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 de Segunda Instancia – 11 de octubre de 2018**

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

Radicación Nro. 66001-31-05-004-2018-00326-01

Accionante: Jhon Fabio Garcia Galvis

Accionado Colpensiones

Juzgado de Origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES QUE INTEGRAN EL SISTEMA / PAGO DE INCAPACIDADES / DEL DÍA 181 AL 540 CORRESPONDE A LAS AFP / EN ADELANTE A LAS EPS.**

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.

En suma, corresponde a Colpensiones pagar la incapacidades respectivas hasta el día 540 y a la EPS Salud Total sufragar las mermas de la capacidad laboral, ubicadas en el baremo de los 541 días en adelante hasta que el médico tratante emita un concepto en el que se determine que la persona está en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se reconozca la gracia pensional, acorde con la lectura que la Corte Constitucional ha elaborado al artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrado Ponente: **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Pereira, once de octubre de dos mil dieciocho.

Acta número \_\_\_\_ 11 de octubre de 2018.

 Procede la Sala de Decisión Cuarta Laboral de este Tribunal a resolver la impugnación, contra la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, el 5 de septiembre del 2018, dentro de la acción de tutela promovida por ***Jhon Fabio García Galvis*** en contra de la ***Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones,*** trámite al que se vinculó a ***Salud Total EPS S.A.,*** por la violación de sus derechos constitucionales al mínimo vital, vida digna y a la salud.

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

***I- SENTENCIA.***

***Hechos jurídicamente relevantes.***

Relata el accionante que se encuentra incapacitado desde el 31 de octubre de 2016, por un diagnóstico de Mieloma múltiple (cáncer de huesos), procediendo la E.P.S. Salud Total a pagar las incapacidades hasta el mes de abril de 2017, por lo que presentó una acción de tutela contra esa EPS y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que culminó con la orden a dichas entidades de pagar las incapacidades médicas del accionante pero solamente desde el 29 de agosto de 2016 hasta el 6 de febrero de 2018 – fl. 18 -.

En la actualidad, el accionante se encuentra en proceso de calificación por pérdida de la capacidad laboral ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y desde el día 7 de febrero 2018 Colpensiones no ha pagado el subsidio de incapacidad, que es la base de su sustento y el de su familia.

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

Admitida la acción constitucional, se dio traslado de la misma a la entidad demandada, quien contestó que apenas resta por pagar las incapacidades con fecha de inicio del 8 de abril de 2018 hasta el 7 de mayo de 2018; además, el accionante cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación, por lo que al tenor del canon 142 del Decreto 19 de 2012, no cumple con los requisitos para que la AFP continúe otorgándole el subsidio por incapacidad. Por lo anterior, pidió que se declarara improcedente la acción tutelar.

El Juzgado profirió sentencia el 17 de julio de 2018, que fue anulada por esta Colegiatura el 24 de agosto de 2018 por no haberse integrado a Salud Total EPS al trámite constitucional, entidad a la que el accionante se encuentra afiliado en salud, dado que ya se han sobrepasado 540 días de incapacidad.

Reanudada la actuación, el Juzgado vinculó a Salud Total EPS, quien en respuesta allegada el 5 de septiembre de 2018, manifestó que pagó los primeros 180 días de incapacidad laboral que le correspondían, en estricta observancia de las normas que regulan la materia, por lo que solicitó que se la desvinculara de la acción constitucional.

***Sentencia de primera instancia.***

El *a quo* concedió el amparo solicitado, pero únicamente ordenó a Colpensiones el reconocimiento y pago de las incapacidades adeudadas a la fecha y, las que se siguieran causando, además de adelantar los trámites respectivos ante la EPS para establecer el número de incapacidades que han debido reconocerle. Determinó que la jurisprudencia constitucional ha sido clara en establecer que en casos como el del actor, en el que ya se han superado los 180 días y se obtuvo una pérdida de la 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%; por último, ninguna condena impuso a la vinculada Salud Total EPS.

***Impugnación.***

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones impugnó la decisión, para lo cual argumentó que no le asiste la obligación legal de pagar las incapacidades del accionante, puesto que no cuenta con el concepto favorable de rehabilitación, que exige el artículo 142 del Decreto 19 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 Colpensiones en virtud del factor funcional y territorial.

***2. Problemas Jurídicos***

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

*¿Cuál es la entidad responsable del reconocimiento y pago de las incapacidades concedidas a Jhon Fabio García Galvis superiores a los 180 días y posteriores a los 540 días?*

***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 sí Jhon Fabio García Galvis 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 accionante en tutela, estaría el trámite de un proceso ordinario, con miras a determinar si tiene derecho a que Colpensiones o Salud Total EPS 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 ágiles.

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 el accionante para la fecha de esta providencia, cuenta con 693 días de incapacidad y existen medios de convicción que determinan la imperiosa necesidad de conceder el amparo constitucional, como lo coligió el *a quo*, en tanto que la Junta Regional de Calificación de Invalidez declaró que el actor padece de una merma en su capacidad laboral igual al 18.50% -fls. 41 y ss c. 1-, y además tiene un concepto desfavorable de rehabilitación, lo que no le ha permitido reintegrarse a sus labores –fl. 30 c. 1-; por tanto, se desprende 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 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 las entidades demandadas, hacen ver que la situación del accionante y de su núcleo familiar es difícil, amén que es el encargado de velar por el sostenimiento de él 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 el tutelante, es acreedor de la protección invocada en la acción tutelar.

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

Se tiene que el fundamento de la defensa de Colpensiones, consiste en que el inciso 5º del artículo 142 del Decreto 19 de 2012, que modificó el canon 41 de la Ley 100 de 1993, establece que los Fondos de Pensiones pagarán incapacidades hasta por un término de 360 días adicionales a los primeros 180 días, es decir, desde el día 181 hasta el día 540 de incapacidad, e interpretó que de carecerse de concepto favorable, se dejaría de causar el pago de tales incapacidades

No obstante lo anterior, dicho argumento resulta ocioso frente a los derechos fundamentales del accionante, si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia T-401 de 23 de junio de 2017 enseñó que respecto a las incapacidades causadas entre el día 181 y 540, corresponderá a la administradora de fondos de pensiones sufragar la mengua en la capacidad laboral del afiliado “*ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación”,* aspecto que excluye en primer lugar los argumentos de la impugnante.

Aunado a ello, la interpretación blandida por la reprochante 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 que:

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,**
5. por ende, no está en condiciones de reintegrarse a sus labores cotidianas, o a su reinstalación laboral.

Además, que el accionante padece de un diagnóstico de “*mieloma múltiple”*, lo que de suyo permite avizorar las precarias condiciones de su salud, que al momento de la presentación de la acción de tutela no han desaparecido dada la progresividad de la misma. 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 al afiliado, que 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 su fuerza laboral se encuentra reducida, pero no pueden acceder al beneficio prestacional de invalidez (sentencia T-401 de 23 de junio de 2017).

Ahora bien, la aludida jurisprudencia expuso que la problemática refulge frente a la persona que ya ha sido calificada[[3]](#footnote-3) y ostenta una incapacidad permanente parcial (5% al 49% de PCL), es decir, que pese a que carece de la plenitud de su fuerza laboral, estrictamente no es inválida y por ello, debe ser reintegrada a su puesto de trabajo, empero su médico tratante continúa expidiendo incapacidades, que superaron los 540 días. Situación que fue remediada por la Corte Constitucional al definir que su pago corresponde en adelante a la E.P.S., de conformidad con el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Ahora, de conformidad con el aludido Decreto 1333 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.

Milita en el *sub-examine,* que la EPS Salud Total, evaluó a Jhon Fabio García Galvis y lo remitió a Colpensiones para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, el 24 de agosto de 2017. Anota Salud Total, que lo anterior obedece a que el actor presenta una enfermedad que desde el 31 de octubre de 2016 ha generado incapacidad continua por 120 días, con concepto no favorable de rehabilitación del 6 de febrero siguiente (fl. 30).

En tanto que Colpensiones en su respuesta acepta que la EPS, había emitido *“(…) concepto desfavorable de rehabilitación para él por parte de la EPS SALUD TOTAL el día 24 de agosto de 2017, y en con consecuencia, el ciudadano debe de acercarse a un Punto de Atención de Colpensiones (PAC) y adelantar un trámite de calificación de la pérdida de la capacidad laboral”* –fl. 63-.

Ahora bien, rememórese que el accionante pretende que se condene a Colpensiones a pagar las incapacidades médicas causadas a partir del 7 de febrero de 2018 – fl. 2 c. 1-, frente a las cuales Colpensiones aceptó haber pagado hasta el 6 de febrero de 2018, pero negó la continuidad de su pago – fls. 22 a 23 c. 2- ; en ese sentido auscultados los documentos obrantes en el expediente, aparece que el accionante estuvo incapacitado desde el 31 de octubre de 2016 hasta el 7 de junio de 2018, época para la cual acumuló un total de 605 días de incapacidad según reporte de la EPS– fls. 67 a 68 c. 1-.

También se observa que se allegaron los certificados de incapacidades médicas hasta el 7 de mayo de 2018 – fl. 8 c. 1-, sin que se haya emitido concepto alguno que ordene el reintegro del demandante a su lugar de trabajo, máxime que el accionante cuenta con un concepto desfavorable de rehabilitación – fl. 30 c. 1-, de tal suerte que para el momento del proferimiento de esta sentencia ya han transcurrido 691 días de incapacidad aspecto que implica determinar en detalle las entidades obligadas a su pago, que se distribuyen de la siguiente manera:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **Periodo** | **Fecha** | **Entidad obligada** |
| Día 1 a 2 | 31 de octubre y 1º de noviembre 2016. | Empleador |
| Día 3 a 180 | 2 de noviembre de 2016 a 28 de agosto de 2017. | E.P.S. Salud Total |
| Día 181 a 540 | 29 de agosto de 2017 a 23 de abril de 2018. | Colpensiones |
| Día 541 en adelante | 24 de abril de 2018 en adelante. | E.P.S. Salud Total |

Motivo por el cual para salvaguardar los derechos del accionante se ordenará tanto a Colpensiones como a Salud Total EPS el reconocimiento y pago de las incapacidades expedidas a favor de Jhon Fabio García Galvis, tal como lo ha venido reiterado el máximo órgano constitucional, entre otras, en la sentencia T-401 de 2017 ya reseñada y la normativa aludida.

En suma, corresponde a Colpensiones pagar la incapacidades respectivas hasta el día 540 y a la EPS Salud Total sufragar las mermas de la capacidad laboral, ubicadas en el baremo de los 541 días en adelante hasta que el médico tratante emita un concepto en el que se determine que la persona está en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se reconozca la gracia pensional, 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, se adicionará el fallo impugnado, en el sentido de condenar también a Salud Total EPS al pago de las incapacidades que subsistan a partir del día 541, inclusive, siempre que permanezcan las circunstancias denunciadas en esta acción de tutela, como se explicó en antecedencia.

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***

***Modificar y adicionar*** el fallo impugnado y proferido el 5 de septiembre de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro de la acción de tutela de la referencia, en consecuencia:

1. *Modificar el numeral segundo de la sentencia para ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a través de la Gerencia Nacional de Reconocimiento, en cabeza del Dr. Luis Fernando Ucros Velásquez, o quien haga sus veces, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, y si aún no lo hubiere hecho, procedan a reconocer el valor de las incapacidades médicas expedidas entre el 7 de abril hasta el 23 de abril de 2018, a favor de Jhon Fabio García Galvis, sin perjuicio, de las que le corresponda reconocer en virtud de las revisiones periódicas y el pago de incapacidades, de conformidad con el Decreto 1333 de 2018.*
2. *Adicionar en un numeral el fallo impugnado para ordenar a Salud Total EPS, a través de su Gerente Sucursal Pereira, doctor Juan Guillermo Murillo Mejía, o quien haga sus veces, para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del fallo, y si aún no lo hubiere hecho, proceda a reconocer a favor de Jhon Fabio García Galvis, el valor de las incapacidades médicas desde el 24 de abril hasta el 7 de mayo de 2018, así como las posteriores a esa calenda en el evento que se expidan, y hasta cuando se reintegre al puesto de trabajo o se le reconozca la gracia pensional, sin perjuicio de las revisiones periódicas de la incapacidad y el pago de las mismas reglamentado por el Decreto 1333 de 2018.*

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

*4. 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)
3. La sentencia T-401 de 2017 también incluyó en este grupo de personas a aquellas que carecen de calificación definitiva de la pérdida de la capacidad laboral. [↑](#footnote-ref-3)