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 – 15 de diciembre de 2017

Proceso: Tutela – Incapacidades - Confirma - Modifica

Radicación Nro. : 66682-31-13-001-2017-00998-01

Accionante: FABIOLA OSORIO MARÍN

Accionado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la la EPS MEDIMAS y la sociedad FAM SAS, a la que se vinculó a la EPS CAFESALUD en reorganización.

Magistrado Ponente: EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

Temas: **MÍNIMO VITAL / DIGNIDAD HUMANA / CANCELACIÓN INCAPACIDADES LABORALES SUPERIORES A 180 DÍAS / CONCEDE / CONFIRMA / MODIFICA**  **-** Pide, conforme a lo relatado la tutela de los derechos invocados y se ordene a la EPS MEDIMAS, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES o a la sociedad FAM SAS, cancelar las incapacidades causadas a partir del día 181 y las que se lleguen a causar.

(…)

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 la funcionaria 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 pendientes desde el día 181 , pues según lo reconoce la propia entidad accionada, la EPS MEDIMAS el 1º de junio de 2017 le remitió certificado de rehabilitación (CRE) con concepto desfavorable (fls. 4-6 y 69-70), y pese a que existe ya un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral (fls. 71-73), 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.

Es pertinente aclarar que, si se llegan a causar incapacidades después del día 540, estas serán a cargo de la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentre afiliada la accionante (ley 1753 de 2015). En relación con la responsabilidad en el pago de las incapacidades, originadas en enfermedad no profesional, superiores a los 540 días iniciales,(…)

(…)

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, contra la Gerencia de Determinación de Derechos de COLPENSIONES, que no está en la obligación de dar solución a lo pretendido por la accionante, pues es la Dirección de Medicina Laboral la facultada para esa puntual función (Acuerdo 108 y Resolución 131 de 2017), y por ende, la encargada de dicha dependencia fue quien suscribió el oficio del 28 de julio de 2017, mediante el cual se contestó la solicitud radicada por la accionante (fls. 13 y 15 C. de 2ª inst.), por lo que han de confirmarse los ordinales primero, tercero, cuarto y quinto del fallo de tutela y modificar el segundo, para excluir de la orden emitida en este asunto a la Gerencia de Determinación de Derechos y

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

Sala de Decisión Civil Familia

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Acta Nº 661 de 15-12-2017

Referencia: 66682-31-13-001-**2017-00998**-01

**I. ASUNTO**

Se decide la impugnación formulada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, frente a la sentencia proferida el día 30 de octubre de 2017, por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en la acción de tutela promovida por la señora FABIOLA OSORIO MARÍN, contra dicha entidad, la EPS MEDIMAS y la sociedad FAM SAS, a la que se vinculó a la EPS CAFESALUD en reorganización.

**II. ANTECEDENTES**

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

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

2.1. Viene incapacitada desde el 25 de noviembre de 2016 hasta la fecha de interposición de la acción de tutela, de los cuales le cancelaron los primeros 180, pero la EPS MEDIMAS 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, quien le respondió de forma negativa por tener concepto desfavorable de recuperación.

2.3. Ante la negativa del pago de las incapacidades, realizó la correspondiente reclamación a su empleador FAM SAS, quien le sugirió hacer uso de la acción de tutela.

2.4. En la actualidad le adeudan las incapacidades correspondientes desde el 13 de junio de 2017.

2.5. Indica que es una persona enferma sin otra entrada económica más que el reconocimiento de sus incapacidades médicas, por su condición de salud no puede buscar otro empleo con el cual poder sufragar sus gastos personales. Con esta situación, se le está vulnerando su mínimo vital, no cuenta con bienes de capital ni medios económicos y por tanto no ha podido recibir ingresos para su subsistencia.

3. Pide, conforme a lo relatado la tutela de los derechos invocados y se ordene a la EPS MEDIMAS, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES o a la sociedad FAM SAS, cancelar las incapacidades causadas a partir del día 181 y las que se lleguen a causar.

4. Correspondió el conocimiento del amparo constitucional al Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, que impartió el trámite legal.

4.1. El Representante Legal Judicial de MEDIMAS EPS, solicitó la vinculación de la EPS CAFESALUD en reorganización, pues es esta la entidad obligada a responder a la acción de tutela, ya que las incapacidades tuvieron su origen y fecha inicial antes del 1° de agosto de 2017, fecha en la cual los afiliados de CAFESALUD EPS pasaron a hacer parte de MEDIMAS EPS.

Termina solicitando su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva. (fls. 31-33).

4.2. Se pronunció quien dijo ser el representante legal de FAM SAS, sin que acreditara tal calidad, cuyos argumentos fueron plasmados en el fallo, hecho que reprocha esta Sala.

4.3. COLPENSIONES y la vinculada CAFESALUD EPS en reorganización, guardaron silencio.

**III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La profirió el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, que concedió el amparo constitucional, al considerar que la AFP COLPENSIONES, vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social de la señora FABIOLA OSORIO MARÍN, al negarse a reconocer y pagar las incapacidades superiores a 180 días, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y al artículo 23 del decreto 2463 de 2001, cuando se trata de incapacidades laborales a causa de enfermedad general.

Ordenó la funcionaria judicial a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, que en el término de 10 días, reconociera y pagara las incapacidades pendientes desde el día 181 hasta que se restablezca la salud de la accionante o se califique de forma definitiva la pérdida de su capacidad laboral. Desvinculó a la EPS MEDIMAS, a la sociedad FAM SAS, a la EPS CAFESALUD en reorganización (fls. 43-48).

**IV. LA IMPUGNACIÓN**

El fallo fue impugnado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, señaló que resulta improcedente el reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad, toda vez que CAFESALUD EPS hoy MEDIMAS EPS emitió concepto de rehabilitación desfavorable el 1° de junio de 2017; además, la accionante ya fue calificada en primera oportunidad por Colpensiones, quien emitió dictamen el 23 de agosto de 2017, mediante el cual se calificó la pérdida de capacidad laboral en un 31.57%, con fecha de estructuración del 11 de julio de 2017. Termina solicitando se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se declare improcedente la acción de tutela contra esa entidad. (fls. 74-83).

**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 MEDIMAS, la EPS CAFESALUD en reorganización, la sociedad FAM SAS 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 la 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 FABIOLA OSORIO MARÍN, interpuso acción de tutela al considerar que las entidades accionadas, vulneran sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y vida digna, 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 ordena la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de reconocer y pagar las incapacidades pendientes desde el día 181 hasta que se restablezca su salud o se califique de forma definitiva la pérdida de su capacidad laboral.

3. Encuentra la Sala que acertó la funcionaria 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 pendientes desde el día 181[[3]](#footnote-3), pues según lo reconoce la propia entidad accionada, la EPS MEDIMAS el 1º de junio de 2017 le remitió certificado de rehabilitación (CRE) con concepto desfavorable (fls. 4-6 y 69-70), y pese a que existe ya un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral (fls. 71-73), 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. Es pertinente aclarar que, si se llegan a causar incapacidades después del día 540, estas serán a cargo de la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentre afiliada la accionante (ley 1753 de 2015). En relación con la responsabilidad en el pago de las incapacidades, originadas en enfermedad no profesional, superiores a los 540 días iniciales, recientemente la Corte Constitucional explicó[[4]](#footnote-4):

*“*En consecuencia, el Gobierno Nacional, a través de la Ley 1753 de 2015, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo comprendido entre 2014 y 2018, dio una solución a este déficit de protección, al otorgar la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS. Según el artículo 67 de la mencionada ley, los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas *“[al] 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.”[[5]](#footnote-5)*

La Corte Constitucional ya ha ordenado la aplicación de esta disposición por vía de tutela en la sentencia T-144 del 2016. En su momento, esta Corporación conoció el caso de la ciudadana Maritza Cartagena, quien en el mes de octubre de 2011 sufrió un accidente en motocicleta al chocar con un vehículo de transporte escolar. En el incidente sufrió varias fracturas que le provocaron incapacidades de más de 540 días. Recibió calificación del Fondo de Pensiones y de la Junta Regional de Calificación de Invalidez que no superaba el 50% de pérdida de capacidad laboral, pero apeló este último dictamen por considerar que no respondía a su estado real de salud física y mental.

Para la Corte, la entrada en vigencia de esta norma, cambia el panorama del pago de incapacidades después de 540 días que se venía planteando en la jurisprudencia de años atrás, pues se le atribuyó la obligación del pago a las EPS como parte del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Con estos antecedentes legales y jurisprudenciales, no cabe duda alguna de que la regla actual de incapacidades que superan 540 días para personas que no han tenido una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, es que deben asumirlas las EPS.

5. 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, contra la Gerencia de Determinación de Derechos de COLPENSIONES, que no está en la obligación de dar solución a lo pretendido por la accionante, pues es la Dirección de Medicina Laboral la facultada para esa puntual función (Acuerdo 108 y Resolución 131 de 2017), y por ende, la encargada de dicha dependencia fue quien suscribió el oficio del 28 de julio de 2017, mediante el cual se contestó la solicitud radicada por la accionante (fls. 13 y 15 C. de 2ª inst.), por lo que han de confirmarse los ordinales primero, tercero, cuarto y quinto del fallo de tutela y modificar el segundo, para excluir de la orden emitida en este asunto a la Gerencia de Determinación de Derechos y dirigirla frente a la Dirección de Medicina Laboral de COLPENSIONES.

**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 los ordinales primero, tercero, cuarto y quinto de la sentencia proferida el 30 de octubre de 2017, por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, 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 Gerencia de Determinación de Derechos y dirigirla frente a la Dirección de Medicina Laboral 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 CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

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 folios7 a 12 del cuaderno de primera instancia. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia T-200 de 2017. [↑](#footnote-ref-4)
5. Literal a del artículo 67 de la Ley 1753 del 2015. [↑](#footnote-ref-5)