDO y TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito, los cuales quedarán así:

*“**SEGUNDO. CONDENAR** a la NUEVA EPS S.A. a reconocer y pagar a favor del señor GILBERTO ENRIQUE BARAJAS LÓPEZ la suma de \$3.202.049 por concepto de incapacidades generadas entre el 18 de marzo de 2019 y el 13 de julio de 2019.*

***TERCERO. CONDENAR** al fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar a favor del señor GILBERTO ENRIQUE BARAJAS LÓPEZ la suma de \$7.601.001 por concepto de incapacidades generadas desde el 13 de septiembre de 2019 y el 1° de octubre de 2020.”.*

**SEGUNDO. CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia recurrida.

**TERCERO. CONDENAR** en costas procesales en esta sede a las entidades accionadas en un 100% y por partes iguales, en favor de la parte actora.

Notifíquese por estado y a los correos electrónicos de los apoderados de las partes.

Quienes Integran la Sala,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**  
Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**  
Magistrada

**GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**  
Magistrada

Sin constancias ni firmas secretariales conforme artículo 9 de la Ley 2213 de 2022

**Firmado Por:**

**Julio Cesar Salazar Muñoz**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 002 Laboral**  
**Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Ana Lucia Caicedo Calderon**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 001 Laboral**  
**Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**German Dario Goez Vinasco**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 003 Laboral**  
**Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **bf9659ef3a2e973c5c867b1d8eff292e76ecc698718c5553f34d63b5d17d265a**

Documento generado en 13/03/2024 08:06:53 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**