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 – 20 de noviembre de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Confirma amparo

Radicación Nro. : 66170-31-10-001-2017-00465-02

Accionante: EDGAR SALDAÑA JIMÉNEZ

Accionado: COLPENSIONES

Magistrado Ponente:  EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: DERECHOS AL MÍNIMO VITAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL / PAGO DE INCAPACIDADES.** Encuentra la Sala que acertó el funcionario judicial de primer grado al tutelar los derechos fundamentales del actor frente a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y ordenar el pago de las incapacidades al actor, comprendidas entre el 16 de noviembre de 2016 y el 15 de febrero de 2017, ya que la EPS COOMEVA desde el 10 de octubre de 2016 remitió el paciente a COLPENSIONES para el reconocimiento del subsidio económico por incapacidad temporal a partir del día 181, con concepto favorable de rehabilitación (fl. 40), como así lo dispone la normativa que se trajo a colación en párrafos precedentes, y pese a que ya existe un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral que supera el 50% (fls. 123-125), pues 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, mientras se decide lo correspondiente al derecho del accionante a recibir la pensión de invalidez, por tanto le correspondía a la AFP el reconocimiento y pago de las incapacidades a parir del día 181. Es pertinente aclarar que, si la pensión de invalidez es reconocida, esta deberá ser pagada desde la fecha de estructuración de la enfermedad de origen común, por lo que las sumas de dinero canceladas por incapacidades posteriores a esa fecha, podrán ser descontadas del retroactivo generado en favor del trabajador.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

Sala de Decisión Civil Familia

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, veinte (20) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Acta Nº 606 de 20-11-2017

Referencia: 66170-31-10-001-**2017-00465-02**

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, frente a la sentencia proferida el día 4 de octubre de 2017, por el Juzgado de Familia de Dosquebradas, dentro de la acción de tutela promovida por el señor EDGAR SALDAÑA JIMÉNEZ, contra dicha entidad, COOMEVA EPS y la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL.

**II. ANTECEDENTES**

1. El actor impetró el amparo constitucional al considerar que las entidades accionadas vulneran sus derechos fundamentales al mínimo vital, salud y seguridad social.

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

2.1. Está afiliado a la EPS COOMEVA en calidad de funcionario de la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL.

2.2. En el mes de junio de 2014 se le extrajo un tumor maligno en la vejiga urinaria y como consecuencia de ello ha sido intervenido quirúrgicamente y sometido a múltiples procedimientos en varias oportunidades.

2.3. Por lo anterior, los médicos tratantes desde el 19 de abril de 2016, hasta el 14 de febrero de 2017, le dieron una serie de incapacidades que suman un total de 300 días, las cuales hasta el día 180 fueron canceladas por la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL y la EPS COOMEVA.

2.4. El 12 de diciembre de 2016 se valoró su grado de pérdida de capacidad laboral en primera oportunidad, por parte del médico laboral de ASALUD, donde se le dio un 38.78% de invalidez y fecha de estructuración el 22 de octubre de 2016, posterior a esa fecha se le autorizaron otras incapacidades, las cuales COLPENSIONES se negó a pagar, argumentando ser posteriores a la fecha de calificación.

2.5. El no pago de los últimos 3 meses de incapacidad le ha generado una afectación gravísima a su mínimo vital.

3. Pide, conforme a lo relatado se ordene a COLPENSIONES, COOMEVA EPS y la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, el pago de las incapacidades expedidas entre el 16 de noviembre de 2016 y el 17 de febrero de 2017.

4. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado de Familia de Dosquebradas, que impartió el trámite legal (fl. 27 C. Ppal.), se notificó al Presidente, al Gerente Nacional de Reconocimiento y a la Vicepresidente Nacional de Beneficios y Prestaciones de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones-, así como al Gerente Regional de COOMEVA EPS y al señor Registrador de la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL DELEGACIÓN DEPARTAMENTAL DE RISARALDA (fls. 29-33 ib.). Luego de decretada la nulidad por esta Sala, se vinculó a la Dirección de Medicina Laboral de Colpensiones (fl. 117 y 122 ib.).

4.1. El Delegado Departamental de la Registraduría Nacional del Estado Civil para Risaralda, expuso que el señor EDGAR SALDAÑA JIMÉNEZ, labora en dicha entidad desde el 17 de diciembre de 1987; y, el 19 de abril de 2016 fue diagnosticado con tumor maligno de la vejiga urinaria, para el 22 de agosto de 2016, cuando llevaba alrededor de 120 días de incapacidad, esa Delegación Departamental solicitó a la EPS COOMEVA concepto de rehabilitación integral, para la reincorporación laboral del servidor. Precisa que durante el tiempo en que inició la incapacidad hasta el 30 de noviembre de 2016, asumió el pago de la misma e incluso le canceló todas sus prestaciones sociales. Una vez cumplido el término de los 180 días de incapacidad, solicitó la suspensión de salarios, en razón a lo estipulado en el artículo 142 del decreto 0019 de 2012, el reconocimiento del subsidio económico por incapacidad temporal a partir del día 181 corresponde a la administradora del fondo de pensiones, en este caso, Colpensiones.

Aclara que la EPS COOMEVA, mediante comunicado del 10 de octubre de 2016, informa a COLPENSIONES sobre el cumplimiento del decreto 0019 de 2012; y, el 26 de enero de 2017, solicitó la reincorporación ocupacional del servidor a partir del 14 de febrero siguiente, fecha en la cual se reintegró a laborar en la Registraduría Nacional del Estado Civil del municipio de Dosquebradas.

Solicita se declare que esa entidad no ha desconocido los derechos fundamentales invocados por el accionante, en razón a que efectuó todo lo ordenado por la ley. (fls. 47-50 y 155-157 ib.).

4.2. El Director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, señaló que mediante Resolución 1064 de 2016 le fueron reconocidos al actor 30 días de incapacidad del 17 de octubre al 15 de noviembre de 2016. El 12 de noviembre de 2016, el accionante fue calificado en primera oportunidad por Colpensiones, dictamen que determinó una pérdida de capacidad laboral equivalente al 38.78% de origen común, por lo que se le informó que resultaba improcedente el reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad, toda vez que ya existía dicha calificación.

Aunado a lo anterior, el accionante fue calificado luego por la Junta Regional de Calificación de Risaralda, quien emitió dictamen el 28 de junio de 2017, determinando una pérdida de capacidad laboral del 59.47% estructurada el 22 de octubre de 2016, por lo que le compete a Colpensiones es el estudio del reconocimiento de pensión de invalidez, solicitud que no ha radicado el actor. Termina solicitando se declare improcedente el amparo pues no recae en esa entidad la obligación de pagar incapacidades al accionante, por cuanto no se cumplen los presupuestos leales para ello y no se han vulnerado derechos fundamentales. (fls. 60-63 y 149-154).

4.3. La EPS COOMEVA guardó silencio.

**III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La profirió el Juzgado de Familia de Dosquebradas, que concedió el amparo constitucional, al considerar que la AFP COLPENSIONES, vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social del señor EDGAR SALDAÑA JIMÉNEZ, al negarse a reconocer y pagar las incapacidades superiores a 180 días iniciales, de conformidad con los parámetros jurisprudenciales y legales, cuando se trate de incapacidades laborales a causa de enfermedad de origen común.

Ordenó el funcionario judicial a COLPENSIONES, por intermedio de la Dirección de Medicina Laboral, que en el término de 48 horas, siguientes a la notificación del fallo, procediera a autorizar y materializar el pago de las incapacidades comprendidas entre el 16 de noviembre de 2016 y el 15 de febrero de 2017, en favor del señor EDGAR SALDAÑA JIMÉNEZ.

Advirtió a la entidad, que en caso de que al accionante se le reconozca pensión de invalidez con fecha de estructuración previa a las incapacidades objeto de la presente acción, deberá al momento de realizar la liquidación correspondiente, restar los valores pagados por concepto de incapacidad, con el fin de no generar pagos dobles por la misma contingencia.

 Se desvinculó a COOMEVA EPS y a la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL. (fls. 159-164).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

El fallo fue impugnado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con similares argumentos a los expuestos en la contestación de la acción de tutela. (fls. 173-176).

**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 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES vulnera los derechos invocados por el accionante, al negarse a pagarle las incapacidades que superan los 180 días, como lo decidió el a quo.

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 antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal 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.

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, el señor EDGAR SALDAÑA JIMÉNEZ, interpuso acción de tutela al considerar que las entidades accionadas, vulneran sus derechos fundamentales al mínimo vital, salud y seguridad social, al negarse a pagarle las incapacidades ordenadas por su médico tratante, que superan los 180 días, con el argumento de ser expedidas con fecha posterior a la calificación de pérdida de capacidad laboral, por lo que le compete a Colpensiones es el estudio del reconocimiento de pensión de invalidez.

2. Como ya se dijo, el fallo de primera instancia amparó los derechos fundamentales incoados e impartió la orden de reconocer y pagar las incapacidades a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

3. Encuentra la Sala que acertó el funcionario judicial de primer grado al tutelar los derechos fundamentales del actor frente a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y ordenar el pago de las incapacidades al actor, comprendidas entre el 16 de noviembre de 2016 y el 15 de febrero de 2017[[3]](#footnote-3), ya que la EPS COOMEVA desde el 10 de octubre de 2016 remitió el paciente a COLPENSIONES para el reconocimiento del subsidio económico por incapacidad temporal a partir del día 181, con concepto favorable de rehabilitación (fl. 40), como así lo dispone la normativa que se trajo a colación en párrafos precedentes, y pese a que ya existe un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral que supera el 50% (fls. 123-125), pues 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, mientras se decide lo correspondiente al derecho del accionante a recibir la pensión de invalidez, por tanto le correspondía a la AFP el reconocimiento y pago de las incapacidades a parir del día 181.

Es pertinente aclarar que, si la pensión de invalidez es reconocida, esta deberá ser pagada desde la fecha de estructuración de la enfermedad de origen común[[4]](#footnote-4), por lo que las sumas de dinero canceladas por incapacidades posteriores a esa fecha, podrán ser descontadas del retroactivo generado en favor del trabajador. Así lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia T-140 de 2016, donde dijo:

*“En todo caso, la Sala entiende que si bien se acreditó una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %, aún no se ha reconocido la pensión de invalidez por lo que no es posible dejar al trabajador asociado desprotegido respecto de las incapacidades que fueron emitidas por el médico tratante. En este orden de ideas, el trabajador asociado tiene derecho a que se le reconozcan y paguen las incapacidades desde el día 180 hasta la fecha de la estructuración de la enfermedad que le significó el estado de invalidez, a partir de la cual deberán determinarse las prestaciones aplicables en caso de que no se cumplan los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez.*

*No está de más, llamar la atención sobre el hecho de que las calificaciones de pérdida de la capacidad laboral pueden llegar a postergarse antes de que un trabajador le sea reconocido el estado de invalidez. En estos casos, la Sala considera que las incapacidades generadas en los periodos de espera para los dictámenes de las juntas regionales y nacional de calificación, deben ser pagadas al afiliado incluso después de transcurridos los primeros 180 días de incapacidad y hasta por los 360 días adicionales ordenados por la ley, en cuyo caso estas prestaciones estarán a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones correspondiente, a menos que la EPS haya omitido su deber de emitir el concepto de rehabilitación. Lo anterior, con el fin de evitar la afectación del mínimo vital del trabajador que espera la calificación de la pérdida de su capacidad laboral.*

*Con todo, se debe tener en cuenta que si la pensión de invalidez es reconocida, esta será pagada desde la fecha de estructuración de la enfermedad de origen común, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que “La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado” por lo que los pagos por incapacidades posteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad podrán ser descontados del retroactivo generado en favor del trabajador en caso de reconocerse la pensión de invalidez puesto que una y otra prestación (incapacidad y pensión) son incompatibles toda vez que ambas reconocen la imposibilidad de la persona de prestar sus servicios, la primera temporalmente y la segunda de forma definitiva, pero ambas derivadas de una misma contingencia que es la afectación en la salud del individuo.*” (subrayas fuera del texto).

4. Así las cosas, con fundamento en razones de orden legal y constitucional, la Sala confirmará la sentencia impugnada.

**VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero:** CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de octubre de 2017, por el Juzgado de Familia de Dosquebradas, dentro de la presente acción de tutela, por lo indicado en la parte motiva.

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

**Tercero**: 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**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. Sentencia T-140 de 2016 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-404 de 2010. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver certificación de incapacidades obrante a folio 8 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-3)
4. Artículo 40 de la Ley 100 de 1993. [↑](#footnote-ref-4)