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.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 10 de agosto de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Confirma amparo

Radicación Nro. : 66170-31-04-002-2017-00054-01

Accionante: MARÍA LILIANA FRANCO FRANCO

Accionado: COLPENSIONES Y OTROS

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: DERECHOS A LA SEGURIDAD SOCIAL, MÍNIMO VITAL, VIDA DIGNA Y PROTECCIÓN A LAS PERSONAS DE LA TERCERA EDAD / PAGO DE INCAPACIDADES.** [A] partir del día 181, momento en el cual se abre paso a la obligación de la administradora de pensiones para continuar pagando el auxilio por incapacidades de la accionante, entidad que actualmente deja entrever su discrepancia frente a lo decidido por el Juez de primer grado al ordenarle que realice las gestiones de su competencia para cubrir el pago de las incapacidades que se siguieron generando con posterioridad. De conformidad con lo anterior, es del caso de explicarle a tal entidad que el hecho de haber efectuado la calificación de pérdida de capacidad laboral de la señora María Liliana no se traduce en la posibilidad de apartarse de los demás deberes que le asisten, pues su obligación no terminó con el dictamen emitido, ya que como bien lo indicó Colpensiones, el porcentaje de calificación equivale al 16.57% de PCL, que es a todas luces insuficiente para hacerse acreedora de una pensión por invalidez, pese a lo cual se le continúan generando incapacidades, y según quedó demostrado, el concepto de rehabilitación expedido por la EPS es desfavorable, por lo que no puede sometérsele entonces a quedar completamente desamparada, a la espera de obtener el porcentaje de PCL que requiere para pensionarse, pues pensar en ello sería condenarla a un estado de indignidad que no es aceptable desde ningún punto de vista.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA**

Aprobado por Acta No. 794 del 10 de agosto de 2017. H: 2:55 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 66170-31-04-002-2017-00054-01 |
| **Accionante:**  | Personería Municipal de Dosquebradas, agenciando los derechos de María Liliana Franco Franco  |
| **Accionado:** | Colpensiones y otros  |
| **Procedencia:** | Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas |
| **Decisión:**  | Confirma decisión |

**ASUNTO:**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por el Director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial de **COLPENSIONES**, contra el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas el 22 de junio de 2017, mediante el cual tuteló los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, vida digna y protección a las personas de la tercera edad de los cuales es titular la señora **MARÍA LILIANA FRANCO FRANCO.**

**ANTECEDENTES:**

El Personero Municipal de Dosquebradas, Dr. William Esteban Obando Osorio, actuando como agente oficioso de la señora María Liliana Franco Franco, instauró acción de tutela en contra de Colpensiones, con base en los hechos que se relacionan a continuación:

* La señora María Liliana Franco Franco se encuentra actualmente vinculada a la EPS Cafesalud y a la AFP Colpensiones.
* De acuerdo a su historia clínica, se le ha diagnosticado *“ARTROSIS PRIMARIA DE OTRAS ARTICULACIONES, SINDROME DEL TUNEL CARPIANO”*, patología por la cual se le han venido ordenando una serie de incapacidades médicas que han sobrepasado los 181 días. Al respecto, la EPS emitió concepto de rehabilitación desfavorable.
* Las incapacidades pendientes por pagar son relacionadas así: desde el día 2017/05/18 al 2017/06/16, 2017/04/18 al 2017/05/17, 2017/04/13 al 2017/04/17, 2017/03/14 al 2017/04/12, 2017/03/10 al 2017/03/13, 2017/02/08 al 2017/03/09, y 2017/01/12 al 2017/02/07.

**LO QUE SOLICITA:**

Con base en los hechos expuestos anteriormente, solicitó el accionante la protección de los derechos al mínimo vital, sobrevivencia, estado de debilidad manifiesta y protección especial reforzada de su representada; y acorde con ello, se ordene a Colpensiones que de manera inmediata efectúe el pago de las incapacidades que se le adeudan a la señora María Liliana.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta ciudad avocó el conocimiento de la actuación el 9 de junio del presente año, en contra de la AFP Colpensiones, y ordenó la vinculación oficiosa de la EPS Cafesalud, a quienes corrió traslado del escrito de tutela y sus anexos para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción.

Posteriormente, al realizar el estudio de la situación fáctica planteada decidió mediante fallo del 22 de junio del año que transcurre, tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, vida digna y protección a las personas de la tercera edad de los cuales es titular la señora María Liliana Franco Franco, y consecuentemente ordenó a Colpensiones que en el término de 48 horas efectuara el pago de las incapacidades adeudadas, reconocidas así: del 2017/05/18 al 2017/06/16, 2017/04/18 al 2017/05/17, 2017/04/13 al 2017/04/17, 2017/03/14 al 2017/04/12, 2017/03/10 al 2017/03/13, 2017/02/08 al 2017/03/09, y 2017/01/12 al 2017/02/07.

**FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN:**

Una vez notificada la decisión de instancia, el Dr. Diego Alejandro Urrego Escobar en calidad de Director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial de Colpensiones, allegó un memorial mediante el cual la impugnó, explicó las razones de su inconformidad así:

* En primer lugar expuso que el Juez de primer nivel desconoció el carácter subsidiario de la acción de tutela, puesto que la misma resulta improcedente al existir en favor de la accionante otros mecanismos de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria laboral, a los cuales puede acudir para solucionar la controversia planteada en este escenario.
* Más adelante, después de citar la norma que al respecto considera pertinente acerca del pago de incapacidades, esto es el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, explicó que en el caso de la señora María Liliana su EPS expidió un concepto de rehabilitación desfavorable, y por lo tanto, no es procedente el pago de las aludidas incapacidades, pues cumpliendo con la regulación en cita, procedió a calificar la pérdida de capacidad laboral de la accionante mediante dictamen No. 2017210493TT en el cual se le otorgó un porcentaje del 16.57%.

En atención a los dicho, solicitó revocar el fallo de primer grado y en su lugar declarar la improcedencia de la acción de tutela.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1382 de 2000.

Le corresponde determinar a esta Sala si le asiste razón al Juez de primer nivel, al considerar que Colpensiones está en la obligación efectuar el pago de las incapacidades superiores al día 180 que se le están adeudando actualmente a la señora María Liliana, o si cómo lo ha dicho la encartada en su escrito de impugnación, tal responsabilidad culminó con la emisión del dictamen de pérdida de capacidad laboral que se le realizó, teniendo en cuenta que el concepto de rehabilitación emitido por la EPS es desfavorable.

Según el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, la acción de tutela es un instrumento confiado a los Jueces para brindar a quien la reclama, la posibilidad de acudir sin mayores requerimientos a la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estima han sido quebrantados por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares, de manera excepcional, lográndose así que se cumpla uno de los fines del Estado, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en nuestra Carta Magna.

Como quiera que lo pretendido por la libelista está enfocado a obtener por vía de tutela el pago de unas incapacidades superiores al día 180 que se le han venido generando, y que según afirma no han sido pagadas por parte de Colpensiones, es importante establecer si para el caso concreto se cumple con los requisitos de procedibilidad de la tutela.

Si bien es cierto, en principio se podría afirmar que no es procedente acudir a esta acción constitucional para reclamar el pago de prestaciones económicas, máxime cuando existen otros mecanismos de defensa judiciales, también es cierto que la misma se torna procedente cuando existe una amenaza latente contra los derechos fundamentales de quien la invoca, en este sentido ha sido clara la Corte Constitucional al señalar que se presume una afectación al mínimo vital del accionante en los eventos en que la pretensión se trate concretamente del pago de incapacidades, y es claro porque se está ante el caso de una persona que ha dejado de recibir estipendios por concepto de su trabajo, los cuales se constituyen en su única fuente de ingresos para sufragar sus necesidades básicas y las de su familia, ello sumado al estado de debilidad en que se ubica por su convalecencia y lo convierte en un sujeto de especial protección, así lo expresó el Órgano de Cierre Constitucional en sentencia T-643 de 2014:

*“Es así como, si bien por regla general las reclamaciones de acreencias laborales deben ser ventiladas ante la jurisdicción ordinaria, ha sostenido esta Corporación en numerosos casos similares al sometido a revisión, que la acción de tutela, de manera excepcional, resultará procedente para reconocer el pago de incapacidades médicas.[[1]](#footnote-1) Esto, en el entendiendo que al no contar el trabajador con otra fuente de ingresos para garantizar su sostenimiento y el de las personas que dependan de él,[[2]](#footnote-2) la negativa de una E.P.S de cancelar las mencionadas incapacidades puede redundar en una vulneración a los derechos al mínimo vital, seguridad social y vida digna, caso en el cual es imperativa la intervención del juez constitucional. Al respecto ha sostenido la jurisprudencia constitucional:*

*“[E]l reconocimiento y pago de una incapacidad asegura al trabajador un ingreso económico durante el periodo de su convalecencia, permitiéndole asumir su proceso de recuperación en los términos y condiciones médicamente diagnosticadas[[3]](#footnote-3), particularmente por la especial protección a que tiene derecho en vista de su situación de debilidad manifiesta[[4]](#footnote-4), además de garantizársele su derecho al mínimo vital[[5]](#footnote-5), permitiendo la satisfacción de las necesidades básicas de él y su grupo familiar económicamente dependiente, mientras se reintegra a la actividad laboral.[[6]](#footnote-6)*

*Es por ello que, con el reconocimiento de éste tipo de prestaciones se pretende garantizar las condiciones mínimas de vida digna del trabajador y del grupo familiar que de él depende, en especial cuando se deterioran sus condiciones de salud o de orden económico. De esta misma manera, este derecho encuentra un amplio desarrollo en instrumentos internacionales.[[7]](#footnote-7)*

***Así, ante circunstancias como las anteriores, en las que los derechos fundamentales se encuentran afectados por el no pago de una incapacidad laboral, el amparo constitucional es el mecanismo judicial apropiado para consolidar la protección de tales derechos****”.[[8]](#footnote-8)* (Negrillas por fuera del texto original)

Encontrándose acreditada la procedencia de la presente acción de tutela, se descenderá al análisis de la postura planteada por la entidad recurrente, en el sentido de que no le asiste competencia para continuar pagando las incapacidades superiores al día 180 en favor de la señora María Liliana Franco Franco, al haber cumplido con su deber de efectuar la calificación de pérdida de capacidad laboral de dicha afiliada, y en virtud del concepto de rehabilitación desfavorable expedido por la EPS.

Como se pudo evidenciar, la señora Franco Franco ha venido presentando incapacidades que a la fecha superaron los 180 días, y en el desarrollo de la presente actuación se logró demostrar que las mismas han sido generadas por una enfermedad de origen común, por esta razón el trámite establecido según la normativa vigente[[9]](#footnote-9) es que el pago de estas incapacidades corresponde al empleador los primeros dos días, a partir del día tercero corresponde a la entidad promotora de salud y finalmente, a partir del día 181 corresponde a la Administradora de Pensiones que en este caso es Colpensiones.

No hay discusión en este punto frente a lo ocurrido con el pago de las incapacidades generadas hasta el día 180, toda vez que se constató, de acuerdo a lo dicho por la parte accionante, que estas fueron pagadas por quienes en su momento estaban llamados a hacerlo.

El inconveniente es generado entonces a partir del día 181, momento en el cual se abre paso a la obligación de la administradora de pensiones para continuar pagando el auxilio por incapacidades de la accionante, entidad que actualmente deja entrever su discrepancia frente a lo decidido por el Juez de primer grado al ordenarle que realice las gestiones de su competencia para cubrir el pago de las incapacidades que se siguieron generando con posterioridad.

De conformidad con lo anterior, es del caso de explicarle a tal entidad que el hecho de haber efectuado la calificación de pérdida de capacidad laboral de la señora María Liliana no se traduce en la posibilidad de apartarse de los demás deberes que le asisten, pues su obligación no terminó con el dictamen emitido, ya que como bien lo indicó Colpensiones, el porcentaje de calificación equivale al 16.57% de PCL, que es a todas luces insuficiente para hacerse acreedora de una pensión por invalidez, pese a lo cual se le continúan generando incapacidades, y según quedó demostrado, el concepto de rehabilitación expedido por la EPS es desfavorable, por lo que no puede sometérsele entonces a quedar completamente desamparada, a la espera de obtener el porcentaje de PCL que requiere para pensionarse, pues pensar en ello sería condenarla a un estado de indignidad que no es aceptable desde ningún punto de vista. Al respecto ha dicho la H. Corte Constitucional:

*“(…) El problema surge cuando la persona no recupera su capacidad de trabajo, es decir, cuando se siguen generando a su favor incapacidades laborales por parte del médico tratante, pese a que ya fue evaluado por la Junta de Calificación de Invalidez, quien dictaminó una incapacidad permanente parcial, por pérdida de la capacidad laboral inferior al 50%.*

*Para la solución de dicha controversia, la Corte mantiene el criterio jurisprudencial según el cual, se debe partir de una interpretación del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, de manera que resulte conforme con la Constitución Política, en el entendido de que, tratándose de incapacidades que superan los ciento ochenta (180) días, le corresponde al respectivo Fondo de Pensiones asumir el pago de dicha prestación únicamente hasta que se evalúe la pérdida de la capacidad laboral, siempre y cuando, como resultado de dicho dictamen, la persona tenga derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez. En esa medida, en el evento en que el afiliado no alcance el porcentaje requerido de invalidez o se le haya dictaminado una incapacidad permanente parcial, y por sus precarias condiciones de salud se sigan generando incapacidades laborales, le corresponde al Fondo de Pensiones continuar con el pago de las mismas hasta que el médico tratante emita un concepto favorable de recuperación o se pueda efectuar una nueva calificación de invalidez.”*

En este caso la accionada recurrente asegura, según la interpretación que hace del inciso 5º del artículo 142[[10]](#footnote-10) del Decreto 019 de 2012, que es requisito para otorgar a los afiliados el pago de las incapacidades expedidas por la EPS, que exista un concepto médico favorable por parte de esta última, porque en caso contrario el único deber que le asiste es el de calificar la pérdida de capacidad laboral del usuario, sin importar si la misma es o no suficiente para acceder a la pensión.

Contrario a lo anterior, la Sala es del Criterio que la norma en cita se refiere únicamente a la posibilidad que tiene esa entidad de postergar la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado cuando existe un concepto de rehabilitación favorable, prórroga que se permite porque, ante un concepto en ese sentido, existe la expectativa de una posible recuperación del enfermo para poder llegar en algún momento a reincorporarse a sus labores; sin embargo, cuando el concepto médico es desfavorable, lo más probable es que no llegue a presentarse el último panorama mencionado, sino que hay más tendencia a que el incapacitado quede definitivamente imposibilitado para volver a trabajar, lo que impone a la administradora de pensiones la realización de la calificación respectiva para efectos de determinar si ha perdido o no su capacidad laboral, de modo que pueda contemplarse la posibilidad de reconocer la pensión por invalidez en el evento de cumplir con los demás requisitos de ley.

Lo anterior no puede ser confundido con el deber que se le ha impuesto a esa entidad para que continúe pagando el auxilio por incapacidades que se le otorguen a sus afiliados a partir del día 181, y hasta el 540, en procura de que la persona afectada pueda recuperarse de sus dolencias sin ver afectado su mínimo vital y subsistencia, hasta tanto supere las incapacidades padecidas o se dictamine la pérdida de capacidad laboral para pensionarse por invalidez. Sobre este tópico se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia T-144 de 2016:

*“La AFP, una vez tenga concepto favorable de rehabilitación, habrá de postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral “hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS”**[[56]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-144-16.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn56%22%20%5Co%20%22). El régimen de calificación prevé como condición, el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador**[[57]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-144-16.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn57%22%20%5Co%20%22). De este modo es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se dejó dicho.*

*Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable.*

*28.**Es necesario hacer hincapié en que el concepto favorable o desfavorable  de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Asegura que el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador**[[58]](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-144-16.htm%22%20%5Cl%20%22_ftn58%22%20%5Co%20%22).*

*La forma condicionante en que el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto, lleva a pensar que se orienta al equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Da un margen de espera y rehúsa tener por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad, y que se fijaron a cargo de las AFP.*

*Bajo esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.”*

Bajo estas condiciones, encuentra la Colegiatura que la decisión de primer grado fue acertada en cuanto a las órdenes que allí se profirieron, y la entidad obligada de asumirlas, por lo tanto, se habrá de confirmar en su totalidad.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en su totalidadel fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Dosquebradas el 22 de junio del presente año.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** esta providencia a las partes por el medio más expedito posible y remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

# CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Ver Sentencias T-972 de 2003, T-413 de 2004, T-855 de 2004, T-1059 de 2004, T-201 de 2005, T-789 de 2005, T-530 de 2008, T-334 de 2009, T – 018 de 2010, T-797 de 2010, T-984 de 2012, entre otras. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver Sentencias T-549 de 2006, T-125 de 2007, T-243 de 2007 y T-984 de 2012. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver sentencia T-311 de 1996, tesis que ha sido reiterada en sentencias T-201 de 2005 y T-789 de 2005 entre otras. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver sentencia T-789 de 2005. [↑](#footnote-ref-4)
5. En sentencia T-818 de 2000 se indicó que el concepto de **mínimo vital**  no se circunscribe a una subsistencia biológica sino que el mismo “debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador.” [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T-789 de 2005. [↑](#footnote-ref-6)
7. Artículo 93 de la Constitución Política colombiana y artículo 4 del decreto 2591 de 1991. Este último establece “Interpretación de los derechos tutelados. Los derechos protegidos por la acción de tutela se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. De la misma manera sobresalen la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 22, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 9 de la Ley 74 de 1968, la Declaración Americana de los Derechos de la Persona, en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, 1948, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Ley 319 de 1996, artículo 9; la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que viven y, finalmente, la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o Ley 51 de 1981, artículo 11. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia T-334 de 2009. Ver en el mismo sentido Sentencias T-416 de 2009 y T-797 de 2010. [↑](#footnote-ref-8)
9. Decreto 1406 de 1999, parágrafo 1 (modificado por el Decreto 2943 de 2013). [↑](#footnote-ref-9)
10. Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite 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 reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional (sic) de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. [↑](#footnote-ref-10)