El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / PAGO DE INCAPACIDADES MÉDICAS / ENTIDADES RESPONSABLES / CONCEPTO DESFAVORABLE DE REHABILITACIÓN / OBLIGACIÓN DE LAS ADMINISTRADORAS DE PENSIONES / ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.**

Como quiera que lo pretendido por el accionante está enfocado en obtener por vía de tutela el pago de unas prestaciones económicas, derivadas de las incapacidades otorgadas por sus médicos tratantes, y que según afirma no han sido pagadas oportunamente por parte de la AFP Colpensiones, deberemos remitirnos en primer lugar a los lineamientos normativos que regulan ese tipo de eventos, siendo estos el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 (modificado por el Decreto 2943 de 2013), la Ley 100 de 1993, Decreto 019 de 2012 y el Decreto 1333 de 2018, en concordancia con la interpretación jurisprudencial que de dichas normas ha efectuado la Corte Constitucional.

Una lectura de los aludidos compendios, nos indica en términos más sencillos que el pago de las incapacidades médicas corresponde:

1. Al empleador los primeros 2 días.

2. A partir del día 3 corresponde a la entidad promotora de salud…

3. Desde el día 181 corresponde a la Administradora de Pensiones…, siempre y cuando la EPS haya expedido el respectivo concepto de rehabilitación, requisito sin el cual estará forzada a continuar con dicho pago hasta tanto cumpla con esa obligación.

4. En cuanto a las incapacidades superiores a los 540 días, la determinación de la entidad encargada obligada de asumir el pago de los auxilios por incapacidad estaría supeditada a ciertas hipótesis: (i) si existe un concepto de rehabilitación favorable; (ii) el paciente no ha logrado su recuperación; o (iii) como consecuencia de enfermedades concomitantes se haya presentado una prolongación en la recuperación del paciente, en estos eventos la responsabilidad recaería sobre la EPS; pero si, en cambio, (i) el concepto de rehabilitación es desfavorable; (ii) la calificación de PCL arroja un porcentaje inferior al 50% y el paciente no se encuentra en condiciones de reincorporarse a la vida laboral; o (ii) la calificación es superior al 50% pero no se ha expedido acto administrativo de reconocimiento pensional, necesariamente el deber de asumir el pago de las incapacidades sería competencia de la AFP.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA PENAL

Magistrado Ponente

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, ­­veintiuno (21) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado mediante Acta Nro. 821

Hora: 9:30 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 66 001 31 09 002 2021 00073 01 |
| **Procedencia:** | Juzgado 2° Penal del Circuito de Conocimiento de Pereira |
| **Accionante:** | Rafael Orlando Caro Isaza |
| **Accionado:** | Nueva EPS y Colpensiones |
| **Decisión:** | Modifica |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por parte del señor **RAFAEL ORLANDO CARO ISAZA,** en contra del fallo de tutela proferido por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Pereira, el 6 de septiembre de 2021, con ocasión a la solicitud de amparo Constitucional incoada por el impugnante en contra de **LA NUEVA EPS y COLPENSIONES.**

**ANTECEDENTES FÁCTICOS:**

Se desprende del escrito introductorio de tutela que el señor Rafael Orlando Caro Isaza cotiza de manera independiente al Sistema de Salud por medio de la Nueva EPS; que fue incapacitado por presentar una enfermedad coronaria, llevando hasta el momento más de 300 días de incapacidad, de los cuales, según dijo, su EPS solo le ha pagado 14 días, refirió las siguientes:

*“****(i)*** *Incapacidad No. 6264466 fecha de inicio 22/09/2020, de 10 días pagadas 10 días,* *la cual se interpone con la primera incapacidad que no ha sido reconocida* ***(ii)*** *Incapacidad No.6449108 fecha de inicio del 10/09/2020 de 12 días solo pagaron 10 días,* ***(iii)*** *Incapacidad No. 6364475 fecha de inicio 04/11/2020, de 6 días solo pagaron 4 días”.*

Pese a lo anterior, informó el accionante que continuó cotizando al sistema de salud como trabajador independiente, y pese a instaurar varios derechos de petición para que le informaran sobre el pago de sus incapacidades, no obtuvo respuesta afirmativa, por el contrario, le pusieron trabas de tipo administrativo.

Argumentó el accionante que después de haber solicitado el formato de rehabilitación a su EPS, no se le asignó cita con Medicina Laboral, y apenas el 05 de agosto del año 2021 su EPS le entregó el concepto de rehabilitación desfavorable después de haber cumplido más de 300 días, motivo por el cual no ha podido iniciar su proceso para la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Dijo que actualmente continúa incapacitado, y que su última incapacidad le fue otorgada el 19 de agosto de 2021 hasta el 29 de agosto del 2021, sin posibilidad de reintegro, dado el concepto desfavorable, así mismo, su EPS descose su condición de cotizante como empleado independiente al argumentar que el no pago de las incapacidades es debido a la falta empleador.

Por lo anterior, solicitó que se tutele su derecho fundamental a la vida, al mínimo vital y a la salud, en consecuencia, se le ordene a la Nueva EPS realizar el desembolso correspondiente al pago de sus incapacidades, las cuales deben ser pagadas de manera total y no parcial hasta el día 180 de incapacidad o hasta el día de emisión y envío del concepto de rehabilitación a la AFP, que para el caso es Colpensiones, el cual solo fue realizado el 05 de agosto de 2021. Aunado a ello, que la EPS continúe con la atención integral de su patología y la consecuente expedición de incapacidades, hasta que pueda recuperarse o en su defecto se expida la calificación de pérdida de capacidad laboral.

**ANTECEDENTES PROCESALES**

**1.** Por medio de auto del 24 de agosto de 2021, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira admitió la acción de tutela interpuesta por el señor Rafael Orlando Caro Isaza, en contra la Nueva EPS, y vinculó a Colpensiones por tener injerencia en el asunto.

**2.** Dentro del término de traslado, la Directora de Acciones Constitucionales de Colpensiones dio contestación a la presente acción de tutela, señalando que no ha vulnerado derecho fundamental alguno, además, no es procedente reconocer subsidios de incapacidad hasta tanto la EPS en la cual se encuentra afiliado el señor Caro Isaza allegue el concepto de rehabilitación favorable del accionante; así las cosas, el pago de las incapacidades solicitadas por el accionante recae sobre la Nueva EPS, pues hasta la fecha Colpensiones no registra que la EPS haya cumplido con su obligación de remitir el concepto de Rehabilitación, tal y como lo señala la ley.

Sin embargo, más adelante adujo en su escrito que el día 20 de agosto de 2021 se le notificó el certificado desfavorable de rehabilitación del señor Caro Isaza, por lo tanto, lo procedente es iniciar el trámite de calificación por perdida de la capacidad laboral, el cual adelantara la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones en el tiempo oportuno.

Por su parte, la representante judicial de la Nueva EPS se pronunció frente a la petición del accionante señalando que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para acceder a las pretensiones del accionante, por tratarse de un reconocimiento de carácter económico que puede ser puesto en consideración de la jurisdicción laboral.

Posteriormente y a través de un nuevo documento, puso en conocimiento que el señor Orlando Caro contaba con 256 días de incapacidad continúa al 28 de agosto de 2021, habiendo completado 180 días el 11 de junio de 2021, y que la Nueva EPS emitió concepto de rehabilitación desfavorable el 9 de julio de 2021, notificado a la AFP Colpensiones el 05 de agosto de 2021.

**3.** Posteriormente, luego de realizar un estudio a la situación fáctica planteada, el Juzgado de conocimiento resolvió mediante sentencia del 6 de septiembre de 2021:

*“PRIMERO: Tutelar el derecho fundamental al mínimo vital de Rafael Orlando Caro Isaza, identificado con la cédula de ciudadanía 10.124.785.*

*SEGUNDO: Ordenar a Nueva Empresa Promotora de Salud Nueva S.A. – Nueva EPS S.A que, en el término perentorio e improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación que de este proveído se le haga, proceda con el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas otorgadas a Rafael Orlando Caro Isaza, de manera continua e ininterrumpida hasta el 9 de julio de 2021.*

*TERCERO: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones que, en el término perentorio e improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación que de este proveído se le haga, proceda con el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas otorgadas a Rafael Orlando Caro Isaza, de manera continua e ininterrumpida después del 9 de julio de 2021 y hasta el momento en que el señor Caro Isaza se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, sin que sobrepase los 540 días de incapacidad, toda vez que a partir de ese momento le corresponde a la EPS asumir dicho reconocimiento.*

*CUARTO: Ordenar a Nueva Empresa Promotora de Salud Nueva S.A. – Nueva EPS S.A reconocer y pagar las incapacidades médicas otorgadas a Rafael Orlando Caro Isaza con posterioridad al día 540 de incapacidad, si ello ocurriere.”.*

**4.** Una vez notificado el fallo de tutela y estando dentro del término consagrado en la norma, la Directora de la Dirección de Acciones Constitucionales de Colpensiones, presentó impugnación e informó que una vez verificados los sistemas de información con los que cuenta la entidad, evidenció que no encuentra petición presentada por el señor Rafael Orlando Caro Isaza en relación al reconocimiento y pago de incapacidades; además, la Nueva EPS notificó concepto de rehabilitación a Colpensiones el 20 de agosto de 2021, pues inicialmente se allegó oficio sin el concepto de rehabilitación completo, por lo ello, considera que no es procedente el reconocimiento de las incapacidades desde el 9 de julio de 2021, porque es la EPS quien debe asumir el pago de las incapacidades hasta la fecha en la que se notificó debidamente a Colpensiones.

Por lo anterior, solicitó que se validen sus argumentos y pruebas allegadas con el escrito de impugnación.

De otro lado, la Nueva EPS a través de su apoderado especial, manifestó su inconformidad frente a la orden impuesta por el Despacho de primera instancia al *“Ordenar a la Nueva EPS, reconocer y pagar las incapacidades médicas otorgadas a Rafael Orlando Caro Isaza con Posterioridad al día 540 de incapacidad, si ello ocurre”,* toda vez que la Nueva EPS emitió concepto desfavorable de rehabilitación del afiliado el día 09 de junio de 2021, y en ese orden de ideas, le corresponde al Fondo de Pensiones asumir las prestaciones económicas a que hubiere lugar o hasta tato realice la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Finalmente, el accionante Rafael Orlando Caro Isaza, mediante oficio, solicitó que se ratifique lo ordenado en sentencia del 6 de septiembre de 2021.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

* **Competencia:**

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991.

* **Problema jurídico:**

Acorde con lo señalado en los escritos de impugnación, le corresponde a la Sala dar solución al siguiente problema jurídico:

¿Fue correcta la orden dictada por la Jueza A Quo, encaminada a ordenar a Colpensiones que asumiera el pago de las incapacidades adeudadas al accionante a partir del día 10 de julio de 2021, así como a la Nueva EPS para que asumiera las posteriores al día 540, pese a existir concepto de rehabilitación desfavorable?

* **Solución:**

Como quiera que lo pretendido por el accionante está enfocado en obtener por vía de tutela el pago de unas prestaciones económicas, derivadas de las incapacidades otorgadas por sus médicos tratantes, y que según afirma no han sido pagadas oportunamente por parte de la AFP Colpensiones, deberemos remitirnos en primer lugar a los lineamientos normativos que regulan ese tipo de eventos, siendo estos el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 (modificado por el Decreto 2943 de 2013), la Ley 100 de 1993, Decreto 019 de 2012 y el Decreto 1333 de 2018, en concordancia con la interpretación jurisprudencial que de dichas normas ha efectuado la Corte Constitucional.

Una lectura de los aludidos compendios, nos indica en términos más sencillos que el pago de las incapacidades médicas corresponde:

**1.** Al empleador[[1]](#footnote-1) los primeros 2 días.

**2.** A partir del día 3 corresponde a la entidad promotora de salud[[2]](#footnote-2) (Nueva EPS).

**3.** Desde el día 181 corresponde a la Administradora de Pensiones[[3]](#footnote-3) que en este caso es Colpensiones, **siempre y cuando la EPS haya expedido el respectivo concepto de rehabilitación**, requisito sin el cual estará forzada a continuar con dicho pago hasta tanto cumpla con esa obligación.

**4.** En cuanto a las incapacidades superiores a los 540 días, la determinación de la entidad encargada obligada de asumir el pago de los auxilios por incapacidad estaría supeditada[[4]](#footnote-4) a ciertas hipótesis: **(i)** si existe un concepto de rehabilitación favorable; **(ii)** el paciente no ha logrado su recuperación; o **(iii)** como consecuencia de enfermedades concomitantes se haya presentado una prolongación en la recuperación del paciente, en estos eventos la responsabilidad recaería sobre la EPS; pero si, en cambio, **(i)** el concepto de rehabilitación es desfavorable; **(ii)** la calificación de PCL arroja un porcentaje inferior al 50% y el paciente no se encuentra en condiciones de reincorporarse a la vida laboral; o **(ii)** la calificación es superior al 50% pero no se ha expedido acto administrativo de reconocimiento pensional, necesariamente el deber de asumir el pago de las incapacidades sería competencia de la AFP.

Para hacer un análisis del caso puntual, es importante tener como punto de partida los hechos plenamente demostrados en el expediente:

1. El Sr. Rafael Orlando Caro Isaza, afiliado a la Nueva EPS y la AFP Colpensiones, presentaba para el 28 de agosto de 2021, 256 días de incapacidad ininterrumpida, habiéndose completado los 180 días el 11 de junio de 2021;
2. La Nueva EPS S.A. emitió Concepto de Rehabilitación DESFAVORABLE el día 09 de julio de 2021, pero tan solo se le notificó a la AFP Colpensiones el 20 de agosto de 2021, así se aprecia en el sello de recibido de Colpensiones.
3. El accionante radicó en su EPS una solicitud de reconocimiento y pago de unos auxilios por incapacidad médica, petición a la cual esa entidad no accedió.

Ahora, si trasponemos las reglas citadas en el inicio al caso puntual, se puede concluir con certeza que, aunque razón le asistió al Despacho de primer nivel al decidir amparar los derechos fundamentales reclamados por el accionante, la decisión de primer nivel debe ser modificada en el sentido que las dos impugnantes reclaman, pues, en primer lugar, el deber de Colpensiones de asumir el pago de las incapacidades del señor Rafael solo tenía lugar a partir del 21 de agosto de 2021, fecha en que se le notificó en forma efectiva el concepto de rehabilitación de su afiliado; y, en segundo lugar, le asiste la razón a la Nueva EPS cuando afirma que no le corresponde asumir el pago de las incapacidades superiores al día 540, si es que estas se llegaran a presentar, como quiera que el concepto de rehabilitación es DESFAVORABLE.

Veamos lo que al respecto ha indicado el Órgano de Cierre en materia Constitucional:

*“(ii) Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 de 2018, sobre el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a los 540 días, del cual, es diáfano el entendimiento que dichas incapacidades serán asumidas por las E.P.S.,* ***siempre y cuando*** *se cumplan con los presupuestos establecidos en el precitado artículo. En el caso objeto de análisis, no se observa el cumplimiento del presupuesto establecido en el numeral 1 del referido artículo, cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.*

*(...)*

*44. Aunado a ello, la jurisprudencia constitucional ha señalado: “Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia* ***T-920 de 2009****[[5]](#footnote-5) que* ***las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones*** *hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%”.[[6]](#footnote-6)*

*45. En el mismo sentido, también se ha sostenido que “el trabajador que es calificado y supera el 50% de pérdida de capacidad laboral, ante la disminución física que padece, las entidades del Sistema les corresponde actuar con solidaridad y diligentemente reconocer y pagar una suma de dinero con la cual pueda satisfacer sus necesidades básicas; razón por la cual mientras se decide definitivamente sobre el reconocimiento y el pago de la pensión de invalidez, el Fondo de Pensiones deberá costear las incapacidades laborales”.[[7]](#footnote-7)*

*46. Finalmente, en la sentencia* ***T-144 de 2016 se dijo:*** *“Así, en esa ocasión, se amparó el derecho fundamental al mínimo vital de una persona a la cual le han expedido incapacidades laborales por más de 540 días como consecuencia de varios diagnósticos que habían redundado en* ***una pérdida de capacidad laboral del 51.77%****, sin que la EPS, la empresa accionada o la AFP hubieren pagado oportunamente las incapacidades prescritas, ni realizado los trámites para reconocer y pagar la pensión de invalidez. En ese caso existía un dictamen que ofrecía certeza de la imposibilidad de rehabilitación del accionante y una negligencia de las entidades en el trámite de su pensión, por tal razón se aplicó una interpretación constitucional del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que**condicionaba el pago de las incapacidades superiores a los 540 por parte del fondo de pensiones, al trámite y reconocimiento de la pensión de invalidez a la que tenía derecho el actor (…)”.*

*47. En este caso, el accionante cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación expedido por la E.P.S. y adicionalmente, cuenta con calificación del porcentaje de pérdida de su capacidad laboral superior al 50%, por lo que, se ratifica que es Colpensiones quien debe asumir dicha carga prestacional hasta que se surta el trámite definitivo que le reconozca la pensión de invalidez.[[8]](#footnote-8)”.*

Acorde con lo dicho hasta ahora, la Sala procederá a modificar las órdenes impartidas en la sentencia de primera instancia, para así ajustarlas a los lineamientos señalados a lo largo de este proveído.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad conferida en la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de tutela proferido por el Juzgado 2° Penal del Circuito de esta ciudad el pasado 6 de septiembre de 2021, en el sentido de amparar los derechos fundamentales reclamados por el señor RAFAEL ORLANDO CARO ISAZA, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: MODIFICAR LOS NUMERALES 2° y 3°** de la sentencia de marras, los cuales quedarán así:

*“SEGUNDO: Ordenar a la Nueva Empresa Promotora de Salud Nueva S.A. – Nueva EPS S.A que, en el término perentorio e improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación que de este proveído se le haga, proceda con el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas otorgadas a Rafael Orlando Caro Isaza, de manera continua e ininterrumpida hasta el 20 de agosto de 2021.*

*TERCERO: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones que, en el término perentorio e improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación que de este proveído se le haga, proceda con el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas otorgadas a Rafael Orlando Caro Isaza, de manera continua e ininterrumpida después del 20 de agosto de 2021 y hasta el momento en que el señor Caro Isaza se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, aun cuando estas superen los 540 días, salvo que se emita un nuevo concepto de rehabilitación de carácter FAVORABLE.”.*

**TERCERO: REVOCAR EL NUMERAL 4°** de la sentencia opugnada.

**CUARTO: NOTIFICAR** a las partes por el medio más expedito posible y remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado Magistrado

1. Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículo 41 de la Ley 100 de 1993 [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015; artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de julio 27 de 2018 y Sentencia T-268 de 2020. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia T-920/09. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T-401/17. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T-004/14. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia T-268/2020 [↑](#footnote-ref-8)