REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA
SALA PENAL DE DECISIÓN

Montería, dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Aprobado Acta No. 048

Radicado No. 23001 31 04 003 2016 00140 01

Magistrado Ponente: MANUEL FIDENCIO TORRES GALEANO

RAZÓN DE ESTE PRONUNCIAMIENTO

Va dirigido a resolver la impugnación presentada por el señor JUAN BAUTISTA REYES VILARDI, quien actúa en nombre propio, contra la sentencia del 17 de enero de 2017 proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Montería, mediante la cual se negó por improcedente la presente acción de tutela.

COMPETENCIA

Para considerar y resolver se tendrán en cuenta las normas que rigen la materia tales como el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, Decretos reglamentarios 2591 de 1991, 306 de 1992 y 1382 de 2000 y la jurisprudencia Constitucional referida al tema que hoy ocupa la atención de la Sala.

HECHOS Y ACTUACIONES PROCESALES

Manifiesta el accionante que desde el 6 de marzo de 2014 cumplió 180 días continúas de incapacidad, por lo que el 20 de marzo de 2016 radicó ante COLPENSIONES la solicitud de pago de dichas incapacidades.

Indica que el 4 de octubre de 2016 recibió respuesta a la solicitud de pago de incapacidades, en la que COLPENSIONES le indicaba que no se podía reconocer el subsidio de incapacidades debido a que el concepto emitido por el médico tratante adscrito a COOMEVA EPS, era desfavorable.

Sostiene que es una persona de escasos recursos económicos y padre cabeza de hogar, con una calificación de 32.23% de perdida de la capacidad laboral, que su único sustento provenía de la actividad que desempeñaba como conductor y al no recibir el pago de las incapacidades su situación financiera es cada vez peor.

Por esas razones, el accionante, al considerar que se estaban vulnerando los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana y seguridad social, presentó acción de tutela contra COLPENSIONES y COOMEVA EPS, correspondiendo por reparto al Juzgado Tercer Penal del Circuito de Montería, despacho judicial que mediante auto del 15 de diciembre de 2016 admitió la presente acción de tutela, corriéndole traslado a las entidades accionadas para que en el término de 3 días se pronunciaran con relación a los hechos que dieron origen a la demanda.

En uso de tal prerrogativa, la doctora JUANITA DURAN VELEZ, en calidad de Gerente Nacional de Defensa Judicial de COLPENSIONES, manifestó que para la entidad a la que representa no es viable reconocer el pago de la incapacidades superiores a los 540 días, puesto que ello está a cargo de la EPS a la cual se encuentre adscrito el afiliado.

Sostuvo que la presente acción de tutela carece de objeto al no haber derechos fundamentales vulnerados y no configurarse un daño antijurídico a los derechos del accionante, ya que los mismos fueron reparados por parte del COLPENSIONES, mediante el pago de las incapacidades hasta el día 540, quedando así la nueva obligación por los días posteriores en mano de la EPS COOMEVA.
Afirmó que para otorgar el subsidio provisional por parte de la Administradora de Fondo de Pensiones es necesario que el afiliado padezca de una enfermedad

de origen común, que la incapacidad sea continua y supere los 180 días y que se emita concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS. Situación que no concurre en el presente caso, pues el accionante no cumple con estos requisitos.

Finalmente, solicitó se declare la improcedencia de la acción de tutela, toda vez que COLPENSIONES no puede asumir el pago de unas incapacidades que están fuera de su competencia, pues es la EPS a la cual se encuentra afiliado el accionante la entidad responsable del pago de las incapacidades posteriores al día 540 y contando el accionante con concepto de rehabilitación desfavorable.

Por su parte, el doctor JUAN DAVID BURITICA POSADA, en calidad de apoderado especial de COOMEVA EPS, manifestó que el caso del señor JUAN BAUTISTA ha sido seguido por medicina laboral con incapacidades prolongadas de 1149 días, radicadas hasta el 8 de diciembre de 2016. Que el 18 de febrero de 2014, se realizó remisión a COLPENSIONES concepto de rehabilitación favorable para el pago de las incapacidades superiores a los 180 días. Sin embargo, el 8 de marzo de 2016 se actualizó en concepto de rehabilitación como no favorable para calificación de PCL.

Indicó que COOMEVA EPS ha cumplido no solo con las atenciones médico-asistenciales sino con las obligaciones legales, como son, remisión del accionante, transcripción de las incapacidades, recomendaciones laborales y reconocimiento de incapacidades hasta el tope de los 180 días.

Sostuvo que la patología que aqueja al actor es persistente, como consecuencia de ello se le han generado incapacidades que superan los 180 días, por lo tanto la obligación de cancelarlas no es de COOMEVA EPS.

Afirmó que mientras no se cree la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y no se reglamente el pago de la incapacidad temporal mayor a 540 días no podrá la EPS asumir el costo de dicha prestación. En síntesis, encuentra que se está ante una obligación

puramente civil que no vulnera derecho fundamental alguno, por lo que si se presenta alguna inconformidad con el pago de los dineros el conflicto debe dirimirse por la vía ordinaria y no por vía de tutela, pues la acción de tutela se tiene para proteger derechos fundamentales y no derechos de carácter patrimonial.

Finalmente, concluyó que la acción de tutela solo procede en casos de amenaza inminente a los derechos fundamentales, razón por la cual resulta improcedente que se ordene a la entidad que representa a pagar incapacidades futuras que ni siquiera se han causado o que su reconocimiento económico corresponda a otra entidad y no a la EPS. Así las cosas, solicitó que se niegue la presente acción de tutela, toda vez que COOMEVA EPS ha cumplido con todas sus obligaciones.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Juez de instancia, después de hacer un análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema de improcedencia de la acción de tutela para reclamar acreencias laborales y el principio de inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción constitucional, señaló que el accionante dejó pasar un año y dos meses para presentar la solicitud del pago de las incapacidades, configurándose una desidia por parte de éste para luego transcurrido más del tiempo razonable pretenda por vía de tutela reclamar la vulneración al mínimo vital, sin que exista tal vulneración, pues le ha sido posible sobrevivir durante todo ese tiempo sin el auxilio de las incapacidades otorgadas.

Reiteró que no se puede alegar la vulneración al derecho fundamental al mínimo vital, puesto que, se pregunta el despacho, como subsistió desde el 17 de marzo de 2014, fecha inicial de las incapacidades, hasta la actualidad; situación que por demás torna improcedente el amparo deprecado. Además de ello, el accionante cuenta con la Jurisdicción Ordinaria Laboral para solicitar

el pago de las incapacidades que reclama a través de la presente acción constitucional.

En razón de lo anterior, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Montería, negó por improcedente la protección de los derechos fundamentales invocados por el señor JUAN BAUTISTA RESYES VILARDI.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el accionante impugnó la sentencia, argumentando que el Juez de primera instancia no tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional en la que se establece que la acción de tutela procede excepcionalmente cuando los recursos económicos pedidos por el actor sean la única fuente de sustento para sufragar las necesidades básicas de éste y su familia.

Afirmó que hasta la fecha no ha recibido pago alguno de sus incapacidades, pese a que insistentemente las ha solicitado, pues con esos dineros pretende cancelar todas las deudas que tiene, además es de la tercera edad con personas a cargo, no cuenta con otros recursos económicos para sufragar sus gastos; ya que debido a su situación le es imposible laborar y su estado de salud es cada vez más complejo, por lo que cada día su situación empeora.

Por esas razones, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, como consecuencia se conceda el amparo solicitado.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL
SALA PENAL DE DECISIÓN

La Constitución Política, en su artículo 86 y sus decretos reglamentarios 2591 de 1991 y 306 de 1992, se consagra la acción de tutela como el medio más eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales constitucionales, mediante un procedimiento ágil, residual y preferente, en los eventos en que tales derechos hayan sido vulnerados o amenazados por

acciones u omisiones de funcionarios o empleados públicos, o por particulares en los casos que especifica la ley, siempre que el agraviado no disponga de otro medio de defensa judicial para la protección de esos derechos.

Un derecho se vulnera cuando es lesionado el bien jurídico que constituye su objeto y se amenaza cuando ese bien jurídico, sin ser destruido, es puesto en trance de sufrir mengua, es decir, que la persona sin ser lesionada en su bien jurídico si está sujeta a la inmediata probabilidad de un daño.

De otra parte, para que sea procedente la acción de tutela, es requisito sine-qua-non que exista un hecho cierto, indiscutible y probado, que constituya la violación o la amenaza al derecho fundamental cuya protección se invoca.

En esta oportunidad, la Sala estudiará la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar acreencias laborales, más exactamente, el pago de incapacidades laborales, tal como lo plantea el accionante.

Una vez superado el examen de procedibilidad excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de incapacidades labores, el Tribunal, como problema jurídico, resolverá acerca de a quién le corresponde el pago de dichas incapacidades cuando superan los 540 días.

Sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de incapacidades laborales, la Honorable Corte Constitucional ha indicado lo siguiente:

"La procedencia de la acción de tutela cuando se reclama el reconocimiento y pago de incapacidades laborales. Reiteración de jurisprudencia.

La acción de tutela, como mecanismo de amparo de los derechos fundamentales no es procedente por regla general cuando existen otros medios de defensa judiciales para reclamar su protección. ***No obstante, el artículo 86 de la Constitución establece que esta deberá ser revisada por el juez de tutela cuando a pesar de existir otros procedimientos en***

la vía ordinaria se busque evitar la consumación de un perjuicio irremediable*, lo cual es desarrollado en el numeral 1º del artículo 6 del Decreto Estatutario 2591 de 1991. En este orden de ideas, corresponde a la Sala revisar cuáles son los mecanismos de defensa judiciales existentes en el ordenamiento de jurídico para solicitar el pago de incapacidades laborales así como la idoneidad y eficacia de los mismos cuando el accionante se encuentra en una situación de debilidad manifiesta. (…)*

No obstante, tratándose de incapacidades laborales la Corte ha entendido que 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. Sobre este particular, esta Corporación manifestó:

"El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia".

La Sala Sexta de revisión no comparte la idea según la cual el pago de incapacidades se constituye en una forma de remuneración por cuanto estas no son una contraprestación del trabajo realizado sino un pago ordenado por la Ley en virtud del principio de solidaridad. En efecto, la persona que se encuentra incapacitada no está trabajando o prestando un servicio por lo que sería impreciso hablar de una remuneración de algo que no está sucediendo. Sin embargo, el aparte citado es acertado en lo que se refiere a que estos pagos sustituyen al salario en el tiempo durante el cual la persona no puede

prestar sus servicios, constituyéndose en el medio para garantizar su sustento y el de su familia.

Estas consideraciones han sido reiteradas por la jurisprudencia reciente de este Tribunal, ***llegándose 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.*

La Corte se ocupó de un caso en el que una persona reclamaba el pago de unas incapacidades médicas de origen común. En esta ocasión, la Corte revisó la procedencia de la acción de tutela en los casos en que se reclamaban este tipo de prestaciones económicas:

"Así las cosas, esta Corporación ha procedido a ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela, cuando se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador, en la medida en que dicha prestación constituya la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades personales y familiares, ello sobre la base de que los mecanismos ordinarios instituidos para el efecto, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza".

Por otro lado, este Tribunal se pronunció sobre la posibilidad de ocurrencia de un perjuicio irremediable derivado de la falta de pago de las incapacidades laborales:

"Es así, como a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, esta Corporación ha reiterado, ***que cuando no se pagan oportunamente las***

incapacidades debidamente certificadas al trabajador y con ello se vulneran de paso derechos constitucionales, el juez de tutela se legitima para pronunciarse sobre el fondo del asunto con el fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar*".*

Sobre la posibilidad de afectación del mínimo vital de las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta por su precario estado de salud, la Corte indicó:

*"**Cuando quiera que no se paguen las incapacidades laborales de manera oportuna y completa, se afecta el mínimo vital del trabajador y el de su familia, razón por lo cual la acción de tutela es procedente**. la Corte ha sostenido 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. **Así mismo, es importante resaltar que los requisitos para la procedencia de la acción de tutela en tratándose del pago de acreencias laborales –como son las incapacidades laborales-, deben ser analizados con mayor flexibilidad, en atención a que los peticionarios son sujetos de especial protección constitucional**". (…)*

En conclusión, se tiene que si bien existen mecanismos de defensa judiciales en la vía ordinaria para ventilar las reclamaciones por prestaciones económicas

*garantizadas por el Sistema de Seguridad Integral, cuando estas versen sobre incapacidades laborales, le corresponde al juez de tutela verificar las circunstancias concretas del accionante en cuanto al hecho de que estas sean su única fuente de ingreso. De ser así, los asuntos sometidos al conocimiento del juez constitucional deberán revisarse de fondo ante la posibilidad de que el peticionario no pueda procurarse los medios de subsistencia para sí mismo y su familia y se vea obligado a trabajar sin estar en condiciones para ello". (*Negrillas del Tribunal)

La Honorable la Corte Constitucional, sobre el tema, emitió otro pronunciamiento en el siguiente sentido:

"PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA SOLICITAR EL PAGO DE INCAPACIDADES

Los artículos 86 de la Carta Política y 6° del Decreto 2591 de 1991, señalan que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o cuando se utilice como un mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Sin embargo, esta Corporación ha establecido que "un medio judicial únicamente excluye la acción de tutela cuando sirve en efecto y con suficiente aptitud a la salva-guarda del derecho fundamental invocado".

Tratándose del reconocimiento de incapacidades, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario para la protección de derechos fundamentales y por regla general, no es el medio idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones de tipo económico, como es el caso de las incapacidades laborales.

A su vez, la Corte Constitucional estableció que "el pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. No solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien

podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia".

De esa forma, este Tribunal reconoció la procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales ante la afectación de un derecho de carácter fundamental, como por ejemplo, la vida digna o el mínimo vital, debido a que con ello se permite la estabilización económica del trabajador, que durante este periodo puede vivir de manera digna. (…)

Adicionalmente, en la misma ocasión señaló que el incumplimiento en el pago de dicha prestación puede conllevar a que el accionante no consiga un estado de recuperación adecuado y opte por volver a trabajar ante la falta de ingresos. Además presentó dos casos en los que se recurrió a la tutela como un medio idóneo para solicitar el pago de incapacidades laborales. Al respecto indicó:

"Ahora bien, el derecho al pago de prestaciones económicas por incapacidades laborales no es, en sí mismo, un derecho fundamental. Por ese motivo, la acción de tutela no es en principio el medio judicial adecuado para perseguir el pago de la referida prestación. ***No obstante, si del derecho al pago de incapacidades laborales depende el goce efectivo, por ejemplo, del derecho fundamental al mínimo vital del trabajador y su familia, la tutela es procedente, pues se admite que, en esos casos (i) se busca de manera inmediata proteger un derecho fundamental y, además, (ii) evitar un perjuicio irremediable****". (…)"* (Negrillas del Tribunal)

De conformidad con los precedentes judiciales citados, se tiene que aunque existan otros mecanismos de defensa judicial, la acción de tutela, excepcionalmente, es procedente para reclamar el pago de acreencias laborales, en este caso, incapacidades laborales, cuando con la misma se busca evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, además de la protección de los derechos que se consideren vulnerados con el no pago, pues de acudir a la jurisdicción ordinaria sería someter al actor a una espera

injustificada haciendo más gravosa su situación, puesto que, como lo explica la Honorable Corte Constitucional, con el pago de las incapacidades laborales se le garantiza la estabilidad económica del trabajador y la de su familia, que por su condición se encuentra en una situación de debilidad manifiesta.

Principio de Inmediatez

Sobre este tópico considera oportuno la Sala precisar que si bien la primera incapacidad que se le generó al accionante data del 7 de marzo de 2014 lo cierto es que la afectación que con ello considera se ocasionó se ha mantenido durante el tiempo subsistiendo hasta la actualidad, de tal manera que resulta satisfecha su exigencia teniendo en cuenta lo que al respecto ha venido reiterando nuestra Honorable Corte Constitucional, como lo hizo dentro de la acción de tutela T – 332 de 2015, al señalar que:

"La Corte en Sentencia T-037 de 2013 ha señalado que la solicitud de amparo es procedente, cuando trascurrido un extenso lapso de tiempo entre la situación que dio origen a la afectación alegada y la presentación de la acción, sean analizadas las condiciones específicas del caso concreto, es decir, la valoración del requisito de inmediatez se vuelve menos estricto bajo las siguientes circunstancias:

> *"(i) La existencia de razones que justifiquen la inactividad del actor en la interposición de la acción. (ii) La permanencia en el tiempo de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante, esto es, que como consecuencia de la afectación de sus derechos, su situación desfavorable continúa y es actual. (iii) La carga de la interposición de la acción de tutela resulta desproporcionada, dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros".* (Negrillas de la Sala)

De conformidad con lo anterior resulta claro que el paso del tiempo per se no convierte en improcedente la acción constitucional de amparo cuando la

vulneración de los derechos se mantiene en el mismo, haciendo imperioso la intervención del Juez de tutela en aras de salvaguardar los derechos invocados, máxime cuando, como ahora ocurre, se satisfacen los presupuestos para valorar con mayor exigencia el requisito de inmediatez, lo que da respuesta al interrogante de la Juez de primera instancia sobre el particular tema. Así entonces, se concluye que la presente acción de tutela se torna procedente, por lo tanto la Sala hará el estudio del caso concreto, a fin de determinar si el señor JUAN BAUTISTA REYES VILARDI cumple los presupuestos exigidos para ordenar se le cancelen las incapacidades laborales.

Pues bien, en el caso concreto, tenemos que el accionante es una persona de 67 años de edad, el cual se encuentra incapacitado porque fue diagnosticado con TRASTORNO DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES NO ESPECIFICADO, LUMBAGO NO ESPECIFICADO, que según lo narrado por éste, no cuenta con los recursos económicos para sufragar sus gastos y los de su familia, pues actualmente no se encuentra laborando debido a las incapacidades que le generaron a causa de su patología, por lo tanto el único sustento económico con el que contaría serían los dineros que se le cancelen por concepto de las incapacidades laborales.

Como quiera que lo dicho por el actor no fue controvertido por parte de las entidades accionadas, se dará aplicación al principio de buena fe y se tendrá por cierto lo narrado por éste.

Así, respecto de la ocurrencia de un perjuicio irremediable, se tiene que eventualmente este se configuraría atendiendo a que afirma el actor durante todo el tiempo que ha estado incapacitado se ha visto obligado a hacer préstamos de dinero a particulares, a quienes les ha dicho que los cancelaría con el dinero recibido por concepto de incapacidades. Por tanto, al pasar el tiempo y no poder hacerlo, inevitablemente se enfrentará a un perjuicio irreparable, pues ni siquiera tendrá como costear sus necesidades básicas y no encontrará apoyo en quienes hasta ahora lo han ayudado, lo que afectará sus condiciones de vida haciendo mucho más grave su situación.

Recuerda el Tribunal que cuando una persona se encuentra incapacitada por una enfermedad sea de origen común o profesional es casi imposible que en esas condiciones pueda seguir laborando; además, no se puede pasar por alto que el actor es una persona de 67 años de edad, por lo que difícilmente podrá acceder al mercado laboral en nuestro país, precisamente por la situación en la que se encuentra, lo cual hace que se considere un sujeto de especial protección.

En ese orden, advierte esta Corporación que el señor JUAN BAUTISTA REYES VILARDI se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, pues al no contar en estos momentos con un empleo con el que pueda cubrir sus necesidades básicas y la de su familia, se ve afectado su mínimo vital y su dignidad humana, por lo tanto la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales que se alegan, pese a la existencia de los medios ordinarios, debido a que, como se dijo en líneas anteriores, acudir a un proceso laboral que podría tardar años a fin de reclamar el pago de las incapacidades, sería someter al accionante a una espera injustificada, haciendo más gravosa su situación.

Observa el Tribunal que sí estamos ante una afectación al mínimo vital del accionante, pues a causa de sus incapacidades no puede laborar en estos momentos, lo que le impide solventar las necesidades básicas de su familia, viéndose obligado a acudir a préstamos de dinero que no podrá cancelar por no tener como hacerlo y esos acreedores en algún momento harán efectivas las acciones legales para peticionar lo suyo, lo que innegablemente podría agravar no solo su salud física sino emocional, impidiendo su pronta recuperación.
Ahora bien, las empresas demandadas al momento de presentar sus descargos alegaron la carencia actual de objeto, pues habían cancelado el pago de las incapacidades que a ellas correspondían, sin que exista prueba de ello dentro del plenario; el despacho dispuso, mediante auto del 27 de febrero de 2017, oficiar a las entidades accionadas a fin de que presentaran la documentación que demostrara suficientemente el pago de las incapacidades laborales al señor JUAN BAUTISTA REYES VILARDI. Sin embargo, COLPENSIONES y

COOMEVA EPS no se pronunciaron al respecto, es decir, no aportaron los documentos en los cuales demostraran el pago de las incapacidades laborales al accionante, de los periodos que a cada una de ellas correspondía, motivo por el cual se da credibilidad al dicho del actor.

Es por lo anterior que se ordenará, SI AÚN NO LO HAN HECHO, el pago de las incapacidades laborales al accionante así:

1. Las incapacidades que se hayan generado a partir del tercer día hasta el día 180, serán asumidas por el EPS a la cual se encuentra afiliado el señor JUAN BAUTISTA REYES VILARDI, esto es, COOMEVA EPS.

Sobre el particular la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-364 de 2016, H.M.P doctor LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, expuso lo siguiente:

"(…) la entidad responsable del reconocimiento y pago de la referida incapacidad dependería de la duración de la misma.

De esta forma, si la incapacidad es igual o menor a 2 días, el pago debe ser asumido por el empleador. ***Si la incapacidad es mayor a 3 días, debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliado el trabajador hasta el día 180****, en los términos del parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, modificado por el Decreto Reglamentario 2943 de 2013 y, el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 "Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública."* (Negrillas Nuestras)

2. Las incapacidades que se hayan generado a partir del día 181 hasta el día 540, serán asumidas por la AFP, en este caso, COLPENSIONES.

Sobre el tema la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-140 de 2016, H.M.P doctor JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, se pronunció así:

"Esta Corporación ha reiterado ***que las incapacidades superiores a 180 días deben ser canceladas por la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el trabajador****. La anterior regla se deriva de la lectura del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que dispone que el Fondo de Pensiones tiene la posibilidad de postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días, adicionales a los primeros 180 días de incapacidad reconocidos por la EPS, y en ese lapso, el trabajador deberá recibir un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando, y esta circunstancia ha llevado a la Corte a concluir que es el Fondo de Pensiones el que debe asumir el pago de las incapacidades a partir del día 181, hasta la fecha en que se produzca el dictamen de invalidez."* (…)

Días de incapacidad / valor del subsidio	***Encargado***	***Norma***	***Comentario.***
181 a 540 */ la mitad del salario.*	*Administradora de Fondos de Pensiones*	*Ley 100, artículo 41, inciso 5.*	*Aun cuando exista calificación de la pérdida de la capacidad laboral y al trabajador se le haya decretado la incapacidad permanente parcial, la AFP deberá asumir el pago de las incapacidades que se sigan generando y que sean posteriores a los primeros 180 días que fueron cubiertos por la EPS. Sentencia T-920 de 2009.*

Ahora bien, en relación con el otro problema jurídico tratado, esto es, ¿a quién corresponde el pago de las incapacidades laborales que superan los 540 días? Tenemos que de la respuesta emitida por parte de COOMEVA EPS, se conoce que el accionante registra un total de incapacidades superiores a los 540 días, se contabilizan 1149 días de incapacidad, por lo tanto la EPS sostiene que no es la encargada de asumir el pago de dichas incapacidades, quedando la responsabilidad en cabeza de la AFP COLPENSIONES.

Por otro lado, COLPENSIONES sostiene que como las incapacidades otorgadas al actor superan los 540 días a quien le compete asumir la obligación de

cancelarlas es a la EPS a la cual se encuentre afiliado el usuario, en este caso, a COOMEVA EPS.

Sobre el tema la Honorable Corte Constitucional se pronunció al respecto en la Sentencia T-144 de 2016, H.M.P doctora GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO, en la cual indicó lo siguiente:

"***Incapacidades prolongadas más allá de 540 días.***

29. *Las eventualidades y responsabilidades en materia de incapacidades que superan los 180 días conducen a una evaluación por parte de las autoridades calificadoras acerca de la pérdida de capacidad laboral. Una vez efectuada la calificación, varios son los resultados posibles: a) No hay pérdida de capacidad laboral relevante para el Sistema General de Seguridad Social, esto es cuando el porcentaje oscila entre 0% y 5%. b) Se presenta una incapacidad permanente parcial, esto es cuando el porcentaje es superior al 5% e inferior al 50%. Y c) cuando el porcentaje es superior al 50%, esto es cuando se genera una condición de invalidez.*

30. *Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente, se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.*

Ahora bien ¿qué sucede con el empleado que, a pesar de tener una incapacidad permanente parcial, sigue con problemas de salud de tal índole que le impiden médicamente ejercer su trabajo? Es decir, ¿qué pasa cuando agotado todo el proceso antes relatado, el trabajador no obtiene un porcentaje superior al 50% de PCL, pero aun así continúa como acreedor de certificados médicos de incapacidad laboral, pasados los referidos 540 días? Estas preguntas se pueden aclarar desde dos puntos de vista:

31. *El* ***primero****, que apunta a reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado, en especial frente al* ***concepto de invalidez****. Lo anterior, pues según amplia*

jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, "… la invalidez es un estado que tiene relación directa con el individuo y con la sociedad en la cual se desenvuelve, ***el criterio de evaluación debe tener patrones científicos que midan hasta qué punto el trabajador queda afectado para desempeñar la labor*** *de acuerdo con las características del mercado laboral".*

De lo anterior se puede colegir que una persona que a pesar de no ser considerada técnicamente inválida, sigue incapacitada para trabajar con posterioridad a los 540 días, por motivos atribuibles a la razón primigenia de la incapacidad, debe contar con un mecanismo para reevaluar su porcentaje de habilidad para laborar, pues ese porcentaje está íntimamente relacionado con su labor u oficio. Sobre este punto se hará referencia más adelante.

32. *El* ***segundo*** *punto de vista, está relacionado con la desprotección que enfrenta una persona que recibe* ***incapacidades prolongadas más allá de 540 días*** *pues, en principio, no existía una obligación legal de pago de dichos certificados, en cabeza de ninguno de las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social, dejando al trabajador desprotegido. Esta situación fue inicialmente descrita por esta Corte mediante sentencia* ***T-468 de 2010****, y por su pertinencia se cita in extensu en esta ocasión:*

"…El trabajador es incapacitado por un término superior a los 540 días.

En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación legal en la materia, ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad, situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de Protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo. Ello sin perjuicio de lo estipulado en materia pensional.

Se tiene entonces, que en el anterior caso el trabajador quedaría desprovisto del pago de las incapacidades laborales después del día 541 (más no de las prestaciones en salud), por tanto, sin sustento económico para su congrua subsistencia. De igual manera, se vería privado de protección económica en el sistema integral de seguridad social, ante una eventual incapacidad parcial permanente, pues si la misma ha sido

de origen común, no tendrá derecho a indemnización, contrario a lo que sucede cuando la incapacidad permanente parcial tiene su origen en una enfermedad de origen profesional o en un accidente laboral.

De esta manera quedan plenamente identificadas dos situaciones en las que el Sistema de Seguridad Social Integral contemplado en la Ley 100 de 1993, dejó desamparado al trabajador que sufre una incapacidad prolongada o una incapacidad parcial permanente de origen común; esto configura un déficit de protección legal frente a los principios constitucionales (integralidad especialmente) que deben regir la seguridad social en nuestro Estado Social de Derecho."

Al resolver el caso concreto, la Corte en esa ocasión indicó que ni la EPS ni la AFP habían vulnerado los derechos fundamentales del entonces accionante, bajo la siguiente argumentación:

"A partir de la línea discursiva que se planteó en la parte dogmática de esta providencia, se estableció con meridiana claridad que en Colombia no hay una norma legal que estipule la obligación de reconocer el pago de las incapacidades por origen común que superen los 540 días. Desde este punto de vista se puede considerar que a la señora Torres Sánchez no se le ha vulnerado derecho alguno por parte del Sistema Integral de Seguridad social, ya que se le han reconocido más de los días estipulados en las normas pertinentes… (…)

No obstante, le asisten a la tutelante otros derechos derivados de la relación laboral vigente, a saber: que se le sigan haciendo los aportes a la seguridad social por parte del patrono y la posibilidad de reintegro una vez alcance su rehabilitación. De igual manera, le asiste la posibilidad de que sea nuevamente valorada para establecer la pérdida real de la capacidad laboral.

Desde esta perspectiva la Sala de Revisión considera que en este caso no hay vulneración de los derechos fundamentales invocados al constatarse que tanto la EPS Coomeva, como la Administradora de Fondos de Pensiones ING S.A., pagaron las incapacidades respectivas. De igual forma se aprecia que la Empresa Casa Limpia S.A., no ha incurrido en ninguna conducta que merezca reparo por parte de esta Corporación, al contrario, ha asumido el pago de las prestaciones sociales a favor de la demandante tal como lo establece el principio de solidaridad que rige nuestro sistema actual de seguridad social integral."

*Con posterioridad a esa sentencia la Corte emitió la **T-684 de 2010**, en la cual si bien se hicieron algunas consideraciones en torno al déficit de protección de los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, se decidió negar por improcedente la acción de tutela debido a que el caso concreto había sido resuelto por una sentencia anterior.*

*Aproximadamente tres años más tarde, la Corte profirió el fallo **T-876 de 2013**, en el cual reiteró el referido déficit de protección legal, en un caso en el cual analizó una pretensión que perseguía el pago de incapacidades superiores a los 540 días. Allí se indicó que "… la Sala de Revisión considera que en el sub examine no se configura la vulneración de los derechos fundamentales invocados, dado que tanto Saludcoop E.P.S., como la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., pagaron las incapacidades respectivas". En consecuencia, negó parcialmente el amparo y ordenó una nueva calificación al entonces accionante.*

***33.** Ahora bien ha de indicarse que al momento de resolver el caso concreto, el Juzgado de primera instancia en la presente acción de tutela citó como fundamento la sentencia **T-004 de 2014**, sin embargo, ella no constituye un precedente aplicable al caso concreto debido a que las situaciones fácticas no son equiparables.*

*Así, en esa ocasión, se amparó el derecho fundamental al mínimo vital de una persona a la cual le han expedido incapacidades laborales por más de 540 días como consecuencia de varios diagnósticos que habían redundado en **una pérdida de capacidad laboral del 51.77%**, sin que la EPS, la empresa accionada o la AFP hubieren pagado oportunamente las incapacidades prescritas, ni realizado los trámites para reconocer y pagar la pensión de invalidez. En ese caso existía un dictamen que ofrecía certeza de la imposibilidad de rehabilitación del accionante y una negligencia de las entidades en el trámite de su pensión, por tal razón se aplicó una interpretación constitucional del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, **que condicionaba el pago de las incapacidades superiores a los 540 por parte del fondo de pensiones, al trámite y reconocimiento de la pensión de invalidez a la que tenía derecho el actor**.*

Como se evidencia, en el presente asunto, el porcentaje de calificación de la invalidez, hasta ahora vigente, no puede ofrecer tal certeza.

34. *Ahora bien, retomando lo referente al déficit de protección legal para asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días que no tienen derecho a una pensión de invalidez, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la* ***Ley 1753 del 9 de junio de 2015*** *–Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, reguló lo referido al pago de las incapacidades superiores a los 540 días y estableció, en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de regular el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, dando soluciones a los dos puntos de vista analizados en los fundamentos 31 y 32 de esta sentencia.*

En efecto, el artículo 67 de la referida Ley 1753 de 2015, indicó:

"ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD*. La Entidad administrará los siguientes recursos: (…)*

Estos recursos se destinarán a:

a) El 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****. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades."*

Teniendo presente esta nueva normativa, es claro que en todos los casos futuros; esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la Ley –9 de junio de 2015–, el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar lo normado. Como se puede observar en la norma transcrita, ***el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de***

seguridad social en salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015".

En ese orden, no cabe duda que a quien le corresponde asumir el pago de las incapacidades laborales que superen los 540 días es a COOMEVA EPS y al negarse a cancelar estas incapacidades incurre en una violación a los derechos fundamentales del accionante, quien se encuentra en un estado de debilidad manifiesta.

En conclusión, encuentra la Sala que la presente acción de tutela resulta procedente como mecanismo transitorio para amparar los derechos fundamentales invocados, conforme lo disponen los artículos 7º y 8º del Decreto 2591 de 1991, es decir, hasta tanto se resuelva la situación de calificación de la capacidad laboral, para efectos de determinar si es candidato a reintegro laboral o por el contrario tiene derecho a una pensión de invalidez.

De conformidad con los argumentos antes expuestos, la Sala revocará la sentencia impugnada de naturaleza, fecha y origen conocidos, en su lugar tutelará los derechos fundamentales invocados en esta acción de tutela. En consecuencia se ordenará a COOMEVA EPS que, SI AÚN NO LO HA HECHO, realice el pago dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, al señor JUAN BAUTISTA REYES VILARDI, de las incapacidades laborales que se hayan generado a partir del tercer día hasta el día 180. Así mismo, se ordenará a COLPENSIONES que, SI AÚN NO LO HA HECHO, realice el pago dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, al señor JUAN BAUTISTA REYES VILARDI, las incapacidades laborales que se hayan generado a partir del día 181 hasta el día 540.

Las incapacidades que se hayan generado después del día 540 en adelante, les corresponderá pagar a COOMEVA EPS, SI AÚN NO LO HA HECHO, dentro del término de 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo.

Finalmente, se instará a las entidades accionadas, para que en un término no mayor de 15 días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia,

tramiten la calificación del estado de salud del accionante a fin de determinar su real capacidad laboral.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA, SALA PENAL DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR**,** la sentencia impugnada de naturaleza, fecha y origen conocidos. En su lugar TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana y seguridad social, de conformidad con los argumentos expuestos en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO.- Como consecuencia del punto anterior, ORDENAR a COOMEVA EPS que, SI AÚN NO LO HA HECHO, realice el pago dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, al señor JUAN BAUTISTA REYES VILARDI, de las incapacidades laborales que se hayan generado a partir del tercer día hasta el día 180.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que, SI AÚN NO LO HA HECHO, realice el pago, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, al señor JUAN BAUTISTA REYES VILARDI, de las incapacidades laborales que se hayan generado a partir del día 181 hasta el día 540.

CUARTO: ORDENAR a COOMEVA EPS que, SI AÚN NO LO HA HECHO, realice el pago, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, al señor JUAN BAUTISTA REYES VILARDI, de las incapacidades laborales que se hayan generado después del día 540.

QUINTO: INSTAR a COOMEVA EPS y a COLPENSIONES para que en un término no mayor de 15 días hábiles siguientes a la notificación de la presente sentencia, tramiten la calificación del estado de salud del accionante a fin de determinar su real capacidad laboral.

SEXTO.- ENVIAR copia de esta sentencia al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Montería, para su conocimiento y fines pertinentes.

SÉPTIMO.- Por Secretaría de la Sala, notifíquese la presente decisión en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

OCTAVO.- Remítase el expediente en tiempo oportuno, a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MANUEL FIDENCIO TORRES GALEANO

Magistrado ponente

VÍCTOR RAMÓN DIZ CASTRO

Magistrado

LÍA CRISTINA OJEDA YEPES

Magistrada

Eva Patricia Garcés Carrasco

Secretaria