**SEGURIDAD SOCIAL / PAGO INCAPACIDADES / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA**

… la pretensión de la accionante va encaminada a que se le concedan las prestaciones económicas a las que en su sentir tiene derecho, pero conforme así lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, la tutela es un mecanismo especial y transitorio que propende por el aseguramiento ágil de las garantías constitucionales; y en tal sentido, en principio no está llamada a prosperar cuando se trata de obtener el reconocimiento de un derecho prestacional… Así mismo, la Corte Constitucional ha indicado que la acción de tutela es procedente para exigir garantías económicas laborales, cuando el no pago de las mismas vulnera o amenaza los derechos fundamentales como la vida digna, el mínimo vital, la seguridad social y/o subsistencia, en cuanto dichas prestaciones constituyan la única fuente de ingresos para el sustento económico y necesidades básicas del actor y sus familiares…

**SEGURIDAD SOCIAL / PAGO INCAPACIDADES / SUPERIORES A 540 DÍAS / A CARGO DE EPS**

… frente al pago de las incapacidades que superen los 540 días, la Corte Constitucional en la Sentencia T-144/16 estableció: “a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos… Además de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1333 de julio 27 de 2018, por medio del cual… reglamentó el tema de las incapacidades superiores a los 540 días a cargo de las EPS, para cuyo reconocimiento y pago deberán establecer si la persona afectada en su salud ostenta alguno de los requisitos contenidos en el artículo 2.2.3.3.1…” a hoy se tiene que el citado órgano de cierre en la decisión T-194/21, reiteró que la única entidad responsable del pago de las incapacidades que superen el referido término, son las EPS…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Pereira, veintitrés (23) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación: 66001310900420230014301

Acta de Aprobación N° 165

Hora: 2:30 p.m.

1.- VISTOS

Desata la Sala por medio de este proveído la impugnación interpuesta por el apoderado judicial de NUEVA EPS, contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Rda.), a consecuencia de la acción de amparo promovida por la señora **CLAUDIA MILENA NARANJO AGUDELO** contra la entidad impugnante, a la que fue vinculada oficiosamente COLPENSIONES.

2.- DEMANDA

Lo sustancial de los hechos que plantea la accionante se puede sintetizar así: (i) padece severos problemas de salud consistentes en disminución de la agudeza visual y episodio depresivo grave, razón por la cual ha sido incapacitada de forma continua e ininterrumpida desde enero 05 de 2022; (ii) las incapacidades generadas hasta diciembre 15 de 2022 fueron canceladas por la NUEVA EPS, en atención al fallo de tutela proferido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira; (iii) las incapacidades generadas hasta junio 26 de 2023 fueron canceladas por COLPENSIONES igualmente por fallo de tutela; (iv) las que fueron generadas hasta septiembre 24 de 2023 fueron pagadas por la EPS por orden judicial; (v) de septiembre 25 de a octubre 24 de 2023 y de octubre 25 a noviembre 23 de 2023 le prescribieron más incapacidades, las cuales fueron radicadas en la NUEVA EPS, pero no se ha procedido con su pago; (vi) en octubre 23 de 2023 COLPENSIONES emitió dictamen de PCL del 33.30%, el cual impugnó, y se encuentra pendiente de que se resuelva el recurso de apelación; y (vii) actualmente presenta una precaria situación económica.

Solicita la protección de sus derechos fundamentales; en consecuencia, se ordene a la EPS pagar las incapacidades que se reclaman.

3.- TRÁMITE Y FALLO

**3.1.-** Una vez admitida la tutela -auto de diciembre 15 de 2023-, el despacho vinculó a la NUEVA EPS. Posteriormente, mediante auto de enero 11 de 2024 vinculó a COLPENSIONES. Luego del traslado de la acción de amparo, las entidades se pronunciaron así:

*- El apoderado especial de la NUEVA EPS* informó sobre la responsabilidad de las administradoras del sistema general de pensiones y/o administradoras de riesgos laborales, por lo que en el presente asunto se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva, al no existir una conexión entre la NUEVA EPS y la situación fáctica que constituye el litigio.

La tutela fue consagrada por la Constitución Política en su artículo 86 y regulada en el Decreto 2591/91 para proteger derechos de carácter fundamental y no económico, motivo por el cual no se puede discutir a través de este trámite el pago de prestaciones.

Pide la desvinculación de la entidad y que se declare la improcedencia de la acción de tutela.

*- La Directora de Acciones Constitucionales de COLPENSIONES* hace un recuento de los pagos que ha realizado por concepto de incapacidad y resaltó que por tratarse de incapacidades que superan los 540 días el pago corresponde a la NUEVA EPS.

Solicita que se niegue el amparo deprecado.

**3.2.-** Culminado el término constitucional, la juez a-quo mediante sentencia de enero 22 de 2024 amparó los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social de la señora **CLAUDIA MILENA NARANJO AGUDELO**, y le ordenó a la NUEVA EPS que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, proceda a reconocer y pagar las incapacidades otorgadas a la accionante desde septiembre 25 a octubre 24 de 2023 y de octubre 25 a noviembre 23 de 2023.

Para llegar a la anterior determinación la juez a quo argumentó que de acuerdo a los hechos y argumentos presentados por la accionante, es evidente que la omisión de la NUEVA EPS en relación con el reconocimiento y pago del referido subsidio genera la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital, por cuanto su salario constituye su único ingreso para cubrir los gastos de subsistencia básicos, afirmaciones que no fueron desvirtuadas por la accionada en debida forma, cuando era deber hacerlo y desde esa óptica se halla procedente la vía constitucional elegida para obtener una respuesta a sus pretensiones.

4.- IMPUGNACIÓN

*El apoderado especial de la NUEVA EPS* impugnó el fallo y solicitó que se modifique la orden del fallo de tutela, en el sentido de indicarse que el mínimo vital de la accionante deberá ser fruto de su trabajo, y ello por cuanto la afiliada presenta una calificación de PCL inferior del 50%, por lo que no aplica el pago de incapacidades y lo que procede es el reintegro laboral.

Pide subsidiariamente, en caso de no prosperar la anterior pretensión, se autorice el recobro ante la ADRES.

5.- POSICIÓN DE LA SALA

Se tiene competencia para decidir la impugnación incoada contra el fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Rda.), según las facultades conferidas en los artículos 86 y 116 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591/91.

**5.1.-** **Problema planteado**

Corresponde al Tribunal establecer el grado de acierto o desacierto contenido en el fallo impugnado, en cuanto protegió el amparo deprecado por la señora **CLAUDIA MILENA NARANJO AGUDEO** y le ordenó a la NUEVA EPS reconocer y pagar unos períodos de incapacidad**.** De conformidad con el resultado, se procederá a tomar la determinación pertinente, ya sea convalidando la decisión, modificándola o revocándola.

**5.2.-** **Solución a la controversia**

La acción de tutela ha sido por excelencia el mecanismo más expedito en materia de protección de derechos fundamentales, gracias a ella el Estado Colombiano logró optimizarlos y hacerlos valer a todas las personas sin discriminación alguna.

En el presente caso lo pretendido por la accionante es el amparo de su derecho al mínimo vital que considera vulnerado por parte de la NUEVA EPS, toda vez que no se le han pagado las incapacidades generadas por el médico tratante de septiembre 25 a octubre 24 de 2023 y de octubre 25 a noviembre 23 de 2023[[1]](#footnote-1) **-las cuales acumulan más de 540 días-.**

Como se aprecia, la pretensión de la accionante va encaminada a que se le concedan las prestaciones económicas a las que en su sentir tiene derecho, pero conforme así lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, la tutela es un mecanismo especial y transitorio que propende por el aseguramiento ágil de las garantías constitucionales; y en tal sentido, en principio no está llamada a prosperar cuando se trata de obtener el reconocimiento de un derecho prestacional. No obstante, el juez puede hacer excepciones al observar que está frente a la posible vulneración de prerrogativas fundamentales y se demuestren condiciones tales como: “[…] (i) que sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público.” [[2]](#footnote-2)

Así mismo, la Corte Constitucional ha indicado que la acción de tutela es procedente para exigir garantías económicas laborales, cuando el no pago de las mismas vulnera o amenaza los derechos fundamentales como la vida digna, el mínimo vital, la seguridad social y/o subsistencia, en cuanto dichas prestaciones constituyan la única fuente de ingresos para el sustento económico y necesidades básicas del actor y sus familiares, con fundamento en que el pago de las incapacidades sustituye el salario durante el tiempo que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada -sentencia T-020/18-.

En este caso se avizora que la señora **CLAUDIA MILENA NARANJO AGUDELO** presenta: “agudeza visual y episodio depresivo grave”[[3]](#footnote-3) que le han generado continuas incapacidades, lo que llevó a que por parte de la AFP COLPENSIONES se le pagaran las incapacidades superiores a los 180 días. Posteriormente, alcanzados los 540 días, la NUEVA EPS ha asumido algunos períodos de incapacidad, excepto los que ahora reclama la accionante.

Fundamenta en la impugnación la NUEVA EPS que el pago de las incapacidades superiores a los 540 días no es procedente cuando se cuenta con una calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, en cuyo caso, lo único que procede es el reintegro laboral.

Para resolver lo anterior, se referirá primero la Corporación a las obligaciones que recaen en cada uno de los actores del sistema de seguridad social, en relación con el pago de las acreencias laborales como las que aquí se reclaman. Frente a la responsabilidad del empleador[[4]](#footnote-4), la EPS[[5]](#footnote-5) y el Fondo de Pensiones[[6]](#footnote-6), respecto al pago de las incapacidades por enfermedades de origen común, la Corte Constitucional ha dicho:

“(i) Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente[[7]](#footnote-7).

(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.

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente”[[8]](#footnote-8).

Y frente al pago de las incapacidades que superen los 540 días, la Corte Constitucional en la Sentencia T-144/16 estableció:

“a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos**. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades”. -negrilla de la Sala- [[9]](#footnote-9)

Además de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1333 de julio 27 de 2018, por medio del cual, entre otras situaciones, reglamentó el tema de las incapacidades superiores a los 540 días a cargo de las EPS, para cuyo reconocimiento y pago deberán establecer si la persona afectada en su salud ostenta alguno de los requisitos contenidos en el artículo 2.2.3.3.1:

“1. **Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico**.

2. 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, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.

3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente”.

Aunque la Corte Constitucional en la sentencia T-268/20 había condicionado que el pago de las incapacidades superiores a los 540 días podía recaer en la AFP o en la EPS según el resultado del concepto de rehabilitación, a hoy se tiene que el citado órgano de cierre en la decisión **T-194/21,** **reiteró que la única entidad responsable del pago de las incapacidades que superen el referido término, son las EPS, a cuyo efecto señaló:**

“De la norma transcrita se advierte: *i)*que el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 540 días a las EPS, y *ii)* que las EPS pueden perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto en los términos del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 ante la *entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud*, que asumió funciones a partir del 1º de agosto de 2017, según lo prescrito en el artículo 1º del Decreto 546 de 2017.

Adicionalmente, es oportuno aclarar que de ninguna manera puede entenderse que el pago de los subsidios por incapacidad al asegurado se encuentra sujeto a condición alguna, toda vez que, conforme al texto normativo trascrito, lo que quedó en suspenso, fue la reglamentación del procedimiento de revisión periódica de incapacidad por parte de las EPS, entre otros asuntos, y no el cumplimiento del deber de pagar los subsidios por incapacidades. Por tanto, desde la entrada en vigor de la Ley 1753 de 2015, el pago del subsidio por incapacidades que superan el día 540, quedó a cargo de las EPS y desde entonces, tienen el deber de sufragar los valores por dicho concepto a favor del asegurado.

Igualmente, conviene reiterar que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que está a cargo de las EPS) tampoco se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada.”

Así las cosas, y como quiera que son las EPS las responsables en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días, no queda duda que la NUEVA EPS tiene dicha carga en este asunto, siendo inadmisible su argumento de que el reconocimiento y pago ya no procede ante la calificación inferior al 50% de PCL con la cuenta la accionante, cuando es sabido que ese trámite no es un procedimiento incompatible con el pago las incapacidades, y no hay lugar a suspender el pago de dichas prestaciones, como quiera que el tema de conceder o no las mismas o de ordenar un reintegro laboral depende exclusivamente de las condiciones médicas de la señora **CLAUDIA NARANJO**, siendo éste un asunto propio de las valoraciones que lleven a cabo los médicos tratantes.

En cuanto a la solicitud de recobro, desde ya dirá la Corporación que no hay lugar a ordenar el recobro, por tratarse de un asunto meramente administrativo entre la EPS y la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-. Acerca de este tópico, en varias decisiones ya se ha pronunciado la H. Corte Constitucional, en las que se ha hecho aclaración que para acceder al recobro basta que se demuestre por parte de la EPS que no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo; por ejemplo, en el auto de julio 13 de 2009 expedido en virtud del seguimiento que se hace a la sentencia T-760/08 y las órdenes que debido a ella se han emitido, en auto 067A/10, y en la sentencia T-727/11, de conformidad con las cuales se puede concluir que no es necesario que el juez de tutela dentro de la providencia se pronuncie en relación con el recobro que puede realizar la entidad para recuperar la inversión concerniente a componentes no PBS que entrega en virtud del mandato constitucional. Pero si lo hace, tampoco afecta lo decidido, es decir, se trata de una orden facultativa, lo cual es de pleno conocimiento por parte de la NUEVA EPS.

Frente al recobro ante la ADRES, la Corte Constitucional en sentencia T-143/23, dijo:

“53. La Corte ha indicado que el proceso de recobro no puede constituirse en una barrera para el acceso a prestaciones que deben garantizar las EPS. Por ejemplo, la Sentencia T-239 de 2019 señaló que “[son] las EPS quienes deben acatar la orden médica sin dilación alguna y posteriormente iniciar los trámites a que haya lugar ante el [MinSalud] y/o ante la ADRES para obtener el recobro de los gastos incurridos”. Además, ha considerado, al resolver conflictos de jurisdicciones[[92]](https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2023/T-143-23.htm" \l "_ftn92), que el recobro no tiene relación con las prestaciones sociales y es un trámite administrativo que se adelanta de manera posterior. En el Auto 389 de 2021 se llegó a dos conclusiones relevantes para el caso concreto: (i) que el recobro “constituye un verdadero trámite administrativo que busca garantizar el propósito de la ADRES consistente en administrar las fuentes y el uso de los recursos que financian el Sistema General de Seguridad Social en Salud, bajo los principios de eficiencia, transparencia y calidad” y (ii) que el “proceso judicial de recobro no corresponde, en estricto sentido, a una *controversia relativa a la prestación de servicios de la seguridad social*” y, por lo anterior, “no pretende garantizar en forma directa que el servicio o la tecnología en salud efectivamente sean prestados”.”

Así las cosas, ningún reproche procede por parte de la NUEVA EPS contra la actuación impugnada y en consecuencia la providencia debe ser confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la ley,

FALLA

**PRIMERO: SE CONFIRMA** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, que protegió los derechos fundamentales deprecados por la señora **CLAUDIA MILENA NARANJO AGUDELO**, vulnerados por la **NUEVA EPS**.

**SEGUNDO:** Por Secretaría se remitirá el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

En ausencia justificada

1. La accionante aportó en los anexos de la acción de tutela los certificados de incapacidad correspondientes. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-498/10. [↑](#footnote-ref-2)
3. Información suministrada en la historia clínica. [↑](#footnote-ref-3)
4. Decreto 2943/13 [↑](#footnote-ref-4)
5. Decreto 2943/13 y Ley 1753/15 [↑](#footnote-ref-5)
6. Ley 962/05 [↑](#footnote-ref-6)
7. Es indispensable aclarar que el empleador deberá asumir el pago de las incapacidades y en general de todas las prestaciones garantizadas por el Sistema de Seguridad Social Integral cuando no haya afiliado al trabajador o cuando a pesar de haber sido requerido por las entidades del sistema, se haya encontrado en mora en las cotizaciones al momento de ocurrir el siniestro. Ver: sentencias T-146 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-723 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa). [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia T-401/17 [↑](#footnote-ref-8)
9. Tal postura fue reiterada por el Alto Tribunal constitucional en la Sentencia T-200/17, y posteriormente en sentencia T-401/17 [↑](#footnote-ref-9)