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 / PROCEDENCIA DE LA TUTELA / PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ / DISTRIBUCIÓN DE SU PAGO ENTRE LAS DIFERENTES ENTIDADES DEL SISTEMA.**

Este mecanismo de protección es de carácter residual y subsidiario porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ese entendido, nuestra Corte Constitucional estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

En reiteradas consideraciones la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, ha llegado a la conclusión de 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…

Los incisos quinto y sexto del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 (modificado por art. 142 Decreto 19 de 2012), establecen que cuando exista concepto favorable de recuperación del afiliado, es decir, cuando se entienda que la incapacidad es de carácter temporal, los pagos por incapacidades de origen común que superen los 180 días deberán ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por un periodo de 360 días adicionales. (…)

En relación con la responsabilidad en el pago de las incapacidades, originadas en enfermedad no profesional, superiores a los 540 días iniciales, la Corte Constitucional explicó:

“En consecuencia, el Gobierno Nacional, a través de la Ley 1753 de 2015, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo comprendido entre 2014 y 2018, dio una solución a este déficit de protección, al otorgar la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS. Según el artículo 67 de la mencionada ley, 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.”

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

Sala No. 4 de Asuntos Penales para Adolescentes

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, once (11) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

Acta Nº 621 de 11-12-2019

Referencia: 66001-31-18-001-**2019-00100-01**

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por la señora EDITH OCAMPO LÓPEZ, frente a la sentencia proferida el día 22 de junio de 2019, por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, en la acción de tutela promovida por la opugnante contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a la que se vinculó a la EPS MEDIMAS.

**II. ANTECEDENTES**

1. La accionante impetró el amparo constitucional al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y dignidad humana.

2. En síntesis, señaló como sustento de su reclamo lo siguiente:

2.1. Desde el año 2017 le diagnosticó artrosis, fibromialgia, trastorno de ansiedad, escoliosis degenerativa, pérdida del oído, entre otras patologías.

2.2. Se encuentra incapacitada desde el día 11 de agosto de 2017 hasta el momento de interposición del presente amparo.

2.3. Los primeros dos (2) días de incapacidad se los pagó su empleador sin ningún problema al igual que entre el día tres (3) y el ciento ochenta (180) se los pagó la EPS.

2.4. Su EPS emitió el respectivo concepto de rehabilitación el cual fue favorable, remitiéndolo a COLPENSIONES para que ellos continuaran el pago de las incapacidades.

2.5. COLPENSIONES debía pagarle las incapacidades entre el día 181 hasta el 540, esto es, a partir del 27 de febrero de 2018 hasta el 27 de febrero de 2019, pero no lo hizo.

2.6. No conformes con esta anomalía e incumplimiento por parte de COLPENSIONES, después del día 540 le siguieron recibiendo incapacidades, sin advertir que ya debía radicarías en la EPS, es decir, le recibieron las causadas desde febrero hasta julio de 2019.

2.7. Las correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 2019 no se las recibieron en la EPS, si Colpensiones no le entregaba el paz y salvo de pago de las incapacidades entre el día 181 y 540.

3. Pide la tutela de los derechos invocados y se ordene a COLPENSIONES, pagar las incapacidades adeudadas desde el 27 de febrero de 2018 hasta el 17 de septiembre de 2019.

4. Correspondió el conocimiento de la tutela al Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, que le impartió el trámite legal (fl. 21 cuad. Ppal.).

4.1. Se pronunció la Directora (A) de Acciones Constitucionales de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, quien hizo un recuento del trámite administrativo de solicitudes de incapacidades y el procedimiento interno para su reconocimiento y pago por parte de esa entidad. Solicita negar la tutela por no haberse demostrado vulneración de ningún derecho fundamental; y, vincular a MEDIMAS EPS, como litisconsorcio necesario, por ser un tercero afectado o interesado en lo que se resuelva en el fallo. (fls. 24-27 id.).

4.2. El apoderado especial de MEDIMAS EPS, expuso que las empresas promotoras de salud están obligadas a reconocer hasta 180 días de incapacidad consecutivos por una misma enfermedad; a partir del día 181, este reconocimiento pasa a ser responsabilidad de los fondos de pensiones, al igual que la remisión a la junta de calificación, donde se determina el grado de pérdida de capacidad y si hay lugar a reconocimiento de mesada pensional por invalidez. Considera que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, al venir cumpliendo con las obligaciones legales, por lo que solicita su desvinculación. (fls. 29-30 id.).

**III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La profirió el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, que declaró improcedente el amparo deprecado, al no cumplirse con el principio de inmediatez y por contar la accionante con otro mecanismo de defensa judicial. Concluyó que si en gracia de discusión se analizara el tema de fondo, tampoco se vislumbra un perjuicio irremediable, ni una afectación al derecho al mínimo vital invocado. (fls. 35-38 id.).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

El fallo fue impugnado por la señora EDITH OCAMPO LÓPEZ, señaló que si bien es cierto la acción de tutela es un mecanismo subsidiario, también lo es que se puede utilizar cuando es el más expedito para la protección de un derecho fundamental, en este caso el mínimo vital. En consecuencia, al evaluar la procedencia del amparo, el juez debe tener en cuenta, no solamente si existe un medio alternativo, sino también hacer un análisis robusto sobre la idoneidad de este respecto a la situación del solicitante, y sobre la inminencia de la ocurrencia de un perjuicio irremediable. El a quo no tuvo en cuenta que Colpensiones ha dilatado el pago de las incapacidades de manera injustificada, pues ha cumplido a cabalidad con la radicación de las mismas; tampoco valoró su patología. (fls. 42-43 id.).

**V. CONSIDERACIONES**

1. Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió el fallo atacado. (Art. 86 C.P., Decreto 2591 de 1991 y Decreto 1983 de 2017).

2. De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, la decisión adoptada en primera instancia y la impugnación, corresponde a la Sala resolver si COLPENSIONES y/o MEDIMAS EPS, vulneran los derechos invocados por la accionante, al negarse a pagarle las incapacidades que superan los 180 días; y si la acción de tutela es procedente para ordenar dicho pago.

3. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la acción de tutela para reclamar la protección a sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de la autoridades públicas, o particulares según se trate, siempre que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

4. Este mecanismo de protección es de carácter residual y subsidiario porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ese entendido, nuestra Corte Constitucional estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

5. En reiteradas consideraciones la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, ha llegado a la conclusión de 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. El alto Tribunal ha entendido que, tratándose de incapacidades laborales, estos pagos se constituyen en el medio de subsistencia de la persona que como consecuencia de una afectación en su estado de salud ha visto reducida la capacidad de procurarse por sus propios medios los recursos para su subsistencia y la de su familia[[1]](#footnote-1).

6. A diferencia de lo que sucede en el caso de las incapacidades temporales generadas por accidentes o enfermedades laborales, en donde las Aseguradoras de Riesgos Laborales son las únicas responsables de las prestaciones económicas y asistenciales a las que tiene derecho el afiliado, cuando un trabajador es incapacitado por una afectación a su salud de origen común, como sucede en este caso concreto, son distintos los sujetos de derecho que están llamados a hacerse cargo de la situación. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, los pagos correspondientes a los primeros dos (2) días de incapacidad estarán a cargo del empleador y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer día.

7. En lo que tiene que ver con el monto de esta prestación, el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que: *“En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el patrono le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días, y la mitad del salario por el tiempo restante”*.

8. Los incisos quinto y sexto del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 (modificado por art. 142 Decreto 19 de 2012), establecen que cuando exista concepto favorable de recuperación del afiliado, es decir, cuando se entienda que la incapacidad es de carácter temporal, los pagos por incapacidades de origen común que superen los 180 días deberán ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por un periodo de 360 días adicionales.

No obstante, durante el primer periodo, las Entidades Promotoras de Salud tienen la obligación de emitir un concepto de rehabilitación dirigido a las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se establezca si el afiliado tiene perspectivas de recuperarse o si debe procederse a la calificación de su pérdida de la capacidad laboral. Estas deberán emitir dicho concepto y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a la Administradora de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Si la EPS no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.

**VI. EL CASO CONCRETO**

1. En el asunto bajo estudio, la señora EDITH OCAMPO LÓPEZ, interpuso acción de tutela al considerar que COLPENSIONES, vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y dignidad humana, al negarse a pagarle las incapacidades que superan los 180 días.

2. De las pruebas obrantes en el expediente se tiene que a la accionante le concedieron incapacidades desde el 11 de agosto de 2017 hasta el 17 de octubre de 2019 (fls. 11 y 33 id.), de las cuales afirma, no le han sido canceladas las que le correspondían a COLPENSIONES, es decir, entre el día 181 hasta el 540, esto es, a partir del 27 de febrero de 2018 hasta el 27 de febrero de 2019; sin embargo, solo el 8 de octubre pasado solicitó protección constitucional (fl. 9 id.). Es decir, transcurrieron diecinueve (19) meses desde que aduce se empezaron a dejar de pagar dichas incapacidades y más de siete (7) meses desde la última de las fechas referidas, sin que haya actuado con la urgencia y prontitud con que ahora demanda el amparo y no se evidencia la existencia de una justa causa que explique los motivos por los que permitió que el tiempo transcurriera sin promover la acción.

Así las cosas, se concluye que se halla ausente el requisito de inmediatez que se analiza y por tal razón el amparo reclamado resulta improcedente frente a COLPENSIONES, pues si la demandante consideró afectados sus derechos fundamentales al negársele el pago de las incapacidades médicas, ha debido acudir ante los jueces constitucionales dentro de un término razonable en busca de su protección. Empero, permitió que transcurriera un prolongado espacio de tiempo para instaurarla y ese pasivo comportamiento permite inferir el desinterés de su parte en lograr un amparo oportuno.

Valga aclarar que de las certificaciones de incapacidades de MEDIMAS EPS (fls. 11 y 33 id.), las otorgadas a partir del 17 de febrero al 20 de mayo de 2018, así como la que va del 15 de septiembre al 14 de octubre del mismo año, aparecen como pagadas por dicha EPS.

3. Encuentra la Sala que en ese aspecto acertó el funcionario judicial de primer grado al declarar improcedente el amparo de los derechos fundamentales de la accionante frente a COLPENSIONES, al no cumplirse con el principio de inmediatez.

4. Ahora bien, las incapacidades después del día 540, que están a cargo de la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentra afiliada la accionante (ley 1753 de 2015), y frente a las cuales se debe tener por superado el requisito de procedencia de la inmediatez, porque se causaron hasta el mes de octubre de 2019 (fl. 33 id.), se debe conceder el amparo respecto de este último periodo. Criterio expuesto por el Magistrado Jaime Alberto Saraza Naranjo, en salvamento y aclaración de voto del 11-07-2019, expediente 2019-00211-01, que acoge esta Sala.

En relación con la responsabilidad en el pago de las incapacidades, originadas en enfermedad no profesional, superiores a los 540 días iniciales, la Corte Constitucional explicó[[2]](#footnote-2):

*“En consecuencia, el Gobierno Nacional, a través de la Ley 1753 de 2015, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo comprendido entre 2014 y 2018, dio una solución a este déficit de protección, al otorgar la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS. Según el artículo 67 de la mencionada ley, 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.”[[3]](#footnote-3)*

*La Corte Constitucional ya ha ordenado la aplicación de esta disposición por vía de tutela en la sentencia T-144 del 2016. (...)*

*Para la Corte, la entrada en vigencia de esta norma, cambia el panorama del pago de incapacidades después de 540 días que se venía planteando en la jurisprudencia de años atrás, pues se le atribuyó la obligación del pago a las EPS como parte del Sistema de Seguridad Social en Salud.*

*Con estos antecedentes legales y jurisprudenciales, no cabe duda alguna de que la regla actual de incapacidades que superan 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, es que deben asumirlas las EPS.”*

5. Así las cosas, en armonía con las premisas expuestas en los acápites anteriores, la Sala confirmará la sentencia impugnada, en la forma señalada por el juzgado pero con las precisiones que se acaban de hacer, en cuanto a que el pago de incapacidades causadas después del día 540, está a cargo de la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentra afiliada la accionante, esto es, MEDIMAS EPS, a quien se ordenará, que en el término improrrogable de cinco (5) días, siguientes a la notificación de este proveído, proceda a liquidarlas y pagarlas, por lo que en ese aspecto se modificará el fallo.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala No. 4 de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero:** CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de octubre de 2019, por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, dentro de la presente acción de tutela, por lo indicado en la parte motiva.

**Segundo**: MODIFICAR el citado fallo, precisando que, el pago de incapacidades causadas después del día 540, está a cargo de la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentra afiliada la accionante, esto es, MEDIMAS EPS, a quien se ordenará, que en el término improrrogable de cinco (5) días, siguientes a la notificación de este proveído, proceda a liquidarlas y pagarlas.

**Tercero**: Notifíquese esta decisión a los interesados por el medio más expedito posible (Art. 5o., Dto. 306 de 1992).

**Cuarto**: Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

(Con salvamento parcial de voto)

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

1. Sentencia T-140 de 2016 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-200 de 2017. [↑](#footnote-ref-2)
3. Literal a del artículo 67 de la Ley 1753 del 2015. [↑](#footnote-ref-3)