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.

Radicado No: 66001-31- 05-001-2021-00333-01

Proceso: Acción de tutela (Impugnación)

Accionante: Hermilsan Díaz Motta

Accionados: Colpensiones y Medimás EPS

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Ana Lucia Caicedo Calderón

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / INCAPACIDADES MÉDICAS / LAS QUE SUPERAN LOS 180 DÍAS SON DE CARGO DE LOS FONDOS DE PENSIONES / REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD / INMEDIATEZ / SUBSIDIARIEDAD.**

La Corte Constitucional, en varias sentencias, entre ellas la T-401-17 y T-020/18, ha determinado: “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”. (…)

La Corte Constitucional ha sostenido en varias sentencias, entre ellas la T-461-19 que: “Si bien es cierto que la acción de tutela no está sometida a un término de caducidad, sí debe ser interpuesta en un plazo razonable y proporcionado a partir del hecho generador de la vulneración” …

… la Corte Constitucional en varias sentencias, entre ellas la T-268-20, ha reiterado el análisis que se debe hacer respecto al principio de subsidiariedad cuando se reclama el pago de incapacidades médicas, así: “En síntesis, la Corte Constitucional ha reconocido que la interposición de acciones de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales es procedente, aun cuando no se han agotado los medios ordinarios de defensa, cuando de la satisfacción de tal pretensión dependa la garantía del derecho fundamental al mínimo vital.(…) De esta manera, no basta con la existencia de medios de defensa judiciales para establecer la improcedencia de la acción de tutela, sino que debe determinarse si los mismos son idóneos y eficaces”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: **Ana Lucia Caicedo Calderón**

Pereira, veintidós (22) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Procede la judicatura a resolver la impugnación propuesta contra la sentencia proferida el día 20 de septiembre de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por **Hermilsan Díaz Motta**, en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES** y **MEDIMAS EPS**, a través de la cual se pretende que se ampare sus derechos fundamentales a la salud, dignidad humana, seguridad social, integridad física y moral y mínimo vital. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. **DEMANDA DE TUTELA.**

El demandante solicita que se tutelen sus derechos fundamentales a la salud, dignidad humana, seguridad social, integridad física y moral y mínimo vital y en consecuencia que se ordene a COLPENSIONES y MEDIMAS EPS el pago de las incapacidades causadas desde el 25 de enero de 2020 hasta febrero de 2021.

Para fundar dicha pretensión manifiesta que en la actualidad padece múltiples deficiencias que han sido determinadas por diferentes médicos especialistas, enfermedades crónicas que requieren tratamiento continuo y permanente.

Añade que desde el 25 de enero de 2020 y hasta el 24 febrero del año 2021, le fueron prescritas incapacidades temporales, sin embargo, ni COLPENSIONES ni la EPS MEDIMAS, han realizado pago alguno por este concepto.

Asimismo, manifiesta que el 30 de julio del presente año, radicó ante las accionadas EPS MEDIMAS y COLPENSIONES solicitud para el pago de las incapacidades, la cual hasta la fecha no se ha hecho efectiva por ninguna de las partes.

Por otra parte, aduce que los gastos para el tratamiento médico debe asumirlos por su propia cuenta, con la caridad de su familia, lo que implica que cada mes debe pedirles ayuda para su desplazamiento y alojamiento en otra ciudad con el fin de tener el tratamiento completo.

1. **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la acción de tutela y en consecuencia solicitó declarar improcedente la acción de tutela.

Para fundamentar su solicitud, aduce que después de revisar el histórico de trámites del accionante, no se evidencia que el señor Hermilsan Díaz Motta hubiese radicado solicitud sobre el reconocimiento y pago por subsidio de incapacidad médica temporal con el lleno de los requisitos.

Añade que lo anterior es fundamental para poder determinar qué incapacidades superan el día 181, los extremos temporales, y si existe interrupción mayor a 30 días o cambio de diagnóstico.

En este orden de ideas, manifiesta que no ha podido adelantar el estudio para determinar el posible derecho que le asista frente a lo solicitado

Por su parte, **MEDIMAS EPS** solicitó declarar la existencia de cosa juzgada constitucional y/o temeridad respecto al pago de incapacidades de 28 de enero a 18 de julio de 2020 por cuanto el pago ya fue objeto de debate en acción constitucional anterior.

Añadió que las pretensiones del accionante se encuentran encaminadas al pago de incapacidades posteriores a los 180 días, las cuales corresponden a la AFP, por lo cual afirma que existe una FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA.

Asimismo, señaló que en el presente caso no se cumple con el principio de inmediatez al estar solicitándose el pago de incapacidades de 25 de enero 2020 a febrero de 2021 las cuales tienen más de un año por lo cual no se encuentra probada la afectación al mínimo vital.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La a quo declaró cumplido el requisito de inmediatez; para ello acudió a la sentencia T-345 de 2009 de la Corte Constitucional, según la cual, “*no es exigible de manera estricta el principio de inmediatez en la interposición de la tutela (i) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual.”*

Sin embargo, declaró parcialmente improcedente la tutela interpuesta por el señor Hermilsan Diaz Motta frente a las incapacidades prescritas entre el 20 de enero de 2020 y el 18 de julio de 2020 por existir cosa juzgada constitucional

Lo anterior, puesto que en sentencia del 3 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Pereira se dispuso la protección a los derechos fundamentales del señor Hermilsan Diaz y el correspondiente reconocimiento y pago de las incapacidades generadas entre el 27 de enero de 2020 y el 18 de julio de 2020 a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones

Frente a la solicitud de temeridad solicitada por MEDIMAS EPS, señaló que el actor radicó su acción de tutela obrando en nombre propio, sin tener conocimientos profesionales o técnicos en el área del derecho y, como lo estima la Corte “por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho”, al tenerse en cuenta que el actor en los hechos de la solicitud, indicó que su familia es quien costea los gastos para su tratamiento, pues no puede laborar dadas las enfermedades que padece.

Por otra parte, tuteló el derecho fundamental a la salud, dignidad humana, seguridad social e integridad física y moral y mínimo vital del señor HERMILSAN DIAZ MOTTA, frente a las demás incapacidades generadas del 18 de julio de 2020 al 24 de febrero de 2021 y en consecuencia ordenó a COLPENSIONES proceder a cancelar en favor del señor HERMILSAN DIAZ MOTTA, las incapacidades médicas otorgadas entre el 18 de julio de 2020 y el 24 de febrero de 2021.

Para sustentar lo anterior, señaló que no es de recibo el argumento de COLPENSIONES, donde aduce que al emitirse concepto de rehabilitación desfavorable, únicamente las AFP tienen la obligación de proceder con la calificación de la pérdida de capacidad laboral, pues la jurisprudencia constitucional (T-920 de 2009) ha señalado lo contrario: *“(…)las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%”.*

En este orden de ideas, la juzgadora de primera instancia no encontró ninguna razón justificable por parte COLPENSIONES para sustraerse de la obligación de realizar el pago de las incapacidades generadas entre el 19 de julio de 2020 al 24 de febrero de 2021, para un total de 176 días, los cuales -señaló- se encuentran dentro del período a partir del día 181 a 540.

1. **IMPUGNACIÓN**

COLPENSIONES impugnó la sentencia de primera instancia y en consecuencia solicita que se revoque la misma.

Para sustentar lo anterior, aduce que después de revisar las bases de datos y aplicativos con los cuales cuenta (COLPENSIONES), no evidenció alguna petición por parte del accionante solicitando el reconocimiento de subsidio por incapacidad. En el mismo sentido, agrega que no existe en el expediente prueba alguna que permita concluir que el accionante solicitó el reconocimiento de subsidio por incapacidad.

Añade que cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación, COLPENSIONES solo está obligado a realizar el dictamen de pérdida de capacidad laboral y NO está conminado a pagar las incapacidades que se causen desde el día 181 hasta el día de la calificación de pérdida de capacidad laboral.

**5. CONSIDERACIONES**

* 1. **Problema jurídico para resolver**

Establecer si COLPENSIONES vulneró los derechos fundamentales a la salud, dignidad humana, seguridad social, integridad física y moral y mínimo vital de Hermilsan Díaz Motta, al negarse a pagar incapacidades médicas so pretexto de que existe concepto DESFAVORABLE de rehabilitación.

* 1. **Pago de incapacidad laboral superior a 180 días.**

La Corte Constitucional, en varias sentencias, entre ellas la T-401-17 y T-020/18, ha determinado: *“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”.*

* 1. **Presupuestos Generales de procedencia.**

**5.3.1. Inmediatez.** La Corte Constitucional ha sostenido en varias sentencias, entre ellas la T-461-19 que: “*Si bien es cierto que la acción de tutela no está sometida a un término de caducidad, sí debe ser interpuesta en un plazo razonable y proporcionado a partir del hecho generador de la vulneración”*. En el caso objeto de estudio, el accionante, por medio de documento fechado el 29 de julio de 2021, allegado a COLPENSIONES y a MEDIMAS el 30 de julio de 2021 como consta en el expediente, reclamó el pago de las incapacidades generadas desde el 25 de enero de 2020 hasta el 24 febrero del año 2021. De lo anterior se advierte que ha pasado aproximadamente 2 meses desde la reclamación, lo cual nos lleva a concluir que la tutela fue interpuesta en un término razonable, cumpliéndose entonces el requisito de inmediatez

 **5.2.2. Subsidiariedad**. Sobre el particular, la Corte Constitucional en varias sentencias, entre ellas la T-268-20, ha reiterado el análisis que se debe hacer respecto al principio de subsidiariedad cuando se reclama el pago de incapacidades médicas, así: *“En síntesis, la Corte Constitucional ha reconocido que la interposición de acciones de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales es procedente, aun cuando no se han agotado los medios ordinarios de defensa, cuando de la satisfacción de tal pretensión dependa la garantía del derecho fundamental al mínimo vital.(…) De esta manera, no basta con la existencia de medios de defensa judiciales para establecer la improcedencia de la acción de tutela, sino que debe determinarse si los mismos son idóneos y eficaces”.* Consta en el plenario el documento por medio del cual el accionante reclama a COLPENSIONES y a MEDIMÁS EPS las incapacidades del 25 de enero de 2020 hasta el 24 febrero del año 2021, cumpliendo con la obligación de reclamar por vía ordinaria antes de acudir a una vía extraordinaria. Asimismo, se acredita que el accionante tiene 74 años, varias enfermedades, entre ellas diabetes mellitus e hipertensión arterial, y narra en los hechos de tutela que depende de sus familiares para su subsistencia económica, lo cual lo hace sujeto de especial protección constitucional. En este orden de ideas, se cumple con el requisito de subsidiariedad

 **5.3. Caso concreto**

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se acude a la vía de tutela con el propósito de que se proteja los derechos fundamentales a la salud, dignidad humana, seguridad social, integridad física y moral y mínimo vital de Hermilsan Díaz Motta, alegando su vulneración por parte COLPENSIONES y MEDIMAS EPS, bajo el supuesto que las accionadas no le han pagado las incapacidades médicas causadas desde el 25 de enero de 2020 hasta febrero de 2021.

En contra posición, COLPENSIONES, en síntesis, señaló que el señor Hermilsan Díaz Motta no ha radicado solicitud sobre el reconocimiento y pago por subsidio de incapacidad médica temporal con el lleno de los requisitos y en consecuencia solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela.

Por su parte, MEDIMAS EPS, en síntesis, solicitó declarar la existencia de cosa juzgada constitucional y/o temeridad respecto al pago de incapacidades del 28 de enero al 18 de julio de 2020 aduciendo que el pago ya fue objeto de debate en acción constitucional anterior. Asimismo, solicitó declarar la falta de legitimación por pasiva puesto que las pretensiones del accionante se encuentran encaminadas al pago de incapacidades posteriores a los 180 días, el cual corresponde a la AFP.

La Jueza de primera instancia, por una parte, declaró parcialmente improcedente la tutela interpuesta por el señor Hermilsan Diaz Motta frente a las incapacidades prescritas entre el 20 de enero de 2020 y el 18 de julio de 2020 por existir cosa juzgada constitucional. Por otra parte, ordenó a COLPENSIONES cancelar en favor del señor Hermilsan Diaz Motta las incapacidades médicas otorgadas entre el 18 de julio de 2020 y el 24 de febrero de 2021, al considerar que, cuando se emite concepto desfavorable de rehabilitación, le corresponde a la AFP el pago de las incapacidades causadas a partir del día 181 de incapacidad hasta el día en que se emita el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

COLPENSIONES impugnó la sentencia de primera instancia argumentando, en síntesis, que las AFP No están obligadas a pagar las incapacidades posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Asimismo que la tutela no cumple el requisito de subsidiaridad porque el actor no allegó ante esa entidad solicitud de pago de incapacidades con el lleno de requisitos legales.

Pues bien, para desatar el meollo del litigio, empecemos por decir que el parágrafo 1 del art. 1 del decreto 2943 de 2013 establece que los dos primeros días de las incapacidades de origen común serán pagados por el empleador. El artículo 41 de la ley 100 de 1993 establece que las incapacidades de origen común serán pagadas por la EPS desde el día 3 al 180, y desde el día 181 al 540 por la AFP.

Ahora, teniendo en cuenta lo dispuesto Decreto 1333 del 27 de julio de 2018 en el artículo 2.2.3.3.1, la obligación del pago de las incapacidades (de origen común) a partir del día 541 recae en la EPS siempre y cuando exista concepto favorable de rehabilitación. Por el contrario, si existe concepto desfavorable de rehabilitación, la obligación de pago de las incapacidades que sobrepasa los 540 días recae en la AFP.

 Revisado el acervo probatorio, se evidencia que, mediante sentencia del 03 de septiembre de 2020, el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Pereira condenó a COLPENSIONES[[1]](#footnote-1), a favor del accionante, al pago de las incapacidades generadas del 20 de enero de 2020 al 18 de julio de 2020, razón por la cual existe cosa juzgada constitucional respecto a las incapacidades generadas en ese límite temporal como lo indicó lo declaró la juzgadora de primera instancia.

Ahora bien, con respecto a las incapacidades causadas desde el 19 de julio de 2020 al 24 de febrero de 2021 no existe cosa juzgada constitucional, como quiera que no hicieron parte de los hitos temporales establecidos en la sentencia de tutela del 03 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Pereira.

Por otra parte, mediante certificado de incapacidades allegado por MEDIMAS EPS[[2]](#footnote-2), se acredita que el accionante está afiliado a MEDIMÁS EPS, la enfermedad causante de las incapacidades del accionante es de origen común y MEDIMAS EPS pagó al accionante las incapacidades causadas desde el tercer día de incapacidad hasta el día 180 de incapacidad, tal como el mismo actor lo confesó en la demanda de tutela. De esta prueba también se infiere que las incapacidades objeto de estudio en el amparo constitucional (19 de julio de 2020 al 24 de febrero de 2021) son posteriores al día 181 de incapacidad del accionante e incluso sobrepasan los 540 días de incapacidad. Igualmente, la EPS MEDIMÁS, mediante dictamen DML 3716023 del 18 de noviembre de 2020, emitió concepto **desfavorable** de rehabilitación del señor Hermilsan Diaz Motta.

Así mismo está demostrado que el accionante está afiliado a la AFP COLPENSIONES, tal como se evidencia en la pág. 25 de la contestación de dicha AFP.

COLPENSIONES, en su escrito de impugnación, arguye que en virtud del art. 142 del Decreto Ley 019 de 2012 solo tiene la obligación de pagar las incapacidades generadas a partir del día 181 cuando se emita concepto favorable de rehabilitación y que, en el presente caso, por haberse emitido concepto desfavorable de rehabilitación, no tiene la obligación de pagar dichas incapacidades.

Para resolver este punto de impugnación, es necesario traer a colación una regla en el pago de las incapacidades por enfermedad común reiterada, entre otras, en las sentencias T-401 de 2017 y T-020 de 2018: *“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”.*

En este sentido, es claro que COLPENSIONES tiene la obligación de cancelarle al accionante las incapacidades que se causen desde el día 181 de incapacidad hasta el día 540 porque indistintamente de si existe concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, las AFPs tienen la obligación de cancelarle al afiliado las incapacidades generadas a partir del día 181 de incapacidad hasta el día 540.

Ahora, como ya se dijo, si existe concepto desfavorable de rehabilitación, la obligación de pago de las incapacidades que sobrepasa los 540 días recae en la AFP (Decreto 1333 del 27 de julio de 2018 en el artículo 2.2.3.3.1). En el caso concreto, existen incapacidades que sobrepasan los 540 días, tal y como se acredita en el certificado de incapacidades allegado por MEDIMAS EPS, razón por la cual la AFP COLPENSIONES también está obligada a pagar las incapacidades posteriores a los 540 días.

En este sentido, COLPENSIONES, al rehusarse al pago de las incapacidades, vulnera el mínimo vital, salud, integridad física y moral y dignidad humana del accionante, puesto que el pago de incapacidades son acreencias laborales que tienen como objetivo suplir el salario del trabajador.

Cabe aclarar, que la sentencia de primera instancia, en su numeral tercero, ordenó a COLPENSIONES pagar las incapacidades causadas desde **el 18 de julio de 2020** al 24 de febrero de 2021. No obstante, **la incapacidad del día 18 de julio** ya fue objeto de protección constitucional en la sentencia del 03 de septiembre de 2020[[3]](#footnote-3), proferida por el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Función de Conocimiento, razón por la cual esta Sala modificará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a COLPENSIONES que reconozca y cancele, previa la acreditación correspondiente por parte del actor, las incapacidades causadas **A PARTIR DEL 19 DE JULIO DE 2020,** y/o las incapacidades médicas posteriores al día 540 hasta el momento en que reciba la pensión de invalidez. Así mismo se instará al demandante para que, si no lo ha hecho, acredite ante COLPENSIONES las incapacidades generadas con posterioridad a las pedidas en esta acción de tutela para que la entidad las reconozca y pague, si a ello hubiere lugar.

En lo demás 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****: MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia de primera instancia proferida por el **JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE PEREIRA,** el 20 de septiembre de 2021, en el sentido de ordenar a COLPENSIONES el pago de las incapacidades causadas **A PARTIR DEL 19 DE JULIO DE 2020** hasta el 24 de febrero de 2021, inclusive, por la razón explicada en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** al fallo de primera instancia en el siguiente sentido:

2.1. **ORDENAR** a COLPENSIONES que reconozca y cancele, previa la acreditación correspondiente por parte del actor, las incapacidades causadas **A PARTIR DEL 19 DE JULIO DE 2020,** y/o las incapacidades médicas posteriores al día 540 hasta el momento en que reciba la pensión de invalidez.

2.2. **INSTAR** al señor Hermilsan Díaz (accionante) para que, si no lo ha hecho, acredite ante COLPENSIONES las incapacidades generadas con posterioridad a las pedidas en esta acción de tutela para que la entidad las reconozca y pague, si a ello hubiere lugar.

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia de primera instancia proferida por el **JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE PEREIRA**, el 20 de septiembre de 2021, por las razones explicadas en la parte motiva de esta sentencia.

**CUARTO:** Notifíquese la decisión a las partes por el medio más eficaz.

**QUINTO:** 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 GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

1. Se dijo en esa oportunidad en la sentencia del 03 de septiembre de 2020, el Juzgado Sexto Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Pereira: *ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a través de la doctora Andrea Marcela Rincón Caicedo, Directora de Prestaciones Económicas de la entidad, o quien haga sus veces-, que en el término máximo de quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo han hecho, adelante los trámites administrativos tenientes al reconocimiento y pago de las incapacidades adeudadas al señor DÍAZ MOTTA y generadas entre el 27 de enero de 2020 y el 18 de julio de 2020.”* [↑](#footnote-ref-1)
2. Cuadernillo de primera instancia, documento N°.006, Folio 14 [↑](#footnote-ref-2)
3. Cuadernillo de primera instancia, documento N°. 008, Folio 190 [↑](#footnote-ref-3)