



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE EL ROSAL – CUNDINAMARCA
Veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO A DECIDIR

ACCIÓN DE TUTELA RADICADO: 25260-40-89-001-2021-00055-00
ACCIONANTE: EDWIN FRANCISCO SERRANO BELTRÁN c.c. No. 10.182.125
ACCIONADA: FAMISANAR EPS – FONDO DE PENSIONES PORVENIR – ICOLTRANS S.A.S.
VINCULADOS: SURA ARL

La suscrita juez, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, procede a resolver la solicitud de amparo de tutela radicada por el señor **EDWIN FRANCISCO SERRANO BELTRÁN**, identificado con c.c. No. **10.182.125**, en contra de **FAMISANAR EPS, FONDO DE PENSIONES PORVENIR y EMPRESA ICOLTRANS S.A.S.**, y la vinculada **ARL SURA**, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad, igualdad y salud, entre otros. Acción que sustenta en los siguientes,

HECHOS

Refiere el accionante, en su escrito petitorio, los sucesos que se resumen así: El 28/12/2015 tuvo un accidente de trabajo ocasionado por la carga de un camión, que al finalizar la jornada laboral sintió un fuerte dolor en la región lumbar, donde fue atendido por Emermédica. Posteriormente fue trasladado a la Clínica Santa Ana de Facatativá, atención direccionada por la ARL.

Luego decidió recibir atención por la EPS ya que el dolor persistía, y al realizarse una serie de estudios el diagnóstico fue **TRANSTORNO DE DISCO LUMBAR y OTOS CON RADICULOPATÍA**, lo cual lo llevó a quedar discapacitado.

Indica que desde el momento que fue atendido por la EPS le han practicado exámenes con especialistas, pero continúa delicado de salud, lo que conllevó que lo remitieran al Fondo de Pensiones Porvenir para la valoración de pérdida de capacidad laboral por pronóstico desfavorable según neurología y neurocirugía, motivo por el cual ha estado incapacitado desde el año 2015 hasta la fecha.

Informa que en los últimos tres meses se han negado a pagarle las incapacidades vulnerado su mínimo vital a que tiene derecho, indicándole la empresa donde labora que ellos le han pagado y no lo van a seguir haciendo, por su concepto desfavorable, por ello no tiene la plena seguridad que la EPS le canceló los 180 días como es su deber, cancelando éste último en el mes de diciembre y no volvió a cancelar sin dar una explicación.

Manifiesta que al no recibir el pago de las incapacidades le están vulnerando el mínimo vital y a su vez su derecho a la dignidad, igualdad salud e integridad, incluso la vida, protección especial al disminuido físico y minusválido.

Por todo lo anterior, solicita que le sea aclarado quien tiene el deber de seguir cancelando las incapacidades para sustentar su mínimo vital mientras emiten el resultado de pérdida de capacidad laboral.

DERECHOS VULNERADOS

Afirma que con fundamento a los hechos narrados, la entidad accionada vulneró el derecho fundamental al mínimo vital, salud en conexidad con la igualdad, integridad, la vida como protección especial a disminuidos físicos y garantía especial al minusválido.

Conforme a ello, eleva las siguientes,

PRETENSIONES

1. Se ampare en sentencia de tutela su derecho fundamental al mínimo vital, salud en conexidad con las garantías fundamentales de la dignidad, igualdad, integridad, vida, protección especial a disminuidos físicos y la garantía especial al minusválido.
2. Como consecuencia, se ordena a la entidad que corresponda, pagar las incapacidades que se encuentran en mora hasta la fecha.

ACTUACIÓN DEL DESPACHO

Mediante auto fechado 15 de marzo de la presente anualidad, se asumió conocimiento, se dispuso la notificación de la EPS FAMISANAR, FONDO DE PENSIONES PORVENIR y la EMPRESA ICOLTRANS S.A.S., a efectos de trabar en debida forma el contradictorio, igualmente la comunicación al accionante.

A efectos de surtir el acto de comunicación del auto admisorio de la demanda de tutela, se remitió vía correo electrónico a los correos notificaciones@famisanar.gov.co, notificacionesjudiciales@porvenir.com.co, lymoreno@icoltrans.com.co, notificacionesjudiciales@suramericana.com.co y edwinfran5@yahoo.com, el contenido del escrito de tutela con sus anexos y los oficios de notificación, para lo cual se aportó respuesta de FAMISANAR EPS, PORVENIR y la EMPRESA ICOLTRANS S.A.S.

RESPUESTA DE FAMISANAR EPS

A través de la Directora del Nodo Sabana Sur Facatativá de EPS FAMISANAR, y como encargada de los fallos de tutela, dio respuesta a la acción de indicando lo siguiente (hechos que se resumen):

El accionante solicita mediante la presente acción el pago de incapacidades, en virtud de lo manifestado en el escrito de tutela, y frente a las pretensiones el señor EDWIN FRANCISCO SERRANO BELTRÁN, identificado con cédula 10.182.125, se encuentra en estado ACTIVO en el Sistema General de Seguridad Social en Salud

en el Régimen CONTRIBUTIVO, a través de FAMISANAR EPS, en calidad de COTIZANTE, desde el 01 de junio de 2020.

Aclara que FAMISANAR EPS desconoce si el usuario cuenta con incapacidades anteriores al 1 de junio de 2020, por tanto no es posible conocer si éste tiene incapacidades continuas, ya que su anterior EPS MEDIMAS, el usuario o su empleador no han remitido el certificado de incapacidades.

Por lo tanto, respecto a la pretensión y una vez verificada la base de datos, se encontró que el usuario de traslado de MEDIMAS activa con FAMISANAR desde el 01 de junio de 2020 con 275 días de incapacidad del 14/06/2020 al 16/03/2021, de los cuales, se liquidaron para reconocimiento incapacidades desde el 19/07/2020 al 11/12/2020, fecha en que cumple 180 días.

Se emitió concepto de rehabilitación Desfavorable el 21/09/2020, recibido por AFP PORVENIR el 27/07/2020. Teniendo en cuenta lo anterior, las incapacidades del 12/12/2020 a la fecha, se encuentran a cargo del Fondo de Pensiones, hasta el día 540, es decir por PORVENIR y como quiera que la presente acción de tutela es por el no pago de incapacidades concedidas al usuario posteriores al día 180, frente a esas incapacidades es válido afirmar que es la Administradora de Fondo de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el accionante, es quien debe proceder a su reconocimiento y pago, para éste caso PORVENIR.

Precisa que de acuerdo con la normatividad dispuesta en materia de incapacidades, las Empresas Promotoras de Salud EPS, únicamente están obligadas a reconocer y cancelar estas prestaciones hasta el día 180 días de incapacidad por una misma patología, a partir del día 181 esta obligación se transfiere a los Fondos de Pensiones, al igual que la remisión a la Junta de Calificación de Invalidez, con el objetivo de determinar el grado de pérdida de capacidad y si hay lugar a reconocer mesada pensional por invalidez, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2463 de 2001, artículo 23.

En cuanto a la afectación al mínimo vital, el accionante no demostró la vulneración a éste derecho, luego, no allegó la documentación ni ningún medio probatorio que así lo indique, es por ello que de acuerdo al artículo 28 de la ley 1438 de 2011, indica que la obligación de pago de incapacidades y licencias se encuentran en cabeza del empleador, quien podrá realizar el cobro ante la respectiva EPS, lo anterior en cumplimiento de su deber de garantizar el mínimo vital del trabajador.

En el caso en concreto, y respecto de la pretensión solicitada, debe señalarse que no es objeto de debate mediante acción de tutela, toda vez que el accionante no probó la afectación a derecho fundamental alguno y tiene otro mecanismo para solicitar dicha petición, que está legalmente establecido.

Conforme lo anterior, solicita la Accionada, que se deniegue la acción de tutela respecto a EPS FAMISANAR, al no existir derecho fundamental vulnerado por esa entidad, de acuerdo con los argumentos indicados en la presente respuesta.

Finalmente, solicita que se ordene a PORVENIR a realizar el reconocimiento y pago de las incapacidades superiores al día 180, como lo dispone la normatividad vigente, es decir, de las incapacidades del 12/12/2020 hasta que cumpla 540 días.

Con los antecedentes arriba enunciados, procede el Despacho a resolver, previas las siguientes,

RESPUESTA DE PORVENIR S.A.

A través de la Directora de Acciones Constitucionales y Cesantías PORVENIR S.A., dio respuesta a la acción de tutela de la siguiente forma:

Que los hechos demandados en la presente acción constitucional tienen origen en una supuesta violación de los derechos fundamentales del señor EDWIN FRANCISCO SERRANO BELTRÀN, ante la falta de pago de las incapacidades posteriores al día 540 de incapacidad continua y solicitud de emisión de concepto desfavorable de rehabilitación, situación que recae de manera exclusiva en cabeza de FAMISANAR EPS.

Manifiesta que desde la ley 1753 del 09 de junio de 2015, por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2108, se estableció que el pago de las incapacidades superiores al día 540, no recae en los Fondos de Pensiones, si no a cargo de las Entidades Promotoras de Salud EPS quienes administran los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y dentro de dichos recursos encuentra incluida la cancelación de éste rubro.

Por lo anterior, el accionante busca con la presente tutela, el pago de las incapacidades posteriores al día 540, el reconocimiento y pago de las mismas se encuentra a cargo de la EPS, tal y como lo dispuso el legislador en el artículo 67 de la ley 1753 de 2015 y lo ratificó la Corte Constitucional mediante Sentencia T 144 de 2016.

Así mismo, la pretensión de la presente acción constitucional es contraria a lo establecido en el ordenamiento, por tanto no se podrá acceder a lo solicitado, dado que PORVENIR procedió conforme lo señala la ley.

Adicional a ello, se tiene que PORVENIR S.A., es una entidad Administradora de los Fondos de Pensiones y Cesantías de sus afiliados, no es una entidad pagadora de incapacidades, por lo que su obligación es la de administrar en debida forma los recursos del sistema y ceñirse a las actuaciones ya establecidas por el ordenamiento jurídico, ya que a la fecha se han efectuado todos los trámites contemplados por la ley, endientes a definir de fondo la solicitud efectuada por el accionante.

Conforme lo anterior, solicita la Accionada DENEGAR O DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela en contra de PORVENIR S.A., ya que esta sociedad administradora no ha vulnerado derecho alguno al accionante, y en su lugar ordenar a FAMISANAR EPS, el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas a favor del señor EDWIN FRANCISCO SERRANO BELTRÀN, con posterioridad al día 360 (540), o en subsidio ORDENAR a su empleador que lo reubique laboralmente.

Finalmente, VINCULAR a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, entidad llamada responder y a pronunciarse frente a los casos en los que se presentan incapacidades que superan los 540 días.

RESPUESTA DE ICOLTRANS S.A.S.

Manifiesta el Representante Legal de la Empresa ICOLTRANS S.A.S, que la Empresa no ha recibido pago de incapacidades, de conformidad con el soporte que anexan a la presente contestación expedido por la FAMISANAR EPS, en la cual confirman no haber realizado pagos posteriores a los 180 días de incapacidad.

Por otro lado aclara, en cabeza de quien está la obligación de asumir estos pagos: Cuando el pago de este tipo de incapacidad es superior a 180 días, el Decreto Ley 019 de 2012 establece que quien asume esta obligación es la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones, bajo las siguientes reglas:

- Cuando hay concepto desfavorable de rehabilitación, para los casos de enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la EPS, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de invalidez hasta por un término máximo de 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal reconocida por la EPS, posteriormente y con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Resalta que las EPS deben emitir el concepto de rehabilitación antes de cumplirse el día 120 de incapacidad temporal y enviarlo antes del día 150 a cada una de la Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentra afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda.

- Fallo de tutela concepto desfavorable: Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS, a partir 180m y hasta el 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la EPS es favorable o desfavorable.

Por lo anterior, ICOLTRANS SA.S., se opone a las pretensiones de la presente acción, como quiera que la Empresa no tiene la obligación legal de asumir el respectivo pago y el mismo debe ser asumido por el Sistema de Seguridad Social integral, en este caso, el respectivo FONDO DE PENSIONES, en atención a la Sentencia T-246 de 2018 de la Corte Constitucional.

Adicionalmente, desde la entrada en vigencia de la ley 1753 de 2015, el pago por subsidio de 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, reitera que el deber legal de asumir las incapacidades originadas por 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.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con el Artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de la autoridad pública, o particulares según se trate, siempre que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Igual dispone que la acción de tutela tenga por objeto procurar “la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”.

Es decir, que dadas las condiciones de gravedad de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales de las personas, el constituyente procuró un mecanismo procesal cuya potencialidad es considerablemente superior a la de otros medios de defensa judicial; de trámite preferente y sumario, que se justifica en el acudir con prontitud; y de tal interpretación, emerge que se está refiriendo al tiempo dentro del cual es razonable ejercer la acción de tutela, para abordar oportunamente la eventual concesión del amparo.

De importancia resulta poner énfasis, en que el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, consigna que, conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriera la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeran sus efectos, de allí, que este Despacho asumiera el conocimiento de la presente solicitud de amparo.

Subsidiariedad de la tutela

Tenemos que para verificar la procedencia de la acción constitucional, es necesario la revisión de ciertos parámetros entre ellos la subsidiariedad, en el panorama constitucional, la acción de tutela tiene carácter residual, es decir, que para su procedencia se debe comprobar que dentro del ordenamiento jurídico, el accionante no cuente con algún otro mecanismo ordinario de acceso o de defensa judicial eficaces, en aras de amparar la presunta vulneración del derecho incoado, lo anterior, exceptuando que la solicitud de amparo se solicite de manera transitoria y tenga el objeto de prevenir algún perjuicio irremediable.

De tal manera que se supera el carácter subsidiario de la presente acción constitucional, y se habilita esta juez constitucional para proseguir con el estudio de procedencia.

En el presente evento el ciudadano **EDWIN FRANCISCO SERRANO BELTRÀN**, tiene legitimación por activa, para actuar en este proceso de tutela.

Asimismo, la **EPS FAMISANR, PORVENIR** y la **EMPRESA ICOLTRANS S.A.S.**, a través de sus representantes legales, tienen legitimación por pasiva, también para actuar en este proceso de tutela, toda vez que son entidades públicas, acorde con lo previsto en el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, y es a quienes se le atribuye la vulneración del derecho fundamental de petición, como consecuencia de no haber dado respuesta al mismo a la demandante.

Procedencia de la Acción de Tutela para el Pago de Incapacidades.

La Corte Constitucional ha sido enfática al afirmar que, en principio, la acción de tutela no es procedente para lograr el pago de acreencias de carácter laboral pues para ello existen otros mecanismos de defensa judicial. Solo es procedente en los eventos en los cuales se requiere la intervención inmediata del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable y, dentro de estos, en los casos en los cuales la mora en el pago de dichas acreencias compromete la realización del derecho al mínimo vital del trabajador.

En cuanto a las incapacidades laborales, ha dicho el Alto Tribunal Constitucional que:

“estas sustituyen el salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada”¹.

Así, se ha concluido que su pago oportuno no solo constituye una garantía laboral sino que protege el derecho a la salud del trabajador, quien puede dedicarse a su recuperación sin preocuparse por la carencia de recursos económicos para proveerse su propio sustento².

Por esta razón, cuando la única fuente de ingreso del trabajador es su salario, y este no puede devengarse de forma ordinaria pues se encuentra incapacitado bien sea por enfermedad general o por enfermedad profesional, debe presumirse que la ausencia del pago oportuno de las incapacidades vulnera el mínimo vital y, por tanto, es procedente la acción de tutela³.

Las Incapacidades Laborales por Enfermedad Común que Superan los 180 días.

El primer referente normativo sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales ocasionadas por enfermedad no profesional se encuentra en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra el derecho del trabajador a obtener de su empleador un auxilio monetario hasta por 180 días, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores.

En concordancia con lo previsto en el Decreto 1049 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, el empleador es responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días, las EPS cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180, a menos que el empleador no haya afiliado a su trabajador al Sistema General de Seguridad Social o haya incurrido en mora en las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, en cuyo caso las incapacidades correrán por su cuenta.⁴

La responsabilidad en el pago de las incapacidades causadas después del día 180, se rige, a su turno, por las pautas previstas en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001. La norma, que regula el trámite previo a la solicitud de la calificación de la invalidez, les asigna a las administradoras de fondos de pensiones (AFP) y a las administradoras de riesgos profesionales (según se trate de incapacidades de origen común o laboral, respectivamente) la función de remitir a sus afiliados a las juntas de calificación, previo concepto de rehabilitación integral.

Por regla general, tal remisión debe efectuarse antes de que se cumpla el día 150 de incapacidad temporal. No obstante, el artículo 30 del Decreto 2463 de 2001

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 311 del 15 de julio de 1996. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-418 del 30 de abril de 2008. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-789 del 28 de julio de 2005. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-201 del 4 de marzo de 2005. M. P. Rodrigo Escobar Gil. T-1059 del 28 de octubre de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. T-855 del 2 de septiembre de 2004. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. T-413 del 6 de mayo de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-972 del 22 de octubre de 2003. M. P. Jaime Araujo Rentería.

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias T-468 del 16 de junio de 2010. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-772 del 25 de septiembre de 2007. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

permite que la AFP postergue el trámite de calificación hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal que otorgó la EPS, si el mencionado concepto de rehabilitación es favorable y con la condición de que “otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador”.

Interpretando las disposiciones mencionadas, la Corte Constitucional ha mantenido el criterio pacífico de que el pago de las incapacidades laborales por enfermedad general que se causan a partir del día 181 corre por cuenta de la AFP, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se califique la pérdida de su capacidad laboral.⁵

El artículo 142 del Decreto Ley Antitrámites le adicionó dos párrafos al artículo 41 de la Ley 100 de 1993, sobre el procedimiento de la calificación del estado de invalidez, así:

“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”.

Como se observa, se mantuvo en cabeza de las AFP la facultad de postergar el trámite de calificación de invalidez hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad, con la condición de que, con cargo al seguro respectivo, otorguen un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Eso significa, en principio, que las AFP siguen siendo las responsables del pago de las incapacidades que superen 180 días.

Lo que cambió con la entrada en vigencia del estatuto antitrámites, es que las AFP no tendrán que pagar las incapacidades subsiguientes a los 180 primeros días, cuando las EPS no expidan el concepto favorable de rehabilitación.

Responsabilidad en el Pago de Incapacidades Superiores a los 540 días.

Tal como lo señaló la sentencia T-144 de 2016, el vacío legal que existía para asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días que no tienen derecho a una pensión de invalidez fue resuelto por el Congreso de la República, a través de la **Ley 1753 del 9 de junio de 2015** –Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, donde se reguló lo referido al pago de las incapacidades superiores a los 540 días y se estableció en cabeza del Gobierno Nacional la obligación de regular el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad.

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

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Ver entre otras, sentencias T-980 de 2008. M.P. Jaime Córdoba; T-920 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza; T-137 de 2012. M.P. Humberto Sierra y T-263 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio.

“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.”*

Teniendo presente esta nueva normativa, es claro que en todos los casos futuros; esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la Ley –9 de junio de 2015–, el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar lo normado. Como se puede observar en la norma transcrita, **el Legislador 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, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.**

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a este despacho judicial determinar si la **EPS FAMISANAR, PORVENIR S.A.** y la **Empresa ICOLTRANS S.A.S.**, vulneraron el derecho fundamental al mínimo vital, salud y vida del señor **EDWIN FRANCISCO SERRANO BELTRÁN**, al negarse a reconocer y asumir el pago correspondiente a las incapacidades que le fueron expedidas por enfermedad común, con posterioridad a los 180 días.

DEL CASO CONCRETO

El señor **EDWIN FRANCISCO SERRANO BELTRAN** solicita al juez de tutela que le ampare sus derechos fundamentales al mínimo vital, salud y dignidad humana, entre otros, presuntamente vulnerados por **FAMISANAR EPS, PORVENIR y la Empresa ICOLTRÁNS S.A.S.**, como quiera que dichas entidades no le han pagado las incapacidades causadas.

Pues bien, en primer lugar, en relación con el requisito de subsidiariedad para la procedencia de la acción de tutela, resulta oportuno indicar que aunque existe la posibilidad de reclamar el pago de las incapacidades ante la jurisdicción ordinaria, exigirlo en el presente asunto implicaría una afectación grave al señor **EDWIN FRANCISCO SERRANO BELTRÁN**, quien ha visto afectado su mínimo vital, ya que no cuenta con otro tipo de ingreso, además que de él depende el sustento de su núcleo familiar, pues así lo afirmó en la acción de tutela, lo cual no fue desmentido por las entidades accionadas.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que como lo ha establecido la Corte Constitucional cuando la única fuente de ingreso del trabajador es su salario, y este no puede devengarse de forma ordinaria pues se encuentra incapacitado bien sea por enfermedad general o por enfermedad profesional, debe presumirse una afectación sustancial en sus condiciones mínimas de vida, llegando incluso a afectar su economía personal y familiar, evidenciándose así la materialización de un perjuicio irremediable, que hace procedente la acción de tutela.

Entonces, al analizar el caso concreto, es claro que el señor **EDWIN FRANCISCO SERRANO BELTRÁN** ha recibido múltiples incapacidades, al punto que para el 19 de julio de 2020 al 11 de diciembre del mismo año contaba con 180 días acumulados de incapacidad, según consta en la respuesta de la tutela expedida por **FAMISANAR EPS**.

Ahora bien, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la normatividad vigente, resulta evidente que el pago de las incapacidades laborales por enfermedad general deben ser asumidos así: los días uno y dos el empleador, de los tres a los ciento ochenta días a la EPS, de los ciento ochenta y uno a los quinientos cuarenta días el Fondo de Pensiones, y de los quinientos cuarenta y uno en adelante nuevamente a la EPS.

En este caso, el señor **EDWIN FRANCISCO SERRANO BELTRÁN** manifestó que no tiene la plena seguridad que la EPS le haya cancelado los 180 días de incapacidad, incluso la **FAMISANAR** indica que quien debe asumir el pago es el Fondo de Pensiones, y **PORVENIR S.A.**, alegó que no procedía el pago, por cuanto el accionante contaba con un concepto desfavorable de rehabilitación, el cual recae de manera exclusiva en cabeza de la **EPS FAMISANAR**.

Al respecto, si bien es cierto el Decreto 19 de 2012 estableció que la responsabilidad en el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 corre por cuenta de la AFP, hasta que el afiliada restablezca su salud o hasta que se califique la pérdida de su capacidad laboral, siempre y cuando la EPS haya rendido el concepto favorable de rehabilitación, también lo es que la Corte Constitucional ha señalado que cuando el trabajador ha sido calificado con un porcentaje inferior al 50%, el fondo de pensiones debe continuar con el pago de las incapacidades hasta que exista un concepto médico favorable de rehabilitación o hasta que se pueda efectuar una nueva calificación de su invalidez que le permita al afiliado acceder a una pensión de invalidez.

En efecto, la Corte Constitucional ha establecido que:

“... en el supuesto de que el trabajador, a pesar de haber sido calificado con un porcentaje inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, sigue incapacitado por su estado de salud, la Corte Constitucional ha señalado que le corresponde al fondo de pensiones al cual este afiliado continuar con el pago de dichas incapacidades hasta que exista un concepto médico favorable de rehabilitación o hasta que se pueda efectuar una nueva calificación de su invalidez. Ello, como quiera que, para esta corporación, el propósito del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 es garantizar al afiliado el pago de las incapacidades médicas superiores a los primeros 180 días, mientras que se recupera o se reconoce su derecho a la pensión de invalidez.”⁶

Así las cosas, es indiscutible que se cumplen con los presupuestos para el pago de las incapacidades superiores al día ciento ochenta (180) a favor del señor **EDWIN FRANCISCO SERRANO BELTRAN**, por parte de **PORVENIR S.A.** toda vez que las reclamadas por vía constitucional, por el accionante, corresponden a las prescritas desde el día 12 de diciembre de 2020, hasta el día 16 de marzo de 2021, para un total de 95 días, los cuales se transcurrieron a partir del día 181 de incapacidad, periodos estos, que conforme la normatividad en cita, corresponden en su pago al Fondo de Pensiones **PORVENIR AFP**, conforme documentos a folios 4-7 del temario.

Sea por demás decir, que el pago de las incapacidades transcurridas entre el 18 de junio de 2020, hasta el 11 de diciembre de 2020, fueron canceladas por la EPS **FAMISANAR**, según se acredita a folios 39 reverso y 40, lo cual no desconoce el accionante.

⁶ Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-800 de 2013 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); T-980 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba); T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza); T-137 de 2012 (M.P. Humberto Sierra) y T-263 de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio); T-118 de 2010 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza).

En conclusión, este Despacho amparará el derecho fundamental al mínimo vital y seguridad social del señor **EDWIN FRANCISCO SERRANO BELTRÁN**. En consecuencia, ordenará a **PORVENIR S.A.** que en el término de diez (10) días calendario, contados a partir de la notificación de esta providencia, proceda al pago de las incapacidades desde el día 181 y hasta 16 de marzo de 2021, ya concedidas al accionante, y las que se causen a partir de la fecha 17 de marzo de 2021 hasta el día 540, si a ello hubiera lugar, previa prescripción de la entidad encargada, y radicadas ante PORVENIR, en favor del señor **EDWIN FRANCISCO SERRANO BELTRÁN**. Lo anterior, por considerar este Despacho, no ajustado a los derechos del accionante, que deba recurrir a la acción constitucional, en lo sucesivo y hasta el día 540, si fuera del caso, pues ello iría en detrimento de salud, entre otros aspectos.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE EL ROSAL CUNDINAMARCA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO Y POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN,

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital y seguridad social del señor **EDWIN FRANCISCO SERRANO BELTRÁN**, identificado con c.c. No. 10.182.125, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ORDENAR a **PORVENIR S.A.**, que en el término de diez (10) días, calendario, contados a partir de la notificación de esta providencia, proceda al pago de las incapacidades desde el día 12 de diciembre de 2020 hasta el día 16 de marzo de 2021, generadas a favor del señor **EDWIN FRANCISCO SERRANO BELTRÁN**.

TERCERO: ORDENAR a **PORVENIR S.A.**, pagar las incapacidades que se ordenen a partir de la fecha 17 de marzo de 2021 hasta el día 540, si a ello hubiera lugar, previa prescripción de la entidad encargada, y radicadas ante PORVENIR, en favor del señor **EDWIN FRANCISCO SERRANO BELTRÁN**.

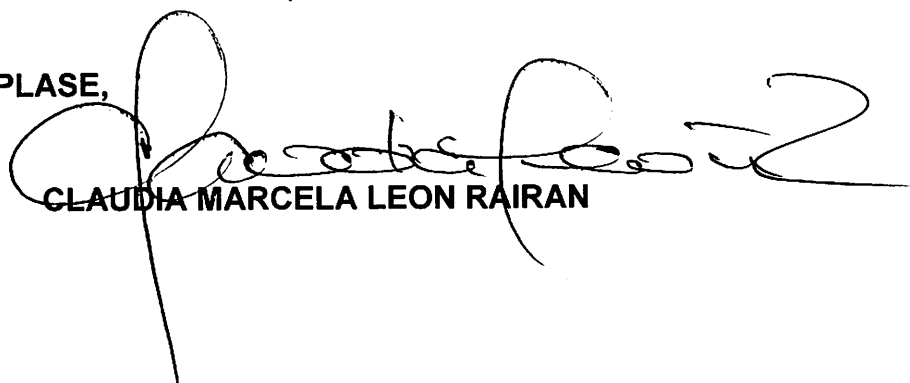
CUARTO: NOTIFÍQUESE el contenido del fallo a las partes, por el medio más eficaz y expedito, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: COMUNÍQUESE a los interesados que contra la presente decisión procede la **IMPUGNACIÓN** ante el inmediato superior jerárquico dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la misma, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato, conforme lo preceptúa el inciso primero del art. 31 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: En firme la presente decisión, por secretaria, se **REMITIRÁ** el cuaderno original de Tutela a la Corte Constitucional, para su **EVENTUAL REVISIÓN**.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

La Juez,


CLAUDIA MARCELA LEON RAIRAN