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 de 23 de octubre de 2020

Radicación Nro: 66001-31-05-001-2020-00191-01

Accionante: Liliana Patricia Cardoza

Accionados: Nueva EPS y otro

Proceso: Acción de Tutela

Juzgado de origen: Juzgado Primero Laboral del Circuito

Magistrado Ponente: Julio César Salazar Muñoz

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / INCAPACIDADES MÉDICAS / DISTRIBUCIÓN DE SU PAGO / HASTA EL DÍA 180 CORRESPONDE A LAS EPS / SEA QUE HAYA EMITIDO EL CONCEPTO DE REHABILITACIÓN O NO.**

Se acepta por la jurisprudencia constitucional la procedencia de la acción de tutela para reconocer el pago de incapacidades médicas, cuando quien reclama no cuenta “con otra fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades básicas y las de sus núcleos familiares, o de personas en situaciones extremas de vulnerabilidad” -T 177 de 2013-, pues en dichos casos es necesario garantizarle la protección de sus derechos a la salud y al mínimo vital. (…)

En ese sentido, analizando la normatividad que regula el tema se tiene que, al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el pago de licencias por enfermedad de origen común le fue asignado a las entidades encargadas de asegurar las contingencias en materia de seguridad social, correspondiéndole al Decreto 1406 de 1999, reglamentario de ésta última disposición, establecer que el empleador es responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a dos días y que las EPS cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180…

Ahora, la responsabilidad en el pago de las incapacidades causadas después del día 180, se rige por las disposiciones previstas en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, siendo la jurisprudencia constitucional consistente en señalar que luego del día 181 de incapacidad, es la administradora de pensiones quien asume su pago, hasta tanto se defina su derecho pensional. (…)

De otro lado, en sentencia T-140 de 2016, la Corte Constitucional, buscando llenar el vacío normativo que se presenta en relación con los afiliados que siendo calificados con un porcentaje de pérdida de capacidad inferior al 50% continúan siendo incapacitados entre el día 180 y el 540, concluyó que “los pagos por incapacidades superiores a los primeros 180 días deben ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por 360 días adicionales, sin importar que ya se haya realizado la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado…”

Ahora bien el concepto desfavorable de rehabilitación fue remitido a Colpensiones el 8 de julio de 2020…, lo que indica entonces que si bien la Nueva EPS cumplió con la carga de emitir el referido concepto y remitirlo a la AFP en los términos antes señalados, es decir entre el día 120 y 150 de incapacidad, ello no la releva de cancelar las incapacidades otorgadas con posterioridad a la acreditación de dicha obligación y hasta el día 180, porque ninguna de las disposiciones señaladas con anterioridad dispone cosa diferente, lo que establece el conjunto normativo es que si no profiere y radica el concepto ante la AFP en el lapso establecido, le corresponde el pago del auxilio más allá del día 180 y hasta que proceda de conformidad.

### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

**SALA LABORAL**

**ACCIÓN DE TUTELA**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, veintitrés de octubre de dos mil veinte

Acta N° 127 de 23 de octubre de 2020

Procede la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira a resolver la impugnación presentada por la señora **LILIANA PATRICIA CARDOZA,** contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el día 11 septiembre de 2020, dentro del trámite de la Acción de Tutela que le promueve a la **NUEVA EPS.** A la actuación, se dispuso la vinculación de Colpensiones.

## ANTECEDENTES

Informa la señora Liliana Patricia Cardoza que se encuentra afiliada a la Nueva EPS; que debido a sus condiciones médicas viene siendo incapacitada, superando en la actualidad los 180 días de licencia médica; que en virtud a ello la EPS accionada emitió concepto desfavorable de rehabilitación, el cual le fue notificado a Colpensiones el 9 de julio de 2020, fecha hasta la cual le fue cancelado el auxilio monetario, pues según la entidad a partir de ese momento es la AFP quien debe continuar realizando los pagos.

Estima que según la normatividad vigente le corresponde a la Nueva EPS asumir el pago de las incapacidades hasta el día 180 y solo canceló 144 días de dicho periodo. Considera además, que esa entidad debe asumir el pago hasta que la Junta Regional de Calificación de invalidez emita su dictamen.

Refiere que necesita que le sean pagadas las incapacidades médicas, toda vez que no cuenta con los recursos y su condición médica es compleja debido al cáncer que padece, por lo que solicita que se proteja el derecho fundamental al mínimo vital y como consecuencia se le cancelen las incapacidades medicas hasta que sea valorada por la Junta de Calificación de Invalidez de Risaralda.

## TRÁMITE IMPARTIDO

La acción de tutela fue admitida por al Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad por auto de fecha 31 de agosto de 2020, providencia en la que se concedió a la entidad accionada el término de dos (2) días para el ejercicio de su legítimo derecho de defensa. Ese mismo lapso le fue concedió a Colpensiones, entidad que fue vinculada al trámite de manera oficiosa.

Colpensiones dio respuesta a la acción señalando que en el caso de la señora Cardoza recibió concepto desfavorable de rehabilitación el día 8 de julio de 2020; sin embargo, no cuentan con solicitud de pago de incapacidades por parte de la accionante, por lo que la invita a acercarse a los Puntos de Atención al Ciudadano para diligenciar en debida forma el Formulario de Prestaciones Económicas. Hizo un breve recuento del trámite administrativo al que se someten las solicitudes de auxilio por enfermedad.

Recalca que las controversias surgidas en el sistema general de seguridad social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administrativas deben ser conocidas por la jurisdicción ordinaria laboral, razón por la que la protección reclamada por la vía de tutela resulta improcedente.

Posteriormente, luego de hacer un recuento relacionado con las prestaciones económicas derivadas del sistema de salud y las entidades que deben cubrirlas dependiendo del riesgo, precisó que para el caso de las incapacidades generadas durante 180 dias, éstas corren a cargo de la EPS, así como aquéllas incapacidades que superen 540 días, quedando a cargo de las AFP solo aquéllas emitidas después del día 180 hasta el 540 de incapacidad, siempre y cuando exista concepto favorable de rehabilitación.

La Nueva EPS a su turno precisó que de acuerdo con el área de prestaciones económicas de la entidad, la señora Cardoza presenta 149 días de incapacidad y cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación remitido a Colpensiones el 8 de agosto de 2020, por lo que las incapacidades que se generaron y generen a partir de esa data están a cargo de la AFP hasta tanto realice la calificación de la pérdida de capacidad laboral; no obstante ello, al hacer una relación de la normatividad que regula el asunto, preciso que desde el tercer día hasta el día 180 es la EPS quien asume el pago de la licencia por enfermedad.

Alegó por tanto que se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva, pues estima que no es la entidad llamada restablecer los derechos de la actora, al paso que recalca la improcedencia de la acción de tutela para tramitar este tipo de conflictos, pues la parte actora cuenta con los medios ordinarios de defensa judicial para solicitar el pago del beneficio económico que reclama, con lo que se concluye que su petición no reúne el requisito de subsidiariedad.

Llegado el día de fallo, el juzgado de conocimiento negó la protección reclamada al advertir que la Nueva EPS, dentro del marco normativo que regula el asunto, cumplió con la carga que le correspondía, esto es la remisión oportuna del concepto de rehabilitación y el pago de las incapacidades hasta la data en que cumplió con tal carga.

Respecto a Colpensiones, encontró que, como quiera que la actora no ha presentado ninguna solicitud a esa entidad, no puede señalársele como la vulneradora de sus garantías fundamentales, sin embargo, instó a la actora a radicar la documentación pertinente ante esa entidad y a la AFP atender con prioridad su solicitud, dada el diagnóstico por el cual viene siendo incapacitada.

Inconforme con lo decidido, la actora recurrió mediante escrito de fecha 16 de septiembre de 2020 -folio 2 de la carpeta de impugnación.-

**CONSIDERACIONES**

**PROBLEMA JURÍDICO**

***¿Qué entidad debe asumir el pago de los 180 primeros días de incapacidad médica?***

Antes de entrar a revolver el interrogante formulado, es preciso anotar que el artículo 86 de la Constitución Nacional consagró la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales de las personas cuando resulten amenazados o vulnerados por acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en ciertos casos.

**1.** **EL RECONOCIMIENTO DE LAS INCAPACIDADES LABORALES.**

Se acepta por la jurisprudencia constitucional la procedencia de la acción de tutela para reconocer el pago de incapacidades médicas, cuando quien reclama no cuenta *“con otra fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades básicas y las de sus núcleos familiares, o de personas en situaciones extremas de vulnerabilidad”* -T 177 de 2013-, pues en dichos casos es necesario garantizarle la protección de sus derechos a la salud y al mínimo vital.

Ahora, respecto a los mecanismos ordinarios y administrativos de defensa judicial, la Corte Constitucional, en sentencia T-447 de 2017, señaló:

*“(…) si bien existe un proceso jurisdiccional a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud al cual el actor podría acudir para que le diriman sus pretensiones[[1]](#footnote-1), este es ineficaz para la protección del derecho fundamental al mínimo vital del actor, más aún cuando esta Corte ha reconocido anteriormente que “*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*”[[2]](#footnote-2).*

*En el mismo sentido, a pesar de que el numeral 4 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social[[3]](#footnote-3) disponga que le corresponde a la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, conocer de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala y, en principio, las reclamaciones relativas al reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador deberían ser ventiladas por estas vía ordinaria, las consideraciones precedentes obligan a concluir que en el caso del señor López Cabrera estos no son eficaces ni idóneos.”*

En ese sentido, analizando la normatividad que regula el tema se tiene que, al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, el pago de licencias por enfermedad de origen común le fue asignado a las entidades encargadas de asegurar las contingencias en materia de seguridad social, correspondiéndole al Decreto 1406 de 1999, reglamentario de ésta última disposición, establecer que el empleador es responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a dos días y que las EPS cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180, siempre y cuando el empleador haya efectuado la afiliación del trabajador al SGSS, porque de lo contrario, o en el evento en que se encuentre en mora en las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, el pago de las incapacidades corre por su cuenta.

Ahora, la responsabilidad en el pago de las incapacidades causadas después del día 180, se rige por las disposiciones previstas en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, siendo la jurisprudencia constitucional consistente en señalar que luego del día 181 de incapacidad, es la administradora de pensiones quien asume su pago, hasta tanto se defina su derecho pensional. En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-200-17, elaboró la siguiente tabla, respecto a la responsabilidad de las entidades que integran el SGSS:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Periodo** | **Entidad obligada** | **Fuente normativa** |
| Día 1 a 2 | Empleador | Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013 |
| Día 3 a 180 | EPS | Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013 |
| Día 181 hasta un plazo de 540 días | Fondo de Pensiones | Artículo 52 de la Ley 962 de 2005 |
| Día 541 en adelante | EPS[[4]](#footnote-4) | Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 |

De otro lado, en sentencia T-140 de 2016, la Corte Constitucional, buscando llenar el vacío normativo que se presenta en relación con los afiliados que siendo calificados con un porcentaje de pérdida de capacidad inferior al 50% continúan siendo incapacitados entre el día 180 y el 540, concluyó que “*los pagos por incapacidades superiores a los primeros 180 días deben ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por 360 días adicionales, sin importar que ya se haya realizado la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuando este siga presentando afectaciones a su estado de salud que le impidan trabajar.*”

Más recientemente señaló la misma Corporación en Sentencia T-161-19 que:

*“i.  Entre el día* ***1*** *y* ***2*** *será el empleador el encargado de asumir su desembolso,  según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.*

*ii.  Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número* ***180****, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.*

*iii. Desde el día* ***181*** *y hasta un plazo de* ***540*** *días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.*

*No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que 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**”*.

**2. CASO CONCRETO**

Fuera de cualquier discusión se encuentra la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de incapacidades médicas, toda vez que ha sido consistente la jurisprudencia de la Corte Constitucional en considerar este mecanismo como principal, en atención a que se torna latente la vulneración del derecho fundamental al mínimo vital, en tanto se entiende como única fuente ingresos para los afiliados que no se encuentran en condiciones para laborar por motivos médicos, razón por la que también ha considerado esa Alta Magistratura, la falta de idoneidad y eficacia de los mecanismos ordinarios y administrativos de defensa judicial, para dar pronta solución a esta situación de vulnerabilidad.

En ese sentido entonces, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado y para ello se hace necesario precisar que la actora reclama de la Nueva EPS el pago de las incapacidades generadas desde el momento que remitió el concepto desfavorable de rehabilitación a Copensiones hasta que sea calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda.

De acuerdo con el documento visible a folio 41 de la carpeta contestación de la Nueva EPS, la señora Cardoza fue incapacitada en los siguientes periodos:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Contingencia** | **Inicio** | **Final** | **Días pagados** |
| Enfermedad general | 12-02-2020 | 12-03-2020 | 28 |
| Enfermedad general | 13-03-2020 | 10-04-2020 | 27 |
| Enfermedad general | 15-04-2020 | 14-05-2020 | 30 |
| Enfermedad general | 15-05-2020 | 13-06-2020 | 30 |
| Enfermedad general | 15-06-2020 | 14-07-2020 | 24 |
| Enfermedad general | 15-07-2020 | 13-08-2020 | 0 |
| **Total** |  |  | **139** |

Ahora bien el concepto desfavorable de rehabilitación fue remitido a Colpensiones el 8 de julio de 2020, conforme lo acreditó esa entidad al momento de dar respuesta a la acción -fl 10 de la capeta de Contestación Colpensiones-; lo que indica entonces que si bien la Nueva EPS cumplió con la carga de emitir el referido concepto y remitirlo a la AFP en los términos antes señalados, es decir entre el día 120 y 150 de incapacidad, ello no la releva de cancelar las incapacidades otorgadas con posterioridad a la acreditación de dicha obligación y hasta el día 180, porque ninguna de las disposiciones señaladas con anterioridad dispone cosa diferente, lo que establece el conjunto normativo es que si no profiere y radica el concepto ante la AFP en el lapso establecido, le corresponde el pago del auxilio más allá del día 180 y hasta que proceda de conformidad.

De allí que, equivocada fue la decisión de primer grado al negar la protección reclamada frente a la EPS accionada, pues no la acompaña ningún fundamento jurídico para sustraerse del pago de las licencias por enfermedad, reclamadas por la actora, hasta el día 180 de incapacidad.

De ahí en adelante, la obligación recae sobre Colpensiones, conforme la jurisprudencia y normatividad en cita, entidad que no ha recibido reclamo alguno en ese sentido por parte de la señora Liliana Patricia Cardozo y así lo corrobora el escrito de tutela que se enfila solo contra la Nueva EPS, pues estimó la actora, equivocadamente, que la responsable del pago hasta que fuera valorada por la Junta de Calificación de Invalidez de Risaralda, era la EPS accionada.

Conforme lo analizado, lo que corresponde es revocar el ordinal primero de la sentencia impugnada para en su lugar amparar el derecho fundamental al mínimo vital del cual es titular la señora Liliana Patricia Cardoza y como consecuencia ordenar a la Nueva EPS, a través del Director de Prestaciones Económicas, doctor César Alfonso Grimaldo Duque o quien haga sus veces que, en el término de diez (10) días hábiles, proceda a cancelar a su favor las incapacidades otorgadas a partir del 9 de julio de 2020, hasta que se completen 180 días de incapacidad, respecto a los cuales ya ha cancelado 139 días.

Por lo demás, se mantendrán los ordinales segundo y tercero en los que se insta a la actora a adelantar el trámite pertinente ante Colpensiones y a esta entidad que dé prioridad a dicha solicitud, en atención a la condición de sujeto de especial protección que ostenta la actora debido al diagnóstico que actualmente presenta (carcinoma hepatobiliar estado iv) -fl 12 del escrito de tutela-.

En virtud de lo anterior, la **Sala de Decisión Laboral No 3º del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** el **ORDINAL PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, el día 11 de septiembre de 2020, para en su lugar AMPARAR el derecho fundamental al mínimo vital del cual es titular la señora LILIANA PATRICIA CARDOZA y en consecuencia ORDENAR a la Nueva EPS, a través del Director de Prestaciones Económicas, doctor César Alfonso Grimaldo Duque o quien haga sus veces que, en el término de diez (10) días hábiles, proceda a cancelar a su favor las incapacidades otorgadas a partir del 9 de julio de 2020 y por 41 días, con los cuales se completan 180 días de incapacidad.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la providencia impugnada.

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

**QUINTO: ENVÍESE,** lo más pronto posible, a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Magistrada

1. Desarrollado en la Ley 1122 de 2007, en virtud de la cual se llevaron a cabo algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictaron otras disposiciones, donde se consagró expresamente que la Superintendencia Nacional de Salud además de ejercer su cometido genérico de inspección, vigilancia y control en el sector, tendrá la competencia para ejercer una función jurisdiccional, como lo señala su artículo 41º *“con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política”*. Entonces, en el ejercicio de dicha labor podrá *“conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez”* distintos asuntos, entre ellos: *“b) (el) reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios”* (negrillas y subrayado fuera del texto). Finalmente, dicha disposición agrega que esta autoridad sólo podrá conocer y fallar tales asuntos a petición de parte y, no podrá conocer de ningún caso que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido a un proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal, agregando que el trámite a seguir en este tipo de procedimientos será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-140/16. [↑](#footnote-ref-2)
3. *“Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan”.* [↑](#footnote-ref-3)
4. *La EPS podrá perseguir el pago de dichas incapacidades ante la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.* [↑](#footnote-ref-4)