

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISION PENAL

Magistrada Ponente

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ

FALLO DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

Pereira, veintiocho (28) de septiembre de dos mil once (2011)

Hora: 5:30 p.m.

Aprobado por Acta No. 653.

Radicación: 66001-31-87-002-2011-20693-01
Accionante: José Raúl Colorado Arenas
Accionado: Nueva EPS S.A. y AFP ING S.A.
Procedencia: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Pereira
Derechos: Mínimo vital y seguridad social.

ASUNTO

Asume la Sala el recurso de apelación interpuesto por la representante de la accionada ING S.A. Pensiones y Cesantías contra el fallo mediante el cual el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad concedió el amparo de los derechos fundamentales del actor JOSÉ RAÚL COLORADO ARENAS.

ANTECEDENTES

La petición de amparo.

Informó el actor que está afiliado a la Nueva EPS en materia de salud y a la AFP ING S.A., en materia pensional y asegura que desde el 26 de julio de 2010 se encuentra incapacitado, destacando que la entidad promotora de salud le pagó los primeros 180 días de incapacidad, esto es, hasta el día 3 de febrero de 2011, pero que desde esa fecha continúa incapacitado y no se le ha cancelado aquellos conceptos, porque la EPS le informó que correspondía al fondo pensional ING S.A., el pago de las sucesivas incapacidades.

También puso en conocimiento que ya recibió evaluación por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Risaralda, que le determinó una pérdida de capacidad laboral del 39.41%, con fecha de estructuración del 29 de enero de 2011 y su origen común.

Reseñó que con sus ingresos subsisten además su esposa y cuatro hijos, por lo que pide se le ampare su derecho al mínimo vital y su salud en conexidad con la seguridad social.

Fallo de primer grado

Vinculadas las entidades de seguridad social accionadas, se profirió fallo de primer nivel mediante el cual, al tutelar los derechos fundamentales del señor COLORADO ARENAS, ordenó a la Nueva EPS remitir en el término de un día al Fondo de Pensiones y Cesantías ING S.A., todas las incapacidades laborales expedidas al actor y que superaron el tope de 180 días, con la finalidad de que esta última, proceda al pago de las mismas, lo cual cumplirá hasta cuando se resuelva ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el recurso de apelación.

Impugnación

La Gerente de la Administradora del Fondo de Pensiones ING S.A., impugnó el fallo argumentando que el actor no ha sido calificado con pérdida de capacidad laboral superior al 50% que lo invalide laboralmente, no siendo acreedor a la pensión y la reconocería de cumplir los requisitos para dicho efecto. Asegura que ese fondo de pensiones no está obligado al pago de prestación alguna a favor del señor COLORADO, porque no se ha terminado el trámite de su pensión y que no existen los requisitos legales que autoricen el pago de incapacidades.

También destacó que esa entidad sólo paga pensiones por vejez, invalidez, sobrevivientes y auxilio funerario y que de ordenarse el pago de indemnizaciones, lo hará con cargo a la cuenta pensional de ahorro individual, a menos que se autorice realizarse con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, aduciendo que actualmente no existe una fuente de financiación para esa prestación económica. Por lo anterior, pide que se autorice efectuar el pago con cargo a la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, entidad de la cual refiere debe ser llamado como litis consorte necesario y en la misma medida, las Juntas de Calificación de Invalidez. Como última exposición alude el carácter subsidiario de la acción de tutela, tema frente al que cita jurisprudencia constitucional, para concluir en la pretensión de que se declare improcedente esta acción, porque no se ha violado derecho fundamental alguno.

CONSIDERACIONES

Competencia

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para conocer de esta acción constitucional de conformidad con el canon 86 de la

Constitución Política, en armonía con los artículos 32 del Decreto Legislativo 2591 de 1991 y 1º del Decreto Reglamentario 1382 de 2000.

Problema Jurídico

Se contrae a determinar si debe jurídicamente la Administradora de Fondos de Pensiones ING S.A., asumir la prestación por incapacidad temporal a favor del actor, evento en el cual la decisión de primer nivel debe ser ratificada, o si como lo propone el censor, se impone su abrogación ante el carácter subsidiario de la acción o ante la ausencia de vulneración de los derechos fundamentales.

Solución

Para discernir adecuadamente el planteamiento de censura, empecemos por señalar que la acción de tutela procede de manera excepcional para reclamar el pago de acreencias laborales, toda vez que ella fue instituida como un mecanismo de defensa judicial, al cual puede acudir cualquier persona, para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por las acciones u omisiones de las autoridades públicas, o por los particulares, en los casos expresamente señalados en la Ley.

El canon 86 Constitucional que la consagra, estableció: *“Esta acción sólo procederá la acción de tutela cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.¹

Bajo esta égida puede concluirse en principio, que la acción de tutela resulta improcedente para reclamar el pago de acreencias de orden

¹ En el mismo sentido léase el artículo 8º del Decreto 2591 de 1991.

laboral, como es el caso de las incapacidades, por cuanto dicha discusión debe ventilarse ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa laboral. No obstante, de manera excepcional, se ha admitido su procedencia, según las especificidades de cada caso, cuando los medios ordinarios no resultan lo suficientemente idóneos y eficaces para alcanzar el fin propuesto; cual es la protección inmediata de los derechos fundamentales.

La pretensión que se funda en el pago de las incapacidades laborales adquiere especial importancia y se justifica, por cuanto ella constituye el salario del trabajador durante el tiempo en el que éste, en razón de su enfermedad, se encuentra imposibilitado laboralmente. Por tanto, hay lugar a su protección por vía de tutela, cuando su no reconocimiento y pago, afecta el derecho al mínimo vital, al constituir aquel la única fuente de ingresos para garantizar su subsistencia y la de su familia, y no es posible que dicha protección se logre de manera oportuna, a través de los mecanismos ordinarios de defensa.

En este orden de ideas y acorde con la reiterada jurisprudencia constitucional, el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela, cuando se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador, es viable en la medida en que dicha prestación constituya la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades personales y familiares, ello sobre la base de que los mecanismos ordinarios instituidos para el efecto, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza, con lo cual queda claro que en el caso concreto, no se impone exigir el requisito de subsidiaridad.

En efecto, el señor JOSÉ RAÚL COLORADO ARENAS expuso que lleva varios meses sin percibir ingreso alguno, encontrándose en

deplorables condiciones de salud, lo cual le ha impedido ejercer alguna actividad que constituya una contraprestación salarial y en cambio tiene a su cargo la esposa y cuatro hijos, situación que afecta su mínimo vital, afectación ius-fundamental a la que no puede ser sometido, so pena de quebrantar fuero constitucional. Por contera, el no pago de una incapacidad laboral genera no sólo el desconocimiento del derecho fundamental al mínimo vital del trabajador, sino también, la vulneración de su derecho a la vida digna y a la salud.

Respecto al traslado de la carga prestacional que se defirió por el operador de primer nivel al fondo de pensiones al que se encuentra afiliado el señor JOSÉ RAÚL COLORADO ARENAS, para que asuma el pago de las sucesivas incapacidades médicas laborales que han superado el tope de los 180 días, estuvo ajustada a derecho y en consonancia con la legislación y la jurisprudencia.

En efecto, esta Corporación encuentra soporte normativo para concluir que dentro de la concepción del sistema de seguridad social en salud, se previó que las prestaciones médicas asistenciales, deben ser cubiertas por una entidad promotora de salud y con excepción alguna económica, en tanto la generalidad impone que las de orden económico que se deriven de aquella afectación en la salud del trabajador, serán asumidas bien por el fondo de pensiones, ora por la administradora de riesgos profesionales, según se trate de enfermedad común o con calificación como de origen profesional.²

Significa lo anterior que la promotora de salud, no es la llamada a responder por las prestaciones económicas derivadas de la

² Artículo 6º de la Ley 100 de 1993, en armonía con los artículos 10, 152 y 251 íbidem.

enfermedad de origen común o profesional que sobrepase el término de 180 días previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo Laboral.

En este sentido, la Corporación ha emitido diversas decisiones constitucionales, una de ellas emanada de la Sala de Decisión Laboral, que frente a una situación jurídica igual, expuso:

“Debe decir esta Sala que el estado de incapacidad puede ser de tres tipos: (i) temporal, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) permanente parcial, cuando se presenta un disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y, (iii) permanente (o invalidez), cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%.

“Bajo esta perspectiva, dependiendo del origen de la incapacidad, el Sistema de Seguridad Social ha previsto una reglamentación específica para regular la forma en que se garantiza a los trabajadores incapacitados los ingresos que les permitan subsistir de forma digna, ante la imposibilidad de ejercer sus labores.

“Ahora, frente a la incapacidad laboral generada por enfermedad de origen común o no profesional, como sucede en el caso que ocupa la atención de la Sala, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993, dispone que “Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto”.

“El anterior precepto, al referirse a “las disposiciones legales vigentes”, se entiende que debe ser armonizado con el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que prevé un auxilio monetario por enfermedad no profesional, en los siguientes términos: “En caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el - empleador- le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante”, sin que en ningún caso pueda ser inferior al salario mínimo legal vigente.

“De todo lo anterior, esta Colegiatura, puede concluir que las Entidades Promotoras de Salud (E.P.S.) son las inicialmente obligadas a asumir el pago de las incapacidades laborales generadas por enfermedad de origen común o no profesional, pero sólo durante los primeros 180 días de incapacidad.

“Frente a las incapacidades otorgadas después del día 180, las mismas deben ser cubiertas por la Administradora de Fondo de Pensiones, hasta tanto se califique al afiliado, conforme a la interpretación del artículo 23 del Decreto 2461 de 2001 “por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez” así pues, en tratándose de una enfermedad de origen común o no profesional, en la que exista concepto favorable de recuperación, la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador, con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro provisional de invalidez, tiene la potestad de postergar el trámite de calificación ante las Juntas de Calificación de Invalidez, hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad otorgada por la E.P.S., para lo cual, le debe conceder al trabajador un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando y que estaba a cargo de dicha entidad. Al respecto, la norma en cita señala lo siguiente:

“ARTICULO 23.-Rehabilitación previa para solicitar el trámite ante la junta de calificación de invalidez.

(...)

“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación, la administradora de fondos de pensiones con la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro provisional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente, podrá postergar el trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal otorgada por la entidad promotora de salud, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador” (Negrilla fuera de texto).

“En relación al alcance de la anterior norma, jurisprudencialmente, ha dicho la Corte Constitucional, 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.

“Lo anterior, por cuanto el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, al señalar que es posible postergar el trámite de calificación de invalidez, hasta por 360 días, y que en dicho lapso, el fondo de pensiones debe otorgarle al trabajador un subsidio equivalente al de la incapacidad que venía disfrutando por parte de la respectiva E.P.S., lleva a concluir que es al fondo de pensiones a quien le corresponde asumir el pago de las incapacidades a partir del día 181 hasta la fecha en que se produzca el

*dictamen de invalidez, por lo menos, por 360 días más, tal criterio, lo ha esbozado la Corte en los siguientes términos:*³

“(…) La interpretación sistemática de los preceptos citados permite concluir que, en la actualidad, las Entidades Promotoras de Salud no pueden legalmente cubrir con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud prestaciones económicas derivadas de incapacidad temporal generada en enfermedad general, por más de 180 días. Cumplidos los 180 días continuos de incapacidad temporal, será al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliado la persona a quien corresponde el pago de la prestación económica, mientras se produce la calificación de invalidez por parte de la Junta de Calificación de Invalidez, en los términos del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

“En este aspecto, conviene precisar que a la Entidad Promotora de Salud le asiste un deber de acompañamiento y orientación al usuario en cuanto al trámite para obtener el pago de las incapacidades superiores a 180 días, en el sentido de remitir directamente los documentos correspondientes ante el Fondo de Pensiones respectivo, para que éste haga el estudio de la solicitud y decida acerca del pago de la prestación reclamada o el reconocimiento de una eventual pensión de invalidez. Ello, en razón a que, no es constitucionalmente admisible que al trabajador incapacitado se le someta a tramites adicionales o a cargas administrativas que no está en la obligación, ni en condiciones de asumir”.

*“De lo anterior, puede concluir esta Sala que, para la Corte el propósito que persigue el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, es garantizarle al trabajador un cubrimiento de las incapacidades mayores a 180 días mientras se produce su recuperación o haya lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez”.*⁴

Este argumento que de manera uniforme se expresó en la sentencia recurrida, permite establecer que efectivamente el Fondo de Pensiones al que se encuentra afiliado el actor, debe responder por la prestación económica y no es cierto lo argumentando por el impugnante, al referir que no existe norma que le imponga aquella carga, porque como se concretó, sí tiene obligación legal de cubrir la referida contingencia dineraria.

³ Sentencia T-920 del 07 de diciembre de 2009, Magistrado Ponente, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

⁴ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral, Radicación 2011-01112, actor Álvaro Aristizábal Bedoya contra el Instituto de Seguros Sociales, sentencia del 10 de diciembre de 2010, MP. Francisco Javier Tamayo Tabares.

Se concluye lo anterior, porque a partir de las incapacidades sucesivas del trabajador por enfermedad común o de la ocurrencia del accidente laboral, trae como consecuencia el que se deba efectuar una calificación para determinar el posible estado de invalidez y a partir de allí determinar si debe ser pensionado, proceso que se adelanta según lo previsto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

Como quiera que las entidades que deben asumir aquella contingencia laboral son el Fondo de Pensiones o la Administradora de Riesgos Profesionales, corresponde a estas ocuparse del proceso de calificación de invalidez y si durante su desarrollo se sobrepasa el término de 180 días de incapacidad, corresponde a ellas y no a la EPS otorgar una prestación económica equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador⁵.

Si bien la ley general del sistema de seguridad social integral no previó que podrían existir eventos de desprotección del trabajador, como la contingencia derivada de su incapacidad superior a 180 días, ello fue asunto del cual se ocupó el ejecutivo y con base en la facultad reglamentaria reguló aquellos eventos, razón para concluir que no existe vacío legal sobre el tema, como lo invoca el censor.

Por último advierte la Sala que esta es una contraprestación que se presentó a manera de contingencia, es decir, aleatoria frente a las obligaciones del Fondo de Pensiones, no siendo posible que la erogación deba trasladarse a la cuenta pensional de ahorro individual, porque se causaría merma a los derechos del trabajador, ni atribuirse al Fondo de Solidaridad y Garantía, porque precisamente dentro del giro ordinario de las actividades del fondo ING como sociedad

⁵ Imposición normativa contenida en el artículo 23, inciso 4º del Decreto 2463 de 2001.

anónima, cuyo propósito es el de obtener lucro de una actividad comercial, tiene la facultad de asegurar aquellas contingencias ante las compañías de seguros establecidas en Colombia, según autorización que le otorgó la Ley 100 de 1993.

Por tanto, esta imposición crematística es de exclusiva responsabilidad de dicha sociedad, que se comprometió con el Estado Colombiano a cubrir unas contingencias en favor de los trabajadores, sin que pueda escudar aquella obligación o permitir su erogación económica con cargo a una cuenta diferente de la propia.

Debe advertir esta Sala que esta prestación económica a favor del accionante, se debe mantener hasta cuando se concrete el dictamen de pérdida de capacidad laboral a cargo de las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez y se difiera en forma definitiva dicha asistencia prestacional.

En conclusión, encuentra esta Célula Judicial que no tiene prosperidad la censura que presenta la entidad obligada a cubrir las incapacidades temporales del señor JOSÉ RAÚL COLORADO ARENAS, por lo que el fallo será ratificado en su integridad.

Decisión.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala Dual de Decisión Penal, administrando justicia en nombre del Pueblo y por la autoridad que le otorga la Constitución Política,

RESUELVE

Primero: Confirmar el fallo de tutela proferido el 2 de agosto de 2011 por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad Pereira, en cuanto fue materia de impugnación.

Segundo: Notificar esta providencia a las partes por el medio más expedito posible, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y remitir a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ

Magistrada

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

Jairo Alberto López Morales

Secretario