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.

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante : Natalia Giraldo Mejía

Accionados : Colpensiones

Litisconsorte : Dirección de Medicinal Laboral de Colpensiones

Procedencia : Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en

 : Restitución de Tierras de Pereira

Radicación : 66001-31-21-001-2022-10103-01 (777)

Mag. Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Aprobado en sesión : 27 del 30-01-2023

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / INCAPACIDADES MÉDICAS / SUBSIDIARIEDAD DE LA TUTELA / APLICACIÓN EN ESTOS CASOS / PERSONAS EN CIRCUNSTANCIAS DE DEBILIDAD MANIFIESTA / AFECTACIÓN DEL MÍNIMO VITAL / CONCEPTO DE REHABILITACIÓN / NO INCIDE EN EL PAGO DE LA PRESTACIÓN SI ES FAVORABLE O DESFAVORABLE,**

Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2022). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: (i) La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y (ii) La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

… sobre el pago de incapacidades laborales, de manera excepcional, -la CC- ha señalado: “(…) Si bien, en principio, la tutela no es el trámite adecuado para discutir estos asuntos, cuando quiera que con la ausencia o negativa por el pago de esas acreencias se lesione el derecho fundamental al mínimo vital, el amparo constitucional supera el examen de subsidiariedad.” (…)

Claramente, la CC circunscribe el ejercicio del amparo constitucional a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta que estén afectadas en su mínimo vital…

… las incapacidades por enfermedad general que se causen a partir del tercer día y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Art.206, Ley 100). La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación y enviarlo a la AFP, antes del día 150 de incapacidad…

Cabe resaltar que la CC en su jurisprudencia dirimió el debate en torno a que el pago de aquel auxilio dependiera, exclusivamente, de la existencia de un concepto favorable, según lo establecido en el D.2463 de 2001: “(…) (iii) 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 (…)”



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA UNITARIA CIVIL– FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

D E P A R T A M E N T O D E L R I S A R A L D A

**ST2-0013-2023**

**Treinta (30) de enero de dos mil veintitrés (2023).**

1. **El asunto por decidir**

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, cumplida la primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Expresó la actora que desde el 05-03-2021 ha permanecido incapacitada de forma ininterrumpida. Colpensiones pagó los auxilios hasta el 16-04-2022 y negó los siguientes, causados hasta el 28-09-2022 (Día 540), por supuesta falta de cotización y porque los certificados incumplían los requisitos del Decreto No.1427 de 2022, pese a que radicó el reclamo antes de que se promulgara la norma. Agregó que es su única fuente de ingresos (Cuaderno No.1, pdf.01).

1. **Los derechos invocados y la petición**

El debido proceso, el de petición, la seguridad social y el mínimo vital. Solicitó ordenar a la autoridad reconocer y pagar las incapacidades desde el 18-04-2022 al 28-09-2022 y demás que se sigan causando (Cuaderno No.1, pdf.01).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

Con auto del 22-11-2022 se admitió la tutela (Cuaderno No.1, pdf.03); el 23-11-2022 se integró el litisconsorcio por pasiva (Ibidem, pdf.07); el 02-12-2022 se falló (Ibidem, pdf.23); y, el 13-12-2022 se concedió la impugnación (Ibidem, pdf.32).

El fallo amparó los derechos y ordenó a Colpensiones pagar las incapacidades hasta cumplir los 540 días, porque constituyen el sustento de la actora (Ib., pdf.23).

La accionada impugnó y solicitó revocar el fallo. Explicó que: (i) Es inexistente el agravio porque la entrega de la subvención exige concepto favorable de rehabilitación y, como quiera que después que asumió el reconocimiento la EPS comunicó un nuevo desfavorable, en acato del artículo 142, DL.019/2012, suspendió el pago e inició el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral; y, (ii) Es improcedente la acción, por falta de subsidiariedad (Ibidem, pdf.26).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
	1. La competencia funcional: La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
	2. El problema jurídico a resolver: ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado 1º Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Pereira, según la impugnación?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa. Por activa, la accionante porque está afiliada al sistema de seguridad social y reclamó la subvención (Ib., pdf.01, folios 10-79); y, por pasiva, la **(1)** EPS Sanitas SAS y la **(2)** Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones, por ser las afiliadoras competentes para reconocer y pagar las incapacidades laborales de origen común (Arts.206, Ley 100, 23, D.2463/2001, 34, D.1295/1994, 1º, D.2943/2013, Ley 1753 y D.1333/2018).

5.3.2. La inmediatez*.* El artículo 86, CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o un particular.

Este requisito: *“(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”*, por lo tanto, *“(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)”* (2020)[[1]](#footnote-1). Aquello porque: *“(…) el transcurso de un lapso importante entre la presunta violación de derechos fundamentales y la presentación de la acción de tutela «es indicativo de la menor gravedad de la vulneración alegada o de la poca importancia que tendría el perjuicio que ella causa (…)”* (2021)[[2]](#footnote-2). Criterio reiterado por la CC (2022)[[3]](#footnote-3).

Se satisface porque la acción se formuló el 22-11-2022 (Ib., pdf.02), dos (2) meses, aproximadamente, después de comunicada la respuesta de Colpensiones (Ib., pdf.27), es decir, dentro del plazo general de los seis (6) meses, fijado por la doctrina constitucional[[4]](#footnote-4).

5.3.3. La subsidiariedad. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2022)[[5]](#footnote-5). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: **(i)** La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y **(ii)** La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

Respecto del análisis de este requisito de procedencia la CC[[6]](#footnote-6) ha dicho: *“(…) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos”* (Resaltado de la Sala)*.*

Y, sobre el pago de incapacidades laborales, de manera excepcional, ha señalado: “(…) *Si bien, en principio, la tutela no es el trámite adecuado para discutir estos asuntos, cuando quiera que con la ausencia o negativa por el pago de esas acreencias se lesione el derecho fundamental al mínimo vital, el amparo constitucional supera el examen de subsidiariedad.”* (2021)*[[7]](#footnote-7)* (Sublínea extratextual)*.* También, la doctrina constitucional ha sostenido (2019) [[8]](#footnote-8):

…. que al determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en aquellos eventos en donde se comprueba la existencia de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico alguno, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras; *que dependen económicamente de la prestación reclamada y que carecen de capacidad económica para garantizarse su propia subsistencia*, se exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional … (Cursiva a propósito).

Claramente, la CC circunscribe el ejercicio del amparo constitucional a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta que estén afectadas en su mínimo vital (2019)[[9]](#footnote-9), al advertir que el subsidio de incapacidad: *“(...) constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata (...)”*. Criterio iterado por la Alta Colegiatura (2021)[[10]](#footnote-10).

Ahora, en tratándose a la verificación de la lesión o amenaza del mínimo vital, esa Corporación, de tiempo atrás, ha decantado que se presume cuando se aprecia que el incumplimiento ha sido superior a dos (2) meses o cuando el trabajador solo percibe el salario mínimo, siempre y cuando, el accionado no demuestre ni el juez halle que posee otros ingresos con los cuales pueda atender sus necesidades y las de su familia (Inversión de la carga probatoria) (2020)[[11]](#footnote-11).

Aquello, porque las incapacidades laborales se equiparan al salario dejado de percibir durante el tiempo de convalecencia y se traducen en la garantía para la recuperación de la salud, en pro de la dignidad humana, pues **permite al afectado atender la enfermedad sin tener que preocuparse de procurar el sustento de su hogar**[[12]](#footnote-12).

De lo expuesto se colige que: (i) *La imposibilidad para trabajar por razones de salud*; y, (ii) *La inexistencia de ingresos distintos al salario para satisfacer las necesidades básicas* son presupuestos concurrentes que hacen procedente la acción de tutela como mecanismo excepcional.

En este caso han pasado más de dos (2) meses desde que se causó la última incapacidad pagada (28-03-2022 a 16-04-2022), la condición de salud de la accionante le impide trabajar, cuenta con conceptos de rehabilitación desfavorable (Cuaderno No.01, pdf.28) y afirmó que el auxilio es su único sustento (Ibidem, pdf.01).

Son circunstancias que la autoridad pudo rebatir, pero guardaron silencio (Cuaderno No.1, pdf.10); por lo tanto, gozan de presunción de veracidad y acreditan la afectación del mínimo vital. Se supera así el presupuesto de la subsidiariedad y puede resolverse de fondo.

5.4. El pago de incapacidades de origen común*.* La jurisprudencia de la CC[[13]](#footnote-13), luego de analizar los cambios que realizó el D.L.19 de 2012, *“por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública”,* así como las responsabilidades en el reconocimiento y pago de las incapacidades, estableció unas pautas normativas que se encuentran vigentes.

Determinó, entre otros aspectos, que las incapacidades por enfermedad general que se causen a partir del tercer día y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Art.206, Ley 100). La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación y enviarlo a la AFP, antes del día 150 de incapacidad (Art.142, D.L.19 /2012).

Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Art.23, D.2463/2001).

Superados los 360 días adicionales de incapacidad, si el trabajador continúa recibiendo incapacidades en razón a persistir su condición médica, será la EPS la encargada de su reconocimiento y pago con cargo a la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Ley 1753 y D.1333/2018).

Cabe resaltar que la CC[[14]](#footnote-14) en su jurisprudencia dirimió el debate en torno a que el pago de aquel auxilio dependiera, exclusivamente, de la existencia de un *concepto favorable*, según lo establecido en el D.2463 de 2001: *“(…) (iii) 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 (…)”[[15]](#footnote-15)* (Resaltado original)*.*

También indicó que, si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de pagar las incapacidades causadas desde el día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido. Asimismo, ha sido reiterativa en cuanto a la obligación de las EPS de acompañar y asesorar al usuario en los trámites de la solicitud de pago de incapacidades que superen los 180 días y que corresponden por ley a los fondos de pensiones.

Por último, importa precisar que la Alta Magistratura (2020)[[16]](#footnote-16), con base en el artículo 2.2.3.3.1., numeral 1º, D.1333/2018, revalidó tesis añeja[[17]](#footnote-17) relativa a la obligación de las AFP de pagar las incapacidades posteriores a los primeros 540 días, siempre y cuando medie concepto desfavorable de rehabilitación, sin que incida en modo alguno que la calificación de la PCL sea inferior o superior al 50%. En síntesis, explicó[[18]](#footnote-18):

**(1)** *“(…)* ***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% (…)”* (Negrilla del original)

**(2)** *“(…)**el trabajador que es calificado y supera el 50% de pérdida de capacidad laboral, ante la disminución física que padece, las entidades del Sistema les corresponde actuar con solidaridad y diligentemente reconocer y pagar una suma de dinero con la cual pueda satisfacer sus necesidades básicas; razón por la cual mientras se decide definitivamente sobre el reconocimiento y el pago de la pensión de invalidez,* ***el Fondo de Pensiones deberá costear las incapacidades laborales*** *(…)”* (Negrilla a propósito)*.*

Razonamiento que en sede tutelar comparte la Sala de Casación Laboral de la CSJ (2022)[[19]](#footnote-19).

1. **El caso concreto analizado**

Se confirmará la sentencia opugnada frente a la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones, porque es clara la violación de los derechos; y, se revocará frente a la EPS Sanitas SAS, por inexistencia de trasgresión.

La impugnación de la autoridad es infundada. Desconoce el precedente constitucional que definió, previo estudio del artículo 2.2.3.3.1., D.1333/2018, que el concepto de rehabilitación desfavorable, en modo alguno, supone para el afiliado perder el derecho al pago de las incapacidades.

Realmente la expedición y comunicación del certificado médico impone a la autoridad calificar la pérdida de capacidad laboral con celeridad (Art.141, DL.019/2012) y, hasta que agote el trámite, pagar las incapacidades; según la CC: *“(…)* *mientras se decide definitivamente sobre el reconocimiento y el pago de la pensión de invalidez (…)”*.

Discrepa la Sala del parecer de la encausada. Es irrazonable, como propone, que una persona sin posibilidad médica de recuperar plenamente su salud permanezca sin ingresos durante los trámites de calificación y de reconocimiento pensional. La ley reconoce el derecho a la subvención a quienes pueden restablecerla, entonces, con mayor razón debe entenderse que garantiza el pago de la ayuda a los que están en una situación más grave.

Así las cosas, deberá pagar las incapacidades posteriores a la última pagada del 16-04-2022 y hasta que se cumpla el supuesto jurisprudencial reseñado.

Finalmente, se revocará el fallo frente a la EPS. Se incumplen los presupuestos legales para que asuma esa carga (Art.2.2.3.3.1., D.1333/2018) [[20]](#footnote-20): *“(…)* *es diáfano el entendimiento que dichas incapacidades serán asumidas por las E.P.S.,****siempre y cuando****se cumplan con los presupuestos establecidos en el precitado artículo. En el caso objeto de análisis, no se observa el cumplimiento del presupuesto establecido en el numeral 1 del referido artículo, cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico (…)”* (Negrilla original).

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil – Familia, administrando Justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**F A L L A,**

1. CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo proferido el 02-12-2022 por el Juzgado 1º Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Pereira.
2. MODIFICAR el numeral 2º para ORDENAR a la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones, en el plazo de 48 horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, RECONOCER y PAGAR: **(1)** A la actora las incapacidades causadas entre el 18-04-2022 y el 28-09-2022; y, **(2)** Las que se lleguen a causar después de los 540 días hasta que emita la calificación definitiva de pérdida de capacidad laboral y decida sobre el eventual reconocimiento pensional de invalidez.
3. REVOCAR el numeral 3º para NEGAR el amparo contra la EPS Sanitas SAS, por inexistencia de vulneración o amenaza.
4. ENVIAR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese,

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CC. T-075 de 2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-131 de 2021. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-005 de 2022. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. SU-037 de 2019 y [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-003 de 2022, T-034-2021, [T-053 de 2020](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-053-20.htm), T-422 de 2019, T-359 de 2019, C-132 de 2018, T-015 de 2016, T-162 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-471 de 2017. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-419 de 2015, también pueden consultarse la T-008 de 2018, T-161 de 2019, T-268 de 2020 y T-020 de 2021. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-161 de 2019. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. Ob. Cit. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. T-020 de 2021, T-268 de 2020 y T-523 de 2020. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-523 de 2020, T-161 de 2019, T-649-2013, T-984 de 2012, T-065 de 2009 y T-602 de 2007. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-333 de 2013, T-698 de 2014, T-097 de 2015, T-691 de 2015, T-144 de 2016, T-401 de 2017, T-218 de 2018, T-161 de 2019 y T-523 de 2020, entre otras. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-401 de 2017, T-246 de 2018 y T-161 de 2019. [↑](#footnote-ref-14)
15. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. T-268 de 2020. [↑](#footnote-ref-16)
17. CC. T-401 de 2017 y T-144 de 2016. [↑](#footnote-ref-17)
18. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-18)
19. CSJ. STL1410-2022. [↑](#footnote-ref-19)
20. CC. T-268 de 2020. [↑](#footnote-ref-20)