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

… la pretensión del 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…

**SEGURIDAD SOCIAL / PAGO INCAPACIDADES / SUPERIOR A 50 DÍAS / REGULACIÓN LEGAL**

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.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Pereira, veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Acta de Aprobación N° 890

Hora: 11:45 a.m.

Radicación: 66001310900320230004101

1.- VISTOS

Desata la Sala por medio de este proveído, la impugnación interpuesta por la apoderada judicial de la NUEVA EPS, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con función de conocimiento de Pereira (Rda.), con ocasión de la acción de tutela presentada por el señor **DIEGO HERNÁN PATIÑO CALVO** contra la entidad impugnante.

2.- DEMANDA

La información relatada por el accionante, se puede sintetizar así: (i) como consecuencia de un accidente de tránsito le fue diagnosticado “fractura de la epífisis superior de la tibia”; (ii) actualmente su empleador realiza los pagos al SGSSS a través de la NUEVA EPS; (iii) durante las incapacidades comprendidas entre el día 181 a 540 la AFP PORVENIR asumió el pago; (iv) en septiembre 05 de 2022 cumplió los 540 días de incapacidad; (v) la EPS le adeuda los periodos de incapacidad comprendidos entre 14/08/22 a 13/09/22, 15/10/22 a 13/11/22, 14/11/22 a 28/11/22, 29/11/22 a 28/12/22, 29/12/22 a 17/01/23, 18/01/23 a 31/01/23, 02/02/23 a 24/02/23, y 02/03/23 a 31/03/23; (vi) le ha solicitado en varias oportunidades a la entidad el pago de las incapacidades, pero la EPS señala que no recae en ella la responsabilidad en el pago de las mismas; y (vii) en noviembre 25 de 2022 radicó una petición ante la NUEVA EPS pero recibió una respuesta desfavorable.

Solicitó que se amparen los derechos fundamentales a la salud, mínimo vital, seguridad social, igualdad y debido proceso, y en consecuencia, que se ordene a la NUEVA EPS pagar las incapacidades.

3.- TRÁMITE Y FALLO

**3.1.-** Recibida la demanda, en marzo 29 de 2023 el despacho la admitió y corrió traslado a la entidad accionada, quien a través de su apoderada judicial se pronunció en los siguientes términos:

No es procedente ordenar el pago de incapacidades superiores a 540 días cuando aún no se han causado. A partir del día 180 y hasta el 540 la prestación económica le corresponde por regla general a los fondos de pensiones, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la EPS es favorable o desfavorable, siempre y cuando este concepto hubiese sido emitido antes del día 120 de incapacidad y enviado a los fondos de pensiones antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales la EPS no ha expedido el concepto de rehabilitación, será responsable del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto. Lo anterior, en virtud del artículo 52 de la ley 962/05.

Solicitó se niegue la acción de tutela.

**3.2.-** Vencido el plazo constitucional, el titular del juzgado a quo mediante sentencia de abril 19 de 2023 tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del señor **DIEGO HERNÁN PATIÑO CALVO**, y le ordenó a la NUEVA EPS que, en el término de 48 horas contados, siguientes a la notificación de la sentencia, proceda a reconocer y pagar las incapacidades reclamadas por el actor.

**3.3.-** Contra esa decisión la EPS interpuso el recurso de impugnación, y esta Corporación con ponencia de quien ahora cumple igual función, declaró la **nulidad** de lo actuado mediante auto de junio 23 de 2023, para que se vinculara en el trámite a la AFP PORVENIR.

**3.4.-** Con auto de junio 28 de 2023 el Juzgado Tercero Penal del Circuito dispuso la vinculación de la AFP, y le corrió traslado a la entidad por el término de un día.

**3.5.-** Ante la vinculación, la AFP PORVENIR por intermedio de su Directora de Acciones Constitucionales se pronunció en los siguientes términos:

El día 181 de incapacidad se completó en septiembre 11 de 2021 y el día 360 en septiembre 22 de 2022, siendo éste el plazo máximo de prórroga para el pago de incapacidad -art. 142 del Decreto ley 019/12-, las cuales fueron reconocidas por la entidad. Por tanto, le corresponde al empleador garantizar el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada dando aplicación al reintegro a un cargo que esté acorde al estado de salud del accionante y de acuerdo con las recomendaciones médicas.

La AFP solo asumirá el pago del subsidio de incapacidades hasta el día 540, posterior a esa fecha si el accionante continúa en estado de incapacidad, se procederá a la calificación de PCL y el subsidio deberá ser asumido por la EPS.

El legislador le atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, tal como lo ratificó la Corte Constitucional en sentencia T-144/16 y T-008/18.

Además, se debe tener en cuenta la expedición del Decreto 1333/18 por medio del cual fija definitivamente la situación jurídica para todas aquellas incapacidades por medio de las cuales se superen los 540 días.

**3.6.-** El accionante le informó telefónicamente al despacho que la AFP pagó todas las incapacidades correspondientes al período comprendido entre los 181 días a 540.

**3.7.-** Vencido el plazo constitucional, la titular del juzgado a-quo mediante sentencia de julio 13 de 2023 tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del señor **DIEGO HERNÁN PATIÑO CALVO**, y le ordenó a la NUEVA EPS que en el término de 48 horas contados, siguientes a la notificación de la sentencia, proceda a reconocer y pagar las incapacidades correspondiente a los siguientes períodos 06/09/2022 a 13/09/2022, 15/10/22 a 13/11/22, 14/11/22 a 28/11/22, 29/11/22 a 28/12/22, 29/12/22 a 17/01/23, 18/01/23 a 31/01/23, 02/02/23 a 24/02/23, y 02/03/23 a 31/03/23.

Para llegar a la anterior determinación, la funcionaria a-quo argumentó que la jurisprudencia constitucional tiene decantado que en lo concerniente al pago de acreencias laborales el camino a seguir, por regla general, es la jurisdicción ordinaria laboral, pero cuando la falta de pago de esos rubros vulnera el mínimo de quien acciona, y de paso, su dignidad humana, la reclamación del derecho es viable, por cuanto las incapacidades constituyen su única fuente de ingresos que le permiten sufragar las necesidades básicas, personales y familiares.

Indicó que, en este asunto, la incapacidad comprendida de agosto 14 de 2022 a septiembre 13 de 2022 ya fue reconocidas debidamente 26 días al accionante hasta el 05 de septiembre de 2022 por la AFP PORVENIR, por lo tanto, la NUEVA EPS deberá reconocer el pago de las incapacidades a partir de septiembre 06 de 2022.

4.- IMPUGNACIÓN

Dentro del término oportuno, la NUEVA EPS impugnó la determinación de primer nivel y solicitó se revoque la sentencia, a cuyo efecto argumentó:

La garantía constitucional y legal de las prestaciones económicas a las que tiene derecho el afiliado con pronóstico de rehabilitación desfavorable impone a la AFP la obligación de expedir el dictamen de PCL en forma oportuna so pena de incurrir en una conducta violatoria de las normas y de los derechos fundamentales del afiliado, quien por su situación de discapacidad se convierte en sujeto de especial protección constitucional.

De acuerdo con el artículo 142 del Decreto Ley 019/12, una vez la EPS remita el concepto de rehabilitación a la AFP, antes del día 150 de incapacidad, la AFP debe iniciar el pago de la incapacidad a partir del día 181 y hasta por 360 días calendario adicionales, y antes de finalizar este período calificará la PCL.

El concepto de rehabilitación no influye en la responsabilidad que tiene la AFP de pagar las incapacidades.

Por tanto, lo reclamado por el accionante es obligación de la AFP.

5.- POSICIÓN DE LA SALA

Se tiene competencia para decidir la impugnación incoada contra el fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Pereira, 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 tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social del señor **DIEGO HERNÁN PATIÑO CALVO.** 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 el accionante es el amparo de su derecho al mínimo vital que considera vulnerado por parte la NUEVA EPS, toda vez que no se le han pagado las incapacidades generadas por el médico tratante de 06/09/2022 a 13/09/2022, 15/10/22 a 13/11/22, 14/11/22 a 28/11/22, 29/11/22 a 28/12/22, 29/12/22 a 17/01/23, 18/01/23 a 31/01/23, 02/02/23 a 24/02/23, y 02/03/23 a 31/03/23[[1]](#footnote-1) -las cuales acumulan más de 540 días a partir de septiembre 05 de 2023[[2]](#footnote-2)-.

Como se aprecia, la pretensión del 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.” [[3]](#footnote-3)

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 el señor **DIEGO HERNÁN PATIÑO CALVO** presenta: “FRACTURA DE TIBIA”[[4]](#footnote-4) que le han generado continuas incapacidades, lo que llevó a que por parte de la AFP PORVENIR se le pagaran las incapacidades hasta septiembre 05 de 2023 -fecha en la que se completaron los 540 días de incapacidad-. Posterior a la fecha en la que se completaron los 540 días, el médico tratante le ha generado más incapacidades hasta marzo 31 de 2023 de 2023, mismas que no han sido sufragadas por la NUEVA EPS.

Fundamenta en la impugnación la NUEVA EPS que es obligación de la AFP proceder con el pago de las incapacidades que se reclaman, toda vez que durante el término comprendido entre los 181 días y hasta 360 días debe agotar todo el trámite de la calificación de PCL.

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[[5]](#footnote-5), la EPS[[6]](#footnote-6) y el Fondo de Pensiones[[7]](#footnote-7), 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[[8]](#footnote-8).

(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”[[9]](#footnote-9).

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- [[10]](#footnote-10)

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 de las mismas no procede por cuanto antes de los 540 días la AFP debió agotar el trámite de la calificación de PCL, toda vez que la ley no le fijó ese límite a las administradoras del fondo de pensiones, y por el contrario el proceso podrá continuar superado ese término, tiempo durante el cual la EPS tendrá la obligación del reconocimiento y pago de las incapacidades.

Por tanto, se **confirmará** la decisión del juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira.

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 en julio 13 de 2023, por el Juzgado Tercero Penal del circuito con función de conocimiento de Pereira (Rda.), que tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social del señor **DIEGO HERNÁN PATIÑO CALVO**, 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 ARTURO PAZ ZÚÑIGA**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

1. El accionante aportó en los anexos de la acción de tutela los certificados de incapacidad correspondientes. [↑](#footnote-ref-1)
2. Según lo reconocen la AFP PORVENIR y lo que no fue debatido por la NUEVA EPS en la impugnación. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia T-498/10. [↑](#footnote-ref-3)
4. Información visible en los certificados de incapacidad [↑](#footnote-ref-4)
5. Decreto 2943/13 [↑](#footnote-ref-5)
6. Decreto 2943/13 y Ley 1753/15 [↑](#footnote-ref-6)
7. Ley 962/05 [↑](#footnote-ref-7)
8. 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-8)
9. Sentencia T-401/17 [↑](#footnote-ref-9)
10. Tal postura fue reiterada por el Alto Tribunal constitucional en la Sentencia T-200/17, y posteriormente en sentencia T-401/17 [↑](#footnote-ref-10)