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.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

****

**PEREIRA RISARALDA**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Radicación No.: 66001-31-05-001-2017-00242-01

Proceso: Tutela 2º Instancia

Accionante: Oscar Javier Gañan Rodríguez

Accionado: AFP Colfondos S.A., Servicio Occidental de Salud SOS, ARL Positiva S.A., Edificio Esteban Valencia PH y Compañía de Seguros Bolivar S.A.

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

Tema: **Incapacidad laboral de origen común;** con arreglo al Decreto 2943 de 2013, el pago de las incapacidades laborales de ese tipo – común- están a cargo de los empleadores los dos (2) primeros días, y con posterioridad a éstos y hasta el día ciento ochenta (180) de las entidades promotoras de salud EPS. Y cuando la incapacidad se prolongue más allá del día ciento ochenta (180), son las Administradoras de Fondo de Pensiones las responsables de su pago por trescientos sesenta (360) días adicionales a los ciento ochenta (180), hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de capacidad laboral, siempre que la EPS respectiva haya emitido el concepto favorable de rehabilitación, pues de no haberlo hecho, le corresponderá a ésta última pagar con sus propios recursos, el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal hasta que se emita el concepto en mención. Así lo establece el artículo 142 del Decreto 19 de 2012 y el artículo 206 de la Ley 100/93. En cuanto al concepto favorable, las EPS están obligadas a emitirlo, si a ello hubiere lugar, antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo a la AFP correspondiente donde se encuentre afiliado el trabajador, antes del día ciento cincuenta (150), so pena de, como se dijo precedentemente, cancelar la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iníciales con cargo a sus propios recursos.

Pereira, veintisiete de julio de dos mil diecisiete (2017).

### Acta número \_\_\_ del 27 de julio de 2017.

Procede la Sala de Decisión Laboral de este Tribunal a resolver la impugnación, contra la sentencia dictada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda), el 7 de junio del presente año, dentro de la acción de tutela promovida por *Oscar Javier Gañan Rodríguez* en contra de la *AFP Colfondos S.A., ARL Positiva S.A., ervicio Occidental de Salud SOS,* y como vinculados el *Edificio Esteban Valencia PH y, la Compañía de Seguros Bolívar S.A.,* por la presunta violación de los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital.

El proyecto presentado por el ponente, fue aprobado y corresponde a la siguiente,

*I- SENTENCIA.*

*1. Hechos jurídicamente relevantes.*

Relata el accionante que ha estado incapacitado por más de 180 días dado el notable deterioro de su salud; que padece las secuelas del accidente de trabajo que sufrió el 9 de agosto de 2016, el cual fue debidamente reportado ante la ARL Positiva; que la pérdida de su capacidad laboral fue calificada en un primera oportunidad como de origen común, y que pese a que presentó inconformidad presentando los recursos de reposición y en subsidio el de apelación para ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, no se le dio el trámite correspondiente en razón a que los documentos solicitados por el ente calificador no fueron remitidos; que presentó ante la ARL Positiva un derecho de petición solicitando información acerca del trámite del recurso ante la Junta Regional de Calificación, sin embargo solo obtuvo evasivas; que su empleador ha venido cancelando las incapacidades hasta el 30 de abril de 2017, empero, que las entidades responsables no han reconocido ni pagado las generadas con posterioridad, las cuales son su único sustento de vida, pues padece una condición de inmovilidad y limitación que le impide realizar una actividad laboral independiente.

Por consiguiente, solicita que se amparen los derechos fundaentales invocados como vulnerados y se ordene: (i) a la entidad de seguridad social que corresponda, reconocer y pagar las incapacidades generadas a su favor hasta tanto se defina su situación de invalidez o condición de salud; y (ii) a la ARL Positiva S.A. responder en forma clara, precisa y de fondo la petición presentada y, remitir los documentos necesarios para que su caso sea conocido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda.

*2. Actuación procesal.*

Admitida la tutela, se dio traslado a la ARL Positiva, quien dio respuesta indicando que la devolución del caso por parte de la Junta Regional de Risaralda, se dio ante la necesidad de que se aportara con el expediente un informe de investigación sobre el accidente, el cual pese haber sido requerido al empleador del accionante, mediante oficios del 17 de noviembre de 2016 y 16 de mayo del año en curso, jamás fue allegado. Aduce que el evento acaecido por el actor fue calificado como de origen común, razón por la que es la EPS o la AFP accionadas a quienes les corresponde garantizar las prestaciones económicas que se solicitan.

Por su parte, la EPS SOS allegó respuesta indicando que ha acatado todas las normas que rigen el Sistema de Seguridad Social en salud, las cuales cita y trae a colación, sin que haya vulnerado derecho fundamental alguno del peticionario.

Colfondos S.A. indicó que el accionante no ha radicado ante esa entidad solicitud alguna de reconocimiento del auxilio de incapacidad laboral; que la EPS accionada únicamente radicó el concepto favorable de rehabilitación, sin aportar los documentos requeridos para que se pueda adelantar la calificación integral del paciente, en cumplimiento del artículo 142 del Decreto 019 de 2012; y que la AFP no cancela incapacidades, pues aquellas son cubiertas por la aseguradora que asumió el riesgo previsional, en este caso, la Compañía Aseguradora Bolívar S.A.

Por último, el Edificio Esteban Valencia PH y, la Compañía de Seguros Bolívar S.A., allegaron escrito de contestación en forma extemporánea.

*3. Sentencia de primera instancia.*

La *a-quo* dictó sentencia de fondo por medio de la cual concedió el amparo solicitado, emitiendo las siguientes ordenes (i) que el empleador Edificio Esteban Valencia PH proceda a remitir con destino a la ARL Positiva el informe de investigación sobre accidente del accionante, en aras de que esa entidad continúe con el trámite del recurso de apelación ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda; (ii) que la EPS SOS remita con destino a la AFP Colfondos S.A., la documentación que ésta requiere para adelantar el estudio del auxilio de incapacidades superiores a 180 días, debiendo además cancelar las incapacidades causadas entre el 12 de mayo y el 10 de junio de 2017 y las que se causen con posterioridad hasta tanto cumpla la obligación antes referida; (iii) que el accionante allegue a la AFP accionada la certificación bancaria para efectos de la cancelación de las prestaciones económicas a que hubiere lugar, y (iv) a la AFP Colfondos S.A. a que una vez reciba la documentación por parte de la EPS SOS, adelante a través de la Aseguradora Bolívar S.A., el estudio del auxilio de incapacidad del accionante, y materialice el pago de las prestaciones económicas que le correspondan.

*4. Impugnación.*

La EPS SOS impugnó la decisión, aduciendo que por tratarse de un evento derivado de un accidente o enfermedad laboral es la ARL quien debe responder por el pago de las prestaciones que se reclaman, careciendo entonces la EPS de legitimación en la causa por pasiva. Indica que no comprende qué tipo de documentación espera el despacho que remita, pues el accionante ya se encuentra en proceso de calificación y es la ARL quien debe remitir la documentación pertinente.

*II- CONSIDERACIONES.*

*1. Competencia.*

Esta Colegiatura es competente para resolver la impugnación presentada por la parte accionada, en virtud de los factores funcional y territorial.

*2. Problema Jurídico*

*¿Es procedente la acción de tutela para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales? En caso positivo,*

*¿A qué entidad del Sistema de Seguridad Social Integral le corresponde asumir el pago de la incapacidad del actor, generada entre el 12 de mayo y el 10 de junio de 2017 y las que se causen con posterioridad, existiendo concepto favorable de rehabilitación?*

*3. Desarrollo de la problemática planteada:*

La acción de tutela, contenida en el artículo 86 de la Carta Política, tiene como objeto la protección pronta y eficaz de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos se vean afectados o conculcados, dotando al Juez de las herramientas necesarias para tomar todas las medidas pertinentes para salvaguardarlos.

Y si bien, la Corte Constitucional ha establecido que por regla general la acción de tutela como mecanismo de amparo de los derechos fundamentales no procede cuando existen otros medios de defensa judicial, también ha indicado que sí 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 incapacidades, 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.[[1]](#footnote-1) Ello, por cuanto tal prestación sustituye el salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores y permite su estabilización económica por ser la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su grupo familiar, amén de que la tutela busca evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Pues bien, al hacer un análisis de los elementos fácticos y probatorios, la Sala encuentra que en el caso puntual, la acción de tutela es procedente, en la medida en que el accionante ha afirmado, sin oposición de su contraparte, que se encuentra en condiciones deplorables de salud, que él y su familia dependen enteramente de sus ingresos, pues su compañera permanente labora en forma esporádica en la venta de productos por catálogo, y que por ende, que requiere la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, pues el no pago de las incapacidades médicas le impiden proveer su sustento económico y el de su núcleo familiar.

De ahí que la Sala infiera que como consecuencia de su estado de salud y la falta de recursos, el peticionario pueda encontrarse expuesto a la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, no sólo por su estado de incapacidad temporal sino que ante la falta de recursos podría verse obligado a trabajar poniendo en riesgo su integridad física.

Aclarado lo anterior, la Sala centrará su análisis en la impugnación presentada por la EPS SOS, respecto al pago de las incapacidades médicas generadas en favor del actor. Para tal fin, interesa resaltar los supuestos fácticos indiscutidos en el proceso y que sirven de base a la decisión que se adopta.

Ellos son: (i) que el accionante sufrió un accidente de trabajo el 9 de agosto de 2016, el cual fue reportado al empleador sólo hasta el día 1º de septiembre de ese mismo año –fl.252 y 257-; (ii) que ha presentado incapacidades temporales para trabajar desde el 17 de agosto de 2016 hasta el 30 de abril de 2017, y que su empleador Edificio Esteban Valencia PH ha asumido el pago integral de las mismas –fl.21 y 233 y ss.- (iii) que el 9 de mayo del año en curso, la IPS Comfandi expidió un nuevo certificado de incapacidad médica por 30 días, con inicio a partir del 12 de mayo y hasta el 10 de junio de 2017 –fl.8-; (iv) que la ARL Positiva S.A. mediante dictamen No. 1423939 del el 12 de octubre de 2016 calificó en una primera oportunidad el evento reportado por el accionante, estableciendo la contingencia como de origen común bajo el diagnóstico “M755 síndrome de pinzamiento estadio 2 del hombro derecho (causa no especificada)”– fl.33 a 35; y (v) que el 19 de diciembre de 2016 la EPS SOS emitió concepto de rehabilitación favorable y lo remitió a la AFP Colfondos S.A. –fl.21 vto-.

Así las cosas, partiendo de la base de que en una primera oportunidad la ARL Positiva determinó que el evento reportado el 9 de agosto de 2016, era de origen común, es del caso precisar que con arreglo al Decreto 2943 de 2013, el pago de las incapacidades laborales de ese tipo – común- están a cargo de los empleadores los dos (2) primeros días, y con posterioridad a éstos y hasta el día ciento ochenta (180) de las entidades promotoras de salud EPS. Y cuando la incapacidad se prolongue más allá del día ciento ochenta (180), son las Administradoras de Fondo de Pensiones las responsables de su pago por trescientos sesenta (360) días adicionales a los ciento ochenta (180), hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de capacidad laboral, siempre que la EPS respectiva haya emitido el concepto favorable de rehabilitación, pues de no haberlo hecho, le corresponderá a ésta última pagar con sus propios recursos, el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal hasta que se emita el concepto en mención. Así lo establece el artículo 142 del Decreto 19 de 2012 y el artículo 206 de la Ley 100/93.

En cuanto al concepto favorable, las EPS están obligadas a emitirlo, si a ello hubiere lugar, antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo a la AFP correspondiente donde se encuentre afiliado el trabajador, antes del día ciento cincuenta (150), so pena de, como se dijo precedentemente, cancelar la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iníciales con cargo a sus propios recursos.

En el sub-lite, se tiene que la EPS SOS emitió el concepto médico de rehabilitación favorable del accionante con destino a la AFP Colfondos S.A., el día 19 de diciembre de 2016, es decir, en el día 122 de incapacidad temporal, razón por la que la obligación de cancelar el subsidio económico de las incapacidades reclamadas por el accionante desde 12 de mayo de 2017 en adelante, y generadas con posterioridad al día 181, radica en cabeza de la AFP Colfondos S.A., hasta tanto el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine su pérdida de capacidad laboral.

Ahora, como en este asunto se encuentra en controversia el origen del evento, pues el accionante apeló ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda el dictamen emitido por la ARL Positiva, el pago de la incapacidad temporal reclamada deberá seguir siendo cubierta por la AFP Colfondos S.A., hasta que exista un dictamen en firme por parte de ese ente calificador que resuelve la apelación, pues sólo a partir de allí podrá adelantar los respectivos reembolsos y la ARL Positiva deberá reconocer al trabajador la diferencia respectiva en caso de que el dictamen en firme indique que correspondía a un evento de origen laboral.

Así las cosas, resulta claro para la Sala que la EPS Servicio Occidental de Salud SOS cumplió con lo concerniente de emitir el concepto de rehabilitación, conforme al artículo 12 del Decreto Ley 1295 de 1994. De allí que sea el Fondo de Pensiones a quien corresponde asumir el pago de las incapacidades suscitadas a partir de mayo de 2017 y las que se sigan generando, hasta que se defina en forma definitiva el origen del evento ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Por lo expuesto, se modificara el ordinal 3º de la sentencia impugnada, en el sentido de ordenar a la AFP Colfondos S.A. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, proceda a pagar las incapacidades generadas en el mes de mayo al accionante, y las que se sigan generando con posterioridad, hasta tanto el afiliado restablezca su salud o se profiera dictamen en firme por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, respecto de la calificación del origen del evento.

En mérito de lo expuesto***,*** *el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,* administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

*RESUELVE*

*1º. Modificar* el ordinal 3º delfallo impugnado, proferido el 7 de junio de 2017 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela de la referencia, en el sentido de ordenar a la AFP Colfondos S.A. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, proceda a pagar las incapacidades generadas en el mes de mayo al accionante, y las que se sigan generando con posterioridad, hasta tanto el afiliado restablezca su salud o se profiera dictamen en firme por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, respecto de la calificación del origen de la contingencia.

2º Confirma todo lo demás.

*2. Notificar* la decisión por el medio más eficaz.

*3. Remitir* el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Magistrado Ponente

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada Magistrada

Alonso Gaviria Ocampo

Secretario

1. Sentencia T 140/2016 Corte Constitucional [↑](#footnote-ref-1)