INFORME SECRETARIAL. Bogotá D.C., 13 de septiembre de 2020. En la fecha, pasa al Despacho del Señor Juez la Acción de Tutela de la referencia. Sírvase Proveer.

Siete (7) de Octubre de Dos Mil Veinte (2020).

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001 31 05 033 2020 00 313 00			
ACCIONANTE	Karen Alexandra Molina Melo	**C.C. No.**	52.813.555 de Bogotá
ACCIONADA	Protección S.A., Salud Total E.P.S. y Gelsa S.A.		
PRETENSIÓN	Amparar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, y como consecuencia de esto se ordene a la AFP Protección el pago de las incapacidades desde el 23 de julio de 2018 al 22 de junio de 2019 y a la EPS Salud Total el pago de las incapacidades desde el 23 de julio de 2019 en adelante.		

Procede el Despacho a resolver la IMPUGNACIÓN interpuesta contra la sentencia de tutela proferida el día 20 de agosto de 2020, por el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C.

I. ANTECEDENTES

La señora **KAREN ALEXANDRA MOLINA MELO** actuando en nombre propio presentó solicitud de tutela contra **PROTECCIÓN S.A., SALUD TOTAL E.P.S.** y **GELSA S.A.**, invocando la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y al debido proceso, y como consecuencia de esto se ordene a la AFP Protección el pago de las incapacidades desde el 23 de julio de 2018 al 22 de junio de 2019 y a la EPS Salud Total el pago de las incapacidades desde el 23 de julio de 2019 en adelante.

Para fundamentar su solicitud, el accionante relata los siguientes:

1. HECHOS.

1.1 La accionante en la actualidad tiene 37 años, a quien le fue calificada una pérdida de capacidad laboral del 56,73% con fecha de estructuración del 26 de marzo de 2018.
1.2 La entidad accionada negó el reconocimiento de la pensión de invalidez en atención a la carencia de semanas de cotización, proceso que se encuentra pendiente ante la jurisdicción ordinaria laboral.
1.3 La accionante padece falla cardiaca AHA C, NYHA III/IV, FEVI: 30%, cardiomiopatía dilatada de origen indeterminado, probable fibrosis endomiocardiaca, dislipidemia, hipotiroidismo en suplencia e implante CDI como prevención muerte súbita.
1.4 Después del día 180 de incapacidad prorrogada, Protección no pagó la incapacidad laboral.
1.5 Desde el 23 de julio de 2018 la AFP Protección no ha pagado la incapacidad por enfermedad general.
1.6 La EPS Salud Total después de la incapacidad del 23 de julio de 2019 no ha pagado más incapacidades.
1.7 La accionante actualmente se encuentra incapacitada desde el 23 de enero de 2018, sin que l as aquí accionadas hayan pagado las incapacidades con posterioridad al día 180.
1.8 La accionante vive en arriendo y depende económicamente de su familia.
1.9 La accionante es madre cabeza de familia de un menor de 9 años de nombre Marías Gómez Molina.
1.10 La accionante siempre ha enviado las incapacidades a la empresa GELSA S.A., quien no las ha radicado, indicando a la accionante que ellos realizarían dicho trámite ante la EPS, sin embargo, nunca informaron a la accionante que con posterioridad al día 180 ella debía realizar el trámite de radicación de las incapacidades.

2. Actuación del Juez de Pequeñas Causas.

Mediante providencia del 6 de agosto de 2020 el Juzgado Primero de Pequeñas Causas ordenó la admisión de la acción de tutela y corrió traslado a las accionadas por el término de 24 horas. Así mismo, ordenó la vinculación del i) Hospital Infantil Universitario de San José, ii) Fundación Clínica Shaio, (Iii) Virrey Solis IPS, iv) Suramericana Seguros de Vida S.A, v) ARL Sura y; vi) Junta Regional de Calificación de Invalidez.

2.1 Respuesta de ARL Sura.

Mediante contestación enviada por correo electrónico la entidad solicitó se negaran las pretensiones de la tutela y como consecuencia se declarara la improcedencia de la acción de tutela, esto teniendo en cuenta que, al ser a contingencia es de origen común, le corresponden a la EPS y a la AFP asumir el pago de las incapacidades reclamadas.

2.2 Respuesta Fundación Clínica Shaio.

En el informe presentado la Clínica realizó una síntesis de los servicios que han sido prestados a la accionante, aclarando que no se han vulnerado sus derechos por lo que solicita su desvinculación del trámite de tutela.

2.3 Respuesta Gelsa S.A.

Solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela toda vez que en cumplimiento de su deber legal la empresa pagó a la accionante las incapacidades por los primeros 180 días "*no obstante, es preciso mencionar para conocimiento de este despacho que Grupo Empresarial en Línea S.A. sin que le asistiera el deber legal y en protección de los derechos de la trabajadora - hasta donde estuvo a su alcance - pago a la accionante incapacidades y/o salarios posteriores al día 180 y hasta el 31 de enero de 2019, mientras le son reconocidos por quien se supone bajo lo reglado le asiste el deber legal, es decir, el fondo de pensiones AFP PROTECCION. Estos valores/pagos pueden apreciarse en los desprendibles de pago de nómina remitidos por mi representada como anexos en cumplimiento de lo solicitado de oficio dentro de la presente tutela*".

2.4 Respuesta Hospital Infantil Universitario de San José.

Al igual que lo manifestado por la Clínica Shaio, hace una síntesis de los servicios prestados a la accionante, indicando que estuvo hospitalizada del 23 de enero al 7 de febrero de 2018 con diagnóstico de isquemia coronaria, por lo que fue trasladada a la Unidad de Cuidados Intensivos por alto riesgo de choque cardiogénico arritmia fatal y muerte. Al momento del egreso le fue expedida incapacidad médica desde el 23 de enero al 8 de marzo de 2018. Con posterioridad la accionante no volvió a tener consultas en la institución por lo que desconocen el estado actual de su salud.

En consecuencia, solicitan la desvinculación del trámite de tutela al no haberse negado la prestación de servicios a la accionante que vulnerara sus derechos fundamentales.

2.5 Respuesta Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca.

Señala que revisadas sus bases de datos no existe trámite alguno radicado a nombre de la accionante por parte de Protección S.A. ante una eventual inconformidad respecto de la calificación de pérdida de capacidad laboral realizada por la AFP. En tal sentido solicita su desvinculación del trámite de la acción de tutela al no haberse vulnerado los derechos fundamentales de la accionante.

2.6 Respuesta Protección S.A.

En lo relativo a la pretensión del pago de incapacidades señala que la accionante "*al no tener pronóstico favorable de rehabilitación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, no hay lugar al reconocimiento de incapacidades, toda vez que en los términos de la*

citada norma es presupuesto indispensable que la afiliada cuente con concepto favorable de rehabilitación, lo que en su caso no se cumple".

2.7 Respuesta Salud Total EPS-S

Manifestó que las incapacidades reclamadas *"no pueden ser liquidadas y pagadas por parte de SALUD TOTAL EPS-S en razón a que el accionante cuenta con Dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez quien le dio un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50%, es decir, calificación del 56.73%, con fecha de estructuración 26 de marzo de 2018 por lo que el Fondo de Pensiones será quien de manera retroactiva realice el pago de lo solicitado".*

Igualmente señala que cumplió su deber legal de pagar las incapacidades que se encontraban a su cargo, motivo por el cual solicita se declare improcedente la acción de tutela toda vez que la EPS no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, esto teniendo en cuenta que "*las incapacidades reclamadas no pueden ser pagadas por parte de la EPSS en razón a que la señora ya fue declarada INVALIDA y será su FONDO DE PENSIONES PROTECCION es la entidad encargada de realizar el pago a partir de la fecha de estructuración".*

2.8 Respuesta IPS Virrey Solis.

Señala que al ser una IPS dentro de sus funciones legales no se encuentra el reconocimiento y pago de incapacidades médicas, por lo que se debe proceder a su desvinculación del trámite de la acción de tutela al configurarse una falta de legitimación en la causa por pasiva.

Igualmente señalada que todos los servicios y atención médica requeridas por la señora Karen Alexandra Molina Melo han sido brindados de manera oportuna.

3. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Décimo Municipal Laboral de Pequeñas Causas de Bogotá D.C., en providencia del 21 de julio de 2020, amparó los derechos fundamentales del menor, en el sentido de ordenar al empleador de la demanda -GELSA S.A.- a cancelar las incapacidades del periodo de tiempo comprendido entre el

Para llegar a la anterior conclusión, dicho Despacho indicó que, *el empleador deberá reconocerlas y pagarlas, **incluso cuando se ha superado los 540 días de incapacidad,** en **razón a que el empleador cuenta con los medios judiciales, administrativos o jurisdiccionales para el recobro de ellas**. Lo que ello quiere decir, que esta carga administrativa no puede ser soportada por el trabajador, pues de ser así desnaturalizaría el fin y objeto de la expedición de las incapacidades laborales. Así las cosas, revisado el material probatorio allegado por el GRUPO EMPRESARIAL EN LÍNEA SA – GELSA SA, se observa que ha realizado el pago parcial de las incapacidades otorgadas a la accionante, por lo tanto se concluye que a esta última le asiste efectivamente el derecho a que GELSA SA, cancele en su totalidad las incapacidades que le fueron otorgadas y se encuentran pendientes de pago, para que luego realice el trámite administrativo o judicial ante **SALUD TOTAL EPS** y la **AFP PROTECCIÓN SA**, de conformidad el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012".* (Subrayado en texto original).

4. Impugnación.

Las accionadas GELSA S.A. y PROTECCIÓN S.A. enviaron escrito de impugnación dentro del término legal concedido para tales efectos, solicitando se revoque la sentencia proferida por el juzgado de pequeñas causas.

En síntesis, la empresa GELSA S.A. manifiesta que quienes deben asumir el pago de las incapacidades reclamadas por la accionante son la EPS y/o el fondo de pensiones.

Por su parte PROTECCIÓN S.A. en el escrito de impugnación reitera los argumentos sostenidos en la contestación de la acción de tutela al mencionar que toda vez que el concepto de rehabilitación de la accionante es desfavorable, no hay lugar a prorrogar el pago de las incapacidades reclamadas.

II. PROBLEMA JURÍDICO.

Estima el Despacho que el problema constitucional que deriva de las situaciones fácticas puestas en conocimiento por la accionante consiste en determinar si Salud Total EPS-S y Protección S.A. vulneraron el derecho fundamental al mínimo vital, seguridad social y debido proceso al negarse a continuar con el pago de las incapacidades a ella otorgadas bajo el argumento de existir concepto de rehabilitación desfavorable.

Para dar solución al problema jurídico planteado, se entrará a estudiar en primera medida (i) la procedibilidad de la acción de tutela para obtener el pago de auxilios por incapacidad, punto en el cual se analizará el principio de subsidiariedad e inmediatez; (ii) el régimen de las incapacidades laborales, así como las entidades obligadas a su pago; para concluir haciendo un análisis del (iii) caso en concreto.

III. CONSIDERACIONES

1. Procedibilidad de la Acción de Tutela.

Como bien es sabido, la acción de tutela fue creada como un mecanismo cuya finalidad es garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas que están siendo vulnerados o amenazados. Dicha acción tiene un carácter residual, en tanto que la misma procede únicamente ante la inexistencia o ineficacia de otros mecanismos judiciales que contrarresten la inminente vulneración de los derechos fundamentales de las personas[1].

Bajo este postulado, el Art. 6 del Decreto 2591 de 1991 establece que dicha acción será improcedente cuando existan otros medios de defensa judiciales como arriba se mencionó, no obstante, esta acción será procedente excepcionalmente, siempre y cuando dichos medios no resulten eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales del accionante. Para tal efecto, el Juez constitucional deberá analizar el caso en concreto con la finalidad de determinar la eficacia de los medios de defensa judicial existentes y las circunstancias específicas en que se encuentra el accionante para invocar la protección de sus derechos a través de la tutela.

En tal sentido, la Corte Constitucional ha establecido que por regla general las acciones de tutela no resultan procedentes para el reconocimiento y pago de derechos económicos derivados de la existencia de una relación laboral, tal y como es el caso de incapacidades médicas[2].

Así las cosas, el pago de las acreencias laborales tales como las incapacidades médicas, por regla general es un asunto que debe ser tratado ante la jurisdicción ordinaria laboral (Art. 2, Numeral 4º del C.P.L. y S.S.).

Sin embargo, en amplia jurisprudencia la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela "*de manera excepcional, resultará procedente para reconocer el pago de incapacidades médicas. Esto, en el entendiendo que* ***al no contar el trabajador con otra fuente de ingresos para garantizar su sostenimiento y el de las personas que dependan de él, la negativa de una E.P.S de cancelar las mencionadas incapacidades puede redundar en una vulneración a los derechos al mínimo vital, seguridad social y vida digna***" (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Vale la pena citar otra jurisprudencia de la Corte Constitucional del año 2014 en la cual se señaló:

> "*[…] El reconocimiento y pago de una incapacidad asegura al trabajador un ingreso económico durante el periodo de su convalecencia, permitiéndole asumir su proceso de recuperación en los términos y condiciones médicamente diagnosticadas, particularmente por la especial protección a que tiene derecho en vista de su situación de debilidad manifiesta, además de garantizársele su*

[1] Sentencia T-132 de 2006.
[2] Sentencia T-144 de 2016.

derecho al mínimo vital, permitiendo la satisfacción de las necesidades básicas de él y su grupo familiar económicamente dependiente, mientras se reintegra a la actividad laboral.

Es por ello que, con el reconocimiento de éste tipo de prestaciones se pretende garantizar las condiciones mínimas de vida digna del trabajador y del grupo familiar que de él depende, en especial cuando se deterioran sus condiciones de salud o de orden económico. De esta misma manera, este derecho encuentra un amplio desarrollo en instrumentos internacionales.

*Así, ante circunstancias como las anteriores, en las que los derechos fundamentales se encuentran afectados por "**el no pago de una incapacidad laboral, el amparo constitucional es el mecanismo judicial apropiado para consolidar la protección de tales derechos**"*[3]

Es decir, en el caso específico de las personas que relaman el pago de incapacidades laborales cuando las mismas no cuentan con otro de tipo de ingreso económico adicional para satisfacer sus necesidades básicas y las de las personas a su cargo, la acción de tutela es un mecanismo idóneo y procedente para garantizar la protección de sus derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital[4].

Dicha posición encuentra sus argumentos en la sentencia T-311 de 1996, en donde la Corte mencionó que las incapacidades laborales sustituyen el salario de las personas que a causa de una incapacidad médica no puede desempeñar sus funciones, por lo que estas constituyen una garantía para la salud del trabajador:

> *"El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia […] Así, el llamado "subsidio por incapacidad" surge como cláusula implícita del contrato y obligatoria por ministerio de la ley, en guarda de los derechos mínimos de todo trabajador"* (Subrayado fuera de texto).

De esta forma se tiene que dada la jurisprudencia ya referida, ampliamente confirmada por las diferentes Salas de Revisión de la Corte Constitucional, el reclamo del pago de las incapacidades médicas por vía de acción de tutela resulta procedente, toda vez que el objetivo de las mismas está encaminado a garantizar la recuperación del afiliado y evitar que se deteriore su estado económico y el de las personas del grupo que tenga a su cargo, lo cual en caso de no hacerse podría implicar una grave vulneración a los derechos del mínimo vital y seguridad social del accionante.

En consecuencia, la negativa por parte de la E.P.S. o Fondo de Pensiones -según sea del caso- a realizar el desembolso y pago de las incapacidades presentadas por el afiliado, puede traer consigo -dependiendo del caso en concreto- una vulneración al mínimo vital, seguridad social y vida digna, en atención a las graves implicaciones que puede acarrear tal negativa, evento en el cual **PROCEDE** el mecanismo de la acción de tutela para amparar tales derechos.

Por otra parte, cabe recalcar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática al mencionar la importancia del pago de las incapacidades médicas por vía de acción de tutela, en tanto que las mismas sustituyen el salario del empleado/trabajador por el tiempo en que se encuentra impedido para realizar sus labores, en especial cuando tales incapacidades resultan indispensables para el mantenimiento y mínimo vital del afiliado y el de su núcleo familiar[5].

Así pues, al momento de analizarse el caso en concreto, juega un papel fundamental el Juez Constitucional, pues es el llamado a intervenir para valorar todos los medios de juicio a su

[3] Sentencia T-643 de 2014.
[4] Sentencia T-723 de 2014.
[5] Sentencia T-138 de 2014.

disposición, y determinar si en realidad existe una grave afectación a los derechos fundamentales del accionante, y si como consecuencia de esto resulta procedente la tutela.

Ahora bien, junto con este requisito debe analizarse también el principio de inmediatez, toda vez que, dada la naturaleza de la acción de tutela, la misma deberá ser interpuesta en un término razonable, dentro del cual se "*presuma la afectación del derecho fundamental de manera palpable e inminente*".[6]

Al respecto, la Corte Constitucional[7] realizando el análisis de constitucionalidad del Art. 11 del Decreto 2591 de 1991 (declarado inexequible) señaló:

> *"La Corte ha señalado que dos de las características esenciales de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano son la* ***subsidiariedad*** *y la* ***inmediatez:*** *[…] la segunda, puesto que la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza.[8] Luego no es propio de la acción de tutela el sentido de medio o procedimiento llamado a reemplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales.*
>
> *Ahora bien, ¿cuáles factores deben ser tenidos en cuenta para determinar la razonabilidad del lapso? La Corte ha establecido, cuando menos, cuatro de ellos: (i)* ***si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes****; (ii)* ***si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión****; (iii)* ***si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado****;[9] (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición[10]"*[11] (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Igualmente, la Corte[12] ha identificado unos criterios adicionales a efectos de evaluar si el término en que acudió el accionante a la acción de tutela resulta procedente.

> *"i) Que existan razones válidas para justificar la inactividad de los accionantes. Pueden ser situaciones de fuerza mayor, caso fortuito y en general la incapacidad del accionante para ejercer la acción en un tiempo razonable.*[13]
>
> *ii) Que la amenaza o la vulneración permanezca en el tiempo, a pesar de que el hecho que la originó sea antiguo.*[14]
>
> *iii) Que la carga de la interposición de la acción de tutela en un plazo razonable, resulte desproporcionada por una situación de debilidad manifiesta del accionante, por ejemplo, en casos de interdicción, minoría de edad, abandono, o incapacidad física*[15]*."*[16]

Pues bien, de presentarse cualquiera de estos escenarios el Juez de Tutela deberá encontrar satisfecho el requisito de inmediatez, esto sin importar el lapso de tiempo que hubiere transcurrido entre la conducta que generó la vulneración de los derechos y la presentación de la acción de tutela.

---

[6] Sentencia T-828 de 2011.
[7] Sentencia T-643 de 2014.
[8] Sentencia T-433 de 1992.
[9] Sentencia SU-961 de 1999.
[10] Sentencia T-814 de 2005.
[11] Sentencia T-243 de 2008.
[12] Sentencia T-144 de 2016.
[13] Sentencia T-299 de 2009.
[14] Sentencia T-788 de 2013.
[15] Sentencia T-410 de 2013.
[16] Sentencia T-207 de 2015.

2. Las incapacidades médicas y las entidades obligadas a su pago.

Previo a abordar el estudio del reconocimiento de los auxilios por incapacidad vale la pena aclarar que este se encuentra integrado por tres elementos que, si bien son complementarios, son diferenciables. Estos son a) el certificado de incapacidad; b) un auxilio económico, que es el que se paga al trabajador por los primeros 180 días de incapacidad; y c) un subsidio de incapacidad, que es el que pasa a recibir el trabajador a partir del día 181 de incapacidad.[17]

Así pues, la obligación de pago de tales incapacidades se encuentra distribuida de la siguiente forma:

a) El día 1 y 2 está a cargo del empleador, conforme a lo establecido en el Art. 1 del Decreto 2943 de 2013.
b) Del día 3 al día 180 es la EPS quien debe asumir el pago del auxilio económico, conforme a lo establecido en el Art. 1 del Decreto 2943 de 2013.
c) A partir del día 181 y hasta los 540 días el pago del subsidio de incapacidad está a cargo del Fondo de Pensiones al cual se encuentre afiliado el trabajador, esto con base en el Art. 142 del Decreto Ley 019 de 2012 que modificó el Art. 41 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, en cuanto a quién debe asumir el pago de las incapacidades que superan los 540 días, el Gobierno Nacional mediante el Art. 67 de la Ley 1753 de 2015 reguló tal situación al establecer que los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud estarán dirigidos, 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*". En virtud de tal disposición el Tribunal Constitucional ya ha ordenado el pago de tales incapacidades, modificando así el criterio que venía sosteniendo frente a tal punto.

IV. CASO CONCRETO.

Procede el Despacho a la estudiar la impugnación interpuesta por GELSA S.A. y PROTECCIÓN S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales, para lo cual se hará la siguiente sinopsis procesal.

La señora **KAREN ALEXANDRA MOLINA MELO**, presentó solicitud de tutela contra la **EPS SALUD TOTAL, PROTECCIÓN S.A.** y **GELSA S.A.**, invocando la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y al debido proceso, con la finalidad de que se ordene a la AFP Protección realizar el pago de las incapacidades desde el 23 de julio de 2018 al 22 de junio de 2019 y a la EPS Salud Total el pago de las incapacidades desde el 23 de julio de 2019 en adelante.

Las entidades accionadas en los escritos de contestación presentados se opusieron a las pretensiones de la tutela, manifestando lo siguiente: i) EPS Salud Total señaló que realizó el pago de las incapacidades que se encontraban a su cargo; ii) Protección manifestó que al existir concepto de rehabilitación desfavorable no hay lugar al pago de las incapacidades reclamadas; y iii) Gelsa S.A. indicó que ha cumplido con su deber legal de cancelar las incapacidades hasta el día 180 porque lo que es responsabilidad de las entidades del Sistema de Seguridad Social continuar con el pago de las incapacidades.

En primera instancia el Juez de Pequeñas Causas tuteló los derechos de la accionante ordenó a la empresa empleadora cancelar las incapacidades por el periodo de tiempo comprendido entre el "*28 de enero de 2019 y el 17 de julio de 2020 sin tener en cuenta los días que ya fueron cancelados dentro de este periodo*", facultando a su vez a la empresa empleadora para que repita en contra de Protección S.A. y Salud Total EPS-S el pago de las incapacidades, omitiendo señalar los periodos de incapacidad que le corresponde asumir a éstas.

[17] Sentencia T-144 de 2016.

Una vez hecho el estudio acerca de los temas planteados en el problema jurídico fijado por el Despacho, se procede a analizar la jurisprudencia referida con el presente caso.

Así pues, una vez verificados los documentos obrantes en el expediente, se tiene que la señora KAREN ALEXANDRA MOLINA MELO, padece falla cardiaca AHA C, NYHA III/IV, FEVI: 30%, cardiomiopatía dilatada de origen indeterminado, probable fibrosis endomiocardiaca por RMN, dislipidemia, hipotiroidismo en suplencia e implante CDI como prevención muerte súbita.

Como consecuencia de lo anterior, a la accionante le han sido expedidas las incapacidades que se relacionan a continuación:

Folios	Desde	Hasta	Días
23 y 205	23/01/2018	7/02/2018	16
23	7/02/2018	8/03/2018	30
206	7/03/2018	5/04/2018	30
33, 128 y 207	6/04/2018	20/04/2018	15
208	18/04/2018	17/05/2018	30
209	17/05/2018	6/06/2018	21
50, 145 y 210	7/06/2018	6/07/2018	30
211	7/07/2018	26/07/2018	20
212	27/07/2018	5/08/2018	10
213	6/08/2018	14/08/2018	9
54, 149 y 214	15/08/2018	13/09/2018	30
215	14/09/2018	28/09/2018	15
216	28/09/2018	12/10/2018	15
217	12/10/2018	26/10/2018	15
218	27/10/2018	10/11/2018	15
219	10/11/2018	20/11/2018	11
70, 165 y 220	21/11/2018	21/12/2018	31
221	22/12/2018	5/01/2019	15
222	5/01/2019	19/01/2019	15
223	19/01/2019	28/01/2019	10
71, 166, 224 y 225	28/01/2019	27/02/2019	31
81, 176 y 226	27/02/2019	28/03/2019	30
227	29/03/2019	17/04/2019	20
88, 183 y 228	18/04/2019	17/05/2019	30
229	17/05/2019	31/05/2019	15
230	31/05/2019	19/06/2019	20
231	20/06/2019	3/07/2019	14
94, 189 y 232	4/07/2019	1/10/2019	90
98, 193 y 233	2/10/2019	30/12/2019	90
234	10/01/2020	21/01/2020	12
102, 197 y 235	22/01/2020	20/04/2020	90
106, 201 y 236	21/04/2020	19/07/2020	90
109, 204 y 237	20/07/2020	17/09/2020	60
Total días de incapacidad			**975**

Por su parte, Salud Total allegó la siguiente relación de incapacidades a partir de la cual se pueden verificar los periodos y pagos realizados a la accionante.

AUTORIZA	F. INICIO	F. FIN.	DIAS	ACU	LIQUIDA
P7714633	02/07/2018	03/08/2018	30	30	$0
P7714647	04/06/2018	04/20/2018	15	15	$338.538
P7853344	04/21/2018	05/16/2018	26	41	$677.076
P7853353	05/17/2018	06/06/2018	21	62	$546.869
P7853364	06/07/2018	07/06/2018	30	92	$781.242
P7910408	07/07/2018	07/26/2018	20	112	$520.828
P7910418	07/27/2018	08/05/2018	10	122	$260.414
P7910444	08/06/2018	08/14/2018	9	131	$234.373
P8033400	08/15/2018	09/13/2018	30	161	$0
P8033416	09/28/2018	10/12/2018	15	176	$0

La jurisprudencia de la Corte Construccional ha sido enfática al establecer que, si bien el Art. 142 del Decreto 019 de 2012 no prevé de manera expresa la entidad que tiene a su cargo el pago de las incapacidades superiores a 180 días cuando existe concepto médico de rehabilitación desfavorable, lo cierto es que tal indeterminación no puede ser una carga que deba soportar el afiliado, quien se encuentra en una situación de vulnerabilidad en atención a su estado de salud[18].

A raíz de lo anterior, la Corte señaló a partir de la sentencia T-920 de 2009 que los fondos de pensiones son los encargados de asumir el pago de las incapacidades médicas de los afiliados con concepto de rehabilitación desfavorable, hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a sus labores, o hasta tanto se determine una pérdida de capacidad laboral superior al 50%. Esta posición ha sido reiterada por la Corte en sentencias T-146 de 2016, T-333 de 2013, T-729 de 2012 y T-920 de 2009[19] .

De tal suerte, en sentencia T-4051 de 2017 se fijaron las siguientes reglas para el reconocimiento y pago de las incapacidades por patologías de origen común:

> *"(i) Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.*
>
> *(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las **EPS**.*
>
> *(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las **AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.***
>
> *(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto".* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Dicho esto, es claro que la entidad encargada de asumir el pago de las incapacidades generadas con posterioridad al día 180 es el Fondo de Pensiones, en este caso PROTECCIÓN S.A., sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la EPS es favorable o DESFAVORABLE.

Por consiguiente, no existía motivo alguno para que Protección S.A. se negara a pagar las incapacidades de la accionante, pues la EPS Salud Total cumplió con su deber legal de emitir el Concepto de Rehabilitación dentro de los términos señalados en la ley. Se evidencia

[18] Sentencia T-401 de 2017.
[19] Ibid.

entonces una clara vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna, salud y seguridad social de la accionante, más aún si se tienen en cuenta las precarias y graves condiciones del estado de salud de Karen Alexandra Molina Melo, así como las situaciones económicas que ella y su núcleo familiar afrontan al no contar con un ingreso que permita el sustento de sus necesidades básicas, máxime si se tiene en cuenta que la accionante es madre cabeza de familia.

Sea del caso aclarar que en el presente asunto que a la accionante ya se la haya calificado su porcentaje de pérdida de capacidad laboral no es óbice para ordenar el pago de las incapacidades reclamadas, pues como bien lo señala la accionada Protección, la pensión de invalidez fue negada al no acreditarse el requisito de semanas de cotización, en consecuencia, no se estaría generando un doble pago o simultaneidad de pagos a cargo del sistema por un mismo concepto o supuesto de hecho.

En virtud de lo anteriormente expuesto, se comparte entonces la decisión a la que arribó el *a quo* en el sentido determinar que en efecto hay lugar al pago de las incapacidades reclamadas. Sin embargo, no se encuentra de acuerdo el Despacho con la orden impuesta en cabeza de la empresa empleadora GELSA S.A. de asumir el pago de las incapacidades, a pesar de habérsele otorgado la facultad de repetir en contra de Salud Total EPS y Protección S.A., más aún si se tiene en cuenta que no se determinaron con precisión las fechas y periodos cuyo pago corresponde asumir a la AFP y a la EPS.

El Art. 121 del Decreto 019 de 2012 establece lo siguiente:

> *"El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.*
>
> *Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia".*

Esta norma tiene como finalidad garantizar al trabajador el pago de los subsidios de incapacidad, sin tener que someterlo a trámites administrativos ante las entidades del Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensiones. Lo anterior no significa que dentro del trámite de la tutela -en el que ya se encuentran vinculadas las EPS y la AFP- la orden de pago deba imponerse o recaer en el empleador, pues como bien se ha dicho, este solo tiene a su cargo el pago de los dos primeros días de incapacidad.

Así pues, al momento de dictarse sentencia el Juez Constitucional debe medir el alcance e impacto que la decisión a proferir puede causar a terceros, pues se reitera, el Juzgado de Pequeñas Causas debió ordenar a la EPS y a la AFP directamente el pago de las incapacidades objeto de tutela, máxime si se tiene en cuenta que las pretensiones así fueron formuladas. De lo anterior se extrae entonces que no se resolvieron íntegramente las pretensiones planteadas en el escrito de tutela, motivo por el cual se revocarán los numerales segundo y tercero de la providencia impugnada. En su lugar se ordenará a Salud Total EPS y a Protección S.A. a pagar las incapacidades correspondientes a los periodos que se relacionan a continuación:

	Folios	Desde	Hasta	Días
E	23 y 205	23/01/2018	24/01/2018	2
SALUD TOTAL	23 y 205	25/01/2018	7/02/2018	14
	23	7/02/2018	8/03/2018	30
	206	7/03/2018	5/04/2018	30
	33, 128 y 207	6/04/2018	20/04/2018	15
	208	18/04/2018	17/05/2018	30
	209	17/05/2018	6/06/2018	21

	50, 145 y 210	7/06/2018	6/07/2018	30
	211	7/07/2018	14/07/2018	8
PROTECCIÓN S.A.	211	15/07/2018	26/07/2018	12
	212	27/07/2018	5/08/2018	10
	213	6/08/2018	14/08/2018	9
	54, 149 y 214	15/08/2018	13/09/2018	30
	215	14/09/2018	28/09/2018	15
	216	28/09/2018	12/10/2018	15
	217	12/10/2018	26/10/2018	15
	218	27/10/2018	10/11/2018	15
	219	10/11/2018	20/11/2018	11
	70, 165 y 220	21/11/2018	21/12/2018	31
	221	22/12/2018	5/01/2019	15
	222	5/01/2019	19/01/2019	15
	223	19/01/2019	28/01/2019	10
	71, 166, 224 y 225	28/01/2019	27/02/2019	31
	81, 176 y 226	27/02/2019	28/03/2019	30
	227	29/03/2019	17/04/2019	20
	88, 183 y 228	18/04/2019	17/05/2019	30
	229	17/05/2019	31/05/2019	15
	230	31/05/2019	19/06/2019	20
	231	20/06/2019	30/06/2019	11
SALUD TOTAL EPS	231	1/07/2019	3/07/2019	3
	94, 189 y 232	4/07/2019	1/10/2019	90
	98, 193 y 233	2/10/2019	30/12/2019	90
	234	10/01/2020	21/01/2020	12
	102, 197 y 235	22/01/2020	20/04/2020	90
	106, 201 y 236	21/04/2020	19/07/2020	90
	109, 204 y 237	20/07/2020	17/09/2020	60
	Total días Incapacidad			**975**

Igualmente, sea del caso recordar a la **AFP PROTECCIÓN** que la Corte Constitucional en sentencia T-401 de 2017 le advirtió "*acerca de su deber de* ***acatar la jurisprudencia constitucional*** *para que, en lo sucesivo,* ***se abstenga de negar el pago de incapacidades posteriores al día 180 con fundamento en que el concepto de rehabilitación es desfavorable***. *Lo anterior, por cuanto la Sala evidencia que,* ***desde el año 2009, se ha decantado un precedente judicial que ha determinado que los fondos de pensiones no pueden esgrimir el hecho de que el concepto de rehabilitación no es favorable para rehusarse al pago de incapacidades****, como fue expuesto de forma extensa en el acápite correspondiente de la parte considerativa de esta sentencia".* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y TRES LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y mandato de la Constitución.

V. RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** los numerales **SEGUNDO** y **TERCERO** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá el Veinte (20) de Agosto de Dos Mil Veinte (2020), y en su lugar **ORDENAR** a la **EPS SALUD TOTAL** que dentro de las **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes a la notificación de la presente

providencia, pague a la señora **KAREN ALEXANDRA MOLINA MELO** el subsidio por incapacidad correspondiente a los periodos de tiempo comprendidos entre el 25 de enero de 2018 y el 14 de julio de 2019 (día 3 a 180 de incapacidad) y el 1 de julio de 2019 al 17 de septiembre de 2020 (día 541 a 975 de incapacidad), conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** que dentro de las **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes a la notificación de la presente providencia, pague a la señora **KAREN ALEXANDRA MOLINA MELO** el subsidio por incapacidad correspondiente al periodo de tiempo comprendido entre el 15 de julio de 2018 y el 30 de junio de 2019 (día 181 a 540 de incapacidad), conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADVERTIR a **PROTECCIÓN S.A.** acerca de su deber de acatar la jurisprudencia constitucional, conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia T-401 de 2017.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia impugnada.

QUINTO: NOTIFICAR a las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JULIO ALBERTO JARAMILLO ZABALA
JUEZ