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 Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 4 de diciembre de 2017

Proceso: Tutela – Incapacidades - Confirma - Modifica

Radicación Nro. : 66001-31-18-001-2017-00085-01

Accionante: ADRIANA MARÍA ORREGO POSADA

Accionado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la EPS COOMEVA

Magistrado Ponente: EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

Temas: **MÍNIMO VITAL / DIGNIDAD HUMANA / CANCELACIÓN INCAPACIDADES LABORALES SUPERIORES A 180 DÍAS / CONCEDE / CONFIRMA / MODIFICA**  **-** Los incisos quinto y sexto del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 (modificado por art. 142 Decreto 19 de 2012), establecen que cuando exista concepto favorable de recuperación del afiliado, es decir, cuando se entienda que la incapacidad es de carácter temporal, los pagos por incapacidades de origen común que superen los 180 días deberán ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por un periodo de 360 días adicionales.

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

(…)

Encuentra la Sala que acertó el funcionario judicial de primer grado al tutelar los derechos fundamentales de la accionante frente a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y ordenarle el pago de las incapacidades del 5 de diciembre de 2016 hasta el 8 de marzo de 2017 , pues según lo reconoce la propia entidad accionada, la EPS COOMEVA el 8 de junio de 2016 le remitió certificado de rehabilitación (CRE) con concepto favorable (fls. 40-42), y pese a que existe ya un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral en firme (fls. 44-48), la jurisprudencia constitucional ha señalado que el pago de las incapacidades laborales mayores a 180 días corre a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador, por tanto le correspondía a la AFP el reconocimiento y pago de las incapacidades.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

Sala No. 5 de Asuntos Penales para Adolescentes

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, cuatro (4) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Acta Nº 639 de 04-12-2017

Referencia: 66001-31-18-001-2017-00085-01

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, frente a la sentencia proferida el día 24 de octubre de 2017, por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de esta ciudad, dentro de la acción de tutela promovida por la señora ADRIANA MARÍA ORREGO POSADA, contra dicha entidad y la EPS COOMEVA.

**II. ANTECEDENTES**

1. La accionante impetró el amparo constitucional al considerar que las entidades accionadas vulneran sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y salud.

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

2.1. Desde hace varios meses viene presentando una enfermedad general y al 7 de febrero de 2017 tenía un total de 442 días de incapacidad, de los cuales le cancelaron los primeros 180, pero la EPS COOMEVA le indicó que a partir de allí le correspondía a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

2.2. Se dirigió a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para el pago de sus incapacidades, sin que se haya pronunciado al respecto.

3. Pide, conforme a lo relatado la tutela de los derechos invocados y se ordene a la EPS COOMEVA o a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES cancele las incapacidades prescritas por sus médicos; y, que la primera emita concepto de rehabilitación integral.

4. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, que impartió el trámite legal.

4.1. El Representante Legal para Asuntos Judiciales de COOMEVA EPS SA, indicó que su afiliada acumuló al 8 de marzo de 2017 un total de 442 días. Informó que remitió concepto de rehabilitación favorable a COLPENSIONES el 8 de julio de 2016, por lo que el reconocimiento de incapacidades mayores a 180 días está a cargo de la AFP.

Termina solicitando se deniegue por improcedente la acción de tutela pues no ha vulnerado derechos fundamentales a la accionante y el origen de la controversia es económico, para lo cual existen otros mecanismos de defensa; además, que se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que no es la llamada a garantizar el reconocimiento de las incapacidades superiores a 180 días. (fls. 10-13).

4.2. COLPENSIONES guardó silencio.

**III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La profirió el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, que concedió el amparo constitucional, al considerar que la AFP COLPENSIONES, vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital y dignidad humana de la señora ADRIANA MARÍA ORREGO POSADA, al negarse a reconocer y pagar las incapacidades superiores a 180 días iniciales, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la cual, se debe partir de una interpretación del artículo 23 del decreto 2463 de 2001, de manera que resulte acorde a la Constitución, cuando se trate de incapacidades laborales a causa de enfermedad general.

Ordenó el funcionario judicial a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, que en el término de 5 días hábiles, proceda a liquidar y pagar, las incapacidades generadas desde el 5 de diciembre de 2016 hasta el 8 de marzo de 2017, adeudadas a la accionante. Desvinculó a la EPS COOMEVA (fls. 20-24).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

El fallo fue impugnado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, señaló que la EPS COOMEVA emitió concepto de rehabilitación favorable el 11 de mayo de 2016, notificado a esa entidad el 8 de junio de ese mismo año, que el día 180 de incapacidad fue el 25 de mayo de 2016, por lo que se tiene que la mencionada EPS no cumplió con el término legal dispuesto para remitir el concepto de rehabilitación (CRE), y por ende, solo tendría que pagar incapacidades a partir del 8 de junio de 2016; no obstante, la accionante no reporta periodos efectivamente cotizados a pensión a partir del mes de junio de 2016, razón por la cual no procede el pago.

Aunado a lo anterior, la accionante ya fue calificada en primera oportunidad por Colpensiones, quien emitió dictamen el 10 de junio de 2016, mediante el cual se calificó la pérdida de capacidad laboral en un 33.21%, con fecha de estructuración del 10 de marzo de 2016, mismo que se encuentra en firme, por lo que tampoco procede el reconocimiento de incapacidades a partir de la fecha de su expedición. Termina solicitando se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se declare improcedente la acción de tutela contra esa entidad. (fls. 28-33).

**V. CONSIDERACIONES**

1. Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió el fallo atacado. (Art. 86 C.P., Decreto 2591 de 1991 y Decreto 1382 de 2000).

2. De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, la decisión adoptada en primera instancia y la impugnación, corresponde a la Sala resolver si la EPS COOMEVA o la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES vulneran los derechos invocados por la accionante, al negarse a pagarle las incapacidades que superan los 180 días, como lo decidió el a quo frente a esta última.

3. En reiteradas consideraciones la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, ha llegado a la conclusión de que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital y la salud, cuando el peticionario se ve desprovisto del pago de las incapacidades médicas. Esto, aun cuando el conocimiento de las reclamaciones concernientes a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social Integral corresponda, en principio, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social. El alto Tribunal ha entendido que, tratándose de incapacidades laborales, estos pagos se constituyen en el medio de subsistencia de la persona que como consecuencia de una afectación en su estado de salud ha visto reducida la capacidad de procurarse por sus propios medios los recursos para su subsistencia y la de su familia[[1]](#footnote-1).

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

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

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

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

7. En relación con la responsabilidad en el pago de las incapacidades, originadas en enfermedad no profesional, superiores a los 180 días iniciales y con posterioridad a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, ha explicado la Corte Constitucional[[2]](#footnote-2):

*“15. Y, finalmente, al Fondo de Pensiones al cual se encuentre afiliado el trabajador le corresponde pagar las incapacidades en otras hipótesis. Así ocurre, por ejemplo, si de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador posterga el trámite de calificación ante las Juntas de Calificación de Invalidez (lo cual puede hacer hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad otorgada por la EPS), entonces le debe conceder al trabajador un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando. Algo similar ocurre, incluso cuando se ha verificado que el trabajador definitivamente no tiene derecho a pensionarse por invalidez, porque la calificación de su pérdida de capacidad laboral es inferior al cincuenta por ciento (50%), pues en esa hipótesis sigue siendo el Fondo de Pensiones quien corra con la obligación de pagar las incapacidades laborales. Así lo ha dicho la Corte, por ejemplo, en la sentencia T-212 de 2010, en la cual se resolvió que el Fondo de Pensiones era quien debía pagar las incapacidades causadas después de ciento ochenta (180) días de incapacidad, a pesar de que el trabajador ya hubiera sido calificado con un porcentaje inferior al cincuenta por ciento (50%):*

*“[a]hora bien, en los casos en que la incapacidad laboral no da lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez porque la calificación es inferior al 50%, ¿A quién le corresponde asumir el pago de las incapacidades a partir del día 181?*

*La jurisprudencia constitucional ha señalado que el pago de las incapacidades laborales mayores a 180 días corre a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador.”*

*16. Esta conclusión no cambia, por supuesto, cuando el trabajador obtiene una calificación de su invalidez que supera el cincuenta por ciento (50%), si está a la espera de que se decida si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. En una hipótesis de esa naturaleza, con mayor razón debe responderse con solidaridad ante la disminución física, síquica o sensorial de quien ha sufrido semejante pérdida en sus capacidades laborales, y reconocerle el derecho a recibir una suma de dinero periódica para garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas más importantes. Por lo tanto, mientras se decide lo correspondiente al derecho del accionante a recibir la pensión de invalidez, debe ser también el Fondo de Pensiones al cual se encuentre afiliado el trabajador quien corra con las incapacidades laborales, aunque se hayan causado después de ciento ochenta (180) días de incapacidad.”*

**VI. EL CASO CONCRETO**

1. En el asunto bajo estudio, la señora ADRIANA MARÍA ORREGO POSADA, interpuso acción de tutela al considerar que las entidades accionadas, vulneran sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y salud, al negarse a pagarle las incapacidades que superan los 180 días.

2. Como ya se dijo, el fallo de primera instancia amparó los derechos fundamentales incoados e impartió la orden a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de reconocer y pagar las incapacidades generadas desde el 5 de diciembre de 2016 hasta el 8 de marzo de 2017.

3. Encuentra la Sala que acertó el funcionario judicial de primer grado al tutelar los derechos fundamentales de la accionante frente a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y ordenarle el pago de las incapacidades del 5 de diciembre de 2016 hasta el 8 de marzo de 2017[[3]](#footnote-3), pues según lo reconoce la propia entidad accionada, la EPS COOMEVA el 8 de junio de 2016 le remitió certificado de rehabilitación (CRE) con concepto favorable (fls. 40-42), y pese a que existe ya un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral en firme (fls. 44-48), la jurisprudencia constitucional ha señalado que el pago de las incapacidades laborales mayores a 180 días corre a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador, por tanto le correspondía a la AFP el reconocimiento y pago de las incapacidades.

4. Así las cosas, con fundamento en razones de orden legal y constitucional, la Sala confirmará la sentencia impugnada; aunque ha de advertirse que el Juzgado concedió la tutela, no solo contra la Dirección de Medicina Laboral, sino también frente a otras dependencias de COLPENSIONES, que no están en la obligación de dar solución a lo pretendido por la accionante, esto es, la Presidencia, la Vicepresidencia de Operaciones, la Gerencia de Determinación de Derechos, la Dirección de Prestaciones Económicas y la Dirección de Acciones Constitucionales (Acuerdo 108 y Resolución 131 de 2017), por lo que han de confirmarse los ordinales primero, tercero, cuarto y quinto del fallo de tutela y modificar el segundo, para excluirlas de la orden emitida en este asunto.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala No. 5 de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero:** CONFIRMAR los ordinales primero, tercero, cuarto y quinto de la sentencia proferida el 24 de octubre de 2017, por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira, dentro de la presente acción de tutela, por lo indicado en la parte motiva.

**Segundo**: MODIFICAR el ordinal segundo del citado fallo, excluyendo de la orden a la Presidencia, la Vicepresidencia de Operaciones, la Gerencia de Determinación de Derechos, la Dirección de Prestaciones Económicas y la Dirección de Acciones Constitucionales de COLPENSIONES.

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

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

Notifíquese y cúmplase,

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

1. Sentencia T-140 de 2016 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-404 de 2010. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver certificados de incapacidades obrantes a folios 4 y 5 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-3)