El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proces o. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia : Sentencia del 2 de octubre de 2020

Radicación No. : 66001310500420200017601

Proceso : Acción de Tutela (impugnación)

Demandante : Climaco Garcia Osorio

Demandado : Nueva EPS y Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES

Juzgado : Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / PAGO INCAPACIDADES / REGULACIÓN LEGAL / LEY 1753 DE 2015 / PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA / SE DENIEGA.**

Es bien sabido que, como exigencia general de procedencia de la acción de tutela, conforme al art. 86 de la Carta y el Dto. 2591/1991, se destaca el carácter subsidiario de la cual está revestida, y que, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en varias de sus sentencias, autoriza su uso en alguna de las siguientes hipótesis: (i) cuando no exista otro medio de defensa judicial que permita resolver el conflicto relacionado con la supuesta vulneración de un derecho fundamental; o cuando, aun existiendo; (ii) dicho mecanismo no resulta eficaz ni idóneo para la protección del derecho; o cuando, incluso, (iii) a pesar de brindar un remedio integral, sea necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. (…)

En cuanto a la idoneidad de la acción tutela como mecanismo judicial válido para reclamar el pago de incapacidades, ha estimado la Corte que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar. Además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente. Sobre esa base, la jurisprudencia en la materia ha reiterado que “los mecanismos ordinarios instituidos para [reclamar el pago del auxilio por incapacidad], no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza” (…)

Se dispuso en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, 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”…

Más recientemente, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 fue reglamentado a través del Decreto 1333 de 2018, en el que se estableció en el art. 2.2.3.3.1., que el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 estará a cargo de las EPS y demás EOC (Entidades Encargadas de Compensar), en cualquiera de los siguientes casos: 1) cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante…, 2) cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad… y 3) cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación de paciente…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente: Ana Lucía Caicedo Calderón

2 octubre de 2020

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra el fallo proferido el 24 de agosto de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la **Acción de Tutela** impetrada por el señor **CLÍMACO GARCIA OSORIO,** en contra de la **NUEVA EPS Y COLPENSIONES** por medio de la cual solicita que se le amparen sus derechos fundamentales de petición, al mínimo vital, vida digna, salud y seguridad social.

#### La demanda

 Solicita el señor Clímaco García Osorio que tutele su derecho fundamental al mínimo vital, vida digna, salud y seguridad social, y consecuencialmente, se ordene a la Nueva EPS y/o a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, el pago de las incapacidades causadas del 29 de abril del 2012 al 28 de junio de 2020, y las que se puedan generar de ahí en adelante hasta que se firme el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

 Para fundar sus pretensiones, manifiesta, que se encuentra afiliado a la NUEVA EPS, a través de la empresa, Cooperativa de Transportadores de Risaralda y que fue diagnosticado con “tuberculosis renal con terapias de reemplazo renal mediante hemodiálisis”, la cual se encuentra en proceso de calificación por parte de Colpensiones. Agrega que debido a la patología que presenta se encuentra incapacitado de manera continua por insuficiencia renal crónica desde el 21 de febrero de 2008, correspondiendo el pago de los primeros 180 días a la Nueva EPS, y desde el día 181 al 540 a Colpensiones, y los posteriores al día 541 a cargo de la Nueva EPS. Asegura que a la fecha le adeudan las siguientes incapacidades:

1) 29 de abril de 2012 al 19 de mayo de 2012.

2) 20 de mayo de 2012 al 18 de junio de 2012.

3) 19 de junio de 2012 al 18 de julio de 2012.

4) 19 de julio de 2012 al 17 de agosto de 2012.

5) 18 de agosto de 2012 al 16 de septiembre de 2012.

6) 17 de septiembre al 16 de octubre de 2012.

7) 17 de octubre de 2012 al 15 de noviembre de 2012.

8) 16 de noviembre de 2012 al 15 de diciembre de 2012.

9) 16 de diciembre de 2012 al 14 de enero de 2013.

10) 15 de enero de 2013al 13 de febrero de 2013.

11) 14 de febrero de 2013 al 15 de marzo de 2013.

12) 16 de maro de 2013 al 14 de abril de 2013.

13) 14 de julio de 2014 al 21 de julio de 2014.

14) 7 de julio de 2018 al 21 de agosto de 2018.

15) 01 de enero de 2020 al 30 de enero de 2020.

16) 31 de enero de 2020 al 29 de febrero de 2020.

17) 01 de marzo de 2020 al 30 de marzo de 2020.

18) 31 de marzo de 2020 al 29 de abril de 2020.

19) 30 de abril de 2020 al 29 de mayo de 2020.

20) 30 de mayo de 2020 al 28 de junio de 2020.

Advera que las incapacidades adeudadas las requiere para vivir, toda vez que son el pilar económico de su hogar. En este sentido, procura que, una vez se amparen los derechos fundamentales invocados, se ordene a Colpensiones o la Nueva EPS, según sea el caso, el pago de las incapacidades adeudadas y las que se generen en adelante hasta que quede en firme el dictamen de perdida de la capacidad laboral.

#### Contestación de la demanda

 **La Nueva EPS:**

En su contestación se opone a la procedencia de la presente acción de tutela, para lo cual expone los siguientes temas:

**i) Concepto área técnica de salud:** Manifiesta que el área técnica de la institución conceptuó que el afiliado completó una prórroga de 480 días el 14 de marzo de 2013, y que a la fecha la AFP no ha notificada la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado. Narró que, una vez revisada la solicitud de pago de las incapacidades N° 5786188, 5873548, 5947091, 6003758, 6063156, 6054039, 6118192 y 6178220, la Nueva EPS S.A. emitió Concepto de Rehabilitación del afiliado CLÍMACO GARCÍA OSORIO, el 16 de marzo 2020 como DESFAVORABLE, notificado a la Administradora de Fondo de Pensiones COLPENSIONES el 13 de abril 2020.

Por lo anterior, afirma que de conformidad al artículo 10 del Decreto 758 de 1990, le corresponde al Fondo de Pensiones la obligación inmediata de otorgar la pensión de invalidez y asumir las prestaciones económicas a que hubiera lugar (incapacidades médicas). En este sentido explica que, para la garantía legal de las prestaciones económicas a las que tiene derecho el actor, la Administradora de Fondo de Pensiones tiene la obligación legal de expedirle el dictamen sobre calificación de la pérdida de capacidad laboral, dentro de los precisos términos señalados en el Decreto Ley 019 de 2012 (ley anti tramites), razón por la cual, de no serle expedido oportunamente, la AFP podría incurrir en una violación de las normas legales citadas y de sus derechos fundamentales, con mayor razón si se tiene en cuenta la situación de debilidad y vulnerabilidad en que se encuentra como consecuencia de la situación de salud, con pronóstico de rehabilitación desfavorable.

**ii) Reglas aplicables al pago de incapacidades:** Explica que para el pago de licencia por incapacidades se deberá tener en cuenta el tiempo de duración de la incapacidad, con el fin de determinar el obligado a cancelar la referida prestación económica, así: Primero y segundo día, estará a cargo del empleador. Tercer día hasta el día 180, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentre a cargo de la Entidad Promotora de Salud. A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde pagarla a los fondos de pensiones, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la EPS es favorable o desfavorable, siempre y cuando este concepto hubiese sido emitido antes del día 120 de incapacidad y enviado a los fondos de pensiones antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales la EPS no ha expedido el concepto de rehabilitación, será responsable del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

**iii) Calificación de la perdida de la capacidad laboral:** La garantía constitucional y legal de las prestaciones económicas a las que tiene derecho el afiliado con pronóstico de rehabilitación desfavorables, impone a la Administradora del Fondo de pensiones la obligación de expedirle el dictamen de la calificación de la perdida de la capacidad laboral (PLC), en forma oportuna, so pena de incurrir en una conducta violatoria de los derechos fundamentales del afiliados, quien por su situación de discapacidad se convierte en un sujeto de especial protección. Ello implica que la AFP inicie el trámite para otorgar la pensión por invalidez en forma oportuna y sin dilaciones injustificadas. De acuerdo con el artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, una vez la EPS remite el concepto de rehabilitación a la Administradora de Fondo de Pensiones, antes del día 150 de incapacidad, la AFP debe iniciar el pago de la incapacidad a partir del día 181 y hasta por 360 días calendario adicionales, y antes finalizar este último período, calificará la pérdida de capacidad laboral. La responsabilidad de la AFP en cuanto al reconocimiento económico, es con independencia de si el concepto de rehabilitación emitido por la EPS, es favorable o desfavorable dentro de los términos señalados en la norma antes citada, razón por la cual, si la AFP no lo expidió oportunamente, se encontraría incursa en la violación de las normas legales y de los derechos fundamentales del afiliado. En estos casos, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el papel del subsidio de incapacidad laboral es proteger a quienes quedan temporalmente desprovistos de los recursos que destinaban a satisfacer sus necesidades básicas y las de sus familias por razones de salud.

A su turno, la Corte en sentencia T-876 de 2013, de cara al subsidio por incapacidad establece unas reglas indicando que su pago se encuentra a cargo del Sistema General de Pensiones, bajo los siguientes presupuestos: (i) la existencia de un diagnóstico médico favorable de rehabilitación, (u) el no haber sido calificado, (iii) que el trámite solo se puede iniciar después de cumplir 135 días de incapacidad y (iv) que se debe contar más de 180 días de incapacidad continua, además de que (y) la enfermedad sea de origen común y (vi) contar con una afiliación al fondo de pensiones.

iv) **Pago de las incapacidades respecto a su improcedencia y subsidiariedad:** El señor CLÍMACO GARCÍA OSORIO cuenta con otro medio idóneo para reclamar el pago de las incapacidades solicitadas mediante esta acción, como es el proceso ordinario ante la jurisdicción laboral, no siendo procedente la acción de tutela para perseguir la protección de derechos no consagrados como fundamentales, como el presente caso donde se persigue un derecho de contenido meramente económico. En ese sentido, asegura que en el presente caso no se cumple con el principio de inmediatez y subsidiaridad.

**COLPENSIONES:**

Colpensiones señala que corroboró que las incapacidades presentadas del 30 de abril al 8 de junio de 2020, son incapacidades inferiores a 181 días, y por lo tanto deben ser pagadas por la respectiva EPS, de conformidad con lo previsto en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 1049 de 1999.

 Refiere que no es posible acceder al pago de las incapacidades reclamadas desde el año 2012, por cuanto han transcurrido más de 3 años, por lo que operó la prescripción extintiva, además de no cumplirse el requisito de inmediatez.

 Por otro lado refiere, que sólo hasta el 17 de abril de 2020 la EPS notificó a Colpensiones del Certificado de Rehabilitación (CRE) con pronóstico DESFAVORABLE, por lo que no hay lugar al reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad por parte de ese fondo de pensiones.

 Explica que, para que la Administradora de Fondos de Pensiones otorgue el subsidio por incapacidad se hace necesario que el afiliado (i) padezca una enfermedad de origen común; (ii) que la incapacidad sea continua y supere los 180 días; y, (iii) se emita concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, supuestos concurrentes que según la accionada no se cumplen en esta oportunidad. Asegura que no es procedente el pago de las incapacidades al haberse emitido concepto desfavorable de rehabilitación por parte de la EPS, y en consecuencia, el ciudadano debe solicitar la calificación de la pérdida de la capacidad laboral por parte de Colpensiones.

Finalmente, se solicitó que se denegaran los pedidos del actor al no haber cumplido el requisito de la inmediatez para dichos cobros.

#### Sentencia de primera instancia

 La jueza de instancia declaró improcedente la acción de tutela porque considera que no se cumple con los principios de inmediatez y subsidiaridad por las siguientes razones:

La jueza empieza por afirmar que, revisados minuciosamente los dos certificados de incapacidades allegados al proceso, uno por parte del accionante y el otro por parte de la NUEVA EPS, se concluye que las distintas incapacidades generadas a favor del actor, tienen ciertos periodos de interrupción, esto es, las incapacidades no son consecutivas como se afirma en la demanda. En ese sentido, afirma que el accionante pretende se le paguen los siguientes periodos discriminados por año así:

* Del 29 de abril de 2012 al 31 de diciembre de 2012.
* Del 01 de enero de 2013 al 14 de abril de 2013
* Del 14 de julio de 2014 al 21 de julio de 2014.
* Del 4 de julio de 2018 al 21 de julio de 2018.
* Del 01 de enero de 2020 a la fecha de presentación de la acción constitucional e incluso las que se generen con posterioridad.

Por lo tanto, concluyó que en el caso de ser esos los periodos adeudados, no existe en el tiempo una violación continua al derecho reclamado.

Bajo este contexto, acto seguido, la jueza procedió a referirse a los principios de inmediatez y subsidiaridad así: Respecto al principio de inmediatez para reclamar vía tutela las incapacidades generadas en este caso en el 2018 y anteriores a este, dijo que si bien en casos excepcionales dicho principio debe ser morigerado por el operador jurídico, atendiendo las circunstancias propias del caso, en el proceso bajo estudio no se vislumbran acciones que lleven a concluir que el accionante estaba en imposibilidad de acudir a la jurisdicción a reclamar sus derechos, bien sea por la vía ordinaria, administrativa o constitucional, o que se trate de un sujeto de especial protección.

 Por otra parte manifestó, que la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que para que proceda el pago de incapacidades médicas a través de la acción de tutela, el juez debe tener en cuenta la diligencia del peticionario. En el presente caso, no se relató en los hechos de la demanda que el accionante haya procurado en años anteriores la reclamación de las prestaciones generadas anteriormente; sólo se cuenta con la reclamación a la cual le dio respuesta la NUEVA EPS el 21 de febrero de 2020.

En lo tocante a la subsidiaridad, explica que la acción de tutela no procede cuando existen otros medios de defensa, lo que significa que no constituye un dispositivo paralelo o alternativo, ni tampoco complementario del ordenamiento jurídico, *“salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”,* como reza el Artículo 6 numeral 1º del Decreto 2591 de 1991.

Agregó que tratándose de acreencias laborales, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que tales conflictos escapan de la competencia del juez constitucional y deben ser resueltos por la jurisdicción ordinaria, por cuanto el conocimiento de ese tipo de solicitudes implica la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces desborda las competencias del juez constitucional. Sin embargo, esa misma Corporación ha reconocido que tal principio no es absoluto, pues en eventos especiales y bajo determinadas circunstancias puede convertirse la tutela en el medio idóneo y eficaz para reivindicar derechos fundamentales lesionados.

 Además, en tratándose de casos como el presente, en el que se reclama el pago de incapacidades médicas para trabajar, la jurisprudencia constitucional ha equiparado éstas con el salario que percibe un trabajador, pues es apenas justo que quien se encuentra temporalmente inhabilitado para desempeñar su oficio reciba una contraprestación económica, mientras logra conjurar sus quebrantos de salud, con el fin de subsistir dignamente. Bajo esas premisas su no pago constituye violación al derecho fundamental al mínimo vital, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones.

 En la sentencia T-140 de 2016, ratificó el Alto Tribunal: *“La acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital y la salud cuando el peticionario se ve desprovisto del pago de las incapacidades médicas. Esto, aun cuando el conocimiento de las reclamaciones concernientes a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social Integral corresponda, en principio, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social”.*

Para el caso concreto, la jueza desatacó los siguientes aspectos del accionante: (i) es una persona de 57 años que se ha desempeñado como trabajador independiente, sin que se conozca la actividad a la que se dedica (ii) cuenta con tres vehículos tipo camión de servicio público los cuales le generan ingresos mensualmente; (iii) lo anterior hace presumir que no son las incapacidades adeudadas, su única fuente de ingresos. Para probar este hecho se cuenta en el expediente con las licencias de tránsito de los tres vehículos tipo camión de placa STP-205 modelo 2012 matriculado en Manizales, SXP-283 modelo 2015 matriculado en Pereira y WCP-461 modelo 2015 matriculado en Envigado.

 Así las cosas, concluyó el Despacho de primera instancia que el mínimo vital del señor Clímaco García Osorio no se encuentra ante una amenaza inminente, toda vez que dispone de los recursos económicos necesarios para cubrir sus gastos mínimos de subsistencia.

#### Impugnación

Inconforme con la decisión, el accionante arguye que no se están teniendo en cuenta sus derechos fundamentales puesto que se solicita el pago de las incapacidades que se han generado en el transcurso del año 2020, desde el mes de enero hasta la fecha, lo que quiere decir que dichas incapacidades se encuentran en término y cuentan con la inmediatez necesaria para que sean pagadas.

 El accionante hace referencia a que, si bien posee unos vehículos que son de su propiedad, dos de ellos aún están a nombre de las entidades financieras con las que se realizaron los préstamos bancarios para su adquisición, y que si bien dichos transportes generan activos, estos son para el pago de los pasivos del accionante, el cual alega que ascienden a una suma de cien millones de pesos.

 Insiste en que sus ingresos netos son mínimos y por ello requiere el pago de las incapacidades para la mejora en su condición de vida.

#### Consideraciones

* 1. **Problema jurídico por resolver**

Determinar si en el presente caso, hay lugar a pagar las incapacidades médicas reclamadas por el actor, causadas en el año 2020. En caso afirmativo, establecer si el pago le corresponde a la Nueva EPS o a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES. Así mismo se analizará, si la capacidad económica del afiliado impide el pago de incapacidades médicas a través de la acción de tutela.

* 1. **Jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto al pago de incapacidades por enfermedad:**

Es bien sabido que, como exigencia general de procedencia de la acción de tutela, conforme al art. 86 de la Carta y el Dto. 2591/1991, se destaca el carácter subsidiario de la cual está revestida, y que, tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en varias de sus sentencias, autoriza su uso en alguna de las siguientes hipótesis: (i) cuando no exista otro medio de defensa judicial que permita resolver el conflicto relacionado con la supuesta vulneración de un derecho fundamental; o cuando, aun existiendo; (ii) dicho mecanismo no resulta eficaz ni idóneo para la protección del derecho; o cuando, incluso, (iii) a pesar de brindar un remedio integral, sea necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Como supuesto básico en el examen de procedencia, la Corte ha rechazado la valoración genérica de los medios ordinarios de defensa judicial, pues ha considerado que en abstracto cualquier mecanismo puede ser considerado eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales. Por esta razón, en su jurisprudencia ha sido enérgica en afirmar que la eficacia de la acción ordinaria solo puede prodigarse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto (T-427/18).

Pues bien, para verificar en este caso el cumplimiento de dicho requisito de procedencia, es necesario recordar que  el art. 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el art. 622 de la Ley 1564/2012, fijó en cabeza de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, la competencia para resolver*“las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos”.*

Por su parte, en cuento al pago de incapacidades, la Ley 1438 de 2011, en el literal g de su artículo 126 prevé un trámite administrativo ante la Superintendencia Nacional de Salud, donde se establece, dentro de las funciones jurisdiccionales que tiene dicho órgano de control, *“conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.*

En el asunto sub-judice, la discusión que se propone gira en torno al reconocimiento y pago de incapacidades por parte de la EPS y/o la administradora de pensiones-COLPENSIONES, las cuales ha negado con el argumento de falta de inmediatez y subsidiaridad.

En cuanto a la idoneidad de la acción tutela como mecanismo judicial válido para reclamar el pago de incapacidades, ha estimado la Corte que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar. Además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente[[1]](#footnote-1). Sobre esa base, la jurisprudencia en la materia ha reiterado que “*los mecanismos ordinarios instituidos para [reclamar el pago del auxilio por incapacidad], no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza*”*[[2]](#footnote-2)*.

* 1. **Pago de incapacidades por enfermedad:**

Se dispuso en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, 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”,* con lo cual se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS.

Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional 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. Bajo esta línea, esa misma Corporación, mediante sentencia T-144 del 2016 conoció el caso de una ciudadana que, como consecuencia de un accidente de tránsito, sufrió varias fracturas que le provocaron incapacidades de más de 540 días, cuyo dictamen de Calificación de Invalidez no superaba el 50% de PCL. En dicha oportunidad, se concluyó que la obligación de reconocer y pagar las incapacidades posteriores al día 540 estaba a cargo de las EPS, en virtud de la Ley

1753 de 2015. Lo anterior, tras considerar que: *“En el caso concreto es evidente que el estado de salud de la actora ha impedido el éxito total de los pretendidos reintegros, pues a favor de ella se siguen expidiendo certificados de incapacidad laboral. Así mismo, es una persona que no goza de una pensión de invalidez; es decir, está incapacitada medicamente para trabajar, pero no es beneficiaria de ninguna fuente de auxilio dinerario para subsistir dignamente”*

Más recientemente, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 fue reglamentado a través del Decreto 1333 de 2018, en el que se estableció en el art. 2.2.3.3.1., que el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 estará a cargo de las EPS y demás EOC (Entidades Encargadas de Compensar), en cualquiera de los siguientes casos: 1) cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico, 2) cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante y 3) cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación de paciente. Y a reglón seguido se indica: “*(…) en cualquier momento, cuando la EPS emita concepto desfavorable de rehabilitación, se dará́ inicio al trámite de calificación de Invalidez de que trata el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012”.*

 Finalmente, en cuanto a la suspensión o no reconocimiento de pago de la incapacidad por enfermedad general, se tiene previsto en el art. 2.2.3.4.3, que son causales de suspensión: *1) cuando se determine que se configuró alguna de las causales de abuso del derecho establecidas en el artículo 2.2.3.4.1 del Capítulo IV del presente decreto, 2) cuando el cotizante no cumpla con los requisitos señalados en el artículo 2.1.13.4 del presente decreto, 3) cuando la incapacidad por enfermedad general tenga origen en tratamientos con fines estéticos y sus complicaciones, o se derive de tratamientos que acrediten los criterios de exclusión de que trata el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.*

* 1. **Caso concreto**

En el presente caso, en síntesis, pretende el actor, que después de amparar sus derechos fundamentales de petición, al mínimo vital, vida digna, salud y seguridad social, se ordene a la Nueva EPS y/o COLPENSIONES que reconozca los pagos de las incapacidades medicas del señor CLÍMACO GARCÍA OSORIO, las cuales relaciona en la demanda de tutela desde el año 2012 hasta la presente fecha.

En su defensa la Nueva EPS aclara que partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde pagarla a los fondos de pensiones, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la EPS es favorable o desfavorable, siempre y cuando este concepto hubiese sido emitido antes del día 120 de incapacidad y enviado a los fondos de pensiones antes del día 150; adicional a esto advera que el accionante cuenta con otro medio idóneo para reclamar el pago de las incapacidades solicitadas mediante esta acción, esto es, mediante un proceso ordinario ante la jurisdicción laboral, no siendo procedente la acción de tutela para perseguir la protección de derechos no consagrados como fundamentales, como ocurre en este caso donde se persigue un derecho de contenido económico.

De otro lado, COLPENSIONES afirma que las incapacidades solicitadas por el actor del 30 de abril al 8 de junio de 2020, son incapacidades inferiores a 181 días, y por lo tanto deben ser pagadas por la respectiva EPS; respecto de las incapacidades reclamadas desde el año 2012, han transcurrido más de 3 años, y por lo tanto operó la prescripción extintiva, además de no cumplirse el requisito de inmediatez. Dice, además, que sólo hasta el 17 de abril de 2020 la EPS notificó a Colpensiones el Certificado de Rehabilitación (CRE) con pronóstico DESFAVORABLE, por lo que no hay lugar al reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad por parte de ese fondo de pensiones.

Recordemos que la jueza de primera instancia declaró improcedente la acción de tutela, bajo el argumento de que no cumple con los principios de inmediatez y subsidiaridad, por las siguientes razones: a) Porque las incapacidades fueron generadas en diferentes periodos, y por lo tanto no son consecutivas como se afirma en la demanda. b) Porque respecto a las incapacidades por enfermedad generadas desde el año 2012 hasta el 2019 no se cumple el principio de inmediatez ya que no es lógico que una persona incapacitada para labor en el año 2012, por ejemplo, señale que el pago de esas incapacidades representa su mínimo vital sólo hasta el año 2020 cuando reclamó su pago. c) Porque, con las pruebas que se recogieron en el proceso, se evidencia que no está afectado el mínimo vital del actor, toda vez que es propietario de tres vehículos tipo camión de servicio público los cuales le generan ingresos mensualmente, lo cual hace presumir que no son las incapacidades adeudadas, su única fuente de ingresos.

En la impugnación del actor, curiosamente ya no se pide el pago del total de las incapacidades relacionadas en la demanda desde el año 2012 hasta la presente fecha sino únicamente las incapacidades causadas desde el mes de enero de 2020, hasta la fecha, respecto de las cuales arguye que cumplen el principio de inmediatez. En lo referente a su situación económica, refiere que, si bien posee 3 vehículos, dos de ellos aún están a nombre de las entidades financieras con las que se realizaron los préstamos bancarios para su adquisición, y que el activo que generan, se destina al pago de los pasivos, el cual ascienden a cien millones de pesos. Insiste en que sus ingresos netos son mínimos y que por ello requiere el pago de las incapacidades para la mejora en su condición de vida.

Pues bien, dígase de una vez que la Sala encuentra ajustado a derecho el fallo de primera instancia, pues, por una parte, la demanda de tutela incurrió en la imprecisión de afirmar que las incapacidades por enfermedad que se generaron a favor del actor fueron continuas e ininterrumpidas, reclamando el pago total de las mismas, cuando lo cierto es que sufrieron varias interrupciones, tal como lo relacionó minuciosamente la jueza de primera instancia. Lo anterior puso en entredicho el principio de inmediatez de la presente acción frente a las incapacidades causadas desde el año 2012 hasta el 2019, lo que de suyo hace improcedente este amparo respecto a estas incapacidades

Por otra parte, y con relación a las incapacidades causadas en este año, si bien su pago se reclama dentro de un término razonable, cumpliéndose así el principio de inmediatez, no ocurre lo mismo respecto al principio de subsidiaridad, pues resulta extraño que debiéndose al actor tantas incapacidades (incluyendo las generadas antes del 2020), sólo hasta el mes de febrero hogaño decida reclamarlas, con lo cual se desvirtúa que se esté afectando su mínimo vital, amén de que quedó en evidencia en el expediente de que es propietario de tres camiones de servicio público que generan ingresos, tal como el actor lo reconoció en la impugnación. Y si bien aquél afirma que dos de los vehículos están a nombre de las entidades bancarias que financiaron su adquisición y que tiene un pasivo de cien millones de pesos, en realidad no hay prueba de ello. En ese sentido, las condiciones particulares del actor, hacen que la presente acción no encaje dentro de las excepciones que establece la Corte Constitucional para que la acción de tutela se utilice para reclamar prestaciones económicas, ni siquiera para reclamar incapacidades médicas, ante la prueba de otros ingresos del trabajador.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

 En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** esta decisión a las partes por el medio más expedito.

**TERCERO:** Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La Magistrada Ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

1. Corte Constitucional, ver, entre otras, Sentencias T -311 de 1996 (M.P José Gregorio Hernández Galindo), T- 972 de 2013 (M.P Jaime Araujo Rentería), T-693 de 2017 (M.P Cristina Pardo Schlesinger). [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional, ver, entre otras, las sentencias T-311 de 1996 (M.P José Gregorio Hernández Galindo), T-920 de 2009 (M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-468 de 2010 (M.P Jorge Iván Palacio); T-182 de 2011 (M.P Mauricio González Cuervo), T-140 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio), y T-401 de 2017 (M.P Gloria Stella Ortiz Delgado), T-693 de

2017 (M.P Cristina Pardo Schlesinger). [↑](#footnote-ref-2)