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

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / PAGO DE INCAPACIDADES MÉDICAS / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA / DISTRIBUCIÓN DEL PAGO SEGÚN EL NÚMERO DE DÍAS / INCIDENCIA DEL CONCEPTO DE REHABILITACIÓN.**

… pretende la accionante la defensa de los derechos arriba señalados, presuntamente vulnerados por Colpensiones, que se muestra renuente a pagar las incapacidades que su médico le ha expedido.

… en lo que se refiere a la subsidiariedad, debe señalarse que, si bien la jurisprudencia tiene decantado que, en principio, la acción de tutela caracterizada por ser subsidiaria, es improcedente para reclamaciones de tipo laboral o prestacional, lo cierto es que este puede considerarse como uno de esos especiales casos en los que, debido a la manifiesta vulnerabilidad que exhibe la solicitante…, se colige el riesgo que se cierne sobre su mínimo vital, tornándose ineficaz cualquier otro medio judicial para la defensa de sus intereses.

… debe recordarse 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, mayo seis de dos mil veintidós

Expediente: 66001311000420220001702

Acta: 178 del 6 de mayo de 2022

Sentencia: ST2-0117-2022

Decide la Sala la impugnación elevada por **Colpensiones** contra la sentencia proferida el 18 de marzo de 2021, por el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira, en esta acción de tutela formulada por **María Orfanery Torres** frente a la impugnante y a la que fue vinculada **Salud Total EPS.**

**1. ANTECEDENTES**

1.1. Expuso la demandante que, debido a múltiples patologías que padece, se le vienen expidiendo incapacidades continuas desde enero de 2020, las cuales fueron pagadas por Salud Total EPS hasta cuando se cumplieron 180 días de incapacidad, el 15 de julio de 2020.

Por ello, el 27 de agosto de 2021, radicó ante Colpensiones todos los documentos para el pago de la subvención, pero al 17 de enero de 2022, no había recibido ninguna respuesta.

Pidió, entonces, ordenarle a Colpensiones pagar las incapacidades generadas desde el 15 de julio de 2020, hasta que se complete el día 540 de incapacidad.[[1]](#footnote-1)

1.2. El despacho de primer grado le dio impulso a la acción con auto del 18 de enero de 2022.[[2]](#footnote-2)

1.3. Compareció Colpensiones, para informar que, con comunicación del 29 de diciembre de 2021, se le informó a la accionante que *“(…) no es procedente el reconocimiento de las incapacidades requeridas, por cuanto la solicitud se encuentra soportada en Concepto de Rehabilitación, CRE, de pronóstico DESFAVORABLE”;* invocó el carácter subsidiario de la acción de tutela y pidió declarar improcedente la demanda.[[3]](#footnote-3)

1.4. Sobrevino en una primera oportunidad la sentencia de primera instancia[[4]](#footnote-4), pero fue anulada en esta sede, toda vez que se había omitido la vinculación de Salud Total EPS, a pesar de que Colpensiones había informado que esa entidad sería la encargada del pago de la subvención con posterioridad al día 540 de incapacidad continua, y también se había olvidado la citación de la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones que tiene la específica función 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 de Colpensiones)[[5]](#footnote-5).

1.5. Esas dependencias fueron vinculadas con auto del 8 de marzo de 2022.[[6]](#footnote-6)

1.6. Salud Total EPS dijo que los periodos reclamados son superiores a 180 días y, en consecuencia, están a cargo del Fondo de Pensiones; en esos términos adujo su falta de legitimación en la causa por pasiva.

También expuso que le pagó a la actora la subvención hasta el 30 de agosto de 2020, y que, desde el 31 de agosto de ese año, la prestación está a cargo de Colpensiones. También informó que el 7 de diciembre de 2020 se emitió el concepto de rehabilitación de la actora, el cual le fue notificado a Colpensiones, y que el 28 de mayo de 2021, se actualizó el concepto de rehabilitación, el que también se le comunicó a la administradora de pensiones. [[7]](#footnote-7)

1.7. Nuevamente vino Colpensiones, planteando que *“La solicitud de amparo debe ser negada pues esta administradora no ha vulnerado derecho fundamental alguno, pues una vez revisado el sistema de información de esta administradora, la Entidad Promotora de Salud – SALUD TOTAL EPS, NO ha remitido el Concepto Médico de Rehabilitación (CRE), por lo que de ser el caso es la EPS la entidad encargada del pago de incapacidades posteriores al día 180.” [[8]](#footnote-8)*

1.8. Se profirió sentencia de primera instancia, en la que se le ordenó a Colpensiones resolver la petición de la actora tendiente al pago de las incapacidades generadas desde el día 181, y también pagarle las incapacidades otorgadas desde el día 181, esto es desde el 16 de julio de 2020, hasta el día 540 de incapacidad.[[9]](#footnote-9)

1.9. Impugnó Colpensiones y recalcó los argumentos de su contestación.[[10]](#footnote-10)

1.10. También aparece un escrito de Colpensiones informando que, mediante oficio del 14 de febrero de 2022, le comunicó a la accionante que reconoció el pago de incapacidades generadas desde el 26 de octubre de 2020 al 10 de julio de 2021, por valor de $6.545.046,00.[[11]](#footnote-11)

1.11. A esta sede la entidad allegó otro memorial informando que, con comunicado del 18 de marzo de 2022, se acató de manera integral la orden que se impartió en primera instancia.[[12]](#footnote-12)

**2. CONSIDERACIONES**

2.1. 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 la accionante la defensa de los derechos arriba señalados, presuntamente vulnerados por Colpensiones, que se muestra renuente a pagar las incapacidades que su médico le ha expedido.

2.2. De entrada, la Sala descarta temeridad por parte de la accionante, con ocasión otras acciones de tutela que ha formulado en el pasado, dado que aquellas buscaban el pago de incapacidades anteriores a las que ahora se reclaman, allá se buscaba el pago de incapacidades de 2018 y 2019.[[13]](#footnote-13)

2.3. Ahora bien, en lo que respecta a la procedencia de la acción de tutela se tiene lo siguiente:

La legitimación en la causa por activa es clara, pues la demandante se encuentra afiliada a Colpensiones y solicitó el pago de sus incapacidades; por pasiva también, en el entendido de que están vinculados al trámite Salud Total EPS y Colpensiones, que tienen a cargo el pago de las incapacidades que se le expidan a aquella.

Es importante reiterar que, por parte de Colpensiones, la única dependencia encargada de atender los reclamos de la actora, es la Dirección de Medicina Laboral, a quien con acierto se le dirigió la orden en primera instancia, pues según el artículo 4.3.2.7. del Acuerdo 131, le compete *“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”.*

La inmediatez también se supera porque la solicitud para el pago de incapacidades fue radicada el 30 de agosto de 2021[[14]](#footnote-14), y al no obtenerse respuesta durante poco más de cuatro meses, se formuló esta demanda el 17 de enero de 2022[[15]](#footnote-15), esto es dentro, dentro de un periodo razonable.

Y en lo que se refiere a la subsidiariedad, debe señalarse que, si bien la jurisprudencia tiene decantado que, en principio, la acción de tutela caracterizada por ser subsidiaria, es improcedente para reclamaciones de tipo laboral o prestacional, lo cierto es que este puede considerarse como uno de esos especiales casos en los que, debido a la manifiesta vulnerabilidad que exhibe la solicitante, quien viene incapacitada de manera continua desde enero de 2020, sin recibir el pago de las incapacidades desde septiembre de ese mismo año, se colige el riesgo que se cierne sobre su mínimo vital, tornándose ineficaz cualquier otro medio judicial para la defensa de sus intereses.

 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.**

 2.4. Sigue entonces evaluar, a la luz de la normativa y la jurisprudencia aplicables al caso, si acertó la funcionaria de primer grado al conceder el amparo, e imponerle a Colpensiones el pago de las incapacidades adeudadas, y de las que se generen hasta el día 540, o si como alega la administradora de pensiones, la carga debe imponérsele a Salud Total EPS que no remitió el concepto de rehabilitación oportunamente.

 Perfilado así el asunto, debe recordarse 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.[[16]](#footnote-16)

Sobre la condición que acaba de subrayarse la Corte Constitucional enfatiza que[[17]](#footnote-17): *“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”.* (Se destaca).

2.5. En el caso concreto se tiene lo siguiente:

(i) La accionante está incapacitada de manera continua desde el 24 de enero de 2020, y para marzo del presente año se le siguen extendiendo incapacidades.[[18]](#footnote-18)

(ii) Salud Total EPS, le pagó la subvención hasta el día 195 de incapacidad continua, que fue el 14 de septiembre de 2020.[[19]](#footnote-19)

(iii) Salud Total EPS, remitió el concepto de rehabilitación de la accionante a Colpensiones el 14 de enero de 2021.[[20]](#footnote-20)

(iv) Aparecen sendas comunicaciones de Colpensiones dirigidas a la actora en la que le informan que, ha sido reconocido en su favor, por concepto de incapacidades, el valor de $6.545.046,00, correspondientes a 217 días[[21]](#footnote-21), y otro por $2.194.508,00 correspondientes a 75 días, por incapacidades comprendidas entre el 31 de agosto de 2020 al 10 de julio de 2021[[22]](#footnote-22). En relación con el primer valor, hay un certificado de tesorería que da cuenta sobre su consignación en la cuenta bancaria de la accionante[[23]](#footnote-23), pero respecto del segundo no hay constancia de depósito.

Así las cosas, y comoquiera que aquí se reclama el pago de las incapacidades correspondientes al periodo de 360 días, que va desde el día 180 hasta el día 540 de incapacidad, lo que debió ordenarse en primera instancia, fue que Salud Total EPS siguiera pagando la subvención hasta el 14 de enero de 2021, aun cuando para ese momento ya se habían excedido los 180 días, porque solo hasta esa fecha remitió a Colpensiones el concepto de rehabilitación de la actora; y a la administradora de pensiones, debió ordenársele hacerse cargo de la prestación, hasta que se completaran los 540 días de incapacidad continua.

 Ahora bien, como Colpensiones acreditó el pago de algunas incapacidades que, en parte, le correspondían a Salud Total EPS, como las correspondientes a los periodos del 26-10-20 al 9-11-20, y del 21-12-20 al 19-01-21, ambas entidades, de manera coordinada, deberán acatar lo que acá se les ordenará, sin incurrir en un doble pago por el mismo concepto en favor de la accionante. Y en todo caso, el recobro de las sumas que hubiera pagado Colpensiones, y que realmente le hubieran correspondido a Salud Total EPS, es un asunto que desborda la órbita del juez constitucional, que debe ser solucionado interadministrativamente por las entidades aquí involucradas.

 En suma, se confirmará parcialmente la sentencia impugnada, porque si bien era menester proteger el derecho fundamental al mínimo vital de la señora María Orfanery Torres, debió distribuirse el pago de las incapacidades, de la manera como se señaló en precedencia, y en cualquier caso, en lo que respecta a Colpensiones, la orden debió dirigirse contra la Dirección de Medicina Laboral.

 Por otra parte, y comoquiera que es visible en el expediente que a la demandante le ha tocado recurrir en varias oportunidades a la acción de tutela para obtener el pago de sus incapacidades, por la renuencia de las encausadas, y en su historial se advierte que se le siguen expidiendo incapacidades de manera ininterrumpida, se le ordenará a Salud Total EPS, pagarle las que se le generen, con posterioridad al día 540 de incapacidad continua, teniendo en cuenta lo reglado en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015. En esos términos se adicionará el fallo.

 Se revocará el numeral segundo, mediante el cual se exoneró a Salud Total EPS.

 No habrá lugar a declarar la carencia actual de objeto con ocasión de los pagos anunciados por Colpensiones, porque si bien se acreditó el pago de $6.545.046,00, ello solo corresponde a 217 días de incapacidad, según explicó la misma entidad, es decir, aún no se han cubierto los 360 días que se amparan en este trámite.

**3. 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 PARCIALMENTE** la sentencia impugnada.

Se **MODIFICA** el numeral segundo que quedará así:

*Se les* ***ORDENA*** *a* ***Salud Total EPS****, por medio de su representante legal, pagar las incapacidades que se expidieron a la accionante, hasta el 14 de enero de 2021, y a la* ***Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones****, pagar la prestación desde el 15 de enero de 2021, hasta que se completen los 540 días de incapacidad continua.*

*Y comoquiera que Colpensiones acreditó el pago de algunas incapacidades que, en parte, le correspondían a Salud Total EPS, ambas entidades, de manera coordinada, deberán acatar lo que acá se ordena, sin incurrir en un doble pago por el mismo concepto en favor de la accionante.*

Se **ADICIONA** el fallo para ordenarle a **Salud Total EPS**, por medio de su representante legal, pagarle a la actora las incapacidades que se le generen, con posterioridad al día 540 de incapacidad continua.

Se **REVOCA** el numeral tercero.

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 03., C. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Documento 05., C. 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Documento 07., C. 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Documento 08., C. 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Documento 08., C. 2. [↑](#footnote-ref-5)
6. Documento 22., C. 1. [↑](#footnote-ref-6)
7. Documento 24., C. 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. Documento 25., C. 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. Documento 26., C. 1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Documento 28., C. 1. [↑](#footnote-ref-10)
11. Documento 16., C. 1. [↑](#footnote-ref-11)
12. Documento 06., C. 2. [↑](#footnote-ref-12)
13. Pág. 3, Documento 26., C. 1. [↑](#footnote-ref-13)
14. Así lo confirmó Colpensiones en su contestación, Pág. 3, Documento 07., C. 1. [↑](#footnote-ref-14)
15. Documento 02., C. 1. [↑](#footnote-ref-15)
16. Sentencia T-161/19 [↑](#footnote-ref-16)
17. Ídem. [↑](#footnote-ref-17)
18. El historial de incapacidades se encuentra resumido en la contestación que aportó Salud Total EPS, Pág. 4, Documento 24. C. 1. [↑](#footnote-ref-18)
19. Pág. 4, Documento 24. C. 1. [↑](#footnote-ref-19)
20. Págs. 14 a 17, Documento 24. C. 1. [↑](#footnote-ref-20)
21. Documento 16. C. 1. [↑](#footnote-ref-21)
22. Documento 9. C. 2. [↑](#footnote-ref-22)
23. Documento 8. C. 2. [↑](#footnote-ref-23)