El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

***TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO***

******

***PEREIRA RISARALDA***

***MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES***

*Providencia : Sentencia de Segunda Instancia – 09 de junio de 2017*

*Proceso : Acción de Tutela – Confirma el amparo concedido por el a quo*

*Radicación Nro.**: 66001-31-05-004-2017-00163-01*

*Accionante : Albeiro Giraldo García*

 *Accionado : Colpensiones*

 *Juzgado de Origen : Cuarto Laboral del Circuito de Pereira*

***Tema***  *:* ***Seguridad Social. Obligaciones.*** *El derecho fundamental a la seguridad social implica una serie de obligaciones de las entidades encargadas de garantizarlos. Existen unas obligaciones de prestar determinados servicios –prestación de servicios de salud, calificación de pérdida de capacidad laboral, etc.- y existen otras de pagar unas prestaciones –reconocimiento de pensiones, incapacidades, licencia de maternidad, entre otros-. Este último grupo de obligaciones, están íntimamente ligadas a otro derecho, el del mínimo vital, pues con el reconocimiento de una prestación, se permite al afiliado o beneficiario del sistema de la seguridad social, acceder a unos recursos que le permitan suplir sus necesidades básicas al igual que las de su núcleo familiar.*

Pereira, nueve de junio de dos mil diecisiete.

Acta número \_\_\_\_ 09 de junio de 2017.

 Procede la Sala de Decisión Laboral de este Tribunal a resolver la impugnación del fallo, contra la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, el 24 de abril del año que corre, dentro de la acción de tutela promovida por ***Albeiro Giraldo García*** en contra de la ***Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones,*** por la violación de sus derechos constitucionales al mínimo vital la seguridad social y a la salud.

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

*I-* ***SENTENCIA.***

***Hechos jurídicamente relevantes.***

Relata el demandante que está incapacitado desde el día 07 de junio de 2016 por presentar una enfermedad en sus miembros inferiores y problemas en varios discos de la columna, que desde esa calenda hasta el 30 de diciembre del mismo año la EPS Cafesalud le estuvo pagando las incapacidades generadas, que desde el 06 de enero de 2017 Colpensiones quedó a cargo de reconocer y pagarlas, que se generaron incapacidades desde el 06 de enero de hasta el 04 de febrero por 30 días, otra adicional desde esta última fecha hasta el 06 de abril, que el 20 de marzo se le notificó el dictamen de invalidez, con una PCL del 30%, que el 24 de marzo se le notificó por parte de Colpensiones una misiva en la que le indican que ya no es posible continuar con el reconocimiento de la incapacidad, habida cuenta que tiene concepto desfavorable de rehabilitación.

Por tal razón, persigue que se le paguen 3 incapacidades generadas e insolutas.

Admitida la acción constitucional, se dio traslado de la misma a la entidad demandada, la cual allegó respuesta advirtiendo que no hay lugar al reconocimiento de las incapacidades pretendidas, habida cuenta que el demandante cuenta con concepto desfavorable de recuperación, por lo que al tenor del canon 142 del Decreto 019 de 2012. Por lo anterior, pidió que se declarara improcedente la acción tutelar.

***Sentencia de primera instancia.***

La a-quo concedió el amparo solicitado y ordenó a Colpensiones el reconocimiento y pago de las incapacidades adeudadas a la fecha y las que se sigan causando. Para así concluir, determinó que la jurisprudencia constitucional ha sido clara en establecer que en casos como el del actor, en el que ya superó los 180 días y obtuvo una merma en su capacidad laboral menor al 50%, pero su diagnóstico de recuperación no es favorable, tiene derecho a que la AFP le reconozca y pague las incapacidades generadas, hasta tanto se emita concepto de recuperación o bien se determine una merma en su capacidad laboral que supere el 50%.

***Impugnación.***

La parte accionada impugnó la decisión, manifestando que no tiene la obligación legal de pagar las incapacidades al accionante, pues no cuenta con el concepto de favorable de rehabilitación que exige el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, para el pago de las incapacidades superiores al día 180.

*II-* ***CONSIDERACIONES.***

***1. Competencia.***

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

***2. Problemas Jurídicos***

*¿Es posible reconocer, por medio de acción de tutela, el pago de unas incapacidades médicas?*

*¿Corresponde a la entidad demandada el reconocimiento y pago de las incapacidades concedidas al señor Albeiro Giraldo Garcia?*

***3. Desarrollo de la problemática planteada:***

El derecho fundamental a la seguridad social implica una serie de obligaciones de las entidades encargadas de garantizarlos. Existen unas obligaciones de prestar determinados servicios –prestación de servicios de salud, calificación de pérdida de capacidad laboral, etc.- y existen otras de pagar unas prestaciones –reconocimiento de pensiones, incapacidades, licencia de maternidad, entre otros-. Este último grupo de obligaciones, están íntimamente ligadas a otro derecho, el del mínimo vital, pues con el reconocimiento de una de tales prestaciones, se permite al afiliado o beneficiario del sistema de la seguridad social, acceder a unos recursos que le permitan suplir sus necesidades básicas al igual que las de su núcleo familiar. Puntualmente, en cuanto a las incapacidades médicas, estas vienen a suplir el salario del afiliado, por lo que no queda duda de la ligazón que existe entre aquellas y la posibilidad de auto sostenimiento y el mínimo vital de cada persona. No obstante lo anterior, por regla general las prestaciones económicas no son aspectos que se ventilen por la vía de tutela. Así lo ha decantado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que se cita a continuación:

*“11. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas en Colombia, el cual solo procede cuando el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz. De igual manera, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que es causal de improcedencia de la acción la existencia de otros recursos o medios judiciales (numeral 1º).*

*Lo anterior encuentra fundamento en el principio de subsidiaridad, el cual implica que, prima facie, la acción de tutela no puede desplazar los recursos judiciales ordinarios de defensa de derechos fundamentales[34], en tanto son los jueces naturales, los competentes para conocer y determinar los litigios propios de la jurisdicción ordinaria o la contencioso-administrativa, según el caso.*

*12. En virtud de tal principio, esta Corporación ha señalado que, de manera general, las acciones de tutela no proceden para el reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, ya que los mismos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de los procesos laborales ordinarios.*

*En efecto, el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó en cabeza de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, el conocimiento de “las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos.”*

*Así mismo, la Corte ha reiterado que el conocimiento de ese tipo de solicitudes exige la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces escapan a la competencia del juez de tutela. De esta manera es claro que la improcedencia es una regla general para este tipo de solicitudes”[[1]](#footnote-1).*

No obstante lo anterior, esa regla general admite excepciones, ante puntuales eventos en los que la situación del afiliado y su núcleo familiar no admite la espera de un trámite ordinario, pudiendo el Juez de tutela disponer el reconocimiento y pago de las mismas. Así lo ha dicho, en la misma providencia citada, el órgano guardián de la Constitución Política:

*“13. A pesar de lo expuesto, el mismo artículo 86 constitucional establece excepciones a la regla de improcedencia al señalar que el amparo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; o cuando el mecanismo del que se dispone no resulta idóneo y/o eficaz.*

*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”.*

Teniendo en cuenta la jurisprudencia glosada, es del caso determinar si el señor Giraldo García se encuentra en una situación que le impida el cobro de las incapacidades por los medios ordinarios, o sea palmario un posible perjuicio irremediable.

Pues bien, en cuanto a las acciones con que cuenta el demandante en tutela, estaría el trámite de un proceso ordinario, con miras a determinar si tiene derecho a que Colpensiones le reconozca y pague las incapacidades. Sin duda esta acción, si bien permitiría definir el asunto con total acopio probatorio, también lo es que su trámite puede ser dispendioso y los mismos lapsos del trámite de ambas instancias, pondrían en serio riesgo el derecho al mínimo vital y móvil del accionante y de su núcleo familiar, pues está claro que ante el grado de discapacidad que presenta, el subsidio por incapacidad se convierte en su única fuente de ingresos para solventar sus congruas necesidades. Por lo tanto, a pesar de existir el medio judicial para defender el derecho al mínimo vital del demandante en tutela, por la premura con que se debe amparar el derecho, necesariamente implica medidas más agiles.

En cuanto a la posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable[[2]](#footnote-2), el mismo exige que se demuestre la inminencia de la lesión del derecho, que el mismo sea grave, que sea urgente e inaplazable la acción tutelar. En el caso puntual, se tiene que existen medios de convicción que determinan la imperiosa necesidad de conceder el amparo constitucional, como lo coligió la a-quo, pues al actor le fue declarada una merma en su capacidad laboral del 30% -fls. 28 y ss- y además tiene un concepto desfavorable de rehabilitación lo que no le ha permitido reintegrarse a sus labores -fls. 21 y ss.-, lo que permite colegir que está en imposibilidad de trabajar y de proveerse su mínimo vital por una vía diferente al subsidio por incapacidad, lo que hace que su pago sea indispensable para preservar las condiciones dignas de vida. Todos estos aspectos, que no fueron refutados por la entidad demandada, hacen ver que la situación del accionante y de su núcleo familiar es difícil, amén que el accionante es el encargado de velar por el sostenimiento de dos hijas, una que está cursando estudios universitarios y otra de 9 años de edad, quienes dependen exclusivamente de sus ingresos para suplir sus necesidades básicas, por lo tanto, no disponer de manera inmediata la protección, se puede materializar en una lesión irremediable a sus derechos esenciales de carácter irremediable.

Por ello, no hay duda que en este puntual evento, es la acción tutelar la llamada a proteger los derechos del accionante.

Establecida la procedibilidad de la acción de amparo constitucional, es del caso entrar a verificar si la entidad demandada es la llamada a reconocer y pagar las incapacidades determinadas por el médico tratante al accionante.

Se tiene que el fundamento de la defensa de la entidad demandada en el trámite de la acción de tutela y el argumento de la impugnación, consiste en que el inciso 5º del artículo 142 del Decreto 019 de 2012, que modificó el canon 41 de la Ley 100 de 1993, establece que los Fondos de Pensiones pagaran incapacidades hasta por un término de 360 días adicionales a los primeros 180 días, cuando tenga concepto favorable de rehabilitación, interpretando de dicha norma, que si el concepto no es favorable, no hay lugar al pago de incapacidades.

Tal interpretación es contraria al derecho fundamental a la seguridad social y al mínimo vital, pues dejaría en un limbo el caso de los afiliados al sistema pensional que no obtienen un concepto favorable de rehabilitación y que superan los 180 días de incapacidad, sin que se le hubiere iniciado el trámite calificatorio o que, habiéndose surtido, su merma no alcanza el 50% y su concepto de recuperación no es favorable, no sea posible una reinserción laboral y siga recibiendo incapacidades por los galenos tratantes, lo que indica que posteriormente puede devenir en una merma mayor que le permita el reconocimiento de una pensión de invalidez, como es el caso del demandante, quien presentó esta acción de tutela cuando se encontraba en estado de incapacidad, lo que permite inferir que en la actualidad aún se encuentra en ese estado. Esas personas no pueden ser desamparadas por el sistema de seguridad social, dejándolas sin ningún medio de subsistencia, pues ello sería un contrasentido del principio de integralidad que orienta el mismo.

Por ello, la misma Corte Constitucional ha establecido que les corresponde a los Fondos de Pensiones reconocer y pagar las incapacidades respectivas en estos eventos (Sentencia T-812 de 2010 entre otras). Y en este caso, es precisamente Colpensiones el encargado de reconocer y pagar las incapacidades hasta tanto defina una posible reclasificación de la merma de la capacidad laboral del actor y el posible reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Sin embargo, en caso de que el trámite respectivo supere los 540 días totales de incapacidad, al tenor delo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, las mismas estarán a cargo de las EPS. Y en todo caso, esto no constituye un doble pago, pues la prestación de invalidez se iniciará a pagar a partir del día siguiente al pago de la última incapacidad médica, en virtud de la complementariedad que rige el sistema.

Por lo tanto, se observa que la decisión de primer grado es acertada y por lo mismo se confirmará, con la precisión en cuanto al pago de las incapacidades posteriores al día 540, las cuales serán responsabilidad de la EPS.

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,

***FALLA***

***1º. Confirmar*** el fallo impugnado, proferido el 24 de abril de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela de la referencia, aclarando que en caso de que las incapacidades superen los 540 días las mismas estarán a cargo de la EPS a la que este afiliado el demandante.

***2. Notificar*** *la decisión por el medio más eficaz.*

***3. 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

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÙLVEDA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

 Magistrada Magistrada

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretario

1. Sentencia T-144 de 2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. 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. [↑](#footnote-ref-2)