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 DE LA TUTELA PARA ORDENARLO / MÍNIMO VITAL / RESPONSABILIDAD DE LAS EPS EN CASO DE NO EMITIR OPORTUNAMENTE EL CONCEPTO DE REHABILITACIÓN.**

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, 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. 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.” (…)

Por otro lado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que cuando quiera que no se paguen las incapacidades laborales de manera completa, se puede colegir la afectación del mínimo vital del trabajador y el de su familia, razón por la cual la acción de tutela es procedente. (…)

… contrario a lo concluido por la A quo, el actor si cumplió con el requisito de procedibilidad de la acción de tutela como lo es el de la inmediatez para solicitar el reconocimiento del pago de las incapacidades que se le adeudan desde octubre de 2018, es decir, por cuanto la afectación a sus derechos fundamentales es continuo, toda vez que ninguna de las entidades demandadas desde hace 8 meses le ha reconocido su pago, ni siquiera de las incapacidades actuales. Al respecto la Corte Constitucional ha reiterado que “que la razonabilidad del plazo no puede determinarse a priori, lo que se traduciría en la imposición de un término de caducidad o prescripción prohibido por el artículo 86 de la Constitución, sino de conformidad con los hechos de cada caso concreto. Es por ello que “en algunos casos, seis (6) meses podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de 2 años se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo dependerá de las particularidades del caso.”

… respecto del concepto favorable de rehabilitación, conforme al Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP donde se encuentre afiliado el interesado. No obstante, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

 **M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Pereira, veintisiete (27) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Aprobado por Acta No.751

Hora: 3:50 p.m.

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Corresponde a la Sala resolver la impugnación formulada por la abogada Viviana María Montes Leiva, apoderada judicial del señor Emerson Mosquera, frente al fallo emitido el 8 de julio de 2019 por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Conocimiento de Pereira, dentro de la acción de tutela que instauró en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y la EPS MEDIMÁS.

**2. ANTECEDENTES**

2.1. El señor Emerson Mosquera está afiliado a la EPS MEDIMÁS, en el régimen contributivo, tuvo un accidente en octubre de 2017, teniendo como consecuencia problemas de rodilla izquierda, desgaste de vértebras, hernias, trastorno mixto de ansiedad y depresión, por lo cual ha sido incapacitado y los primeros 180 días fueron pagados por la EPS aludida. Sin embargo, desde el octubre de 2018 hasta junio de 2019, no ha recibido el pago de incapacidades, pese a que estas ya fueron radicadas mes a mes.

La EPS MEDIMAS informó al actor que el 14 de mayo de 2019 había notificado a Colpensiones el concepto de rehabilitación con pronóstico no favorable, el cual quedó radicado bajo el No.2019\_6258884. No obstante, el 23 de mayo del 2019, COLPENSIONES contestó al accionante sobre su solicitud del pago y reconocimiento del subsidio por incapacidades, que no habían recibido por parte de la EPS el mencionado concepto.

La abogada del actor mencionó que el señor Mosquera actualmente vive con su hija menor de edad y con su esposa, la cuales dependen económicamente de él para su subsistencia, quien además es una persona en condición especial de protección por el estado actual de su salud que se agrava por el hecho que está subsistiendo con lo que los vecinos y amigos familiares puedan colaborar, por cuanto no tiene para los pasajes para ir a las citas médicas, terapias, exámenes, debiendo a veces caminar con muletas desde Villa Santana hasta Pinares.

La apoderada del accionante consideró que la llamada a cancelar las incapacidades al señor Emerson Mosquera es la EPS MEDIMÁS desde octubre de 2018 hasta abril de 2019 por no haber entregado dentro del término legal el concepto de rehabilitación a COLPENSIONES, la cual debe continuar pagando el subsidio por incapacidad médica a partir de mayo de 2019, momento en que fue radicado el concepto aludido.

En el acápite de pretensiones, relacionó las siguientes: i) tutelar los derechos fundamentales al señor Emerson Mosquera al mínimo vital, debido proceso, derecho de petición, de la seguridad social, la salud y la vida en condiciones digna y ii) ordenar a COLPENSIONES y a la EPS MEDIMÁS cancelar de forma inmediata las incapacidades correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre del año 2018 y de enero hasta junio de 2019 (Fls. 1-6).

2.2. Se tuvieron como pruebas las allegadas con la demanda de tutela (Fls. 7-30)

2.3. Pese haberse corrido traslado del auto admisorio de la acción de tutela (Fls. 31-33), las entidades demandadas guardaron silencio.

2.4. El Procurador 290 Judicial I Penal intervino en el presente caso, considerando que es procedente tutelar los derechos fundamentales invocados por el accionante, toda vez que fueron probados y ante el trámite respectivo ante las entidades para procurar el pago de las incapacidades médicas prescritas al actor. Por lo tanto, se configura una evidente negligencia de las entidades accionadas para asumir la cancelación de las incapacidades reclamadas.

Por lo tanto, insistió que procede el amparo constitucional con el fin de que se ordene a la EPS MEDIMAS que cancele al actor las incapacidades desde octubre de 2018 hasta la proporción de mayo de 2019 que le corresponda. Igualmente, se ordene a COLPENSIONES el pago de subsidios de incapacidad laboral desde el mes de mayo de 2019 hasta que se culmine el trámite a seguir (Fls. 35-42).

**5. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia del 8 de julio de 2019, el Juzgado 2º Penal del Circuito de esta capital resolvió tutelar el derecho fundamental al mínimo vital del señor Emerson Mosquera y en tal virtud, ordenó a la EPS MEDIMÁS, que en el término perentorio e improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación, procediera al reconocimiento y pago del auxilio monetario de las incapacidades laborales otorgadas al señor Emerson Mosquera, durante los periodos comprendidos entre el 5 y el 13 de abril de 2019 y el 14 de abril y el 11 de mayo de 2019. Así mismo, ordenó desvincular a Colpensiones del presente trámite (Fls. 43-47).

El fallo anterior fue notificado a las partes el 9 de julio de 2019 (Fls. 49-51)

**6. SINOPSIS DE LA IMPUGNACIÓN**

El 12 de julio de 2019, la apoderada judicial del señor Mosquera allegó un escrito en el que señaló su inconformidad con lo decidido en primera instancia, por las siguientes razones: i) nada dijo sobre las incapacidades médicas que en adelante se causen a su mandante; ii) desconoció la solicitud del pago de las incapacidades otorgadas al actor desde octubre de 2018 hasta junio de 2019, iii) no tuvo en cuenta que el señor Mosquera en debida forma allegó las incapacidades a la EPS MEDIMÁS y a COLPENSIONES, las cuales fueron expedidas de manera continua; iv) no debió considerarse que las incapacidades de octubre de 2018 superan los 7 meses y por no constar que se hubiera realizado con anterioridad las gestiones necesarias para su pago, lo que va en contravía del mínimo vital del señor Mosquera, a sabiendas que en certificado tiene una anotación: “EL RECONOCIMIENTO ECONOMICO ESTA A CARGA DE SU AFP, REMITASE CON ESTE DOCUMENTO A SU EMPLEADOR. LA EPS NO ESTÁ AUTORIZADA PARA REALIZAR EL RECONOCIMIENTO DE ESTA PRESTACIÒN ECONÓMICA”. Por lo tanto, el actor sí gestionó lo necesario para obtener el pago de las incapacidades, sin que a la fecha se haya logrado su pago, por lo que decidió posteriormente, acercarse a COLPENSIONES para que le cancelaran las mismas, las cuales son continuas y si en su elaboración existen errores aritméticos, ello no significa que sean interrumpidas.

Por lo tanto, insistió que el accionante es un sujeto de especial protección y por lo tanto, consideró que no es admisible que se ordene el pago solo de algunas incapacidades y que se desconozca la solicitud de las futuras (Fls.52-54).

**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.

6.2. Problema jurídico y solución al caso en concreto

Debe esta Corporación determinar si la decisión adoptada en primera instancia se hizo observando los parámetros legales y constitucionales o si hay lugar a revocar el numeral primero de la providencia, tal como lo solicitó el impugnante.

6.3. 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.

6.4. 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).*

6.5. 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. Por otro lado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que cuando quiera que no se paguen las incapacidades laborales de manera completa, se puede colegir la afectación del mínimo vital del trabajador y el de su familia, razón por la cual la acción de tutela es procedente, tal como se refirió dicha Colegiatura en la Sentencia T-182 de 2012:

*“Cuando quiera que no se paguen las incapacidades laborales de manera oportuna y completa, se afecta el mínimo vital del trabajador y el de su familia, razón por lo cual la acción de tutela es procedente. la Corte ha sostenido que al determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en aquellos eventos en donde se comprueba la existencia de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico alguno, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras; que dependen económicamente de la prestación reclamada y que carecen de capacidad económica para garantizarse su propia subsistencia, se exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional. Así mismo, es importante resaltar que los requisitos para la procedencia de la acción de tutela en tratándose del pago de acreencias laborales –como son las incapacidades laborales-, deben ser analizados con mayor flexibilidad, en atención a que los peticionarios son sujetos de especial protección constitucional”.*

6.7. El artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, prevé que el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague, hasta por 180 días, un auxilio monetario por enfermedad no profesional y el reconocimiento de las incapacidades laborales, tras la entrada en vigencia del Decreto Ley 19 de 2012 (ley anti trámites), según jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia T-333 de 2013), señaló que el esquema de responsabilidades de los actores del SGSSI en el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales de origen común sigue siendo el mismo, de acuerdo a las siguientes pautas normativas vigentes:

* “*El pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días corre por cuenta del empleador (Decreto 1049 de 1999, artículo 40, parágrafo 1°).*
* *Las incapacidades por enfermedad general que se causen desde entonces y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Ley 100 de 1993, artículo 206). En todos los casos, corresponde al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 121).*
* *La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación. El mencionado concepto deberá ser enviado a la AFP antes del día 150 de incapacidad (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 142).*
* *Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Decreto 2463 de 2001, artículo 23).*
* *Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.*
* *Si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad*. (Subrayas nuestras)

6.8. En el caso que hoy nos ocupa, la Sala advierte que la apoderada judicial insiste en las pretensiones iniciales de la demanda de tutela tendientes a que las entidades accionadas reconozcan y cancelen al señor Emerson Mosquera el subsidio económico de las incapacidades correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2018 y enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio de 2019 y las que se sigan expidiendo los médicos tratantes, de las cuales no allegó las copias con el escrito de la demanda de amparo y que fueron complementadas con el escrito de impugnación y que fueron incapacidades expedidas por el médico de la Corporación IPS, por la patología lumbago más ciática, identificada con el código “M544” y que fueron en su mayoría transcritas por la EPS MEDIMAS, según se relacionan a continuación:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| No. CERTIFICADO DE INCAPACIDADES | FECHA INICIAL | FECHA FINAL  | DÍAS ACUMULADOS  | FOLIOS (demanda e impugnación) |
| 1340717 | 2018-10-27 | 2018-11-25 | 196 | 26 y 55 |
| 1340770 | 2018-11-26 | 2018-12-25 | 226 | 57 |
| 1426954 | 2018-12-26 | 2019-01-24 | 256 | 22 y 58 |
| 1474883 | 2019-01-25 | 2019-02-23 | 286 | 24 y 59 |
| 1517188 | 2019-02-24 | 2019-03-25 | 316 | 20 y 60 |
| 507010000013960 | 2019-03-26 | 2019-04-04 | 346 | 18 y 61 |
| 1464426 | 2019-04-14 | 2019-05-11 | 28\*\*\* (376) | 17 y 71-72 |
| 5252695 de la Corporación IPS  | 2019-05-12 | 2019-06-10 | Por 30 días, lo que significa que son 406 días acumulados | 12 y 74 |

\*\*\* Esta Sala considera que existe una equivocación en los días acumulados, si se tiene en cuenta que el médico de la Corporación IPS señaló que era una prórroga por el diagnóstico “lumbago más ciática” código M544 (folios 15 y 72) o sea que hasta esa fecha, el accionante acumula un total de 376 días.

* La EPS MEDIMÁS expidió el siguiente certificado de incapacidad al accionante por nueve (9) días por el diagnóstico identificad con el código “R522”, así:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 1585013 | 2019-04-05 | 2019-04-13 | 0 | 14 y 70 |

6.9. Igualmente, quedó probado que la EPS MEDIMÁS emitió un concepto de rehabilitación con pronóstico laboral “favorable” por incapacidad temporal prolongada del accionante, documento que fue radicado en COLPENSIONES el 14 de mayo de 2019 (Fl.27). Sin embargo, el 23 de mayo de 2019 esa administradora de fondo de pensiones le indicó al señor Mosquera que no había lugar al reconocimiento de más subsidio por incapacidades a su favor por cuanto la EPS a la cual se encontraba afiliado, no había remitido el concepto de rehabilitación (Fl. 30), no obstante que mediante comunicación del 10 de mayo de 2019, COLPENSIONES le había informado al actor que la EPS MEDIMÁS le había notificado el concepto favorable de rehabilitación relacionado con su estado de salud y le indican que debe aportar los certificados de las incapacidades superiores a 180 días en original y transcritas por la EPS (Fl. 28).

6.10. Para esta Sala no existe duda alguna que el señor Emerson Mosquera sufre varias patologías, pero una de ellas “lumbago más ciática” es la que lo mantiene incapacitado por más de 180 días, según certificaciones médicas y que fueron transcritas por la EPS MEDIMÁS, situación que le impide laborar. Lo anterior, aunado a que el 27 de mayo de 2019, el señor Emerson Mosquera fue remitido al psicólogo del Hospital Mental de Risaralda por presentar un diagnóstico mixto de ansiedad y depresión (Fl. 9). Por lo tanto, no queda duda que el accionante quien vive con su familia, la que depende económicamente de su salario, en un barrio marginado de esta ciudad como lo es Villa Santana, se encuentra en una situación de debilidad manifiesta y en tal virtud, la negativa del pago de las incapacidades originadas por enfermedad no profesional no puede ser aceptada por esta instancia judicial, toda vez que las mismas constituyen una prestación propia del Sistema de Seguridad Social que pretende 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 de este derecho.

6.11. Así las cosas, contrario a lo concluido por la *A quo*, el actor si cumplió con el requisito de procedibilidad de la acción de tutela como lo es el de la inmediatez[[11]](#footnote-11) para solicitar el reconocimiento del pago de las incapacidades que se le adeudan desde octubre de 2018, es decir, por cuanto la afectación a sus derechos fundamentales es continuo, toda vez que ninguna de las entidades demandadas desde hace 8 meses le ha reconocido su pago, ni siquiera de las incapacidades actuales. Al respecto la Corte Constitucional ha reiterado que “*que la razonabilidad del plazo no puede determinarse a priori, lo que se traduciría en la imposición de un término de caducidad o prescripción prohibido por el artículo 86 de la Constitución, sino de conformidad con los hechos de cada caso concreto. Es por ello que “en algunos casos, seis (6) meses podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de 2 años se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo dependerá de las particularidades del caso.”[[12]](#footnote-12)* De tal manera, que para la Sala entre el momento que se le expidió la primera incapacidad médica reclamada por el mismo, el 27 de octubre de 2018 y la presentación de la demanda de amparo, es un lapso muy breve, si se compara con la continuidad del conculcación de sus derechos fundamentales y la situación de salud del señor Mosquera y por ende, se determina la procedencia del estudio de la acción.

6.12. Como si fuera poco, las entidades accionadas guardaron silencio frente a la demanda de tutela y por lo tanto, esta instancia constitucional considera que se deben tener por ciertos los hechos expuestos por la abogada el actor, quien afirmó que la ausencia del reconocimiento de las incapacidades reclamadas, de las cuales quedó probado fueron prescritas por los médicos tratantes del ante la EPS MEDIMÁS, le causa un perjuicio irremediable por ser el señor Mosquera un sujeto de especial protección constitucional ante sus patologías que le impiden laborar. En ese sentido, se debe dar aplicación a lo previsto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991[[13]](#footnote-13).

6.13. Ahora bien, para determinar cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe encargarse del pago de dichas incapacidades generadas al señor Mosquera superiores a 180 día, la Corte Constitucional en la Sentencia T-401 de 2017, dispuso lo siguiente:

*“21. Es pertinente señalar que, respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181, se han suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001.*

*Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, como se expondrá a continuación. (…)*

*22. Es necesario enfatizar en que el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Este asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador[[14]](#footnote-14).*

*La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto indica que el objetivo de dicha norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Por tanto, se otorga un margen de espera y propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad. Durante este período, el Legislador dispuso que los subsidios de incapacidad estuvieran a cargo de las AFP.*

*Desde esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.*

*23. Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso.*

*Así mismo, de acuerdo con la normativa citada, el fondo de pensiones podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral “hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS”[[15]](#footnote-15), una vez disponga del concepto favorable de rehabilitación. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador[[16]](#footnote-16).*

*24. Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, “el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello”[[17]](#footnote-17).*

*No obstante lo anterior, es factible que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez y a habérsele dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%. Por tanto, es indispensable determinar cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe encargarse del pago de dichas incapacidades.*

*(…) 26. En consecuencia, las reglas jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540 son las siguientes:*

*(i) Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente[[18]](#footnote-18).*

*(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS.*

*(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.*

*(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.*

*De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente. (…)”.*  (Subrayas fuera del texto original)

6.14. Según la jurisprudencia transcrita, respecto del concepto favorable de rehabilitación, conforme al Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP donde se encuentre afiliado el interesado. No obstante, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

6.15. Así las cosas, esta Colegiatura evidencia que en este caso en particular aun cuando la apoderada judicial del señor Mosquera dio a conocer que la EPS MEDIMÁS había cancelado a su mandante las incapacidades médicas expedidas hasta el día 180, el concepto favorable de rehabilitación fue remitido por la EPS MEDIMÁS a COLPENSIONES el 14 de mayo de 2019, es decir, cuando el actor tenía 379 días de incapacitado, según se desprende de la tabla a la que se hizo referencia en el numeral 6.8 de esta providencia; en consecuencia, la EPS MEDIMÁS no cumplió con la obligación legal de que trata el Decreto 019 de 2012 antes descrito.

6.16. Por lo anterior, se confirmará parcialmente la sentencia estudiada con el fin de ordenar a la EPS MEDIMÁS que dentro del término otorgado por la A quo, reconozca y pague al señor Emerson Mosquera las incapacidades médicas superiores a 180 días y hasta que radicó en COLPENSIONES el concepto favorable de rehabilitación del actor, esto es, hasta el 14 de mayo de 019, excepto el período que ya fue ordenado por la juez de primer grado y que concierne del 2019-04-14 al 2019-05-11. Adicionar un numeral para ordenar a COLPENSIONES que dentro del término de 48 horas contado a partir de la notificación de este fallo, reconozca y cancele al señor Emerson Mosquera las incapacidades médicas del período comprendido entre 2019-05-12 al 2019-06-10 y las que sigan expidiendo sus médicos tratantes hasta el día 540, siempre y cuando tengan que ver con la patología de lumbago más ciática.

**DECISIÓN**

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE** la decisión emitida el 8 de julio de 2019 por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Pereira dentro de la tutela instaurada por la apoderada judicial del señor Emerson Mosquera en contra de la EPS MEDIMÁS y COLPENSIONES.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral segundo de la providencia estudiada con el fin de ORDENAR a la EPS MEDIMÁS que dentro del término otorgado por la A quo, reconozca y pague al señor Emerson Mosquera las incapacidades médicas superiores a 180 días hasta el 14 de mayo de 019, excepto el período comprendido entre el 209-04-14 al 2019-05-11, por las razones expuestas.

**TERCERO: ADICIONAR** a la sentencia un numeral con el fin de ORDENAR a COLPENSIONES que dentro del término de 48 horas contado a partir de la notificación de este fallo, reconozca y cancele al señor Emerson Mosquera las incapacidades médicas del período comprendido entre 2019-05-12 al 2019-06-10 y las que sigan expidiendo sus médicos tratantes hasta el día 540, siempre y cuando tengan que ver con la patología de lumbago más ciática.

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

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)
11. “*Por su parte, el principio de inmediatez como requisito de procedibilidad, exige que la acción de tutela sea interpuesta en un tiempo razonable en relación con el acto que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. Cuando el juez advierte que entre el momento de presentación de la acción y la ocurrencia del acto que conculcó los derechos alegados, transcurrió un lapso de tiempo considerable, este debe analizar los motivos por los cuales se presentó la inactividad del accionante, en tanto es inconstitucional otorgarle un término de caducidad a la acción, o rechazarla únicamente con fundamento en el paso del tiempo**[[50]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-314-18.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn50%22%20%5Co%20%22).* (Sentencia T-314 de 2018) [↑](#footnote-ref-11)
12. Ver Sentencia T-1028 de 2010 [↑](#footnote-ref-12)
13. *Artículo 20. Presunción de veracidad. Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa.*  [↑](#footnote-ref-13)
14. Decreto 2463 de 2001. Artículo 23 inciso 1º. [↑](#footnote-ref-14)
15. T-419 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán. [↑](#footnote-ref-15)
16. Decreto-Ley 019 de 2012. Art. 142. [↑](#footnote-ref-16)
17. Sentencia T-920 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Véase también: Concepto Jurídico 201511400874021 de 21 de mayo de 2015 del Ministerio de Protección Social. [↑](#footnote-ref-17)
18. Es indispensable aclarar que el empleador deberá asumir el pago de las incapacidades y en general de todas las prestaciones garantizadas por el Sistema de Seguridad Social Integral cuando no haya afiliado al trabajador o cuando a pesar de haber sido requerido por las entidades del sistema, se haya encontrado en mora en las cotizaciones al momento de ocurrir el siniestro. Ver: sentencias T-146 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-723 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa). [↑](#footnote-ref-18)