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 / INCAPACIDADES MÉDICAS / PROCEDENCIA DE LA TUTELA PARA ORDENAR SU PAGO / OBLIGACIÓN DEL EMPLEADOR Y DE CADA ENTIDAD DEL SISTEMA / LA EPS DEBE PAGAR DEL DÍA 3 AL 180 O HASTA CUANDO EMITA EL CONCEPTO DE REHABILITACIÓN.**

Aquí pretende el accionante la defensa de los derechos arriba señalados, presuntamente vulnerados por las entidades accionadas, por la falta de pago de las incapacidades otorgadas, con ocasión al menoscabo de su salud. (…)

… es señalar que si bien la jurisprudencia tiene decantado que, en principio, la acción de tutela carece de idoneidad para reclamaciones de tipo laboral o prestacional…, bien puede considerarse como uno de esos especiales casos en los que la situación se tiene que analizar desde la perspectiva de la vulneración del mínimo vital de una persona que, por causa de una enfermedad general o profesional o un accidente, cae en incapacidades que le deben generar una retribución a cargo de alguna de las entidades del SGSS, pero no se le reconocen. (…)

En ese orden de ideas, es claro que la acción de tutela es procedente en casos como el presente, en el que se evidencia la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable en una persona de especial protección constitucional en razón a la incapacidad para laborar certificada por los galenos tratantes, y quien denuncia conculcadas sus garantías constitucionales, por la falta de ingresos económicos…

… es menester recordar que los primeros 2 días de incapacidad son responsabilidad del empleador; durante los siguientes 180 días, la carga del pago está en cabeza de la EPS; desde el día 181 y al menos hasta el 540, debe asumir esa subvención el fondo de pensiones respectivo, siempre que se le haya hecho saber esa situación por parte de la EPS, y a partir del día 541, regresa la carga a la EPS.

Sobre la condición que acaba de subrayarse la Corte Constitucional enfatiza que: “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”.

 **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

 **SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Pereira, agosto nueve de dos mil veintiuno

Expediente: 66170311000120210023501

Acta: 367 del 9 de agosto de 2021

Sentencia: TSP. ST2-00241-2021

Decide la Sala la impugnación elevada por la **Nueva EPS** contra la sentencia proferida el 1° de julio de 2021, por el Juzgado de Familia de Dosquebradas, en esta acción de tutela formulada por **Félix Antonio Salazar Londoño** frente a la impugnante y **Colpensiones.**

**ANTECEDENTES**

Expuso el demandante, en síntesis, que se encuentra incapacitado de manera continua desde el 6 de junio de 2020 y que los primeros 180 días de incapacidad fueron pagados por la Nueva EPS.

El 3 de noviembre de 2020, la EPS emitió el concepto de rehabilitación favorable, por lo cual, la obligación en el pago de la subvención pasó a Colpensiones, así las cosas, registró en esa entidad las incapacidades pendientes desde el 3 de febrero de 2021.

El 18 de febrero Colpensiones emitió respuesta, informando que no había lugar al reconocimiento de las incapacidades por la causal *“CERTIFICADO DE INCAPACIDAD NO TRANSCRITO POR LA EPS”.*

En abril se volvió a acercar a Colpensiones, pero un asesor le dijo que no le recibía las incapacidades, y en cambio, le entregó una nueva comunicación en la que se estableció que *“CONCEPTO DE REHABILITACIÓN NO REMITIDO POR LA EPS, INCAPACIDADES A SU CARGO ART 142, DCT 019 DE 2012”.*

Entonces, el 23 de abril presentó ante la Nueva EPS una solicitud para el pago de las incapacidades, aportando los documentos que le habían entregado en Colpensiones, frente a lo cual, la EPS informó que había enviado el concepto de rehabilitación a Colpensiones, el 9 de noviembre de 2020.

Se duele porque ya se le han acumulado 5 incapacidades, y en el estado actual de las cosas, desconoce qué entidad realmente es la que debe pagarlas. Agregó que por la falta de ingresos se ha tenido que endeudar.

Pidió, entonces, ordenarle a la Nueva EPS y a Colpensiones definir el reconocimiento de las incapacidades, pagarle las que se le adeudan y las que se generen con posterioridad.[[1]](#footnote-1)

 El despacho de primer grado le dio impulso a la acción, mediante proveído del 19 de mayo de 2021, convocando por pasiva a la Nueva EPS y a varias dependencias de Colpensiones, entre ellas a la Dirección de Medicina Laboral por ser la encargada de *“Adelantar las actividades necesarias para la determinación y pago de los subsidios de incapacidad temporal de acuerdo con los términos de Ley y la normatividad vigente”* (Art. 4.3.2.7. Acuerdo 131 de 2018).[[2]](#footnote-2)

 Colpensiones indicó que la Nueva EPS remitió el concepto de rehabilitación el 23 de abril de 2021, por ello a la administradora de pensiones, solo le correspondería el pago de la prestación, a partir de esa calenda.[[3]](#footnote-3)

 La Nueva EPS informó que le corresponde a Colpensiones el pago de las incapacidades que se generen con posterioridad al día 180 de incapacidad, el cual, en el caso del accionante, se cumplió el 8 de febrero de 2021. Aseguró que le notificó el concepto de rehabilitación del accionante a Colpensiones el 3 de noviembre de 2020.[[4]](#footnote-4)

 Sobrevino la sentencia de primera instancia, en la que se halló acreditado que la Nueva EPS le remitió a Colpensiones el concepto de rehabilitación, el 23 de abril de 2021; en consecuencia, le ordenó a la EPS pagar las incapacidades generadas al actor hasta ese día.[[5]](#footnote-5)

 Impugnó la Nueva EPS, sin nuevos argumentos.[[6]](#footnote-6)

**CONSIDERACIONES**

El constituyente colombiano introdujo desde 1991, en la Carta Política, la acción de tutela, como un mecanismo breve y sumario mediante el cual toda persona puede conseguir de un juez la protección de sus derechos fundamentales, siempre que ellos estén siendo vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad, o de un particular en determinados casos.

Aquí pretende el accionante la defensa de los derechos arriba señalados, presuntamente vulnerados por las entidades accionadas, por la falta de pago de las incapacidades otorgadas, con ocasión al menoscabo de su salud.

En lo que respecta a la procedencia del trámite se tiene lo siguiente:

La legitimación en la causa por activa es clara, pues el demandante se encuentra afiliado al sistema de seguridad social y le solicitó a las accionadas el pago de sus incapacidades; por pasiva también, en el entendido de que están vinculados a este trámite, la Nueva EPS y Colpensiones, que son, la EPS, y el fondo de pensiones del accionante, por lo tanto, tienen a cargo el pago de las incapacidades que se reclaman.

 Con esa claridad, preciso es señalar que si bien la jurisprudencia tiene decantado que, en principio, la acción de tutela carece de idoneidad para reclamaciones de tipo laboral o prestacional, ya que ha sido concebida como un mecanismo residual y subsidiario para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales y procede cuando no existe otro mecanismo de defensa o cuando existiendo el mismo es ineficaz para el goce pleno de los derechos, lo cierto es que este, bien puede considerarse como uno de esos especiales casos en los que la situación se tiene que analizar desde la perspectiva de la vulneración del mínimo vital de una persona que, por causa de una enfermedad general o profesional o un accidente, cae en incapacidades que le deben generar una retribución a cargo de alguna de las entidades del SGSS, pero no se le reconocen.

 Al respecto en la sentencia T-020 de 2018:

Sobre la procedencia del mecanismo de tutela para obtener el pago de incapacidades laborales, en la sentencia T-643 de 2014 se argumentó que:

*“Si bien por regla general las reclamaciones de acreencias laborales deben ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria, ha sostenido esta Corporación que la acción de tutela, de manera excepcional, resultará procedente para reconocer el pago de incapacidades médicas. Esto, en el entendiendo que al no contar el trabajador con otra fuente de ingresos para garantizar su sostenimiento y el de las personas que dependan de él, la negativa de una E.P.S de cancelar las mencionadas incapacidades puede redundar en una vulneración a los derechos al mínimo vital, seguridad social y vida digna, caso en el cual es imperativa la intervención del juez constitucional”.*

Recientemente en la Sentencia T-200 de 2017 se consideró: *“En consecuencia, el pago de incapacidades tiene una estrecha relación con la garantía del derecho al mínimo vital, a la salud y a la vida digna, en los periodos en los cuales la persona no se encuentra en condiciones adecuadas para realizar labores que le permitan obtener un salario. Con estas reglas, la Corte reconoce implícitamente que sin dicha prestación, es difícilmente presumible que se estén garantizando los derechos mencionados”.*

**Ha sido criterio pacífico de esta Corporación la procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de incapacidades laborales, cuando, tal como se expuso, se vean comprometidas las garantías fundamentales del afectado.**

 En ese orden de ideas, es claro que la acción de tutela es procedente en casos como el presente, en el que se evidencia la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable en una persona de especial protección constitucional en razón a la incapacidad para laborar certificada por los galenos tratantes, y quien denuncia conculcadas sus garantías constitucionales, por la falta de ingresos económicos. Máxime si se tiene en cuenta que, para cuando se formuló esta demanda, el accionante ya acumulaba 5 meses seguidos sin recibir su emolumento mensual, lo que, de conformidad con el precedente la Corte Constitucional[[7]](#footnote-7), acogido por esta Sala[[8]](#footnote-8), hace presumir la afectación a su mínimo vital.

 Sigue entonces evaluar, a la luz de la normativa y la jurisprudencia aplicables al caso, si acertó el funcionario de primer grado al conceder el amparo e imponerle el pago de las incapacidades adeudadas hasta el 23 de abril de 2021 a la Nueva EPS, cuando le remitió el concepto de rehabilitación de la accionante a Colpensiones.

 Perfilado así el asunto, es menester recordar que los primeros 2 días de incapacidad son responsabilidad del empleador; durante los siguientes 180 días, la carga del pago está en cabeza de la EPS; desde el día 181 y al menos hasta el 540, debe asumir esa subvención el fondo de pensiones respectivo, siempre que se le haya hecho saber esa situación por parte de la EPS, y a partir del día 541, regresa la carga a la EPS.[[9]](#footnote-9)

Sobre la condición que acaba de subrayarse la Corte Constitucional enfatiza que[[10]](#footnote-10): *“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”.*

Entonces, si bien es cierto que, en principio, la EPS debe hacerse cargo del pago de las incapacidades hasta el día 180, ello depende de que emita y le notifique el concepto de rehabilitación del afiliado a la administradora de pensiones, porque si no, tendrá que garantizar el pago de la prestación hasta que lo haga.

Con lo que acaba de explicarse, fácil se advierte que la razón estuvo de parte del juzgado de primer grado que al hallar acreditado que el concepto de rehabilitación le fue notificado a Colpensiones el 23 de abril de 2021[[11]](#footnote-11), le impuso a la Nueva EPS pagarle al actor las incapacidades hasta cuando realmente cumplió con su obligación legal. Máxime porque si bien la EPS mencionó que le había notificado ese documento a la administradora de pensiones el 3 de noviembre de 2020, lo cierto es que omitió probar tal circunstancia.

 En suma, se confirmará el fallo impugnado. Por lo pronto es improcedente ordenar el reconocimiento de las incapacidades que se generen en un futuro, habida cuenta de que es inexistente alguna omisión por parte de Colpensiones, que es la entidad encargada en este momento del pago de la subvención, desde 23 de abril de 2021, hasta que el accionante complete 540 de incapacidad continua, si es que el los facultativos así lo siguen determinando.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la **Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia impugnada.

Notifíquese la decisión a las partes en la forma prevista en el artículo 5o. del Decreto 306 de 1992 y remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Los Magistrados,

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

 **CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

 **DUBERNEY GRISALES HERRERA**

1. Documento 01., C. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Documento 02., C. 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Documento 05., C. 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Documento 06., C. 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Documento 07., C. 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Documento 10., C. 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencias: T-523 de 2020, T-161 de 2019, T-649-2013, T-984 de 2012 y T-602 de 2007 [↑](#footnote-ref-7)
8. TSP.T2-21-00023-01 Sentencia del 04 de agosto de 2021. M.P. Duberney Grisales Herrera. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sentencia T-161/19 [↑](#footnote-ref-9)
10. Ídem. [↑](#footnote-ref-10)
11. Pág. 8, Documento 05., C. 1. [↑](#footnote-ref-11)