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.

Proceso: Tutela de segunda instancia

Demandante: María Alejandra Vargas Morales

Demandado: Nueva EPS

Expediente: 66170311000120220048101

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / INCAPACIDADES MÉDICAS / PAGO SEGÚN EL PERIODO DE QUE SE TRATE / A PARTIR DEL DÍA 540 LA AFP, SI EXISTE CONCEPTO DE REHABILITACIÓN DESFAVORABLE O HAY CALIFICACIÓN DE MÁS DEL 50% DE PCL / O LA EPS SI EL CONCEPTO ES FAVORABLE.**

… en principio, la acción de tutela caracterizada por ser subsidiaria, es improcedente para reclamaciones de tipo laboral o prestacional, lo cierto es que, ha sido criterio la Corte Constitucional la “(…) procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de incapacidades laborales, cuando, tal como se expuso, se vean comprometidas las garantías fundamentales del afectado.”

… debe recordarse que los primeros 2 días de incapacidad son responsabilidad del empleador; durante los siguientes 180 días, la carga del pago está en cabeza de la EPS; desde el día 181 y al menos hasta el 540, debe asumir esa subvención el fondo de pensiones respectivo…

… la jurisprudencia nacional ha explicado que el pago de la prestación a partir del día 541 de incapacidad, continuará a cargo del fondo de pensiones, si el afiliado ya ha sido calificado con más del 50% de PCL, o si su concepto de rehabilitación es desfavorable…

No obstante, de conformidad con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, la carga retornará a la EPS, siempre y cuando se cumplan los requisitos del artículo 2.2.3.6.1 del Decreto 1427 de 2022…

… es obligación de su EPS asumir ahora el pago de la subvención, si bien, la demandante no ha sido calificada con más del 50% de PCL, su concepto de rehabilitación es favorable, y su médico ha determinado que no puede retornar a laborar, por lo cual se le siguen expidiendo incapacidades.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

 **SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Pereira, Septiembre veintitrés de dos mil veintidós

Acta: 472 del 23 de septiembre de 2022

Sentencia: ST2-0338-2022

Decide la Sala la impugnación elevada por **Nueva EPS** contra la sentencia proferida el 18 de agosto de 2022, por el Juzgado de familia de Dosquebradas, en esta acción de tutela formulada, mediante apoderada judicial, por **María Alejandra Vargas Morales** frente a la impugnante y **Porvenir S.A.**

**1. ANTECEDENTES**

1.1. Expuso la demandante que, debido a unas patologías que padece, desde el 9 de noviembre de 2020 le vienen expidiendo incapacidades de manera continua, las cuales fueron pagadas hasta el día 180 por Nueva EPS, y hasta el día 540 por Porvenir S.A.; sin embargo, la EPS se ha negado a pagarle las emitidas con posterioridad a esa última calenda, a pesar de que ha sido requerida para ello, argumentando que tal reconocimiento es responsabilidad del fondo de pensiones.

Agregó que el 12 de junio, con el auspicio de Porvenir S.A., fue calificada en una primera oportunidad con un 25,20% de PCL, frente a lo cual manifestó una inconformidad, por lo que aguarda la calificación de la Junta Regional de Calificación de Risaralda.

También dijo que, tal como se confirma en su historia clínica, su médico tratante le dijo que ella no puede retornar a trabajar.

Pidió, entonces, ordenarles a las accionadas pagarle las incapacidades expedidas con posterioridad al día 540 de incapacidad continua.[[1]](#footnote-1)

1.2. El despacho de primer grado le dio impulso a la acción mediante auto del 8 de agosto de 2022.[[2]](#footnote-2)

1.3. Porvenir S.A. adujo que pagó la prestación hasta cuando la accionante cumplió 540 días de incapacidad, y que las reclamadas en la acción de tutela son responsabilidad de Nueva EPS.[[3]](#footnote-3)

1.4. Nueva EPS planteó que, como la accionante fue calificada con una PCL entre el 5% y el 49,9%, adquirió el estatus de incapacitado permanente parcial, y entonces, es improcedente el pago de la subvención rogada y, en cambio, lo que sigue es el proceso de reintegración laboral.[[4]](#footnote-4)

1.5. Sobrevino la sentencia de primer grado en la que se concedió la protección, y se consideró que *“(…) el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas con posterioridad al día 540, corresponde exclusivamente a la EPS, independientemente de si existe o no un concepto favorable de rehabilitación, pues al haber sido calificada la accionante con una PCL inferior al 50%, es evidente que no podrá obtener una pensión por invalidez.”;* así las cosas le ordenó el pago de las incapacidades adeudadas, con la advertencia de que no puede abstenerse pagarle las que le sigan expidiendo.[[5]](#footnote-5)

1.6. Impugnó la compelida invocando el carácter subsidiario de la acción de tutela.[[6]](#footnote-6)

**2. CONSIDERACIONES**

2.1. El constituyente colombiano introdujo desde 1991, en la Carta Política, la acción de tutela como un mecanismo breve y sumario mediante el cual toda persona puede conseguir de un juez la protección de sus derechos fundamentales, siempre que ellos estén siendo vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad, o de un particular en determinados casos.

Aquí pretende la accionante la defensa de los derechos arriba señalados, presuntamente vulnerados por las encausadas que, presuntamente, se muestran renuentes a pagarle unas incapacidades que su médico le ha expedido.

2.2. En lo que respecta a la procedencia de la acción de tutela se tiene lo siguiente:

La legitimación en la causa por activa es clara, pues la demandante se encuentra afiliada a las entidades que aquí demanda, y a ellas le está reclamando el pago de sus incapacidades; por pasiva también, pues están vinculadas Nueva EPS y Porvenir S.A., que serían las responsables en el pago de las incapacidades que se le expidan a su afiliada.

La inmediatez también se supera porque el oficio mediante el cual Nueva EPS le negó a la accionante el pago de las incapacidades data del 26 de mayo de 2022[[7]](#footnote-7), y esta demanda se radicó, con prontitud, el 5 de agosto siguiente[[8]](#footnote-8).

Y en lo que se refiere a la subsidiariedad, debe señalarse que, si bien, en principio, la acción de tutela caracterizada por ser subsidiaria, es improcedente para reclamaciones de tipo laboral o prestacional, lo cierto es que, ha sido criterio la Corte Constitucional la *“(…) procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de incapacidades laborales, cuando, tal como se expuso, se vean comprometidas las garantías fundamentales del afectado.”[[9]](#footnote-9)*

A juicio de la Sala en este asunto debe superarse la subsidiariedad, dado que, está demostrado que la accionante viene incapacitada para trabajar de manera continua desde noviembre de 2020[[10]](#footnote-10), además, ella aseguró que sus ingresos solo provienen de su empleo, por lo cual, si no recibe la subvención que reemplaza su salario, se ve afectada su mínimo subsistencia *“(…) circunstancias que pudieron desvirtuar las encausadas y guardaron silencio; por lo tanto, gozan de presunción de veracidad y denotan la afectación del mínimo vital.”[[11]](#footnote-11)*

2.3. Superada la procedencia del trámite, sigue evaluar a la luz de la normativa y la jurisprudencia aplicables al caso, si acertó el funcionario de primer grado al conceder el amparo, e imponerle a Nueva EPS el pago de las incapacidades adeudadas y de las que se generen a partir del día 541, o si como dice la impugnante, lo que procede es la reintegración laboral y que, en todo caso, la responsabilidad le asiste al fondo de pensiones, hasta tanto emita la calificación de pérdida de capacidad laboral.

Perfilado así el asunto, debe recordarse que los primeros 2 días de incapacidad son responsabilidad del empleador; durante los siguientes 180 días, la carga del pago está en cabeza de la EPS; desde el día 181 y al menos hasta el 540, debe asumir esa subvención el fondo de pensiones respectivo, siempre que se le haya hecho saber esa situación por parte de la EPS.

2.4. En lo que atañe con el pago de las incapacidades con posterioridad al día 541, en esta sentencia, la Sala ajustará el criterio que hasta hoy venía esgrimiendo, y que sostenía, sin adicionales consideraciones, que la encargada del pago de la prestación a partir de ese momento era la EPS[[12]](#footnote-12), en su lugar, se acogerán las razones que a continuación se exponen.

*“Son muchos los casos en que las dolencias o las secuelas que dejan las enfermedades o accidentes de origen común que obligan a las EPS o demás entidades que administran la salud a certificar incapacidades por mucho más tiempo del estipulado en el Sistema Integral de Seguridad Social y que a pesar de las limitaciones físicas la pérdida de la capacidad laboral no alcanza a superar el 50% y por tanto, tampoco nace el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, lo que deja al trabajador en un estado de desamparo y sin los medios económicos para subsistir.”*[[13]](#footnote-13)

En ese orden de ideas, la jurisprudencia nacional ha explicado que el pago de la prestación a partir del día 541 de incapacidad, continuará a cargo del fondo de pensiones, si el afiliado ya ha sido calificado con más del 50% de PCL, o si su concepto de rehabilitación es desfavorable, en esos eventos, esa entidad deberá seguir solventándolo mientras no se defina su reubicación laboral o una eventual pensión de invalidez.[[14]](#footnote-14)

No obstante, de conformidad con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, la carga retornará a la EPS, siempre y cuando se cumplan los requisitos del artículo 2.2.3.6.1 del Decreto 1427 de 2022, estos son:

(i) Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.

(ii) Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.

(iii) Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones, que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

2.5. En el caso concreto, no hay controversia en relación a que (i) El concepto de rehabilitación de la accionante es favorable[[15]](#footnote-15), y que está en trámite su calificación de PCL[[16]](#footnote-16), (ii) Que para el 11 de agosto de 2022 completó 639 días de incapacidad continua[[17]](#footnote-17), (iii) Y que el día 540 de incapacidad continua se superó desde el 7 de mayo de 2022[[18]](#footnote-18) y hasta esa fecha Porvenir S.A. le reconoció los subsidios[[19]](#footnote-19).

Así las cosas, según lo explicado en precedencia, es obligación de su EPS asumir ahora el pago de la subvención, si bien, la demandante no ha sido calificada con más del 50% de PCL, su concepto de rehabilitación es favorable, y su médico ha determinado que no puede retornar a laborar, por lo cual se le siguen expidiendo incapacidades.

Por ello es menester que Nueva EPS le pague las incapacidades emitidas desde el 7 de mayo de 2022 y de las que se sigan generando, mientras en cabeza de la señora Vargas Morales persistan las condiciones establecidas en el artículo 2.2.3.6.1 del Decreto 1427 de 2022.

Por lo expuesto hasta este punto, se confirmará parcialmente la sentencia impugnada, en el entendido de que, si bien concedió el amparo y se exoneró a Porvenir S.A., quien demostró el cumplimiento de sus obligaciones legales, debe modificarse el numeral segundo para impartir la orden a Nueva EPS tal como se dijo en el párrafo anterior, y revocarse el numeral tercero, porque eventualmente pueden desaparecer las condiciones que le imponen a esa entidad pagar incapacidades expedidas con posterioridad al día 540 de incapacidad continua.

**3. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la **Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA PARCIALMENTE** la sentencia impugnada.

Se **MODIFICA** el numeral segundo que quedará así:

*Se le* ***ORDENA*** *a Nueva EPS, por medio de su Gerente Regional Eje Cafetero, o quien haga sus veces, pagarle a la accionante las incapacidades emitidas desde el 7 de mayo de 2022 y de las que se sigan generando, mientras en cabeza de la señora Vargas Morales persistan las condiciones establecidas en el artículo 2.2.3.6.1 del Decreto 1427 de 2022.*

Se **REVOCA** el numeral tercero.

Se **CONFIRMA** en lo demás.

Notifíquese la decisión a las partes en la forma prevista en el artículo 5o. del Decreto 306 de 1992 y remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Los Magistrados,

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

1. Documento 02., C. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Documento 05., C. 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Documento 08., C. 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Documento 09., C. 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Documento 10., C. 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Documento 01, Carpeta “IMPUGNACIÓN” C. 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Pág. 117, Documento 04., C. 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Documento 01., C. 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia T-020 de 2018 [↑](#footnote-ref-9)
10. Pág. 9, Documento 09., C. 1. [↑](#footnote-ref-10)
11. TSP.ST2-0110-2021 [↑](#footnote-ref-11)
12. Por ejemplo, TSP. ST2-0137-2022 [↑](#footnote-ref-12)
13. T-468 de 2010, reiterada en la Sentencia T-161/19 [↑](#footnote-ref-13)
14. Al respecto pueden leerse las sentencias T-268 de 2020 y STL1410-2022 [↑](#footnote-ref-14)
15. En la pág. 13 del Documento 09. [↑](#footnote-ref-15)
16. [↑](#footnote-ref-16)
17. En la pág. 13 del Documento 09, hay una certificación de Nueva EPS, que da cuenta sobre la cantidad de días que la accionante lleva incapacitada. [↑](#footnote-ref-17)
18. Así lo confirma Porvenir S.A., en su contestación Pág. 30, Documento 08. [↑](#footnote-ref-18)
19. Certificado de pagos Pág. 28, Documento 08. [↑](#footnote-ref-19)