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.

Radicación Nº: 66001-31-05-002-2019-00247-00

Proceso: Tutela 2ª Instancia

Accionante: Dora Luz Romero Patiño

Accionados: Colpensiones

EPS Servicio Occidental de Salud (SOS)

Ángel Diagnostica S.A

Vinculadas: Caja de compensación familiar del valle del cauca COMFANDI

COLFONDOS S.A

Providencia Segunda Instancia

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / PAGO DE INCAPACIDADES MÉDICAS / POR ENFERMEDAD DE ORIGEN COMÚN / DISTRIBUCIÓN DE SU PAGO EN EL TIEMPO / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA PARA ORDENARLO.**

… 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. 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.(…)

Cuando un trabajador (a) padece una enfermedad de origen común, y se le generan incapacidades por enfermedad general, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad corren por cuenta del empleador, al paso que las generadas con posterioridad a éstos y hasta el día ciento ochenta (180), están a cargo de las entidades promotoras de salud EPS. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 y compilado en el Decreto 780 de 2016.

Ahora bien, cuando la incapacidad se prolonga más allá del día ciento ochenta (180), le corresponde a la Administradora de Fondo de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, su pago por trescientos sesenta (360) días adicionales a los ciento ochenta (180), es decir, hasta máximo el día quinientos cuarenta (540), y hasta que el afiliado(a) restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de capacidad laboral, siempre que la EPS respectiva haya emitido el concepto favorable o desfavorable 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. (…)

Ahora bien, al tenor de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, y de la sentencia T -144 de 2016, la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a 540 días, se atribuyó por el legislador a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por tal concepto, ante la administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

****

**PEREIRA RISARALDA**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Pereira, dos de agosto de dos mil diecinueve

### Acta número \_\_\_ del 2 de agosto de 2019

Procede la Sala Cuarta de Decisión Laboral de este Tribunal a resolver la impugnación, contra la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira (Risaralda), el 25 de junio de 2019, dentro de la acción de tutela promovida por**Dora Luz Romero Patiño** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,** la **EPS Servicio Occidental de Salud “SOS”,** y la sociedad **Ángel Diagnostica S.A.;** trámite al que fueron vinculados la **Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca Comfandi** y la **AFP Colfondos S.A.**, por la presunta violación de sus derechos fundamentales al mínimo vital, petición, igualdad, entre otros.

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

***Aclaración previa***

Si bien la AFP Colfondos, en su escrito de impugnación solicita la nulidad de la actuación, alegando que no le fue notificado el escrito de tutela, lo cierto es que contrario a lo afirmado, en el expediente milita a folio 94 constancia de que a dicha entidad se le notificó en debida forma a través del correo electrónico [jemartinez@colfondos.com.co](mailto:jemartinez@colfondos.com.co), mismo que fue señalado en el escrito de impugnación, por la funcionaria Mery López Cárdenas, como dirección para la notificación de tutelas contra la entidad. Por tal motivo, dicha solicitud se torna improcedente, y por tanto, se denegará.

**I. HECHOS JURIDÍCAMENTE RELEVANTES**

Relata la accionante que en la actualidad cuenta con 45 años de edad y está afiliada a la EPS SOS y en pensiones a la AFP Colpensiones; que desde abril de 2015 labora para la empresa ANGEL DIAGNOSTICA S.A., desempeñándose como auxiliar de enfermería y laboratorio clínico; que padece del síndrome de Ehlers-Danlos y Trastornó Mixto de Ansiedad y Depresión, entre otros, los cuales le han generado una incapacidad superior a los 540 días; que solicitó ante Colpensiones el pago de las incapacidades generadas entre el 22-01-2019 al 25-01-2019 y del 26-01-19 al 10-02-2019, empero que, la entidad rechazó la solicitud, argumentando no haberse remitido por parte de la EPS, el concepto de rehabilitación.

Refiere que el 29 de marzo de 2019 solicitó a Colpensiones, la valoración de pérdida de capacidad laboral, no obstante, a la fecha de presentación de esta acción tutelar no ha obtenido respuesta. Por último, que debido a un error de su empleador en el cambio de la afiliación a la Caja de Compensación familiar, sus hijas menores de edad no han recibido desde el mes de febrero el subsidio familiar correspondiente, sin que a la fecha hayan dado respuesta a las solicitudes presentadas en tal sentido.

Por consiguiente, solicita la protección de sus derechos fundamentales, y en consecuencia, se ordene a las entidades accionadas, hacer efectivo el pago de las incapacidades adeudadas, hasta que se resuelva la situación pensional o se produzca el reintegro laboral. Así mismo, que se ordene a su empleador realizar los trámites pertinentes para la afiliación a la caja de compensación COMFANDI, para el pago del subsidio familiar.

**II. TRAMITE PROCESAL:**

Notificadas en debida forma las entidades accionadas se pronunciaron sobre los hechos y pretensiones, en los siguientes términos: La Caja de Compensación Familiar Comfandi manifestó que la accionante no se encuentra registrada en esa entidad, ni obra formulario de afiliación diligenciado por su empleador, por lo que considera que no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

La sociedad Ángel Diagnostica S.A., indica que no ha podido dar respuesta a lo solicitado por la actora, hasta tanto solucione el error detectado en el sistema de nómina; que ya dispuso lo pertinente para la afiliación de la actora a la Caja de Compensación Familiar COMFANDI, e igualmente presentó ante Comfenalco el reclamo de los subsidios adeudados, entidad que se comprometió a cancelarlos el 30 de mayo de 2019. Frente a los subsidios de los meses de febrero a mayo de 2019, indicó que serían consignados directamente a la cuenta de nómina de la accionante.

Por su parte, Colpensiones sostuvo que la actora al momento de cumplir 180 días de incapacidad se encontraba afiliada a otro fondo de pensiones, por lo que es este el responsable de cancelar el beneficio económico que aquella reclama, pues la afiliación en el régimen de prima media solo se produjo el 1 de septiembre de 2018. Por ende, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela; se le desvincule y, en su lugar, se ordene integrar a la AFP Colfondos S.A.

La EPS SOS, refirió que el no pago de las incapacidades médicas obedece a que el empleador de la accionante presenta mora en el pago de los aportes, razón por la que considera que la acción de tutela resulta improcedente por falta de legitimación por pasiva. Alega además el incumplimiento del requisito de procedibilidad y subsidiariedad, aduciendo que existen otros mecanismos de defensa judicial.

Por su parte la AFP COLFONDOS S.A., pese a haber sido notificada en debida forma, tal como se explicó precedentemente, guardó silencio dentro del término otorgado para descorrer el traslado.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La Jueza del conocimiento dictó sentencia en la que concedió el amparo solicitado, y le ordenó a la AFP Colfondos S.A., que en el término improrrogable de 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, proceda a pagar las incapacidades generadas por el médico tratante de la accionante, entre el 22 de enero y el 10 de febrero de 2019. Así mismo, le ordenó a la EPS SOS cancelar las incapacidades generadas con posterioridad al día 540, hasta tanto la accionante recupere su estado de salud o le sea reconocida la pensión de invalidez.

Para así concluir, estimó que al tenor de lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, las administradoras de pensiones tiene a cargo el pago de las incapacidades laborales que se generen entre el día 181 a 540, y como quiera que la accionante, para el momento en que se generaron las incapacidades objeto de amparo, estaba afiliada a Colfondos S.A., es dicha entidad quien debe responder por el pago de las mismas. De otra parte, estimó con base en la jurisprudencia del máximo órgano de cierre constitucional, que el pago de las incapacidades laborales generadas con posterioridad al día 540 están a cargo de las EPS.

IV. IMPUGNACIÓN.

La AFP Colfondos S.A. impugnó la decisión, alegando en primer lugar, que el subsidio económico por incapacidad se liquida con cargo al seguro previsional, por lo que solicita se integre en calidad de litisconsorte necesario a la Aseguradora Seguros Bolívar, con quien se contrató el mismo, o en su defecto, se le ordene reconocer y pagar la prestación económica con cargo a esa póliza de seguros previsional.

A la Secretaria de esta Corporación se allegó un segundo memorial, en el que se indica que la vigencia de la afiliación de la accionante a Colfondos perdió efectividad el 1º de septiembre de 2018, dado el traslado a Colpensiones, por lo que considera que es esta entidad quien debe responder por las incapacidades laborales que fueron objeto de la tutela.

*V. CONSIDERACIONES.*

1. ***Competencia.***

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

1. ***Problema jurídico a resolver.***

*¿Le corresponde a la AFP Colfondos S.A. el pago de las incapacidades médicas de origen común generadas entre el 25 de enero y el 10 de febrero de 2019?*

***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.

Por consiguiente, en el caso puntual la acción de tutela es procedente, en la medida en que la accionante ha afirmado, sin oposición de su contraparte, que se encuentra en delicado estado de salud y requiere la protección de sus derechos fundamentales ante la negativa de las entidades en el pago de las incapacidades médicas prescritas por su médico tratante, que le impide proveer su sustento económico y el de su familia.

Aclarado lo anterior, la Sala centrará su análisis en la impugnación presentada por Colfondos S.A., haciendo las siguientes precisiones:

Cuando un trabajador (a) padece una enfermedad de origen común, y se le generan incapacidades por enfermedad general, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad corren por cuenta del empleador, al paso que las generadas con posterioridad a éstos y hasta el día ciento ochenta (180), están a cargo de las entidades promotoras de salud EPS. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 y compilado en el Decreto 780 de 2016.

Ahora bien, cuando la incapacidad se prolonga más allá del día ciento ochenta (180), le corresponde a la Administradora de Fondo de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, su pago por trescientos sesenta (360) días adicionales a los ciento ochenta (180), es decir, hasta máximo el día quinientos cuarenta (540), y hasta que el afiliado(a) restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de capacidad laboral, siempre que la EPS respectiva haya emitido el concepto favorable o desfavorable 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 indicó recientemente la H. Corte Constitucional en sentencia T-020 de 2018, al referir:

*“El procedimiento y la competencia para el pago de dichas incapacidades que sobrepasan los 180 días, en lo relacionado con la calificación de invalidez, esta Corporación en la sentencia T-401 de 2017 recapituló las reglas para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por enfermedad común, desde el día 1 hasta el día 540, así:*

*“(i)  Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente**[[63]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-020-18.htm" \l "_ftn63" \o ").*

*(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS.*

*(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.*

*(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente,  el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.*

*De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente”.*

Ahora bien, al tenor de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, y de la sentencia T -144 de 2016, la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a 540 días, se atribuyó por el legislador a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por tal concepto, ante la administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

En el sub-lite, se encuentra acreditado con base en el material probatorio adosado al plenario (i) que la accionante padece el síndrome de Ehlers –Danlos y tiene trastorno de ansiedad y depresión, y que por ende, ha presentado múltiples incapacidades temporales para trabajar desde el 5 de marzo de 2017; (ii) que estuvo vinculada a la AFP Colfondos S.A., desde el 1º de abril de 2002, y se trasladó el 1º de septiembre de 2018 a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, donde se encuentra actualmente afiliada; (iii) que la AFP Colfondos canceló las incapacidades que se generaron durante el tiempo en que la accionante estuvo vinculada a dicha entidad; (iv) que no le han sido canceladas las expedidas desde el 22 al 25 de enero de 2019 y, del 26 de enero al 10 de febrero de 2019, (v) que Colpensiones se negó al pago de estas, aduciendo, primero, que la EPS no remitió en forma oportuna el concepto de rehabilitación, y posteriormente, que el certificado de incapacidades (CRI) no relacionó los diagnósticos que dieron origen a la contingencia y, (vi) el 22 de enero de 2019 la EPS SOS le notificó a Colpensiones el concepto de rehabilitación favorable emitido el 15 de enero de ese año.

Conforme a lo anterior, aunque está acreditado que el día 180 de incapacidad se causó en vigencia de la afiliación con la AFP Colfondos S.A., no se puede perder de vista que las incapacidades generadas durante el periodo en que la accionante estuvo allí afiliada, no fueron pedidas en la presente acción, toda vez la entidad las canceló en debida forma.

Así pues, las que se reclaman y que hoy son objeto de impugnación, son las que se generaron desde el 22 al 25 de enero de 2019 y, del 26 de enero al 10 de febrero de 2019, esto es, antes de los 540 días, momento para el cual la accionante ya se había traslado a Colpensiones, donde desde el 1º de septiembre de 2018 se encuentra válidamente afiliada, por lo que es esta entidad la llamada a responder por el pago de las incapacidades generadas a partir de esa calenda.

Ahora bien, aunque dicha entidad administradora del régimen de prima media alegó en su contestación que sólo hasta el 22 de enero de 2019 la entidad promotora de salud le notificó el concepto de rehabilitación favorable, lo cierto es que dicha comunicación obedeció a un segundo concepto, que se emitió en cumplimiento a lo establecido en el artículo 5 del Decreto 2463 de 2001, en armonía con lo dispuesto en el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018, dado que la actora presenta incapacidades superiores a 540 días.

En cuento al primer concepto de rehabilitación, es preciso indicar que si bien al plenario no se allegó prueba que acreditara que la entidad promotora de salud lo emitió dentro del término legalmente establecido para ello, lo cierto es que tal deficiencia probatoria se encuentra subsanada, en consideración a que, se itera, el fondo privado canceló en debida forma las incapacidades que se generaron hasta el momento en que la actora estuvo allí válidamente afiliada; situación que permite entonces colegir que la EPS sí emitió el referido concepto de rehabilitación dentro del término, y lo notificó en debida forma a la administradora de pensiones a la que en su momento se encontraba afiliada la accionante.

En consecuencia, razón le asiste a la entidad impugnante al indicar que la responsabilidad en el pago del subsidio por incapacidad generado entre el 22 al 25 de enero de 2019 y, del 26 de enero al 10 de febrero de 2019, le corresponde a Colpensiones, entidad a la cual se encuentra actualmente afiliada la accionante. Por lo tanto, se modificará el ordinal 2º de la sentencia de primer grado en ese sentido.

Ahora bien, en cuanto a la solicitud propuesta por la impugnante, consistente en que se integre a la compañía aseguradora con la que contrató el seguro previsional a fin de que cubra las prestaciones económicas a que haya lugar, es preciso indicar que ello no es procedente, si se tiene en cuenta que ninguna condena se erigió en contra del fondo privado accionado.

Por último, considera la Sala necesario limitar la orden impuesta por la falladora de primer grado a instancias de la EPS SOS, en el sentido de indicar que debe pagar las incapacidades que superan los 540 días consecutivos, en la medida que se causen y en los términos de ley. Se adicionará, por ende, el ordinal 3º de la sentencia de primera instancia.

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 2º el fallo impugnado proferido el 25 de julio de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela de la referencia, en el sentido de indicar que el pago de las incapacidades generadas entre el 22 al 25 de enero de 2019 y, del 26 de enero al 10 de febrero de 2019, anteriores a los 540 días, está a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

**2º. Adicionar** el ordinal 3º de la sentencia en mención, para indicar que la EPS SOS debe pagar las incapacidades que superen los 540 días consecutivos, en la medida que estas se causen y en los términos de ley.

**3º. Confirmar** todo lo demás.

**4º. Notificar** la decisión por el medio más eficaz.

**5º. 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

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Magistrada

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