El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la respectiva Secretaría de la Corporación.

**Providencia:** Sentencia del 27 de septiembre de 2018

**Radicación No.:**  66001-31-05-005-2018-00422-01

**Proceso:** Acción de tutela

**Accionante:** María Teresa Cano Flórez

**Accionado:** Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones -

**Juzgado de origen:** Quinto Laboral del Circuito de Pereira

**Temas: PAGO DE INCAPACIDADES / PROCEDENCIA DE LA TUTELA PARA ORDENAR DICHO PAGO / OBLIGACIÓN DE LOS FONDOS DE PENSIONES ANTE CONCEPTO DESFAVORABLE DE REHABILITACIÓN.**

… la Corte Constitucional ha expresado que las incapacidades laborales constituyen el salario del trabajador mientras este se recupera de una enfermedad que le imposibilita desempeñar sus labores; por esta razón, su reconocimiento y pago se torna fundamental al menos mientras persiste el periodo de incapacidad…

De conformidad al precedente de la Corte Constitucional cuando existe un concepto de rehabilitación no favorable, el pago de las incapacidades debe ser asumido 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%, situación que ocurre en el asunto en debate, pues el pasado 3 de enero de 2018 la EPS Coomeva emitió concepto de rehabilitación no favorable para la señora María Teresa (fl.31), hecho que al serle comunicado a Colpensiones, procedió a calificarla, el 2 de mayo de 2018, con una pérdida de capacidad laboral del 38.65%, luego de la cual continuaron otorgándosele incapacidades por parte de su médico tratante.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

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

**(Septiembre 27 de 2018)**

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra el fallo proferido el 29 de agosto de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por **María Teresa Cano Flórez** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones -,** a la que fueron vinculados de oficio **Coomeva** **EPS S.A** y **ARL SURA,** por medio de la cual solicita que se ampare sus derechos fundamentales a la salud, vida digna y mínimo vital.

#### La demanda

 La aludida accionante solicita que se ordene a Colpensiones que liquide y pague las incapacidades médicas que le fueron ordenadas por su médico tratante entre el 1º de enero y el 19 de junio de 2018. Asimismo solicita que se compulsen copias a la Superintendencia Nacional de Salud para que investigue la conducta de la entidad accionada.

Para fundar dichas pretensiones manifiesta que las patologías denominadas *fibromialgia, dos hernias en la columna cervical, disco patía, uncoarttrosis* le han generado unas incapacidades que inicialmente fueron canceladas de forma regular hasta el día 180, pero luego de ese día no ha obtenido el desembolso de las mismas, las cuales requiere pues de ellas deriva su sustento y el de su familia.

 Refiere que las incapacidades fueron reportadas a la E.P.S Coomeva, entidad que le indicó que no se haría el pago hasta que no llevara un reporte de la ARL.

 Finalmente señala que los pagos al sistema de seguridad social en salud y pensión las hace por medio del empleador Guillermo Pulgarin S. S.A.

#### Contestación de la demanda

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones – contestó la presente acción, arguyendo que la señora María Teresa no tiene derecho al pago de las incapacidades que reclama, toda vez que, conforme a la normatividad vigente, esto es, el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, se ha establecido que la AFP esta a cargo del pago de incapacidades siempre y cuando la persona cuente con un concepto de rehabilitación favorable, lo que no ocurre en el presente caso, ya que la EPS Coomeva el 10 de noviembre de 2017 emitió un concepto de rehabilitación desfavorable, y por consiguiente, mediante dictamen No. DML 2341 del 2 de mayo de 2018, se le otorgó una perdida de capacidad laboral del 38.65%, con fecha de estructuración del 8 de febrero de 2018. Bajo este mismo argumento, mediante oficio BZ 2018\_3805706-1330615 del 4 de mayo de 2018 se dio respuesta a la petición de la actora negándosele el referido pago.

 Agrega que la acción en cuestión carece de objeto, pues no hay derechos fundamentales violados por parte de la entidad, ya que han actuado con diligencia frente a la petición de la señora Cano Flórez.

 Por su parte, la EPS Coomeva contestó la acción indicando que las pretensiones están dirigidas a Colpensiones y no a ellos, por lo que se presenta una falta de legitimación en la causa por pasiva pues la llamada a responder es dicha entidad, ya que el pago de incapacidades superiores a los 180 días le compete a la AFP donde se encuentre afiliado el usuario.

 La ARL Sura dio respuesta a la presente acción señalando que es su responsabilidad asumir las prestaciones que se deriven de accidentes de trabajo o de enfermedades laborales, pues todas aquellas que no se deriven de contingencias de origen laboral se encuentran a cargo de las EPS o AFP, según sea el caso, y de acuerdo a los anexos aportados por la accionante, la patología por la cual solicita el pago de incapacidades corresponde a una enfermedad general, siendo el pago de sus incapacidades competencia de la EPS o la AFP.

 Con base en lo anterior indica que no ha vulnerado ningún derecho fundamental, pues las prestaciones que se requieren no son de origen laboral y por lo tanto no se encuentran dentro de su marco obligacional, configurándose así una falta de legitimación por pasiva en lo que a ellos respecta.

#### Providencia impugnada

La Jueza de primer grado tuteló los derechos fundamentales al mínimo vital y a la dignidad humana de la señora María Teresa Cano Flórez, y en consecuencia, ordenó a la EPS Coomeva, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, procediera a pagarle las incapacidades médicas comprendidas entre el 17 de octubre de 2017 y el 19 de enero de 20018. Asimismo ordenó a Colpensiones que dentro de ese mismo término procediera a pagar las incapacidades comprendidas entre enero de 2018 hasta el 18 de agosto del mismo año, y las posteriores hasta el día 540 de incapacidad.

Para llegar a tal conclusión la A-quo manifestó, que conforme a la sentencia T-008 de 2018, no puede desprotegerse a la accionante en razón a que su estado de incapacidad médica continúa prolongándose.

Seguidamente señaló que el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 estipula que las incapacidades laborales de origen común deben ser solventadas, luego del día 180, por la AFP, siempre y cuando la EPS emita el concepto de rehabilitación antes del día 120 de incapacidad temporal y lo remita a la AFP antes del día 150, pues de no hacerlo le corresponderá a esa entidad pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad hasta que envié el concepto a la administradora de pensiones.

 Conforme a ello indicó que de las pruebas documentales infiere que la EPS Coomeva no remitió a la AFP el concepto de rehabilitación dentro del término legal, razón por la cual le correspondía el pagó de la prestación solicitada, desde el 17 de octubre de 2017 hasta el 19 de enero de 2018, calenda en la cual la AFP recibió en sus instalaciones el referido concepto, y a partir del día siguiente le corresponde a Colpensiones el pago de las incapacidades causadas hasta el 18 de agosto del mismo año, así como las que resultaren con posterioridad.

#### Impugnación

La Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- impugnó la decisión argumentando que al haber emitido la EPS Coomeva concepto desfavorable de rehabilitación, la señora María Teresa Cano Flórez no tenía derecho al pago de las incapacidades médicas.

#### Consideraciones

* 1. **Problema jurídico por resolver**

 Le corresponde a la Sala determinar si en este caso le asiste derecho a la señora María Teresa Cano Flórez a reclamar el pago de incapacidades luego del día ciento ochenta (180), teniendo en cuenta que la Entidad Promotora de Salud profirió un concepto de rehabilitación desfavorable.

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

En relación con el mecanismo que tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales cuando estos resulten vulnerados o amenazados, la Corte Constitucional en temas del pago de auxilio por incapacidad, se ha referido a ello en sentencia T-144 de 2016:

*“En otras palabras, se ha indicado que la acción de tutela procede para el reconocimiento de prestaciones laborales cuando: i) no existe otro medio de defensa judicial, o de existir, éste no es apto para salvaguardar los derechos fundamentales en juego; o ii) cuando se pruebe la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, con las características de grave, inminente y cierto, que exija la adopción de medidas urgentes y necesarias para la protección de derechos fundamentales.*

*Frente a la primera hipótesis, la jurisprudencia ha desarrollado algunos parámetros adicionales que permiten a los jueces establecer con mayor grado de certeza la idoneidad o no de los medios ordinarios. En efecto, la edad, el estado de salud, las condiciones económicas, sociales y familiares son aspectos relevantes que se deben ponderar, cuando se exige a una persona asumir las complejidades propias de los procesos ordinarios, pues en algunos casos ello podría redundar en que la vulneración de un derecho fundamental se prolongue injustificadamente.*

*Adicionalmente esta Corporación ha resaltado que cuando se busca la obtención del dinero derivado de un auxilio por incapacidad laboral, el juez de tutela debe considerar que la ausencia o dilación injustificada de dichos pagos afecta gravemente la condición económica del trabajador, así como sus derechos al mínimo vital y a la salud, pues éste deriva su sustento y el de su familia de su salario, que es suspendido temporalmente en razón a una afectación de su salud. Así la mora en dichos pagos puede situar al reclamante en circunstancias apremiantes, que ponen en riesgo su subsistencia digna.*

 *Aunado a lo anterior y frente a la hipótesis del perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha recalcado la necesidad de evaluar los siguientes rasgos (i) la inminencia, es decir, que la situación genera una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) la gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral sea de gran intensidad; (iii) la necesidad urgente de protección; y (iv) el carácter inaplazable de la acción de tutela para que realmente pueda garantizar el restablecimiento de los derechos fundamentales de manera integral.*

*Por lo expuesto, si el juez verifica que el accionante se encuentra en alguna de tales hipótesis, debe considerar que la acción de tutela procederá, “para remover los obstáculos que enfrentan quienes soportan circunstancias de debilidad manifiesta, reivindicar su derecho a la igualdad real y efectiva frente a quienes no padecen esas contingencias y materializar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad intrínsecos a la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, dentro del cual se inscribe el derecho a recibir oportunamente el pago de las incapacidades laborales”.*

* 1. **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[98] 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.”*

* 1. **Caso concreto**

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se comparten los argumentos esgrimidos por la jueza de instancia por las razones que seguidamente se exponen.

En la presente acción, la señora María Teresa Cano Flórez acude ante el Juez Constitucional, con el fin de que se les garanticen sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, alegando su vulneración, toda vez que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones no ha procedido a pagar las incapacidades posteriores a los ciento ochenta (180) días.

 Cabe señalar que la Corte Constitucional ha expresado que las incapacidades laborales constituyen el salario del trabajador mientras este se recupera de una enfermedad que le imposibilita desempeñar sus labores; por esta razón, su reconocimiento y pago se torna fundamental al menos mientras persiste el periodo de incapacidad[[1]](#footnote-1). En el presente asunto, conforme al certificado visible a folio 3 del expediente, se observa que dichas incapacidades se extienden hasta el 18 agosto de 2018, hallándose de por medio un concepto de rehabilitación no favorable (fl.31), de lo que se puede colegir que la enfermedad que impide a la actora desempeñar sus funciones persistió al menos durante la época en que se reclama el pago del subsidio, viendo ésta afectado su mínimo vital y el de su familia, pues de su salario, según indica, derivaba su sustento, del cual se encuentra privada con la negativa de Colpensiones para desembolsar la prestación que le corresponde. Por ello, considera esta Sala que en el caso de marras es procedente acudir a esta acción constitucional para la protección de los derechos deprecados.

 La Jueza de instancia determinó, acertadamente, que el pago de las incapacidades debía correr a cargo de la EPS Coomeva a partir del 17 de octubre de 2017, hasta el 19 de enero de 20018, toda vez que para esa fecha la señora María Teresa se encontraba en el día doscientos ochenta y tres (283) de incapacidad y solo fue hasta esa calenda en que la Entidad Promotora de Salud remitió el concepto de rehabilitación a la AFP Colpensiones, correspondiéndole así el pago de las incapacidades transcurridas luego del día ciento ochenta (180) y hasta el momento en que remitió el dictamen. Frente a las incapacidades que surgieron luego de ese 19 de enero, indicó que debían ser pagadas por Colpensiones hasta el día 540.

 En contraposición a ello, Colpensiones alega que a la accionante no le asiste el pago de incapacidades puesto el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 supedita el pago de incapacidad al concepto favorable de rehabilitación y en el caso de marras dicho concepto fue no favorable.

 De conformidad al precedente de la Corte Constitucional cuando existe un concepto de rehabilitación no favorable, el pago de las incapacidades debe ser asumido 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%, situación que ocurre en el asunto en debate, pues el pasado 3 de enero de 2018 la EPS Coomeva emitió concepto de rehabilitación no favorable para la señora María Teresa (fl.31), hecho que al serle comunicado a Colpensiones, procedió a calificarla, el 2 de mayo de 2018, con una perdida de capacidad laboral del 38.65%, luego de la cual continuaron otorgándosele incapacidades por parte de su médico tratante.

 En otras palabras, el porcentaje con el que fue calificada la actora no le es suficiente para acceder a la pensión de vejez, pero al mismo tiempo no puede reincorporarse a la vida laboral, por cuanto sigue en incapacidad médica (fl.3), 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 una suma que le permita sufragar los gastos de sí misma y de su núcleo familiar.

 En consecuencia, tiene razón la Jueza de Primera Instancia al ordenar el pago de incapacidades a Colpensiones, quien debe hacerlo hasta los 540 días, y a partir del día 541, el pago de incapacidades le corresponde nuevamente a la EPS Coomeva.

En este orden de ideas se confirmará la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución y la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el 29 de agosto de 2018.

**SEGUNDO:** Notifíquese la decisión por el medio más eficaz.

**TERCERO:** 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 SEPULVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado

**ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

Secretario

1. Sentencia T-156 de 2015 [↑](#footnote-ref-1)