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 14 de junio de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-002-2019-00143-01

Proceso: Acción de tutela

Accionante: Carlos Arturo Cataño Beltrán

Accionado: Colpensiones y la Nueva E.P.S S.A.

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES / PROCEDENCIA DE LA TUTELA PARA ORDENARLO / OBLIGACIÓN DE LAS AFP A PARTIR DEL DÍA 181 Y HASTA EL 540 CON INDEPENDENCIA DE QUE EL CONCEPTO DE REHABILITACIÓN SEA FAVORABLE O DESFAVORABLE.**

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 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 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”. (…)

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTOR JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

En el presente caso, me separo de la decisión mayoritaria porque, se insistió por la mayoría en disponer que Colpensiones será responsable hasta el día 540 de todas las incapacidades que se generen, independientemente de la determinación de la pérdida de capacidad laboral, cuando en realidad no debió hacerse tal señalamiento, toda vez que si realizada la valoración de la pérdida de la capacidad laboral el actor no es calificado con un porcentaje igual o superior al 50%, al no estar de por medio la posibilidad de conceder una pensión, no existe ninguna razón para que el pago de las incapacidades por salud tenga que ser asumido por la Administradora de Pensiones.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

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

**(Junio 14 de 2019)**

Procede la Judicatura a resolver la impugnación propuesta contra el fallo proferido el 2 de mayo de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela impetrada por **Carlos Arturo Cataño Beltrán** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones,**  por medio de la cual solicita que se amparen sus derechos al mínimo vital y a la dignidad humana.

#### La demanda

 El aludido accionante solicita que se tutelen sus derechos al mínimo vital y a la dignidad humana, y en consecuencia, se le ordene a la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** que realice el pago de las incapacidades que se encuentran pendientes de pago y se generaron a partir del día 181.

Para fundar dichas pretensiones indicó que hace algún tiempo viene padeciendo severos problemas de salud, los cuales han sido diagnosticados como: episodio depresivo grave sin síntomas psicóticos, trastorno depresivo recurrente y dolor crónico intratable; por esta razón la Nueva EPS S.A. ha venido otorgando las respectivas incapacidades con el fin de lograr una pronta recuperación y rehabilitación integral.

Manifestó que las incapacidades generadas desde el día 1 al día 180 fueron canceladas por la Nueva E.P.S. S.A., sin embargo aquellas incapacidades generadas posterior al día 180 no fueron canceladas debidamente, toda vez que Colpensiones rechazó la solicitud de reconocimiento y pago de incapacidades bajo el argumento de existir concepto de rehabilitación de carácter desfavorable.

Aduce que se le adeudan las incapacidades generadas a partir del día 181, es decir desde el 05/01/2019 hasta el 20/01/2019, 21/01/2019 hasta el 04/02/2019, 12/02/2019 hasta el 19/02/2019, 06/03/2019 hasta el 20/03/2019, 27/03/2019 hasta el 25/04/2019.

Sostiene que el no pago de las incapacidades adeudadas por parte de Colpensiones afecta el mínimo vital suyo y de su familia, por cuanto en la actualidad no recibe salario alguno por parte de su empresa.

#### Contestación de la demanda

**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 Cataño Beltrán, 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.

 **Nueva 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, por lo que afirma que la entidad que está violentando los derechos fundamentales del accionante es la AFP Colpensiones, al desconocer el ordenamiento jurídico que regula el pago de prestaciones económicas dentro del sistema general de seguridad social.

 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.

#### Providencia impugnada

La Jueza de primer grado tuteló el derecho al mínimo vital del señor Carlos Arturo Cataño Beltrán y, en consecuencia, ordenó a COLPENSIONES cancelar las incapacidades pendientes de pago y que se generaron a partir del día 181, esto es desde el 05/01/2019 hasta el 20/01/2019, 21/01/2019 hasta el 04/02/2019, 12/02/2019 hasta el 19/02/2019, 06/03/2019 hasta el 20/03/2019, 27/03/2019 hasta el 25/04/2019. Igualmente se abstuvo de emitir orden alguna respecto a la Nueva 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 la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha manifestado que, por regla general, las AFP sin importar si el concepto de rehabilitación es favorable o desfavorable, son las entidades encargadas de pagar las incapacidades que sobrepasen los 180 días iniciales; 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 Nueva E.P.S., se abstuvo de emitir orden alguna, 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 Nueva EPS S.A. emitió concepto de rehabilitación de carácter desfavorable, para el caso del señor Carlos Arturo Cataño Beltrán 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 Carlos Arturo Cataño Beltrán, 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 Carlos Arturo Cataño Beltrán 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 21 de enero de 2019 la Nueva EPS S.A. emitió concepto de rehabilitación no favorable para el señor Carlos Arturo Cataño Beltrán, concepto que a su vez le fue notificado a Colpensiones el 8 de marzo de 2019 conforme a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, por lo que se le otorgaron las incapacidades adeudadas a la fecha desde el 05/01/2019 hasta el 20/01/2019, 21/01/2019 hasta el 04/02/2019, 12/02/2019 hasta el 19/02/2019, 06/03/2019 hasta el 20/03/2019 y 27/03/2019 hasta el 25/04/2019.

Siendo así, resulta importante aclarar que si bien el accionante no cuenta con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, es debido a que no se ha podido llevar a cabo el proceso de calificación, ya que actualmente el señor Cataño Beltrán se encuentra reuniendo toda su historia clínica. Esto con base en lo narrado en el acápite de los hechos, los cuales a su vez no fueron controvertidos por las entidades accionadas.

En ese orden de ideas, para la Sala la actuación de la entidad accionada resulta injustificada, toda vez que se omitió el deber que le asiste de asumir el pago de incapacidades a partir del día 181, lo cual no solo desconoce por completo el ordenamiento jurídico que regula el pago de prestaciones económicas dentro del sistema general de seguridad social, sino que también vulnera los derechos fundamentales a la salud, la vida digna y al mínimo vital del accionante y su núcleo familiar, que por el hecho de encontrarse en estado de discapacidad, le resulta necesario acudir al subsidio que por incapacidades le corresponde conforme a la ley, ya que no cuenta con otro ingreso que le permita subsistir dignamente.

Es de advertir, que en vista al escrito allegado por parte de Colpensiones el 16 de mayo de 2019 (fls.7-12 cuaderno de segunda instancia), se observa en el Certificado de Relación de Incapacidades que el periodo comprendido entre el 05/01/2019 hasta el 20/01/2019 fue pagado por la Nueva EPS S.A.; razón por la cual no habría lugar a ordenar el pago de la incapacidad mencionada anteriormente, toda vez que ello generaría un doble pago por la misma causa, que por tratarse de entidades que administran el sistema de seguridad social en Colombia, generaría un detrimento patrimonial al erario público.

En conclusión, tiene razón la Jueza de Primera Instancia al ordenar el pago de incapacidades a Colpensiones, sin embargo es necesario precisar que se debe excluir de dicho pago, la incapacidad por el periodo comprendido entre el 05/01/2019 hasta el 20/01/2019, por las razones expuestas anteriormente; además dicho pago a cargo de Colpensiones deberá hacerse hasta el día 540, y partir del día 541, el pago de incapacidades le corresponde nuevamente a la Nueva EPS S.A. Atendiendo lo dicho se revocará el ordinal tercero de la sentencia recurrida, por cuanto la Jueza de primer grado no debió abstenerse de emitir orden alguna a la Nueva EPS S.A.

Por último, se confirmarán las órdenes emitidas por la *a-quo,* empero, se modificará y adicionará el fallo impugnado, en el sentido de ordenar a Colpensiones el pago de incapacidades desde el 21/01/2019 hasta el 04/02/2019, 12/02/2019 hasta el 19/02/2019, 06/03/2019 hasta el 20/03/2019, 27/03/2019 hasta el 25/04/2019 y las que se generen 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 la Nueva EPS S.A. al pago de las incapacidades que subsistan a partir del día 541, en el caso de 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: MODIFICAR** el ordinal **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso iniciado por **Carlos Arturo Cataño Beltrán** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones,** en el sentido de que la entidad accionada pague solo las incapacidades desde el 21/01/2019 hasta el 04/02/2019, 12/02/2019 hasta el 19/02/2019, 06/03/2019 hasta el 20/03/2019, 27/03/2019 hasta el 25/04/2019 y las que se generen hasta el día 540, en caso de que: 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%

**SEGUNDO: REVOCAR** el ordinal **TERCERO** dela sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, por las razones que se exponen en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar

**TERCERO: ORDENAR** a la Nueva E.P.S S.A. continuar con el pago de las incapacidades a partir del día 541, en caso de que: 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

 Salva voto

Radicación Nro.: 66001-31-05-002-2019-00143-01

Proceso: Tutela

Demandante: Carlos Arturo Cataño Beltrán Gutiérrez

Demandado: Colpensiones y Nueva EPS S.A.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**SALVAMENTO DE VOTO**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, doce [12] de junio de dos mil diecinueve [2019].

Respetuosamente me separo de la decisión mayoritaria por cuanto, a mi juicio, las sentencias proferidas por la Corte Constitucional respecto al reconocimiento del pago de las incapacidades después del día 180 no siempre, como parecen estar entendiéndolo las integrantes de la Sala, debe ser pagadas por la AFP hasta el día 540.

Es que sobre el punto específico lo que tiene dicho la Corte Constitucional en sentencias tales como la T- 137 de 2012 y T- 729 de 2012, es que en los casos en que el afiliado haya sido calificado con una pérdida de capacidad laboral inferior al 50% y siga siendo incapacitado, la AFP está obligada al pago de la incapacidad, pero solo si existe un concepto médico favorable de rehabilitación; lo cual resulta lógico si se tiene en cuenta que, de estar frente a un concepto desfavorable de rehabilitación estando ya determinado por la entidad competente para el efecto, que no tiene el porcentaje que lo ubicaría en el grado de invalidez con derecho a acceder por ello a una pensión, ninguna razón de ser tendría que, para un problema de limitación para trabajar emanado de la salud y no del estado de invalidez, sea la AFP quien asuma la prestación, pues su obligación solo existe y le ha sido impuesta en la medida en que, haya por lo menos la posibilidad de que la persona pueda acceder a una pensión, mas no cuando, con conocimiento científico se sabe que la pérdida de la capacidad laboral es parcial pero definitiva y que ella genera quebrantos de salud que implican periodos de incapacidad.

Dijo la Corte en las sentencias en cita:

“De acuerdo con lo planteado, si el afiliado no alcanza el porcentaje mínimo requerido para consolidar el derecho pensional, y por su estado de salud le siguen ordenando incapacidades laborales, le corresponderá al fondo de pensiones continuar con el pago de aquéllas, siempre que exista un concepto médico favorable de rehabilitación o hasta que se emita, o, hasta tanto se pueda efectuar una calificación de su invalidez. Lo anterior, toda vez que para esta Corporación el reconocimiento de la incapacidad por enfermedad general constituye un mecanismo idóneo para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los trabajadores dependientes e independientes, en especial de su derecho al mínimo vital y a la salud”

Ahora, es cierto que en sentencias posteriores la misma Corte Constitucional ha señalado que independientemente de que haya o no concepto favorable de rehabilitación, quien debe asumir el pago de las incapacidades posteriores al día 180 y hasta el 540 se encuentran a cargo de la AFP, pero tales pronunciamientos no tienen el aditamento de haberse ya producido la calificación de la pérdida de la capacidad laboral. Situación que es la que permite la definición del obligado al pago de las incapacidades, pues en realidad las AFP solo lo son en la medida en que exista la posibilidad de que el afiliado pueda tener el derecho a una pensión de invalidez, pero no cuando a ciencia cierta se sabe que no tiene la condición de inválido.

En el presente caso, me separo de la decisión mayoritaria porque, se insistió por la mayoría en disponer que Colpensiones será responsable hasta el día 540 de todas las incapacidades que se generen, independientemente de la determinación de la pérdida de capacidad laboral, cuando en realidad no debió hacerse tal señalamiento, toda vez que si realizada la valoración de la pérdida de la capacidad laboral el actor no es calificado con un porcentaje igual o superior al 50%, al no estar de por medio la posibilidad de conceder una pensión, no existe ninguna razón para que el pago de las incapacidades por salud tenga que ser asumido por la Administradora de Pensiones.

Queda así salvado mi voto.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado