El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia del 23 de mayo de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-002-2019-00130-01

Proceso: Acción de tutela

Accionante: Jorge Hernán Restrepo Cardona

Accionado: Colpensiones y Salud Total E.P.S.

Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA PARA ORDENARLO / CONCEPTO DESFAVORABLE DE REHABILITACIÓN / CORRESPONDE EL PAGO AL FONDO DE PENSIONES.**

“El mecanismo idóneo para solucionar las controversias sobre el reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, corresponde a la justicia ordinaria. Sin embargo, cuando el pago de incapacidades laborales constituye el único medio para la satisfacción de necesidades básicas, la acción de tutela también se convierte en mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al mínimo vital. En síntesis, la Corte Constitucional ha reconocido que la interposición de acciones de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales es procedente, aun cuando no se han agotado los medios ordinarios de defensa, cuando de la satisfacción de tal pretensión dependa la garantía del derecho fundamental al mínimo vital”.

Concepto desfavorable de rehabilitación en el pago de incapacidades médicas. Este es un punto que ha suscitado múltiples pronunciamientos del máximo órgano de la jurisdicción constitucional, entre ellos en la sentencia T- 401 de 2017, en la que manifestó:

“…cabe indicar que la norma legal referida no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado…

“… a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009 que las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones.”

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_**

**(Mayo 23 de 2019)**

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra el fallo proferido el 10 de abril de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por **Jorge Hernán Restrepo Cardona** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** y **Salud Total EPS,**  por medio de la cual solicita que se amparen sus derechos al mínimo vital, la salud, y a la vida.

#### La demanda

 El aludido accionante solicita que se tutelen sus derechos al mínimo vital, la salud y la vida, y en consecuencia, se le ordene a la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** que realice el pago de las incapacidades adeudas a la fecha, esto es desde el 16 de febrero y el 5 de abril de 2019, y las que se han seguido generando.

Para fundar dichas pretensiones indicó que es una persona de 58 años de edad, a la cual le fue diagnosticado depresión moderada con ceguera en su ojo izquierdo e hipertensión arterial, siendo incapacitado ininterrumpidamente desde el 15 de agosto de 2018 hasta el 5 de abril de 2019.

Manifestó que las incapacidades generadas por la E.P.S. Salud Total le fueron canceladas en su totalidad, exceptuando las incapacidades autorizadas desde el 14 de febrero de 2019 hasta el 28 de febrero del mismo año, ya que la referida EPS solo le canceló 2 días, bajo el argumento de haber llegado al tope de los 180 días en donde a partir del día 181 le correspondería el pago a la AFP a la que se encuentra afiliado el accionante.

Aduce que se le adeudan las incapacidades correspondientes a los restantes 13 días de la incapacidad No. P8170985, las generadas bajo el No. P8200580 del 1º al 6 de marzo de 2019 y la No. P8215451 del 7 de marzo al 5 de abril de 2019.

Sostiene que al momento de exigir el pago de las incapacidades, éstas fueron negadas sin fundamento alguno, ya que si bien aportó todos y cada uno de los documentos requeridos por Colpensiones, éstos no pudieron ser radicados ya que según la funcionaria encargada presentaban una serie de inconsistencias relacionadas al nombre del médico y la entidad que las generó.

#### Contestación de la demanda

 **Salud Total E.P.S.- S.A**

Aduce que realizó la transcripción, liquidación y pago de las incapacidades generadas al señor Restrepo Cardona hasta que éste cumplió 180 días, es decir hasta el 15 de febrero de 2019, correspondiéndole a la AFP a la que estaba afiliado el actor continuar con el pago a partir del día 181, esto es, desde el 16 de febrero de 2019 y las que se generen a partir de esa fecha.

 Asimismo manifestó que carece de legitimación en la causa por pasiva, ya que además de que no ha vulnerado derecho fundamental alguno, no es la entidad llamada a resolver la petición que en la presente acción de tutela se formula, por cuanto es Colpensiones la entidad directamente accionada y quien debe satisfacer los presupuestos que motivaron la causa del presente amparo constitucional.

 **Colpensiones**

Señaló que lo pedido por el accionante no es jurídicamente procedente, toda vez que la E.P.S. a la que se encuentra afiliado el señor Restrepo Cardona, emitió Certificado de Rehabilitación con concepto desfavorable y el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, establece como uno de los requisitos para otorgar el subsidio de incapacidad, que dicho concepto debe ser favorable.

 Siendo así, manifestó que no resulta viable reconocer el pago de obligaciones no contraídas y no exigibles por parte del actor, como lo es en el caso del pago de incapacidades superiores al día 181 sin que obre concepto favorable de rehabilitación del afectado.

#### Providencia impugnada

La Jueza de primer grado tuteló el derecho al mínimo vital del señor Jorge Hernán Restrepo Cardona y, en consecuencia, ordenó a COLPENSIONES cancelar las incapacidades reconocidas desde el 16 de febrero de 2019 hasta el 5 de abril de 2019, fecha de la última incapacidad, así como las que sean prescritas hasta tanto se le reconozca la pensión de invalidez. Igualmente exoneró de toda responsabilidad a Salud Total E.P.S. S.A.

Para llegar a tal conclusión la A-quo argumentó que en este asunto la acción de tutela resulta procedente para reclamar el pago de incapacidades, debido a que el actor no cuenta con los medios económicos para solventar sus gastos y el exigirle acudir a un juicio ordinario laboral no le garantizaría de manera oportuna la protección de sus derechos a la vida digna y al mínimo vital.

En cuanto al pago de las incapacidades, indicó que COLPENSIONES había incumplido con sus obligaciones frente a su afiliado, pues pese a que éste realizó el trámite necesario ante dicha entidad, ésta nunca realizó el respectivo pago; ello sumado al hecho de que el accionante es una persona de especial protección debido a su incapacidad que lo pone en circunstancias de debilidad manifiesta, y con la negativa al pago de las incapacidades no sólo se vulnera el derecho al mínimo vital, sino también los derechos a la vida digna, la seguridad social y la salud suya y la de su núcleo familiar.

Respecto a la entidad vinculada Salud Total E.P.S., fue exonerada de toda responsabilidad, ya que se evidenció que de acuerdo a las pruebas aportadas con la tutela, no vulneró derecho fundamental alguno al accionante.

#### Impugnación

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones impugnó la decisión manifestando que no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados como lesionados por el accionante, toda vez que en virtud del art 142 del Decreto 019 de 2012 se requiere, para poder ordenar el pago de incapacidades que el concepto de rehabilitación sea favorable, y teniendo en cuenta que la EPS Salud Total emitió concepto de rehabilitación de carácter desfavorable, para el caso del señor Jorge Hernán Restrepo Cardona resulta evidente que no tiene derecho alguno a solicitar el pago de dichas incapacidades, ya que no reúne los requisitos necesarios que exige la normatividad vigente.

#### Consideraciones

**5.1 Problema jurídico por resolver**

En este asunto le corresponde a la Sala determinar si la acción de tutela resulta procedente para solicitar el pago de las incapacidades reclamadas por el señor Jorge Hernán Restrepo Cardona, y en caso afirmativo, si COLPENSIONES ha vulnerado los derechos al mínimo vital y a la seguridad social del actor al no haber realizado el pago de las incapacidades médicas.

**5.2 Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el pago de auxilio por incapacidad**

La Honorable Corte Constitucional ha reiterado que la acción de tutela es procedente para obtener el pago de incapacidades laborales, en razón a que el dinero que se reconoce como auxilio sustituye al salario durante el periodo en el cual el trabajador se encuentre incapacitado, lo que le permite tener una recuperación satisfactoria pues no debe preocuparse por conseguir los ingresos económicos necesarios para su sostenimiento personal y el de su núcleo familiar. En la sentencia T – 008 de 2018 la Corte Constitucional se ha referido al respecto indicando lo siguiente:

*“El mecanismo idóneo para solucionar las controversias sobre el reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, corresponde a la justicia ordinaria. Sin embargo, cuando el pago de incapacidades laborales constituye el único medio para la satisfacción de necesidades básicas, la acción de tutela también se convierte en mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al mínimo vital. En síntesis, la Corte Constitucional ha reconocido que la interposición de acciones de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales es procedente, aun cuando no se han agotado los medios ordinarios de defensa, cuando de la satisfacción de tal pretensión dependa la garantía del derecho fundamental al mínimo vital.”*

**5.2 Concepto desfavorable de rehabilitación en el pago de incapacidades médicas**

Este es un punto que ha suscitado múltiples pronunciamientos del máximo órgano de la jurisdicción constitucional, entre ellos en la sentencia T- 401 de 2017, en la que manifestó:

 *“Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso.*

 *(…)*

 *Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, “el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello”.*

 *No obstante lo anterior, es factible que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez y a habérsele dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%. Por tanto, es indispensable determinar cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe encargarse del pago de dichas incapacidades.*

*Al respecto, cabe indicar que la norma legal referida no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral.*

 *Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009 que las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones.”*

**5.3 Entidades responsables de efectuar el pago por incapacidades**

En cuanto al reconocimiento y pago de las incapacidades que le fueron atribuidas a los distintos agentes del sistema de seguridad social, dependiendo de la duración de la misma, la Corte Constitucional en sentencia T- 246 de 2018 indicó:

*“En segundo término, tratándose de enfermedades o accidentes de origen común, la responsabilidad del pago de la incapacidad o del subsidio por incapacidad radica en diferentes actores del sistema dependiendo de la prolongación de la misma, de la siguiente manera:*

*Conforme al artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, que modificó el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador.*

*A su vez, en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador.*

*En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Al respecto, si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, esta Corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.*

*Ahora, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación – sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión del mismo a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.*

*Así mismo, de acuerdo con la norma citada, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral “hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS”. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador. Contrario sensu, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.*

*En este punto, como resultado del proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, es posible i) que se determine una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, evento en el cual, el trabajador puede optar por la pensión de invalidez a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado, o ii) que se fije una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%, situación en la que “el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello”. En otras palabras, en este último evento, 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.”*

**5.7 Caso concreto**

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el señor Jorge Hernán Restrepo Cardona acude a la vía de tutela con el propósito de que se protejan sus derechos a la salud, la seguridad social y al mínimo vital, presuntamente vulnerados por La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, debido a la falta de pago de las incapacidades médicas que le fueron otorgadas por su médico tratante.

Para empezar, respecto a la procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de incapacidades, la Sala observa que nos encontramos frente a una persona objeto de especial protección constitucional, puesto que la incapacidad que padece el accionante lo sitúa en circunstancias de debilidad manifiesta, condición por la cual no le es posible acceder al mercado laboral; sumado al hecho de que ante la negativa al pago de las incapacidades, que según la Corte Constitucional se presume que constituyen la única fuente de ingreso con la que el trabajador cuenta para garantizar su subsistencia y la de su familia, no solo se violan el derecho al mínimo vital, sino también los derechos a la vida digna, la seguridad social y la salud, situación que torna necesaria la intervención del Juez Constitucional.

Ahora, de conformidad al precedente, la Corte Constitucional ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, y hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%; situación que ocurre en el asunto en debate, pues el 18 de junio de 2018 la EPS Salud Total emitió concepto de rehabilitación no favorable para el señor Jorge Hernán Restrepo Cardona, hecho que al serle comunicado a Colpensiones, procedió a calificarlo el 16 de enero de 2019 con una pérdida de capacidad laboral del 28.95%, luego de la cual continuaron otorgándosele incapacidades por parte de su médico tratante hasta el 30 de mayo de 2019, visible en los folios 15-16 del expediente de segunda instancia.

En otras palabras, el porcentaje con el que fue calificado el actor no le es suficiente para acceder a la pensión de invalidez, pero al mismo tiempo no puede reincorporarse a la vida laboral, por cuanto sigue en incapacidad médica, siéndole necesario acudir al subsidio que por incapacidades le corresponde conforme a la Ley, pues de no contar con este se vulneran sus derechos a la vida digna y al mínimo vital, toda vez que no cuenta con otros ingresos que le permitan sufragar los gastos de sí mismo y de su núcleo familiar.

En conclusión, tiene razón la Jueza de Primera Instancia al ordenar el pago de incapacidades a Colpensiones, sin embargo es necesario precisar que debe hacerlo hasta los 540 días, y a partir del día 541, el pago de incapacidades le corresponde nuevamente a la EPS Salud Total. Atendiendo lo dicho se revocará el ordinal tercero de la sentencia recurrida, por cuanto no debió exonerarse de toda responsabilidad a la entidad vinculada Salud Total EPS.

Por último, se confirmarán las órdenes emitidas por el *a-quo*, empero, se modificará y adicionará el fallo impugnado, en el sentido de ordenar a Colpensiones el pago de incapacidades solo hasta el día 540, siempre y cuando: 1) el accionante siga incapacitado ininterrumpidamente por la misma patología, 2) cuente con concepto desfavorable de rehabilitación y, 3) tenga una pérdida de capacidad laboral inferior al 50%. Asimismo, se condenará a Salud Total EPS al pago de las incapacidades que subsistan a partir del día 541, inclusive, siempre que permanezcan las circunstancias enunciadas anteriormente.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** el ordinal **TERCERO** dela sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito, por las razones que se exponen en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el ordinal **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso iniciado por **Jorge Hernán Restrepo Cardona** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones,** en el sentido de que la entidad accionada pague las incapacidades correspondientes solo hasta el día 540, siempre y cuando: 1) el accionante siga incapacitado ininterrumpidamente por la misma patología, 2) cuente con concepto desfavorable de rehabilitación y 3) tenga una pérdida de capacidad laboral inferior al 50%.

**TERCERO: ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito, en el sentido de indicar que Salud Total E.P.S debe continuar con el pago de las incapacidades a partir del día 541, siempre y cuando: 1) el accionante siga incapacitado ininterrumpidamente por la misma patología, 2) cuente con concepto desfavorable de rehabilitación y, 3) tenga una pérdida de capacidad laboral inferior al 50%.

**CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la decisión impugnada.

**QUINTO:** **NOTIFICAR** esta decisión a las partes por el medio más expedito.

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

Notifíquese y Cúmplase

La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado

 En uso de permiso

**DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ**

Secretario