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 Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 02 de mayo de 2018

Proceso:     Acción de Tutela – Pensión invalidez – Improcedente – Confirma

Radicación Nro. : 66001 31 09 001 2018 00025 010

Accionante: Luis Guillermo Zapata

Accionado: Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

Magistrado Ponente: JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Temas: **MÍNIMO VITAL / PAGO DE INCAPACIDADES MAYORES A 540 DÍAS CORRESPONDE A LA EPS / CONCEDE / CONFIRMA –** En el caso que hoy nos ocupa, se advierte que el señor Héctor Fabio Trujillo Betancourth sufrió un accidente laboral el día 28 de octubre del año 2015, mientras se dirigía al trabajo, lo que se desprende de la narración de los hechos realizada por el accionante, razón por la cual sus médicos tratantes le han expedido certificados de incapacidad por enfermedad general por más de 180 días, de los cuales fueron reconocidos los primeros 180 días (cumplidos el día 05 de julio de 2016) por la Nueva EPS, a su vez Porvenir S.A le reconoció y le pagó el subsidio equivalente a las incapacidades expedidas desde el día 181 al 540, es decir, desde el 05 de julio de 2016 al 29 de junio de 2017 (Fl.45),empero la Nueva EPS no ha reconocido ni pagado las incapacidades superiores a los 540 días, lo que consideró el accionante una vulneración a sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social.

**(…)**

Así las cosas, la Corte Constitucional en la Sentencia que se viene analizando (T-401 de 2017), diseño el cuadro No.2 al que denominó “Atribución legal de responsabilidad en el pago de incapacidades”, el cual graficó de la siguiente manera:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Periodo | Entidad obligada | Fuente normativa |
| Día 1 a 2 | Empleador | Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 |
| Día 3 a 180 | EPS | Artículo 41 de la Ley 100 de 1993 |
| Día 181 hasta 540 | Fondo de Pensiones[[128]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-401-17.htm#_ftn128) | Artículo 41 de la Ley 100 de 1993 |
| Día 541 en adelante | EPS | Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 |

(…)

Por lo anterior, la Sala concluye que son los precedentes jurisprudenciales los que señalan la forma como se constituye una prestación propia del Sistema de Seguridad Social para amparar las contingencias surgidas con ocasión de perturbaciones en la salud de los trabajadores dependientes o independientes, circunstancia que resulta coherente con los objetivos que persigue la protección no sólo de este derecho, sino el del mínimo vital de una persona que como el señor Héctor Fabio Trujillo Betancourth, requiere del subsidio de las incapacidades para su subsistencia y la de su familia, dada la condición de debilidad manifiesta que presenta.

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

#### SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, veintidós (22) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Aprobado por Acta No.0437

Hora: 3:00 p.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

Nuevamente corresponde a la Sala resolver la impugnación presentada por la Nueva EPS frente al fallo proferido el 4 de abril de 2018 por el Juzgado 3º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, Risaralda, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Héctor Fabio Trujillo Betancourth en contra de la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A, la APF Porvenir y la Nueva EPS.

2. RESUMEN DE LOS HECHOS

2.1. Informó el señor Héctor Fabio Trujillo Betancourth que se encuentra afiliado a la ARL Positiva y a la Nueva EPS Régimen Contributivo, entidad que le presta el servicio de salud.

Adujo que sufrió un accidente laboral el día 28 de octubre del 2015, mientras se dirigía al trabajo; sin embargo la ARL Positiva Cia. De Seguros indicó que tal accidente es de origen común.

Señaló que presenta un diagnóstico de secuelas de fractura de fémur distal actualmente con osteomielitis no activa, y que el médico le indicó que debe insistir en la marcha con una muleta para que la fractura termine de consolidar; así mismo el ortopedista lo remitió al servicio de infecciones osteomusculares en Cali.

Señalo que la Nueva EPS pagó a la Empresa las incapacidades hasta el día 180, a partir del día 180 al 540 se cancelaron por parte del fondo pensiones Porvenir y a partir del día 541 considera le corresponde nuevamente a la EPS asumir el reconocimiento de las incapacidades, pero no ha sido posible que se haga efectivo el mismo.

Manifestó que actualmente su situación económica no es buena y por esto se ve gravemente afectado, pues estas incapacidades son su única fuente de ingreso, toda vez que es padre cabeza de familia por lo que debe responder por sus hijos y su esposa.

Por lo anterior, solicitó que se amparen sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social en tal sentido, se ordene a la Nueva EPS que en el término de las 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, disponga lo necesario para las incapacidades generadas (Fls. 1-5)

2.2. El accionante adjuntó los documentos que sustentan los hechos y sus pretensiones. (Fls 6-20)

2.3. El juez de primer grado avocó conocimiento de la presente acción y ordeno correr traslado de la misma a la AFP Provenir, Nueva EPS y la ARL Positiva. (Fl.21)

2.4. Esta colegiatura el día 21 de febrero de 2018 decretó la nulidad de lo actuado dentro de este trámite de tutela adelantado por el Juzgado 3º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira a partir del fallo calendado el 28 de diciembre de 2017, a efectos de que se proceda a vincular a la Empresa Medios Informativos Eje S.A.S., al Ministerio de Salud y de la Protección Social y a la Administradora de los Recursos del Sistema General De la Seguridad Social en Salud-ADRES. (Fls. 75-78).

3. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

3.1. NUEVA EPS

Considero que la pretensión del accionante es de índole económica, la cual no puede ser dirimida por el mecanismo constitucional, sino que debe ser llevada a la jurisdicción ordinaria.

Señalo que no se puede desconocer la responsabilidad que le asiste al empleador de efectuar el pago inicial de las prestaciones económicas generadas a favor del accionante, por lo que consideró que la empresa Medios Informativos EJE S.A.S. es quien está vulnerando los derechos fundamentales del accionante. Por lo tanto, solicitó que se vinculara a dicha empresa con la finalidad de que explique el por qué no está acatando la normativa vigente para el pago de las prestaciones económicas del actor.

Así mismo, indicó que ante la solicitud del pago de las incapacidades superiores al día 540, es la AFP Porvenir la responsable de remitir al actor de la Junta Regional de Invalidez y en tal virtud, es dicha AFP la que tiene la obligación de cancelar las incapacidades reclamadas por esta vía.

Por lo anterior, solicitó que se negara por improcedente el pago de las incapacidades solicitadas superiores a los 540 días, ii) ordenar al empleador del accionante el pago de las incapacidades, según lo establecido en la ley vigente y iii) se notifique de manera total el fallo (Fls. 25-29)

3.2. POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A

Indicó que sobre el accidente sufrido por el señor Trujillo Betancourth no existe prueba alguna que permita demostrar que obedece a causas directas a la actividad para la cual fue vinculado con el contratante que lo afilio a esta ARL, toda vez que la empresa empleadora Medios Informativos Eje SAS nunca aporto los documentos necesarios para definir el evento sufrido por el actor. Por tal razón, se concluyó que el accidente sufrido por el accionante es de origen común.

Consideró que esa entidad no está legitimada por pasiva para actuar, pues es claro que ha cumplido con la responsabilidad como la ARL realizando el procedimiento de solicitud de documentos necesarios para la calificación de origen de las patologías padecidas por el actor, siendo entonces obligación de la EPS otorgar prestaciones asistenciales y económicas requeridas por el actor.

En tal virtud, señaló que esa ARL no está llamada a responder por la posible vulneración de derechos fundamentales del accionante (Fls. 37-40).

Allegó copia de la comunicación enviada a la empresa Medios Informativos Eje S.A.S. (Fls. 41 al 43)

3.3. PORVENIR S.A.

Indicó que la ley 1753 del 09 de junio de 2015, por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, estableció que el pago de incapacidades superiores al día 540 no recae en las administradoras de fondos de pensiones, sino a cargo de las entidades promotoras de salud EPS. Por lo tanto, solicitó que se vincule a la presente acción de tutela al Ministerio de Salud y de la Protección Social, entidad del Gobierno Nacional que se encuentra a cargo de la regulación del pago de incapacidades posteriores al cumplimiento del día 540.

Advirtió que el accionante no ha radicado la documentación para proceder con la valoración de pérdida de capacidad laboral razón por la cual no es inválido por lo tanto no tiene derecho a una pensión de invalidez, de acuerdo con lo señalado en los artículos 38 y 39 de la ley 100 de 1993.

Solicitó que se declarara improcedente la presente acción, aduciendo que esta entidad no ha vulnerado derecho fundamental alguno, y en cambio se ordene a la EPS del actor el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas con posterioridad al día 30(540), o en subsidio ordenar a su empleador que lo reubique laboralmente. Finalmente solicitó vincular a la Administradora de los Recursos del Sistema General de la Seguridad Social en Salud-ADRES. (Fls.44-48).

3.4. MINISTERIO DE SALUD Y DE PROTECCIÓN SOCIAL

Se refirió a las funciones a las que se encuentran a cargo las siguientes entidades, i) ARL, ii) el Ministerio de Trabajo, iii) la Superintendencia Financiera de Colombia, iv) la Superintendencia Nacional de Salud y v) las de su dependencia; por lo cual aclaró que ese Ministerio es un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del poder público cuyas funciones se encuentran expresamente consagradas en varias disposiciones normativas, especialmente las contenidas en: la ley 100 de 1993, la ley 489 de 1998, el Decreto-ley 4107 de 2011, así como el Decreto 780 de 2016, que corresponde al Decreto Único reglamentario del sector salud y protección social.

Adujo que este Ministerio es la cabeza del sector administrativo de salud y protección social y en esa medida tendrá como objetivos, dentro del marco de sus competencias: formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública y promoción social en salud.

Por tanto, refirió que no es el responsable del agravio al que alude el accionante en la presente tutela, por lo cual solicitó que se declarara la improcedencia de la misma, toda vez que no es a esta entidad a la que corresponde solucionar el inconveniente sobre la responsabilidad en cabeza de la ARL en relación con el reconocimiento de las prestaciones económicas y asistenciales que reclama el tutelante; lo anterior, por cuanto dicha responsabilidad le atañe directamente a la respectiva Administradora de Riesgos Laborales-ARL, razón por la que el actor deberá acudir a la administradora a la cual se encuentre afiliado, en procura del reconocimiento del derecho que él considera que se le está vulnerando. (Fls. 90-91)

3.5. ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-ADRES

De conformidad con el artículo 178 de la ley 100 de 1993 es función de la EPS y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES, la prestación de los servicios de salud por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a la entidad suscrita, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva.

Advirtió que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención de sus afiliados, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el plan de beneficios en salud con cargo a la UPC.

Así mismo, puso de manifiesto que si bien el juez de tutela está llamado a proteger derechos fundamentales a la salud, seguridad social y vida digna de que es titular el actor, en atención del principio de legalidad en el gasto público debe abstenerse de otorgar otra facultad de recobro ante el entonces FOSYGA, hoy ADRES, ya que estas sin necesidad de que medie acción de tutela alguna, están legalmente facultadas para ejercer dicho derecho.

Por lo expuesto solicitó i) negar el amparo incoado por el actor en lo que tiene que ver con la entidad suscrita, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia desvincular a esta entidad del trámite de la presente acción, a su vez, ii) solicito abstenerse de pronunciarse respecto de la facultad de recobro en tanto dicha situación escapa ampliamente al ámbito de la acción de tutela, pues entraría a definir decisiones que son de competencia exclusiva de entidades administrativas por ministerio de la ley y el reglamento y en nada afecta la prestación de servicio de salud, iii) y finalmente modular las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, en el sentido de no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan las entidades a las que se compruebe la vulneración de los derechos fundamentales invocados por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud, y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público. (Fls. 92-96)

Allego documentación en los folios 97 al 112.

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 4 de abril de 2018 el Juzgado 3º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, Risaralda, resolvió tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del señor Héctor Fabio Trujillo Betancourth y en consecuencia, ordenó a la Nueva EPS *“que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, previo el agotamiento de los procedimientos administrativos de rigor se paguen las incapacidades superiores al día 540 adeudadas hasta la fecha y las que se generen hasta tanto no se defina la pensión del accionante” (*Fls. 54-57).

Las entidades accionadas fueron notificadas del fallo anterior mediante correo electrónico el 29 de diciembre de 2017 (Fl. 58, reverso).

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Dentro del término legal para presentar la impugnación, el 04 de enero de 2018, el apoderado judicial de la Nueva EPS solicitó a esta Colegiatura abstenerse de ordenarle a esta entidad cancelar el pago de la incapacidad médica por enfermedad general después del día 540, por cuanto quien ha realizado las prácticas dilatorias es el fondo de pensiones y si bien es cierto, al usuario se le debe solucionar su situación económica con inmediatez, por el principio mismo de la subsidiariedad el fondo de pensiones debió haber realizado una calificación antes del día 540, para que al accionante se le definiera su situación laboral que ya pasa a lo personal.

Como consecuencia, solicitó a esta sala que se revoque la sentencia de primer grado, con ocasión a la desacertada decisión encaminada a obligar a reconocer incapacidades superiores a los 540 días, incurriendo de manera ilegal de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2463 de 2001 articulo 23 y articulo 227 del C.S.T, el cual es claro al manifestar que le compete a la AFP donde se encuentre afiliado el actor, cumplir con sus obligaciones de reconocer las incapacidades superiores a los 180 días, o que de manera subsidiaria se le concediera su facultad de recobro ante el ADRES de las incapacidades reconocidas sin el lleno de los requisitos legales.(Fls. 59-60)

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Esta Sala es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 reglamentario del artículo 86 de la C.N. A su vez se cumplen los requisitos de legitimación por activa y por pasiva, previstos en los artículos 10 y 13 del Decreto 2591 de 1991.

6.2. Problema jurídico y solución al caso en concreto

6.2.1. Le corresponde determinar a esta Corporación si la decisión adoptada en primera instancia fue acorde a los preceptos legales y jurisprudenciales o si por el contrario, hay lugar a revocarla de acuerdo a los planteamientos expuestos por la parte impugnante.

6.6.2. La Constitución Política Colombiana consagró la acción de tutela en su artículo 86 como un derecho que tiene toda persona para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre, la protección *inmediata* de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en su caso, protección que consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo, fallo que será de inmediato cumplimiento; pero esta acción solo es procedente cuando el afectado *no disponga de otro medio de defensa judicial*, salvo que ella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

6.6.3 Sea lo primero indicar que la Corte Constitucional ha identificado seis causales específicas de improcedencia de la tutela, que son las siguientes:

1. *Existencia de otro medio de defensa judicial.[[1]](#footnote-1)*
2. *Existencia del Habeas Corpus.[[2]](#footnote-2)*
3. *Protección de derechos colectivos.[[3]](#footnote-3)*
4. *Casos de daño consumado.[[4]](#footnote-4)*
5. *Tutela frente a actos de carácter general, impersonal y abstracto.[[5]](#footnote-5)*
6. *A su vez se han considerado como causales de improcedencia de la tutela, el incumplimiento del principio de inmediatez[[6]](#footnote-6); la tutela contra sentencias de tutela[[7]](#footnote-7) y la tutela temeraria[[8]](#footnote-8).*

6.6.4. La acción de amparo se encuentra regida por el principio de *subsidiariedad,* ya que no se puede acudir a la tutela para suplantar los medios judiciales existentes[[9]](#footnote-9), lo cual obliga al juez a verificar si el medio ordinario resulta idóneo y eficaz para proteger las garantías del actor, con el fin de establecer la procedencia de la tutela.[[10]](#footnote-10) De acuerdo con este requisito, la acción de tutela solo será procedente cuando: *“(i) no exista en el ordenamiento jurídico un mecanismo judicial, o (ii) existiendo sea ineficaz y/o (iii) inidóneo. En todo caso, (iv) será procedente de manera transitoria cuando se constate la existencia de un perjuicio irremediable.*

Teniendo en cuenta la excepcionalidad de la acción es necesario estudiar si no existía otro medio idóneo para resolver la solicitud que se presentó en la acción de tutela o si existe un perjuicio irremediable dándole a la acción de tutela un poder transitorio gracias al principio de subsidiaridad para la protección preventiva del derecho vulnerado, como lo explica la sentencia T- 753 de 2006:

*“Frente a la necesidad de preservar el principio de subsidiaridad de la acción de tutela, se ha sostenido que aquella es improcedente si quien ha tenido a su disposición las vías judiciales ordinarias de defensa, no las utiliza ni oportuna ni adecuadamente, acudiendo en su lugar a la acción constitucional”*

6.6.5. Igualmente en la sentencia T-514 de 2003 M.P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett, se estableció: “*no es, en principio, la acción de tutela el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable. Al respecto se establecido:  “La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”*

*A su vez la Corte en sentencia T-161 de 2009, ha indicado que la procedencia del amparo está sujeta a que el actor acredite sumariamente las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados. En este sentido observa la Sala, que el demandante no señala por qué, en su momento, no acudió al mecanismo judicial ordinario ni por qué se hace imperativo desestimar la vía usual por la cual se ventila este tipo de controversias.*

*A lo cual la Corte Constitucional en muchas ocasiones ya ha sostenido que es cierto que el trámite de la acción de tutela es más rápido que el de otras acciones judiciales, pero si este fuera un criterio para la procedibilidad de la acción de tutela, todos los procesos terminarían tramitándose por esa vía, desconociendo su finalidad de mecanismo subsidiario y residual.*

(Subrayas propias)

6.7. DEL CASO EN CONCRETO

6.7.1. En el caso que hoy nos ocupa, se advierte que el señor Héctor Fabio Trujillo Betancourth sufrió un accidente laboral el día 28 de octubre del año 2015, mientras se dirigía al trabajo, lo que se desprende de la narración de los hechos realizada por el accionante, razón por la cual sus médicos tratantes le han expedido certificados de incapacidad por enfermedad general por más de 180 días, de los cuales fueron reconocidos los primeros 180 días (cumplidos el día 05 de julio de 2016) por la Nueva EPS, a su vez Porvenir S.A le reconoció y le pagó el subsidio equivalente a las incapacidades expedidas desde el día 181 al 540, es decir, desde el 05 de julio de 2016 al 29 de junio de 2017 (Fl.45),empero la Nueva EPS no ha reconocido ni pagado las incapacidades superiores a los 540 días, lo que consideró el accionante una vulneración a sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social.

6.7.2. En tal virtud, como de los formatos de las incapacidades allegadas por el accionante se evidencia que las mismas tienen como contingencia “ENFERMEDAD GENERAL” (Fls. 9 al 19), significa que la Nueva EPS es la responsable de asumir el pago de las incapacidades prorrogadas superiores a 540 días, pues como ya se indicó, el fondo de pensiones Porvenir S.A cumplió con su responsabilidad del pago de las incapacidades desde el día 181 hasta el 540, no obstante que al actor le fue enviado un oficio de fecha 22 de noviembre de 2017, por parte de la Compañía de Seguros de Vida Alfa S.A para que radicara la documentación pertinente a fin de adelantar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral.

6.7.3. Frente a lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia T-401 de 2017, estableció:

*“Ahora bien, debido al déficit de protección legal que afrontaron los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, ya sea porque no ha sido calificado su porcentaje de pérdida de capacidad laboral o porque su disminución ocupacional es inferior al 50%, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la Ley 1753 de 2015 –Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, atribuyó el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las entidades promotoras de salud (EPS) y radicó en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de reglamentar el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, para solucionar los dos puntos de vista analizados en los fundamentos jurídicos 28 y 29 de esta sentencia.*

*En efecto, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, indicó:*

*“ARTÍCULO 67. Recursos que administrará la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La Entidad administrará los siguientes recursos:*

*(…)*

*Estos recursos se destinarán a:*

*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.” (Resaltado de la Sala)*

*Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador asignó la responsabilidad de sufragar las incapacidades superiores a 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, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.*

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

*Esta Corporación ha ordenado la aplicación retroactiva del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, con base principalmente en el principio de igualdad material ante un déficit de protección previamente advertido por la Corte Constitucional**[[110]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-401-17.htm" \l "_ftn110" \o "). En esta medida, se ha admitido la aplicación de la citada ley respecto de períodos anteriores a su vigencia, en virtud de poderosas razones constitucionales como lo son: (i) la necesidad de evitar que se genere un trato desigual entre las personas cuyas incapacidades fueron expedidas con anterioridad a la vigencia de la norma en cuestión y aquellas que gozan de certificados de incapacidad emitidos con posterioridad**[[111]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-401-17.htm" \l "_ftn111" \o "); (ii) que las personas que reclaman el pago de incapacidades superiores a los 540 días continuos no han conseguido reintegrarse a la vida laboral pero tampoco han sido calificados con una pérdida de capacidad laboral definitiva, con lo cual se evidencia su situación de vulnerabilidad que origina especial protección del Estado; y (iii) que aunque la aplicación de la ley impone una carga administrativa a las EPS, dichas entidades tienen permitido repetir ante el Estado por los valores pagados, con lo que se asegura la sostenibilidad económica del Sistema General de Seguridad Social en Salud”*

(Subrayas Nuestras)

6.7.4. Por otra parte se cumple con lo preceptuado en el art. 12 del Decreto 1295 de 1994, en el sentido de que la Nueva EPS calificó la contingencia como enfermedad general y le asiste la razón a la ARL Positiva Compañía de Seguros S.A al indicar que con base a la información suministrada en la descripción del reporte del accidente, el actor no logró acreditar evidencia que determinara que el accidente sobrevino ya fuera por causa o con ocasión del trabajo, por tal motivo en aras del principio del precedente jurisprudencial, esta Colegiatura considera que es la EPS la encargada de sufragar el pago de las incapacidades superiores a 540 días como lo dispuso la normatividad, así:

*“Toda enfermedad o patología, accidente o muerte, que no hayan sido clasificados o calificados como de origen profesional, se consideran de origen común.*

*La calificación del origen del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional será calificado, en primera instancia por la institución prestadora de servicios de salud que atiende al afiliado.*

*El médico o la comisión laboral de la entidad administradora de riesgos profesionales<*[*1*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1295_1994_pr002.html#np1)*> determinará el origen, en segunda instancia”.* (Subrayas propias)

6.7.5. Así las cosas, la Corte Constitucional en la Sentencia que se viene analizando (T-401 de 2017), diseño el cuadro No.2 al que denominó “Atribución legal de responsabilidad en el pago de incapacidades”, el cual graficó de la siguiente manera:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Periodo | Entidad obligada | Fuente normativa |
| Día 1 a 2 | Empleador | Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 |
| Día 3 a 180 | EPS | Artículo 41 de la Ley 100 de 1993 |
| Día 181 hasta 540 | Fondo de Pensiones[[128]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-401-17.htm" \l "_ftn128" \o ") | Artículo 41 de la Ley 100 de 1993 |
| Día 541 en adelante | EPS | Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 |

De modo que teniendo en cuenta que el fondo de pensiones Porvenir S.A reconoció y pagó las incapacidades generadas desde el día 181 hasta el día 540, las siguientes incapacidades serán asumidas por la Nueva EPS con cargo a sus propios recursos y a partir del día 541(555 días, como obra en el folio 12), tal como lo dispuso el A quo, pero de manera pormenorizada por esta sala,

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| INCAPACIDAD | INICIO | FINAL | DÍAS |
| 0003832503 | 31-JUL-2017 | 14-AGO-2017 | 15 |
| 0003832509 | 15-AGO-2017 | 29-AGO-2017 | 15 |
| 0003832531 | 14-SEP-2017 | 28-SEP-2017 | 15 |
| 3804162 | 29-SEP-2017 | 13-OCT-2017 | 15 |
| 0003863739 | 14-OCT-2017 | 23-OCT-2017 | 10 |
| 0003863729 | 24-OCT-2017 | 22-NOV-2017 | 30 |
| 0003965319 | 23-NOV-2017 | 07-DIC-2017 | 15 |
| 0003965322 | 08-DIC-2017 | 22-DIC-2017 | 15 |

6.7.6. Por lo anterior, la Sala concluye que son los precedentes jurisprudenciales los que señalan la forma como se constituye una prestación propia del Sistema de Seguridad Social para amparar las contingencias surgidas con ocasión de perturbaciones en la salud de los trabajadores dependientes o independientes, circunstancia que resulta coherente con los objetivos que persigue la protección no sólo de este derecho, sino el del mínimo vital de una persona que como el señor Héctor Fabio Trujillo Betancourth, requiere del subsidio de las incapacidades para su subsistencia y la de su familia, dada la condición de debilidad manifiesta que presenta.

DECISIÓN

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.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 4 de abril de 2018, proferida por el Juzgado 3º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira, Risaralda, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Héctor Fabio Trujillo Betancourth en contra la Nueva EPS y otros.

SEGUNDO: 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

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

1. Decreto 2591 de 1991, artículo 6-1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Decreto 2591 de 1991, artículo 6-2. [↑](#footnote-ref-2)
3. Decreto 2591 de 1991, artículo 6-3. [↑](#footnote-ref-3)
4. Decreto 2591 de 1991, artículo 6-4. [↑](#footnote-ref-4)
5. Decreto 2591 de 1991, artículo 6-5. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T - 903 de 2008 entre otras. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia T - 1219 de 2001 [↑](#footnote-ref-7)
8. Decreto 2591 de 1991, artículo 38. Sentencia T-407 de 2005 entre otras. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia T-409 de 2008 [↑](#footnote-ref-9)
10. Sentencia T-011 de 1997 entre otras. [↑](#footnote-ref-10)