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 Secretaría de esta Corporación.

Providencia: SENTENCIA DE TUTELA – 2ª Instancia – 16 de noviembre de 2016

Radicación Nro. : 66001-31-03-005-2016-00111-01

Accionante: ROMEL MEJÍA OCAMPO

Accionados: COLPENSIONES, EPS CAFESALUD

Proceso: Acción de Tutela – Sentencia que confirma el amparo otorgado por el *a quo*

Magistrado Ponente: JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

Tema: **DERECHO A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS, DIGNIDAD HUMANA, SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL / OMISIÓN DE PAGO DE INCAPACIDAD LABORAL / EL pago le corresponde a la EPS y no a COLPENSIONES / Se modifica la orden de primera instancia y se adiciona la sentencia exonerando a los demás vinculados /** “[…] dos situaciones requieren de la siguiente precisión y modificación. La primera, que como el pago de los subsidios de incapacidad respectivos están sujetos a un previo reconocimiento de tipo administrativo por parte de COLPENSIONES, la orden impartida en primera instancia debe recaer inicialmente en la Gerencia Nacional de Reconocimiento, según la normativa vigente, por ejemplo, el Acuerdo 063 de 2013 y la Resolución 039 de 2012, pues, solo a partir de dicho pronunciamiento es que la Gerencia Nacional de Nómina podrá ejecutar lo que resulte pertinente. En consecuencia, no se evidencia de su parte trasgresión actual de los derechos del demandante, con lo que la resolución debe ser revocada para en su lugar absolverla de la responsabilidad endilgada.

 Y en segundo término, se tiene que desde la vigencia del artículo 67 de la Ley 1753 de junio 9 de 2015, que vino a solucionar el intríngulis que existía en torno a qué entidad del SGSS correspondía el pago de las incapacidades, superados los 540 días, reguló que tal carga compete, en pro, del beneficio del afiliado a la EPS, que de todas formas obtendrá el reembolso del caso y, por consiguiente, se dispondrá modificar el aparte de la sentencia que dispone que el fondo de Pensiones asumirá todas las incapacidades que en el futuro se causen al actor, para delimitar que superado ese lapso, la obligación estará en cabeza de la EPS Cafesalud si para dicha época aún se encuentra como cotizante de la misma y no se ha definido lo atinente a una eventual pensión.”

**Citación jurisprudencial:** sentencia T-485 de 2010 / sentencia T-333 de 2013 / sentencia T-097 de 2015 / sentencia T-144 de 2016.

 **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Pereira, noviembre dieciséis de dos mil dieciséis

Expediente 66001-31-03-005-2016-00111-01

Acta N° 546 de noviembre 16 de 2016

Decide la Sala la impugnación interpuesta por **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 22 de septiembre último por el Juzgado Quinto Civil del Circuito local, en esta acción de tutela iniciada por **Romel Mejía Ocampo,** frente a la impugnante, a la que fueron citados los **Gerentes Nacional de Reconocimiento** y de **Defensa Judicial** de dicha administradora de pensiones, así como la **Gerencia regional de Cafesalud EPS,** y el representante legal seccional y la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones.

**ANTECEDENTES**

Por intermedio de apoderado judicial, Romel Mejía Ocampo, reclamó la protección de sus derechos fundamentales *“a la vida en condiciones dignas, dignidad humana, salud y seguridad social”*, vulnerados, dijo, por Colpensiones, como consecuencia de la omisión en el pago de unas incapacidades laborales otorgadas por el médico tratante.

Narró, en resumen, que se encuentra afiliado a la EPS Cafesalud del régimen contributivo y cotiza como independiente con base en el salario mínimo legal, lo que efectúa de manera ininterrumpida; actualmente padece de varias enfermedades degenerativas por lo que le fueron extendidas en forma continua incapacidades médicas a partir del 26 de mayo de 2015, las que fueron pagadas durante los primeros 180 días por su empresa afiliadora de salud hasta el 26 de noviembre de 2015; a partir de allí, solicitó las extendidas en forma ininterrumpida desde el 27 de noviembre hasta el 15 de febrero de 2016 y las otorgadas desde el 16 de febrero hasta el 13 de junio de 2016; previa solicitud para el pago de las mismas por parte de COLPENSIONES, le fue informado que las comprendidas entre el 27 de noviembre de 2015 y el 5 de marzo de 2016 no serían canceladas por tener pronóstico desfavorable de rehabilitación y se omitió pronunciamiento en torno a las restantes; su núcleo familiar se encuentra conformado por su compañera permanente e hija de 19 años de edad, la cual se encuentra desempleada y es él exclusivamente el pilar económico de ese grupo y, por tanto, la entidad accionada ha dejado en situación crítica la economía personal y familiar al negarse al reconocimiento de las prestaciones periódicas del caso.

Pidió, por tanto, el amparo de los derechos fundamentales reclamados y como consecuencia de ello, que se ordenara a COLPENSIONES el pago de las respectivas incapacidades y de las que se generen en el futuro, sin ninguna clase de dilaciones, atendiendo su enfermedad y los pocos recursos económicos que posee.

El despacho de primer grado dispuso el trámite de rigor con la citación de los Gerentes Nacional de Reconocimiento y de Defensa Judicial de dicha administradora de pensiones, así como la Gerencia regional de Cafesalud EPS Nueva EPS y Positiva Compañía de Seguros, el representante legal seccional y la apoderada judicial de Colpensiones, a quienes corrió traslado para que ejercieran su derecho de defensa.

Así lo hizo esta última entidad, por intermedio del Vicepresidente Jurídico y Secretario General, quien aludió al hecho de que Cafesalud EPS allegó el concepto de rehabilitación del afiliado; que solo están obligados al pago de subsidios por incapacidad desde el día 180 hasta el día 540 y siempre y cuando cuenten con un concepto de rehabilitación favorable, lo que no ocurre en este caso y ello hace inviable el reclamo pretendido, como quiera que el concepto del actor es desfavorable, y que por ello, la acción se torna improcedente.

Se dictó sentencia en primera instancia que dispuso tutelar los derechos invocados y le ordenó a los Gerentes Nacionales de Reconocimiento y Nómina de COLPENSIONES, efectuar los pagos que por incapacidades médicas reclama el actor, incluidas las que se emitan con posterioridad hasta que recupere su salud o se defina lo relativo a la pensión. Para ello, trajo a colación apartes jurisprudenciales sobre el derecho al mínimo vital y puso de relieve las precarias situaciones de salud y económica del demandante; igualmente, indicó que mientras se produce la calificación de invalidez del actor, es carga del fondo de pensiones asumir los pagos del caso.

Inconforme con esa decisión, impugnó la accionada con similares argumentos a los expuestos en la contestación al libelo.

**CONSIDERACIONES**

El constituyente colombiano introdujo desde 1991, en la Carta Política, la acción de tutela, como un mecanismo breve y sumario mediante el cual toda persona puede conseguir de un juez la protección de sus derechos fundamentales, siempre que ellos estén siendo vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad, o de un particular en determinados casos.

Aquí pretende el accionante la defensa del mínimo vital, la seguridad social y la dignidad humana, derechos vulnerados, dijo, por COLPENSIONES al no pagarle las incapacidades laborales otorgadas de manera continua e ininterrumpida, con ocasión de las patologías que presenta, y causadas luego del día 180.

 Es preciso señalar que no está en entredicho la expedición de tales incapacidades, ni su falta de pago. Y si bien la jurisprudencia tiene decantado que, en principio, la acción de tutela no es el medio idóneo para reclamaciones de tipo laboral o prestacional, ya que ha sido concebida como un mecanismo residual y subsidiario para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales y procede cuando no existe otro mecanismo de defensa o cuando existiendo el mismo es ineficaz para el goce pleno de los derechos, este bien puede considerarse como uno de esos especiales casos, en los que la situación se tiene que analizar desde la perspectiva de la vulneración del mínimo vital de una persona que por causa de una enfermedad general o profesional cae en incapacidades que le deben generar una retribución a cargo de alguna de las entidades del SGSSS, pero no se le reconocen, como en el presente caso, al decir de COLPENSIONES, por mediar un concepto de rehabilitación desfavorable, que es sobre lo cual descansará el análisis de la Sala.

Tiene dicho la Corte Constitucional[[1]](#footnote-1) que, al menos hasta el día 540, debe asumir esa carga el fondo de pensiones respectivo bien sea que medie o no un concepto favorable, siempre que se le haya hecho saber. Explicó el caso concreto así:

 “Interpretando las disposiciones mencionadas, la Corte ha mantenido el criterio pacífico de que el pago de las incapacidades laborales por enfermedad general que se causan a partir del día 181 corre por cuenta de la AFP, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se califique la pérdida de su capacidad laboral…

  El debate planteado en esta oportunidad remite, sin embargo, a un escenario distinto, que se enmarca en el ámbito de los cambios que introdujo el Decreto Ley 19 de 2012, *“por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública”* en relación con los procedimientos para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales. A continuación, la Sala precisará cuáles fueron esas modificaciones y evaluará su relevancia en la solución del asunto objeto de revisión.

 *El reconocimiento de las incapacidades laborales, tras la entrada en vigencia del Decreto Ley 19 de 2012*

 4.5. El artículo 121 del Decreto Ley Antitrámites les atribuyó a los empleadores la obligación de gestionar directamente, ante las EPS, el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La norma prohíbe trasladarles a los afiliados dicha carga y advierte que, para efectos laborales, estos deben informarle a su empleador sobre la expedición de la respectiva incapacidad o licencia.

 Más adelante, el artículo 142 le adicionó dos párrafos al artículo 41 de la Ley 100 de 1993, sobre el procedimiento de la calificación del estado de invalidez. Los nuevos párrafos son los siguientes:

 *“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.*

 *Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”.*

 4.6. Como se observa, el Decreto Ley 19 mantuvo en cabeza de las AFP la facultad de postergar el trámite de calificación de invalidez hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad, con la condición de que, *con cargo* al seguro respectivo, otorguen un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Eso significa, en principio, que las AFP siguen siendo las responsables del pago de las incapacidades que superen 180 días.

 Lo que cambió con la entrada en vigencia del estatuto antitrámites, el pasado 10 de enero de 2012, es que las AFP no tendrán que pagar las incapacidades subsiguientes a los 180 primeros días, cuando las EPS no expidan el concepto favorable de rehabilitación.

 Esto, lejos de inaugurar un nuevo régimen de responsabilidades sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en un evento de origen común -en los términos sugeridos por ING Pensiones al responder a la tutela promovida por el señor Bautista- lo que implica es un mayor compromiso de los empleadores y las EPS en la tarea de garantizar que el trabajador acceda oportunamente a esas prestaciones económicas, para que pueda asegurar su sustento y dedicarse a recuperar plenamente las condiciones de salud en virtud de las cuales podía desempeñar su empleo.”

 Como se desgaja de la foliatura, la entidad promotora de salud emitió el concepto de rigor, el 7 de octubre del año pasado, y las incapacidades que se reclaman fueron extendidas con posterioridad, lo que deja al descubierto la trasgresión de los derechos reclamados y conduce a determinar que el amparo en tal sentido debe ser confirmado, si se tiene en cuenta que la situación encaja en las orientaciones que la alta Corporación ha asentado sobre el particular y con las que compagina la Sala, por hallar en ellas un sustento más que suficiente en pro de las garantías constitucionales de las que gozan personas de especial protección, como bien puede catalogarse aquí al accionante, dada su condición de salud que lo ha mantenido al margen de la actividad laboral por un tiempo considerable en desmedro de su productividad económica.

 No obstante lo anunciado, dos situaciones requieren de la siguiente precisión y modificación. La primera, que como el pago de los subsidios de incapacidad respectivos están sujetos a un previo reconocimiento de tipo administrativo por parte de COLPENSIONES, la orden impartida en primera instancia debe recaer inicialmente en la Gerencia Nacional de Reconocimiento, según la normativa vigente, por ejemplo, el Acuerdo 063 de 2013 y la Resolución 039 de 2012, pues, solo a partir de dicho pronunciamiento es que la Gerencia Nacional de Nómina podrá ejecutar lo que resulte pertinente. En consecuencia, no se evidencia de su parte trasgresión actual de los derechos del demandante, con lo que la resolución debe ser revocada para en su lugar absolverla de la responsabilidad endilgada.

 Y en segundo término, se tiene que desde la vigencia del artículo 67 de la Ley 1753 de junio 9 de 2015, que vino a solucionar el intríngulis que existía en torno a qué entidad del SGSS correspondía el pago de las incapacidades, superados los 540 días, reguló que tal carga compete, en pro, del beneficio del afiliado a la EPS, que de todas formas obtendrá el reembolso del caso y, por consiguiente, se dispondrá modificar el aparte de la sentencia que dispone que el fondo de Pensiones asumirá todas las incapacidades que en el futuro se causen al actor, para delimitar que superado ese lapso, la obligación estará en cabeza de la EPS Cafesalud si para dicha época aún se encuentra como cotizante de la misma y no se ha definido lo atinente a una eventual pensión.

 Sobre lo prevenido en la nueva normativa anunciada, también ha expuesto la Corte Constitucional[[2]](#footnote-2):

“Incapacidades prolongadas más allá de 540 días.

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…

**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**

**(…)**

**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.”

 De donde surge que superado ese término de incapacidad corresponderá a la EPS asumir el pago respectivo. En ese sentido se modificará la decisión para imponer tal carga a esta entidad.

 Se adicionará igualmente el fallo para absolver a los demás vinculados al asunto, por no hallar de su parte trasgresión alguna a los derechos reclamados por el accionante.

#  DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

1. **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito local, en esta acción de tutela iniciada por **Romel Mejía Ocampo,** frente a la impugnante frente a la **Gerencia Nacional de Reconocimiento**, en cuanto concedió el amparo deprecado y le ordenó el pago de las incapacidades reclamadas, con excepción de la orden que en ese mismo sentido se extendió a la Gerencia Nacional de Nóminas, que se **revoca,** para, en su lugar, absolverla.
2. **MODIFICAR** el fallo, en cuanto a que cumplido el término de 540 días, será de cargo de la **EPS Cafesalud** el pago delas incapacidades que se le otorguen al afiliado, si para dicha época aún se encuentra cotizándole a ella.
3. Se **ADICIONA** la sentencia, para absolver a los demás vinculados al asunto.

Notifíquese  la decisión a las partes en la forma prevista en el artículo 5o. del Decreto 306 de 1992 y remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Los Magistrados,

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS DUBERNEY GRISALES HERRERA**

 En vacaciones compensadas

1. Sentencia T-485 de 2010. Línea que ha sido pacífica y mantenida en el tiempo como puede verse en los pronunciamientos sobre ese mismo particular, registrados en las Sentencias T-333 de 2013 y en la reciente T-097 de 2015, a cuya lectura se remite en gracia de la brevedad. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia [↑](#footnote-ref-2)