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 / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA / DISTRIBUCIÓN DEL PAGO SEGÚN EL NÚMERO DE DÍAS / LOS QUE SUPEREN LOS 540 CORRESPONDEN A LA EPS / LEY 1753 DE 2015.**

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

… 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”.

… 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, y a partir del día 541, regresa la carga a la EPS.

Sobre esto último, que atañe con la dificultad que existía en torno a qué entidad le incumbe el pago de las incapacidades culminados los 540 días, que es lo que ocurre en este asunto, recálquese que desde la vigencia del artículo 67 de la Ley 1753 de junio 9 de 2015 ello se solucionó, en cuanto quedó regulado que le compete a la EPS, si para dicha época aún se encuentra el afiliado como cotizante de la misma y no se ha definido lo atinente a una eventual pensión.

… existen casos en los cuales el trabajador no recupera su capacidad para laborar, aun cuando han transcurrido más de 540 días de incapacidad, y por esa razón, las incapacidades que se le expidan deben ser asumidas por su EPS, mientras no se defina su reubicación laboral o una eventual pensión de invalidez.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Pereira, mayo dieciocho de dos mil veintidós

Expediente: 66682310300120220038601

Acta: 204 del 18 de mayo de 2022

Sentencia: ST2-0137-2022

Decide la Sala la impugnación elevada por **Nueva EPS** contra la sentencia proferida el 1° de abril de 2022, por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en esta acción de tutela formulada por **Víctor Hugo Arcila Orozco** frente a la impugnante y **Porvenir S.A.**, y a la que fueron vinculados las sociedades **Seguridad Nacional Ltda.**, y **Seguros de Vida Alfa S.A.**

**1. ANTECEDENTES**

1.1. Expuso el demandante que se encuentra incapacitado desde el 1° de septiembre de 2020, y que ni Nueva EPS ni Porvenir S.A., entidades a las cuales se encuentra afiliado, han hecho efectivo el pago de las incapacidades emitidas desde el 22 de febrero al 4 de abril de 2022. Agregó que carece de recursos económicos y que ha tenido que recurrir a préstamos para solventar los gastos de su familia.

Pidió, entonces, ordenarles a las accionadas pagarle la subvención.[[1]](#footnote-1)

1.2. El despacho de primer grado le dio impulso a la acción mediante auto del 23 de marzo de 2022, con las vinculaciones arriba señaladas.[[2]](#footnote-2)

1.3. Nueva EPS señaló que *“(…) esta entidad ha cumplido con su obligación legal de cancelar las incapacidades hasta el día 180, por lo tanto, cualquier incapacidad que demande actualmente, NO CORRESPONDE asumirla a esta entidad, sino a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES, al cual se encuentra afiliado la protegida por tratarse de una enfermedad común”.[[3]](#footnote-3)*

Después complementó su contestación señalando que, según el concepto de medicina laboral de esa entidad se trata de un *“Afiliado que presenta 583 días de incapacidad continua al 7 de abril de 2022, completo 180 días el 27 de febrero de 2021. Presenta una pérdida de capacidad laboral (PCL) inferior al 50%, razón por la cual no aplica la autorización del pago de incapacidades teniendo en cuenta que si la pérdida de capacidad laboral es calificada entre el 5% y el 49.9% se adquiere el status de Afiliado Incapacitado Permanente Parcial de acuerdo a lo establecido en el literal b del artículo 2 del Decreto 917 de 1999. (…) Por lo anterior, es necesario que se inicie un proceso de reintegro laboral para garantizar el mínimo vital”.[[4]](#footnote-4)*

1.4. Porvenir S.A. explicó que el actor *“(…) el día 181 lo cumplió el 22 de agosto de 2021 y el día 360 (540) lo cumplió el 22 de febrero de 2022”,* agregó que *“Esta Administradora pagó a favor de la accionante las incapacidades de origen COMUN que fueron transcritas ante esta sociedad, posteriores a los primeros 180 días de reconocimiento realizados por la EPS. sin que adeude suma alguna a favor del señor VICTOR HUGO ARCILA OROZCO respecto de las incapacidades que superan el 28 de febrero de 2021”.[[5]](#footnote-5)*

1.5. Seguridad Nacional Ltda. mencionó que *“(…) tiene al día todas las cotizaciones del ACCIONANTE al sistema general de seguridad social”,* y que *“Sólo hasta marzo de 2021, cuando el ACCIONANTE llevaba 180 días de incapacidad continua, (…) suspendió el pago del salario, debido a que, a partir de ese momento, quien debía realizar el pago del correspondiente auxilio, era la Administradora de Fondo de Pensiones, a la cual se encuentra afiliado”.[[6]](#footnote-6)*

1.6. Sobrevino la sentencia de primer grado, en la que se concedió la protección, y se le ordenó a Nueva EPS hacerse cargo de las incapacidades reclamadas, por ser la encargada de hacerlo, de conformidad con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.[[7]](#footnote-7)

1.7. Impugnó la compelida, pidiéndole a la Sala *“(…) abstenerse de ordenar NUEVA EPS cancelar el pago de la incapacidad médica por enfermedad general, las cuales superan el día 541, en razón a la responsabilidad que le asiste al fondo de pensiones, hasta tanto emita la calificación de pérdida de capacidad laboral”.[[8]](#footnote-8)*

**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 el accionante la defensa de los derechos arriba señalados, presuntamente vulnerados por las accionadas 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 el demandante se encuentra afiliado a las entidades que aquí demandas, 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. Los demás vinculados, arriba citados, carecen de legitimación en la causa por pasiva, porque como se explicará en lo sucesivo, no les corresponde el reconocimiento y desembolso de la citada subvención.

La inmediatez también se supera porque las incapacidades que se reclaman fueron expedidas desde el 18 de febrero de 2022[[9]](#footnote-9), y al no obtenerse solución durante un mes, se formuló esta demanda, de manera perentoria, el 22 de marzo de 2022[[10]](#footnote-10).

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.”[[11]](#footnote-11)*

A juicio de la Sala en este asunto debe superarse la subsidiariedad, dado que, según su historia clínica, son manifiestas las dificultades en salud que padece el actor, es así que su PCL asciende al 46%[[12]](#footnote-12), y además, él en la demanda afirmó que carece de ingresos económicos para el mínimo sostenimiento de su familia *“(…) circunstancias que pudieron desvirtuar las encausadas y guardaron silencio; por lo tanto, gozan de presunción de veracidad y denotan la afectación del mínimo vital.”[[13]](#footnote-13)*

2.3. Superada la procedencia del trámite, sigue entonces 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 “*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, y a partir del día 541, regresa la carga a la EPS.[[14]](#footnote-14)

Sobre esto último, que atañe con la dificultad que existía en torno a qué entidad le incumbe el pago de las incapacidades culminados los 540 días, que es lo que ocurre en este asunto, recálquese que desde la vigencia del artículo 67 de la Ley 1753 de junio 9 de 2015 ello se solucionó, en cuanto quedó regulado que le compete a la EPS, si para dicha época aún se encuentra el afiliado como cotizante de la misma y no se ha definido lo atinente a una eventual pensión.

En la Sentencia T-161/19 se explica que:

iv. Ahora bien, en cuanto al pago de las incapacidades que superan los 540 días, cabe mencionar que hasta antes del año 2015, la Corte Constitucional reconocía la existencia de un déficit de protección respecto de las personas que tuvieran concepto favorable de rehabilitación, calificación de pérdida de capacidad laboral inferior al 50%, y siguieran siendo incapacitadas por la misma causa más allá de los 540 días.  Al respecto, esta Corporación mediante sentencia T-468 de 2010 advirtió lo siguiente:

*“(…) aunque en principio se diría que las garantías proteccionistas del sistema integral de seguridad social son generosas, esta Sala repara en el hecho de que no existe legislación que proteja al trabajador cuando se le han prolongado sucesivamente incapacidades de origen común y que superan los 540 días.* ***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.”* Agregó que *“En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación legal en la materia, ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por  incapacidad, situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de Protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido  en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo****.”*

6.1.1 En ese orden, el Gobierno Nacional, expidió la Ley 1753 de 2015 mediante la cual buscó dar una solución a al aludido déficit de protección. Así, dispuso en el artículo 67 de la mencionada ley, que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas *“[al] 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.”*. Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a**540**días a las EPS.

6.1.2 Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte ha reiterado que, a partir de la vigencia del precitado artículo 67 de Ley 1753 de 2015, en todos los casos en que se solicite el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad superior a**540** días, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social están en la obligación de cumplir con lo dispuesto en dicho precepto legal, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado.

(…)

De igual manera, por medio de la Sentencia T-144 de 2016 la Corte estableció tres reglas para la aplicación del artículo 67 de la Ley 1753 en caso análogos como el que fue objeto de revisión, al respecto determinó que:

*“(i) existe la necesidad de garantizar una protección laboral reforzada a los trabajadores que han visto menoscabada su capacidad laboral y tienen incapacidades prolongadas pero su porcentaje de disminución ocupacional* ***no*** *supera el 50%;*

*(ii) El deber legal impuesto a las EPS respecto de las incapacidades posteriores al día 540 es obligatorio para todas las autoridades y entidades del SGSSS.* ***Sin embargo, cabe anotar que las entidades promotoras pueden perseguir lo pagado ante la entidad administradora del Sistema****; y,*

*(iii) La referida norma legal puede aplicarse de manera retroactiva, en virtud del principio de igualdad”.*

6.1.4 Seguidamente, mediante la Sentencia T-200 de 2017, la Sala Novena de Revisión al estudiar un proceso acumulado de dos acciones de tutela en los que se habían prescrito incapacidades ininterrumpidas que sumaban más de 540 días, sin que los actores pudieran acceder a una pensión de invalidez, indicó que las autoridades accionadas no pueden sustraerse de su obligación de cancelar las incapacidades médicas cuando superan los 540 días alegando falta de legislación que regule la materia, pues con la expedición de la Ley 1753 de 2015 se superó el déficit de protección que había sido evidenciado por la jurisprudencia constitucional con anterioridad a su vigencia.

En ese orden, resolvió amparar los derechos fundamentales de cada uno de los accionantes reiterando que “(…) *las incapacidades que superen los 540 días para personas que* ***no*** *han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, deben ser asumidas por las entidades promotoras de salud en donde se encuentren afiliados los reclamantes*”.

Como se ve, existen casos en los cuales el trabajador no recupera su capacidad para laborar, aun cuando han transcurrido más de 540 días de incapacidad, y por esa razón, las incapacidades que se le expidan deben ser asumidas por su EPS, mientras no se defina su reubicación laboral o una eventual pensión de invalidez.

2.5. En el caso concreto se tiene lo siguiente:

(i) Según certificó Provenir, el accionante, cumplió 540 días de incapacidad continua, el 22 de febrero de 2022, y dio constancia de que hasta ese día le pagó la subvención.[[15]](#footnote-15)

(ii) Aparecen en el expediente incapacidades expedidas, de manera continua, desde el 18 de febrero hasta el 7 de abril de 2022.[[16]](#footnote-16)

(iii) Y también aparece una contestación del 16 de marzo de 2022 de Nueva EPS, aportada a este trámite por el demandante, en la que la entidad le niega al actor el pago de las incapacidades desde el 18 de febrero al 3 de marzo de 2022, comoquiera que él presenta una PCL inferior al 46%, y entonces, *“es necesario que se inicie un proceso de reintegro laboral para garantizar el mínimo vital”.[[17]](#footnote-17)*

De frente a ese derrotero, y atendiendo las enseñanzas de la jurisprudencia transcrita, es criterio de la Sala que la sentencia impugnada debe ser confirmada, ya que está demostrado que el accionante superó los 540 días de incapacidad continua desde el 22 de febrero de 2022, y en consecuencia, es obligación de Nueva EPS, asumir ahora el pago de la subvención, si bien, no ha podido suceder su reubicación laboral, y le siguen expidiendo incapacidades; además, a juicio de la Sala, es desenfocada la tesis de la impugnación, en el entendido de que en el expediente se evidencia que la PCL del actor, ya fue calificada.

Se adicionará un numeral para negar las pretensiones contra Porvenir S.A., que demostró haber cumplido con sus obligaciones legales. Y se modificará el numeral tercero, para declarar improcedente la demanda respecto las demás autoridades convocadas al trámite, en vez de desvincularlas, porque como se vio, pues carecen de legitimación en la causa por pasiva.

**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 **ADICIONA** para negar las pretensiones dirigidas contra **Porvenir S.A.**

Se **MODIFICA** el numeral tercero para declarar improcedente la demanda respecto las demás autoridades convocadas al trámite.

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 07., C. 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Documento 09., C. 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Documento 13., C. 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Documento 10., C. 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Documento 11., C. 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Documento 14., C. 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Documento 16., C. 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. Pág. 15, Documento 03., C. 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Documento 04., C. 1. [↑](#footnote-ref-10)
11. Sentencia T-020 de 2018 [↑](#footnote-ref-11)
12. Pág. 21, Documento 03., C. 1. [↑](#footnote-ref-12)
13. TSP.ST2-0110-2021 [↑](#footnote-ref-13)
14. Sentencia T-161/19 [↑](#footnote-ref-14)
15. Pág. 3, Documento 10., C. 1. [↑](#footnote-ref-15)
16. Págs. 16 y 4, Documento 03., C. 1. [↑](#footnote-ref-16)
17. Pág. 26, Documento 03., C. 1. [↑](#footnote-ref-17)