El siguiente es el documento presentado por la Magistrada ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Corporación.

Providencia: Sentencia del 15 de enero de 2016

Radicación No.: 66001-31-05-004-2014-00209-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Héctor Fabio Martínez Romero

Demandado: Porvenir S.A.

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL/ Inaplicabilidad cuando el asunto no ha sido definido de fondo

“(…) lo que el demandante pretendió a través de la mentada acción de tutela fue la garantía del debido proceso, el cual consideró violado en el marco del trámite de la calificación de invalidez. Ahora, de manera extra petita, el juez constitucional de primera instancia consideró que PORVENIR S.A. debía seguir reconociendo (…) incapacidades hasta tanto no se resolviese de fondo el grado de invalidez del accionante, lo cual en sede de apelación fue desestimado por el superior funcional, lo que viene a reforzar la tesis de que la justicia, para este caso, no ha resuelto de fondo la viabilidad de la pretensión promovida al interior del presente proceso, en razón de lo cual la jueza de primer grado no debió declarar la cosa juzgada (…)”

PAGO DE INCAPACIDADES/ Responsabilidad de su reconocimiento depende del número de días de incapacidad y de la calificación de la pérdida de capacidad laboral

“(…) el pago del auxilio de incapacidad se encuentra a cargo de la EPS durante los primeros 180 días, de ahí en adelante, siempre que el trabajador esté incapacitado, y hasta que no exista dictamen definitivo del alcance y grado de la pérdida de su capacidad laboral, la responsable del pago será la AFP.”

“En este caso no hay duda de que el pago de las incapacidades se encuentra a cargo de la AFP demandada, en la medida que ni siquiera al día de hoy existe un dictamen de pérdida de la capacidad laboral definitivo (…)”

“Mientras el demandante estuvo afiliado a la AFP PORVENIR, hasta el 30 de junio de 2013, le pagaron 540 días de los 1420 que estuvo incapacitado, por lo que se encuentran en mora 881 días, que equivalen a la suma de $17.928.741 (…)”

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

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

**(Enero 15 de 2016)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Buenos días, siendo las 10:00 a.m. de hoy, viernes 15 de enero de 2016, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **Héctor Fabio Martínez Romero** en contra de la **Porvenir S.A.**

Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la s.s., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los fundamentos de los argumentos expuestos en las alegaciones guardan correspondencia con el objeto de la discusión del proyecto, procede la Sala a resolver la apelación interpuesta por la parte demandante en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira el 21 de octubre de 2014 dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad.

**Problema jurídico por resolver**

De acuerdo los argumentos de la apelación, le corresponde a la Sala determinar si la sentencia de tutela configura cosa juzgada constitucional en el asunto sub-examine y, en caso negativo, si efectivamente le asiste la obligación a Porvenir S.A. de pagar las incapacidades deprecadas por el demandante.

1. **La demanda y su contestación**

El citado demandante solicita que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de las incapacidades aún no canceladas por Porvenir S.A., que suman un total de 881 días, y que deben ser cancelados por la AFP demandada.

En consecuencia pretende que se condene a la entidad a pagarle el auxilio de incapacidad dejado de cancelar entre el 16 de enero de 2011 y el 30 de junio de 2013, 881 días que ascienden a la suma de $15.886.485, la indexación de las condenas, las costas procesales, agencias en derecho y todos los derechos y créditos que resulten probados, de acuerdo a las facultades ultra y extra petita.

Para fundar dichas pretensiones, manifiesta que tiene una pérdida de capacidad laboral de 40%; que Coomeva EPS es la entidad encargada de prestarle el servicio de salud, teniendo en su poder su historia clínica y suscribiéndole las incapacidades con ocasión de la misma enfermedad que venía aquejando su salud desde que estaba cotizando y protegido por el sistema, de las cuales se le adeudan un total de 881 días comprendidos entre el 15 de enero de 2011 y el 30 de junio de 2013.

Afirma que interpuso acción de tutela contra varias entidades, entre las que se encontraba la demandada. En el fallo del amparo, se ordenó que se le calificara por pérdida de la capacidad laboral, conminando a la AFP a continuar pagando las incapacidades. Sin embargo, tal decisión, en cuanto al pago de las indemnizaciones, fue revocada por el juez de segunda instancia.

Agrega que fue calificado por la junta regional de calificación del Valle, siendo notificado de dicha calificación el 17 de enero de 2014, la cual no se encuentra en firme, pues fue apelada.

Porvenir S.A. allegó escrito de contestación a la demanda, aceptando como cierto que es Coomeva EPS la entidad encargada de prestarle los servicios de salud y la misma que le ha prescrito las incapacidades con ocasión a la enfermedad que lo aquejaba desde que se encontraba cotizando. Igualmente aceptó la calificación de perdida de la capacidad laboral por la junta regional de calificación del valle, la acción de tutela, junto con la decisión tanto en primera como en segunda instancia. Frente a los demás hechos manifestó que no le constaban o que no eran ciertos.

Seguidamente se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó “Genérica”, “Prescripción”, “Buena fe”, “Inexistencia de la obligación y/0 cobro de lo no adeudado” e “Inexistencia de la causa”.

1. **La sentencia de primera instancia**

La Jueza de conocimiento declaró, de oficio, probada la excepción de cosa juzgada constitucional, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante.

Para llegar a tal determinación la A-quo consideró que al encontrarse una sentencia de tutela en firme, proferida por el Juzgado Octavo de Cali, que decidió precisamente la pretensión principal en este asunto, el derecho del actor al pago de las incapacidades posteriores a los 540 días ya reconocidos, 881 días causados entre el 15 de enero de 2011 y el 30 de junio de 2013, no resulta pertinente por los efectos de la cosa juzgada constitucional.

Del mismo modo, enunció que aunque se dejara de lado la cosa juzgada, tampoco podrían salir avante las pretensiones del actor, pues si bien se encuentran anexadas al expediente, certificaciones de Coomeva sobre las incapacidades expedidas a su favor entre el 15 de enero de 2011 y el 30 de junio de 2013, no existe claridad en cuanto a los valores que se le han cancelado por su enfermedad e incapacidad para laborar, siendo imposible establecer los valores a cargo de Porvenir S.A., de acuerdo a la naturaleza jurídica de las incapacidades laborales, que no es otra que sustituir el salario.

1. **Recurso de Apelación**

El apoderado judicial de la parte demandante apeló la decisión arguyendo que al existir hechos posteriores (incapacidades que no fueron canceladas) al fallo de tutela y, además, al no poder la tutela prohibir buscar lo que se pretende en el proceso ordinario, debe considerar la Sala que el demandante continúo cotizando y que al estar cotizando, Porvenir S.A. como la AFP a la que se encontraba afiliado, debía pagar esas incapacidades.

Igualmente, alegó que han de tenerse en cuenta los principios de la legislación laboral, buscando la coherencia con los derechos fundamentales, en este caso del demandante, que no se encuentran garantizados, en el entendido en que no puede laborar para obtener su mínimo vital y móvil, y el de su familia, por lo que, apoyando este punto, se encuentra en apelación la calificación de perdida de la capacidad laboral.

1. **Consideraciones**

**4.1. COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL**

La intención del legislador colombiano, cuando reguló el procedimiento de la acción de tutela en el Decreto 2591 de 1991, fue excluir tajantemente la posibilidad de tutela contra fallos de tutela. Bajo tal criterio, la Corte Constitucional ideó el concepto de cosa juzgada constitucional, con la finalidad de prevenir la inseguridad jurídica que supone la apertura perene de casos sometidos al conocimiento de la jurisdicción constitucional.

Ha interpretado el órgano de cierre constitucional, que al establecer el deber de remisión de todas las acciones de tutela proferidas en el país a la Corte Constitucional, el constituyente lo que buscó fue unificar la interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales, excluyendo así la posibilidad de que se impugnen las sentencias de tutela mediante una nueva acción de tutela; cercenando entonces, desde la Constitución, la posibilidad de una prolongación indefinida del conflicto en desmedro tanto de la seguridad jurídica como del goce efectivo de los derechos fundamentales.

Es deseable que los conflictos o diferendos jurídicos que se susciten entre los actores de la sociedad se resuelvan en el marco de un proceso que brinde al demandante y a los encartados todas las garantías y el tiempo necesario para ventilar las pruebas y preparar los argumentos de refuerzo de la pretensión o la defensa, según sea el caso. Sin embargo, desde la promulgación de la Constitución de 1991, ocurre con frecuencia que las personas que siente vulnerados sus derechos fundamentales prefieren acudir a un proceso breve y sumario, como lo es la acción de tutela, con la finalidad de que de manera anticipada el juez constitucional adopte las medidas que impidan la consumación de un perjuicio irremediable.

Pero debe entenderse que, no en pocos casos, el Juez de Tutela decidirá que no existe un riesgo inminente que ponga en peligro la vigencia de los derechos fundamentales protegidos por la carta política o que, dado el contexto fáctico, el accionante puede acudir a los mecanismos judiciales o administrativos ordinarios que resultan efectivos en procura de obtener su derecho, lo que en ningún caso cierra la posibilidad para que el allí promotor de la tutela acuda a la jurisdicción ordinaria o especial, según sea el caso, a efectos de perseguir el reconocimiento judicial de las pretensiones que inicialmente promovió ante la justicia constitucional; es decir, los fallos de tutela no impiden al accionante que no logró el amparo constitucional, que acuda ante otra jurisdicción a reclamar el derecho.

Dicho lo anterior, de todas maneras lo que el demandante pretendió a través de la mentada acción de tutela fue la garantía del debido proceso, el cual consideró violado en el marco del trámite de la calificación de invalidez. Ahora, de manera extra petita, el juez constitucional de primera instancia consideró que PORVENIR S.A. debía seguir reconociendo la incapacidades hasta tanto no se resolviese de fondo el grado de invalidez del accionante, lo cual en sede de apelación fue desestimado por el superior funcional, lo que viene a reforzar la tesis de que la justicia, para este caso, no ha resuelto de fondo la viabilidad de la pretensión promovida al interior del presente proceso, en razón de lo cual la jueza de primer grado no debió declarar la cosa juzgada con efectos sobre este proceso.

**4.2. DEL PAGO DE INCAPACIDADES MÉDICAS OTORGADA A LOS AFILIADOS AL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL**

El pago de las incapacidades tiene como finalidad resguardar varios derechos fundamentales que se pueden ver afectados al disminuirse las capacidades físicas o mentales del trabajador para acceder a una suma de dinero con el cual solventar una vida en condiciones de dignidad. Cuando la enfermedad o accidente genere una incapacidad laboral, ésta debe ser pagada los dos (2) primeros días por el empleador, del día tercero (3) al ciento ochenta (180) corresponde el pago a la EPS y del día ciento ochenta y uno (181) en adelante y hasta por ciento ochenta (180) días más debe ser pagado por la administradora de fondos pensionales, que pueden ser prorrogados por ciento ochenta (180) días adicionales hasta tanto se haga el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Sin embargo, tal como ocurre en el sub-examine, puede pasar que al afiliado continúe incapacitado más allá del tope de esos 540 días, evento en cual se aprecia un aparente vacío en el ordenamiento jurídico, debido a que, por mucho tiempo, la jurisprudencia concibió que, a partir del día 541, se extinguía para el trabajador el derecho a reclamar el auxilio de incapacidad, lo cual supone entonces que el sistema se libera del pago de dicho emolumento, muy a pesar de que este se encuentra inspirado precisamente en la necesidad de protección de quienes, en razón de un cuadro patológico o de las secuelas de un accidente, se encuentran en un estado de debilidad manifiesta que les impide generar ingresos para darse un vida en condiciones dignas.

A propósito de ello, la Corte Constitucional ha venido sostenido que en los casos en que no se tiene certeza de cuál es la entidad responsable de cubrir determinadas incapacidades laborales, es obligación de alguna de las entidades del Sistema General de Seguridad Social de pagarlas[[1]](#footnote-1), o de lo contrario se le causaría una afectación a su mínimo vital, lo cual resulta inaceptable en un Estado Social de Derecho, en el que las personas en estado de debilidad manifiesta o en grave estado de vulnerabilidad merecen un tratamiento especial, no solo de parte del Estado sino de la sociedad en su conjunto.

En este orden, de acuerdo a la documental arrimada al proceso con la demanda y la contestación (Fl. 20 y s.s.), tenemos que el demandante permaneció incapacitado entre 12 de agosto de 2008 y el 30 de junio de 2013, y que con el argumento de la superación del tope de los 540 días, pese a que hasta esa fecha no existía un dictamen final pérdida de la capacidad laboral, al afiliado le fue suspendido el pago de las incapacidades que se generaron de ahí en adelante.

A la luz de la interpretación de la Corte Constitucional, el pago del auxilio de incapacidad se encuentra a cargo de la EPS durante los primeros 180 días, de ahí en adelante, siempre que el trabajador esté incapacitado, y hasta que no exista dictamen definitivo del alcance y grado de la pérdida de su capacidad laboral, la responsable del pago será la AFP.

Hay que enfatizar que la vigencia de la afiliación, a la par de la generación de incapacidades médico legales al afiliado, obligan siempre a alguna de las entidades que componen el Sistema de la Seguridad Social, ya sea a la EPS o la AFP, según sea el caso, a la cancelación del auxilio de incapacidad a favor del afiliado incapacitado, cuyo pago no puede ser suspendido en razón de la superación de determinado tope de días, en consideración a que los ciclos se cierran con la calificación del estado de invalidez del afiliado, pero se deben reabrir si con posterioridad al dictamen el calificado continua incapacitado para retornar a su trabajo.

En este caso no hay duda de que el pago de las incapacidades se encuentra a cargo de la AFP demandada, en la medida que ni siquiera al día de hoy existe un dictamen de pérdida de la capacidad laboral definitivo, y los que hasta la fecha han emitido las diferente Juntas en relación con el demandante, no escapan al cuestionamiento del juez constitucional, al punto de que en cumplimiento de un fallo de tutela dictado por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cali, la Junta Nacional de Calificación se encuentra conociendo un recurso de apelación en contra del último de dictámenes emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, que da cuenta de que la pérdida de capacidad laboral del demandante se ha incrementado desde la primera calificación y al día de hoy se remonta al 44,96%.

Mientras el demandante estuvo afiliado a la **AFP PORVENIR**, hasta el 30 de junio de 2013, le pagaron 540 días de los 1420 que estuvo incapacitado, por lo que se encuentran en mora 881 días, que equivalen a la suma de $17.928.741, cifra que incluye la respectiva indexación.

Corolario de lo expuesto, se revocará la decisión de primera instancia y en remplazo se condenará a la AFP demandada a que pague al promotor del litigio la suma de $17.928.741 por concepto del auxilio de incapacidad en mora, lo mismo que las costas de primera instancia, cuyas agencias en derecho deberán fijarse en la sede correspondiente

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Año** | **No. días en mora** | **Salario diario** | **Valor adeudado** | **Indexación** |
| 2011 | 350 | 17.853,00 | 6.248.550,00 | 766.522,05 |
| 2012 | 351 | 18.890,00 | 6.630.390,00 | 546.053,56 |
| 2013 | 180 | 19.650,00 | 3.537.000,00 | 200.225,45 |
|  |  |  | **$ 16.415.940,00** | **$ 1.512.801,06** |

**RESUELVE:**

**PRIMERO**.- **REVOCAR** la decisión de primera instancia y en su remplazo condenar a la AFP demandada a que pague al promotor del litigio la suma de **$17.928.741** por concepto del auxilio de incapacidad en mora, lo mismo que las costas de primera instancia, cuyas agencias en derecho deberán fijarse en la sede correspondiente

**Notificación surtida en estrados.**

**Cúmplase** y **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina siendo las \_\_\_\_\_ de la mañana, se levanta el acta y firman las personas que en la misma intervinieron.

La Magistrada,

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

Secretaria Ad-Hoc

1. ya sea la EPS o la AFP en la que se encuentre afiliada la persona incapacitada. (Sentencia T-2014-004) [↑](#footnote-ref-1)