**Providencia:** Sentencia de Segunda Instancia – 4 de septiembre de 2018

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

**Radicación Nro.** 66001-31-05-004-2018-00375-01

**Accionante:** María Antonia Mina Pareja

 **Accionado** Colpensiones y S.O.S.

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

**Temas: SEGURIDAD SOCIAL / MÍNIMO VITAL / PAGO DE INCAPACIDADES / PROCEDENCIA DE LA TUTELA PARA ORDENARLO / OBLIGACIONES DE LOS FONDOS DE PENSIONES.**

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.

***TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO***

******

***PEREIRA RISARALDA***

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

Pereira, cuatro de septiembre de dos mil dieciocho.

Acta número \_\_\_\_ 4 de septiembre de 2018.

 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 14 de agosto del 2018, dentro de la acción de tutela promovida por ***María Antonia Mina Pareja*** en contra de la ***Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones*** *y* ***Servicio Occidental de Salud S.A. S.O.S.,*** por la violación de sus derechos constitucionales al mínimo vital, vida digna y a la salud.

***IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES***

* ***ACCIONANTE:***
* María Antonia Mina Pareja identificada con C.C. No. 34.054.341 de La Virginia, Risaralda.

* **ACCIONADO:**
* Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones representada por Luis Miguel Rodríguez Garzón.
* Servicio Occidental de Salud S.A. – S.O.S. representada por Herney Borrero Hincapié.

**I. *HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES***

Relata la accionante que es madre comunitaria, que se encuentra incapacitada por tener diagnóstico de demencia no especificada, síndrome del túnel carpiano e hipertensión esencial (primaria), que desde el mes de mayo no recibe el pago de las incapacidades causadas; que la E.P.S. le entregó una notificación del concepto de rehabilitación No favorable, remitiéndola a la AFP Colpensiones para que esta continúe con el pago de las incapacidades; que en la actualidad su esposo se encuentra incapacitado y no puede trabajar, necesitando de forma urgente el pago de las incapacidades al ser su única fuente de ingresos para poder subsistir.

Por tal razón, solicita se le protejan los derechos invocados, y en consecuencia, se le cancelen las incapacidades adeudadas a la fecha.

***II****.* ***CONTESTACIÓN:***

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, allegó respuesta, advirtiendo que la gerencia Nacional de Reconocimiento – Medicina Laboral informó a la accionante que no había lugar al reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad, teniendo en cuenta que el certificado de rehabilitación expedido por la EPS S.O.S. era desfavorable, debiendo ser calificada para determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, por lo que la AFP, no le seguirá otorgando el subsidio por incapacidad, al tenor del artículo 142 del Decreto 019 de 2012. Por lo anterior, solicitó que se declarara improcedente la acción tutelar.

Por su parte, el Servicio Occidental de Salud – S.O.S. manifestó que, la accionante solicita la cancelación de las incapacidades superiores a 180 días, las cuales no está a su cargo según el Decreto 2943 de 2013, dado que a ella solo le incumben las incapacidades a partir del día 3 día hasta el día 180, siendo la Administradora de fondo de Pensiones, la encargada de continuar realizando el pago del subsidio. Solicita se declare improcedente la tutela en contra de la EPS y ordene al Fondo de Pensiones que proceda con el pago de las incapacidades.

***Sentencia de primera instancia.***

El a-quo concedió el amparo solicitado; ordenó a Colpensiones el reconocimiento y pago de las incapacidades adeudadas a la fecha, más las que se sigan causando, además de adelantar los tramites respectivos ante la EPS para establecer el número de incapacidades que han de debido reconocerle. En su motiva, determinó que la jurisprudencia constitucional ha sido clara en establecer, que en casos como el de la actora, que superó los 180 días y, obtuvo una merma en su capacidad laboral inferior al 50%, con diagnóstico de recuperación no favorable, le asiste el derecho a que la AFP, le pague las incapacidades generadas, hasta tanto se emita concepto de recuperación, o bien, se determine una pérdida de la capacidad laboral que supere el 50%.

***Impugnación.***

El fondo de Pensiones, impugnó la decisión, reclamando que, no tiene la obligación legal de cancelar las incapacidades a la accionante, dado que, no cuenta con el concepto favorable de rehabilitación que exige el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, para las incapacidades superiores al día 180.

*III-* ***CONSIDERACIONES.***

***1. Competencia.***

Esta Colegiatura es competente para resolver la impugnación presentada por Colpensiones, 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 a la señora María Antonia Mina Pareja?*

***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, 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 María Antonia Mina Pareja 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 la accionante 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 accionante, 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 la accionante para la fecha de esta providencia, cuenta con 346 días de incapacidad continúa y existen medios de convicción que determinan la imperiosa necesidad de conceder el amparo constitucional, como lo coligió el a-quo, pues la actora le fue declarada una merma en su capacidad laboral del 35,77% -fls. 58 y ss- y además tiene un concepto desfavorable de rehabilitación, lo que no le ha permitido reintegrarse a sus labores –fls 4, 26 y 33 y ss-, por tanto, se colige que le es imposible trabajar, a fin de hacerse a su sustento diario, que le asegure su mínimo vital, por una vía diferente al subsidio por incapacidad, lo que hace que el reclamo al subsidio sea urgente e indispensable, en orden a preservar, lo mínimo para alcanzar una vida con condiciones dignas.

Todos estos aspectos, que no fueron refutados por la entidad demandada, hacen ver que la situación de la accionante y de su núcleo familiar es difícil, amén que es la encargada de velar por el sostenimiento de ella y su familia, quienes dependen exclusivamente de sus ingresos para suplir sus necesidades básicas, por lo tanto, no disponer de manera inmediata a la protección de sus derechos esenciales, materializaría una lesión de carácter irremediable.

Por ello, no milita duda en torno a que la tutelante, es acreedora de la protección invocada en la acción tutelar.

Esclarecida la procedibilidad de la acción de amparo constitucional, es del caso entrar a verificar si el Fondo de pensiones es el llamado a pagar las incapacidades determinadas por el médico tratante a la accionante.

Se tiene que el fundamento de la defensa de aquel fondo, 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, e interpretó que de no tratarse de concepto no favorable, se dejaría de causar el pago de tales incapacidades

Aunado a ello, la interpretación blandida por la impugnante, es contraria al derecho fundamental a la seguridad social y al mínimo vital, puesto que dejaría en total desprotección al afiliado, por un supuesto limbo jurídico, que no existe, para el caso de aquellas personas:

1. no obtuvieron un concepto favorable de rehabilitación,
2. superaron 180 días de incapacidad,
3. no se ha iniciado el trámite calificatorio,
4. o que, habiéndose surtido aquel, su pérdida de la capacidad laboral no alcanzó el 50% y sigue incapacitada por orden del galeno tratante, *(v)* por ende, no está en condiciones de reintegrarse a sus labores cotidianas, o a su reinstalación laboral.

 Lo dicho máxime que la accionante, posee un diagnóstico de demencia no especificada, síndrome del túnel carpiano e hipertensión esencial, lo que de suyo permite avizorar, las precarias condiciones de su salud, las que al momento de la presentación de la acción de tutela no han desaparecido, dada la progresividad de las mismas. Un panorama tal no puede recibir una respuesta de indiferencia e insolidaridad de parte del sistema de seguridad social, dejando, de contera, en total desamparo a la afiliada, quien carece de otros recursos económicos con miras a procurar su subsistencia, contrariando los principios esenciales que, justamente, orientan al susodicho sistema de la seguridad social.

Más cuando, la misma Corte Constitucional ha recabado que las personas incapacitadas de forma parcial y permanente, esto es, inferior al 50%, se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas inválidas (sentencia T-401, 23 de junio de 2017).

Milita en el sub-examine, que la EPS SOS, evaluó a María Antonia Mina, y la remitió a la AFP COLPENSIONES, para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, el 23 de enero de 2018. Anota la SOS, que lo anterior obedece a que la actora presenta una enfermedad que al 15 de enero de 2018, ha generado incapacidad continua por 179 días, con concepto no favorable de rehabilitación del 6 de febrero siguiente (fl. 4).

En tanto que la AFP, en su respuesta acepta que la EPS SOS, había emitido “*el certificado de rehabilitación (CRE) …DESFAVORABLE y por lo tanto lo procedente es proceder con su calificación de PCL*”.

De tal suerte que han pasado más de 180 días, y menos de 540 días de incapacidad, por cuanto han transcurrido a la fecha, unos, 350 días, motivo por el cual la AFP, es la encargada del reconocimiento de la incapacidades, tal cual lo ha venido reiterado el máximo órgano constitucional, entre otras, en la sentencia ya reseñada T-401 de 2017.

Ahora, de conformidad con el Decreto 1333 de 27 de julio de 2018, que sustituyó el título 3 de la parte 2 del libro ibídem del Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social (DUR 780/16), extendió su aplicación a las EPS, y las demás entidades obligadas a compensar (EOC) a los aportantes, a los cotizantes, incluidos los pensionados que realizan aportes adicionales a su mesada pensional, y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Aspecto, que se tendrá que tener en cuenta a partir del 541 días, inclusive, de incapacidad, con arreglo a la reglamentación prevista en el susodicho Decreto 1333 de 2018.

En suma, corresponde al Fondo de Pensiones pagar las incapacidades respectivas, ubicadas en el baremo de los 180 a 540 días, si aún no se ha reconocido la gracia pensional, y de ahí en adelante a la EPS, acorde con la lectura que la Corte Constitucional ha elaborado al artículo 67 de la Ley 1753 de 2015,

Por lo tanto, se confirmarán las órdenes emitidas por el *a-quo*, empero, y como quiera que la EPS, fue igualmente, accionada, se adicionará el fallo impugnado, en el sentido de que si, subsistieren las incapacidades más allá del día 540, sin que cambien las circunstancias denunciadas en esta acción de Tutela, la Promotora de Salud Occidental de Salud S.A.. SOS, a partir del día 541, inclusive, asumirá las obligaciones previstas en el Decreto 1333 del 27 de julio de 2018.

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 14 de julio de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela de la referencia, con la adición en el sentido de que si, subsistieren las incapacidades más allá del día 540, sin que cambien las circunstancias denunciadas en esta acción de Tutela, la Promotora de Salud Occidental de Salud S.A. SOS, a partir del día 541, inclusive, asumirá las obligaciones previstas en el Decreto 1333 del 27 de julio de 2018.

***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 SEPÚLVEDA 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)