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 / EPS ALEGÓ COTIZACIONES INSUFICIENTES Y NO PAGO / PERO NO ADELANTÓ GESTIONES DE COBRO / ALLANAMIENTO A LA MORA.**

Corresponde definir en esta instancia si resulta procedente la intervención del juez de tutela para ordenar el reconocimiento de las incapacidades de origen común concedidas a la actora…

… el debate propuesto contra el fallo de primera instancia, se limita a la orden impuesta a la Nueva EPS para que sufrague las incapacidades adeudadas a la demandante anteriores al cumplimiento de los 180 días…, toda vez que esa entidad alega que respecto de los tres primeros periodos, no se acreditó el mínimo de aportes requeridos para su reconocimiento, y frente al último, existió mora en el pago del periodo.

… la Sala no encuentra válida esa razón por el hecho de que esa EPS no demostró haber surtido las gestiones administrativas tendientes a cobrar al empleador de la demandante los aportes adeudados y por ende, en aplicación de la figura del allanamiento en la mora, no podía oponerse al reconocimiento de aquel subsidio, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**PEREIRA - RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA**

Magistrado Sustanciador: Carlos Mauricio García Barajas

Pereira, nueve (09) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Acta N° 437 de 09-09-2022

Sentencia: ST2-0311-2022

**ASUNTO**

Procede la Sala a resolver la impugnación formulada por la Nueva EPS contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de esta ciudad, el 25 de julio pasado, dentro de la acción de tutela que promovió la señora Lidia Sorany Meza Medina contra la recurrente y Colfondos S.A., trámite al que fueron vinculados el Director de Prestaciones Económicas y la Gerente Regional Eje Cafetero de la Nueva E.P.S., el Presidente de Colfondos y la empresa Empleos Temporales Construyendos.

**ANTECEDENTES**

**1.** En la demanda se expuso que la actora fue diagnosticada con tumor maligno de colon y trastorno depresivo, cuadro clínico por el cual viene siendo incapacitada de forma continua desde el 10 de junio de 2021. La Nueva E.P.S. solo asumió el pago del subsidio respectivo a partir del 24 de julio de 2021 y lo suspendió el 29 de noviembre de 2021, cuando aún no se había arribado al día 180. Por su parte Colfondos S.A. se niega a reconocer tales prestaciones por los 180 días siguientes.

La accionante requirió a esas entidades con el objeto de que sufragaran el subsidio a la incapacidad que cada una adeuda, empero la Nueva E.P.S. no ha dado solución al caso mientras que Colfondos informó que no era procedente ese pago al haberse emitido concepto desfavorable de rehabilitación.

La demandante requiere del pago de las citadas prestaciones para el pago de arriendo, servicios públicos y víveres.

Para obtener la protección a los derechos al mínimo vital, vida digna y seguridad social, se solicita ordenar a la Nueva E.P.S. pagar el subsidio a la incapacidad del 10 al 17 de junio de 2021, del 18 de junio al 03 de julio de 2021, del 04 al 23 de julio de 2021 y del 30 de noviembre al 06 de diciembre de 2021, y a Colfondos sufragar esas prestaciones otorgadas desde el 07 de diciembre de 2021 hasta que se acrediten 540 días[[1]](#footnote-2).

**2. Trámite:** Por auto del 12 de julio de este año, el despacho de primera instanciaadmitió el conocimiento de la acción.

La Nueva EPS refirió que según el concepto del área de prestaciones económicas de esa entidad, con ocasión a la solicitud elevada por la aportante de la actora empresa de Empleos Temporales Construyendos, se informó que no era procedente el pago de incapacidades, como quiera que no se cotizaron el mínimo de días exigidos (frente a las tres primeras incapacidades), y existe mora en el pago del periodo (respecto a la última reclamada). De otro lado, en relación con el pago de incapacidades superiores al día 180, la responsabilidad recae en el fondo de pensiones[[2]](#footnote-3).

**3. Sentencia impugnada:** En providencia del 25 de julio de esta anualidad, el juzgado de primera instancia accedió a la tutela de los derechos invocados y ordenó a la Gerente Regional del Eje Cafetero reconocer y pagar las incapacidades adeudadas a la actora, que se encuentren entre los días 03 a 180 y a la presidenta de Colfondos asumir esa carga respecto de las incapacidades concedidas a partir del día 181 y las que se sigan generado hasta complementar el 540 día, luego de lo cual la EPS deberá retomar su pago.

Lo anterior tras considerar que no existe constancia sobre el pago de esas prestaciones y si bien, en el caso de las generadas entre el día 03 a 180, la Nueva EPS adujo como causal de no pago la ausencia de cotización por los periodos correspondientes, “no se encuentra probada ninguna novedad de retiro que haya hecho el empleador aportante al sistema, o la misma afiliada como trabajadora independiente, que nos lleve a determinar que para la fecha en cita, no estuviera vinculada a la EPS... la EPS accionada no puede apartarse del pago de la incapacidad laboral que se reclama, pues para procurar el pago de las cotizaciones que aparentemente no reporta, esta tiene a su disposición los mecanismos legales orientados a conseguir su cobro”[[3]](#footnote-4).

**4. Impugnación:** La Nueva EPS insistió en que en este caso no es posible acceder al pago de las incapacidades pues la actora no cuenta con el mínimo de cotizaciones exigidas, a lo que agregó que en casos en los que se presenta mora en los aportes del sistema de seguridad social, la EPS no tiene la obligación de pagar el aludido subsidio, de conformidad con el artículo 2.1.9.1 del Decreto 780 de 2016[[4]](#footnote-5).

**CONSIDERACIONES**

**1.** El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable. La eficacia de esos medios debe analizarse en concreto (art. 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991).

**2.** Corresponde definir en esta instancia si resulta procedente la intervención del juez de tutela para ordenar el reconocimiento de las incapacidades de origen común concedidas a la actora y, en caso positivo, establecer si la falta de pago de tal subsidio lesiona sus derechos fundamentales.

**3.** Es clara la legitimación en la causa por activa, toda vez que la accionante es la titular de los derechos que alega vulnerados por la falta de reconocimiento de las incapacidades generadas, en su calidad de afiliada al régimen de seguridad social por parte de Colfondos y la Nueva EPS.

Por pasiva, la tienen esas entidades, al ser competentes en lo que al reconocimiento del subsidio de incapacidades se refiere. También le asiste legitimación a la empresa Empleos Temporales Construyendos, en calidad de aportante de la actora, a la cual se acusa de omitir las cotizaciones a salud, como requisito, según dice la EPS, para el pago del citado subsidio, asunto sobre el cual se pronunciará la Sala más adelante. A esa empresa y al Director de Prestaciones Económicas de la Nueva EPS, este último como competente de resolver sobre el caso, de acuerdo con lo anunciado por esa misma empresa promotora de salud en sus intervenciones ante la primera instancia, en esta sede, se puso en conocimiento sobre la anomalía ocasionada por su falta de vinculación al proceso, mas como ningún pronunciamiento realizaron, se entiende saneada esa causal de nulidad.

**4.** En este asunto alega la actora que las entidades accionadas le adeudan incapacidades desde mediados del año 2021, a pesar de que requiere de su pago para solventar sus necesidades básicas.

De igual forma, según las pruebas documentales aportadas la citada señora padece de tumor maligno (diagnóstico c187)[[5]](#footnote-6). También está acreditado que la retribución mensual que recibía ascendía a un salario mínimo legal mensual vigente[[6]](#footnote-7) y que para la fecha en que se formuló la tutela ya habían pasado más de tres meses sin que recibiera pago alguno por concepto de incapacidades, circunstancias estas que hacen presumir que se trata de un caso donde la falta de pago de las incapacidades, que suplen el salario mensual del trabajador, pone en riesgo derechos de índole fundamental como el mínimo vital y la vida digna, no resultando idóneo el medio de defensa judicial establecido por el legislador, ello de conformidad con el precedente de esta Sala[[7]](#footnote-8).

Para esta instancia, entonces, es clara la procedencia del ruego constitucional, pues, además, se acudió a la solicitud de amparo en forma perentoria (inmediatez) toda vez que el último periodo de incapacidad solicitado comprende al mes de junio pasado.

**5.** Superado el análisis de procedibilidad la Sala se encuentra avalada para definir el fondo del asunto.

**5.1.** Como viene de verse, el debate propuesto contra el fallo de primera instancia, se limita a la orden impuesta a la Nueva EPS para que sufrague las incapacidades adeudadas a la demandante anteriores al cumplimiento de los 180 días, y que según la demanda corresponden a los ciclos del 10 al 17 de junio de 2021, del 18 de junio al 03 de julio de 2021, del 04 al 23 de julio de 2021 y del 30 de noviembre al 06 de diciembre de 2021, toda vez que esa entidad alega que respecto de los tres primeros periodos, no se acreditó el mínimo de aportes requeridos para su reconocimiento, y frente al último, existió mora en el pago del periodo.

De forma concreta señaló esa entidad: “Tipo Doc:CC - Nro: 24790924 - Inc: 7212742 - F. Inicio: 10/06/2021 Obs: Fecha Inicio cotización: 25/06/2021 Días cotizados a la Fecha de Inicio de la incapacidad: 0 Tipo Doc:CC - Nro: 24790924 - Inc: 7212752 - F. Inicio: 04/07/2021 Obs: Fecha Inicio cotización: 25/06/2021 Días cotizados a la Fecha de Inicio de la incapacidad: 10 Causal de no reconocimiento: El afiliado No cumple con el tiempo mínimo de cotización: Cuatro (4) semanas (28 días) en forma ininterrumpida y completa para acceder al reconocimiento. Fundamento Normativo Decreto 780 de 2.016, art.2.1.13.3; Decreto 2353 de 2015, art 81... Tipo Doc:CC - Nro: 24790924 - Incapacidad: 7409685 - F. Inicio: 30/11/2021 Observación: Periodo Causado sin pago: 01/2022”[[8]](#footnote-9).

**5.2.** Sin embargo, la Sala no encuentra válida esa razón por el hecho de que esa EPS no demostró haber surtido las gestiones administrativas tendientes a cobrar al empleador de la demandante los aportes adeudados y por ende, en aplicación de la figura del allanamiento en la mora, no podía oponerse al reconocimiento de aquel subsidio, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, que al respecto ha indicado:

*“Ahora bien, esta Corte ha estudiado la aplicabilidad de dichos requisitos en numerosas ocasiones y si bien ha determinado que se trata de exigencias válidas, ha entendido que su aplicabilidad, en específico en lo relativo al segundo de los requisitos reseñados, requiere que las empresas prestadoras del servicio de salud (E.P.S.) hayan efectuado las actuaciones que, con ocasión a la mora, son correspondientes, esto es, que hayan actuado para solicitar el pago a través de los mecanismos de cobro coactivo que estableció la misma Ley 100 de 1993, o que haya rechazado los pagos efectuados fuera del término establecido.*

*De conformidad con lo expuesto, esta Corte ha determinado que, en los casos en que las E.P.S. no efectuaron las actuaciones que con ocasión a la mora debían realizar, resulta necesario concluir que éstas se allanaron y aceptaron el incumplimiento del afiliado y, en ese orden de ideas, no pueden entonces excusarse en la falta de pago oportuno para negarse a pagar el valor de las incapacidades médicas.*

*Lo anterior, pues se ha considerado que, de aceptarse que las E.P.S. pueden favorecerse de su propia negligencia y beneficiarse de los pagos que los afiliados lleguen a realizar de manera extemporánea y que no fueron objetados por ese motivo, desconocería los principios de buena fe y confianza legítima y terminaría siendo desproporcionado para los afiliados, quienes fungen como la parte más débil del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Esto, sobre todo porque se estaría impidiendo que dichas cotizaciones puedan ser contabilizadas para los efectos que justificaron su cancelación, esto es, cubrir de las contingencias en las que se puedan ver inmersos los afiliados.*

*En este sentido se ha pronunciado en reiteradas ocasiones esta Corporación, y ha indicado que las E.P.S. “no pueden, so pretexto de la mora en el pago de los aportes a cargo del empleador o del cotizante independiente, rehusarse a cancelar y reconocer una incapacidad laboral por enfermedad general, si obraron de manera negligente para su efectivo pago, o si incumplieron el deber de adelantar de manera oportuna las acciones legales de cobro, incluso con la consecuente oposición al pago extemporáneo”.*

*En consecuencia, en virtud de la doctrina desarrollada por esta Corporación relativa al “allanamiento en la mora”, las E.P.S. se encuentran imposibilitadas para negarse a efectuar el reconocimiento de una incapacidad laboral cuando quiera que se efectuó el pago extemporáneo de las cotizaciones por parte del empleador o del trabajador independiente y se omitió rechazar su pago o emprender las acciones legales orientadas a su cobro judicial.”* (Sentencia T- 529/17)

Además, se comparte en integridad el argumento de primera instancia frente a la existencia de continuidad en la afiliación de la actora al sistema, cuando menos desde noviembre de 2018 (certificado de aportes expedido el 14 de julio de 2022, páginas 11 y 12 archivo 09 primera instancia), luego no resulta de recibo el argumento de ausencia de cotizaciones mínimas para el 10 de junio de 2021 (no tener 4 semanas cotizadas). Si bien en ese mismo certificado de cotizaciones aparece un lapso sin pago (febrero a mayo de 2021), no aparece novedad de retiro, luego lo que se presenta es una mora en el pago las cotizaciones de esos periodos.

**5.3.** Resultan suficientes las anteriores consideraciones para desvirtuar el único reproche planteado contra la sentencia de primer nivel, la cual, al haber aplicado de manera adecuada aquella figura del allanamiento en la mora, para imponer la orden respectiva a la EPS demandada, debe ser confirmada. Aunque teniendo en cuenta que el correspondiente mandato se impuso a la Gerente Regional del Eje Cafetero de esa entidad, a pesar de que el competente para materializarlo es su Director de Prestaciones Económicas, tal como ya se indicó, se ajustará esa orden. Así mismo, se declarará improcedente el amparo frente a la citada Gerente Regional y a la empresa Empleos Temporales Construyendos, al haberse acreditado que no fueron responsables de la vulneración de derechos encontrada.

Por lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha y procedencia previamente anotadas, modificándola en su ordinales segundo y tercero para dirigir los mandatos allí impuestos a la Nueva EPS a su Director de Prestaciones Económicas y en consecuencia se declara improcedente el amparo frente a la Gerente Regional Eje Cafetero de la Nueva EPS y la empresa Empleos Temporales Construyendos.

En lo demás se mantiene sin modificación.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** a las partes lo aquí resuelto en la forma más expedita y eficaz posible. Comuníquese de igual forma al Juzgado de primera instancia.

**TERCERO: ENVIAR** oportunamente, el presente expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

SIN NECESIDAD DE FIRMA*.*

*(Arts.7º, Ley 527 de 1999, 2° Decreto 806 de 2020 y 28 del Acuerdo PCJA20-11567 del C.S.J*)

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

1. Archivo 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-2)
2. Archivo 09 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-3)
3. Archivo 11 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-4)
4. Archivo 16 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-5)
5. Folios 11 a 16 del archivo 02 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-6)
6. Folios 11 y 12 del archivo 09 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-7)
7. Para citar un ejemplo en la Sentencia ST2-0439-2021 del 09 de diciembre 2021 se analizaron iguales presunciones (salario mínimo y suspensión del pago de incapacidades superior a tres meses) para establecer la procedencia del amparo constitucional [↑](#footnote-ref-8)
8. Folios 16 y 17 del archivo 09 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-9)