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 – 15 de septiembre de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Confirma y modifica amparo

Radicación Nro. : 66001-31-18-001-2017-00063-01

Accionante: WILSON MARÍN OSPINA

Accionado: COLPENSIONES Y OTROS

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: DERECHOS AL MÍNIMO VITAL Y DE DIGNIDAD HUMANA / RECONOCIMIENTO Y PAGO DE SUBSIDIOS POR INCAPACIDAD.** [E]n la actualidad le corresponde a la EPS continuar pagando las incapacidades adeudadas al señor Wilson Marín Ospina, hasta tanto expida el concepto de rehabilitación, bien sea favorable o desfavorable; ahora, como quiera que en el momento de acudir a la presente acción, el libelista afirmó que su representado se encontraba afiliado a la EPS Cafesalud, lo cual se evidencia también en los anexos adjuntos a su solicitud, entidad que a la hora de ahora ha suspendido sus labores y ha sido reemplazada por la EPS Medimás, cual fuera vinculada al presente asunto, es a esta a quien corresponderá impartir las respectivas órdenes, en idéntico sentido al que se resolvió en el fallo impugnado.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN DE ASUNTOS PENALES

PARA ADOLESCENTES

Magistrado Ponente

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, quince (15) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 2:10 p.m.

Aprobado por Acta No. 479

|  |  |
| --- | --- |
| **Radicación:** | 66001-31-18-001-2017-00063-01 |
| **Accionante:** | Wilson Marín Ospina |
| **Accionado:** | Colpensiones y otros |
| **Procedencia:** | Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Pereira |
| **Decisión:** | Modifica |

**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 Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Pereira el 08 de agosto de 2017, mediante el cual resolvió tutelar los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, mínimo vital, salud y seguridad social del señor **WILSON MARÍN OSPINA.**

**ANTECEDENTES:**

El abogado César Augusto Agudelo Salazar, actuando como apoderado judicial del señor Wilson Marín Ospina, interpuso acción de tutela en contra de Colpensiones, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital y dignidad humana, con base en los hechos que a continuación se relacionan:

* El señor Marín Ospina padece diversos problemas de salud que le han ocasionado una incapacidad continua e ininterrumpida de 330 días.
* De acuerdo a lo anterior, la EPS Cafesalud le reconoció el pago de los primeros 180 días de incapacidad; sin embargo, no ocurrió lo mismo con Colpensiones cuando le correspondió su parte a desde el día 181, pues incluso se han negado a recibir la solicitud que en ese sentido ha intentado radicar en la entidad, ya que para ese fin le exigen que aporte el concepto de rehabilitación favorable expedido por la EPS.
* A la fecha la EPS no ha expedido el respectivo concepto, debido a la crisis que la misma ha venido afrontando, y por lo tanto, no cuenta con ese tipo de especialistas.
* El señor Wilson se encuentra hace aproximadamente 5 meses sin percibir ningún tipo de ingreso económico, por lo tanto tiene dificultades para sufragar su sustento diario; dependiendo durante todo este tiempo de la caridad de amigos y familiares.
* A la fecha de interposición de la acción constitucional, Colpensiones le adeuda al señor Marín Ospina el pago de 150 días de incapacidad, desde el 16 de febrero de 2017 hasta el 15 de julio de 2017.

Con base en lo expuesto solicitó que se ordene a Colpensiones realizar el pago del subsidio por incapacidades generadas después del día 180, es decir, el 16 de febrero de 2017 hasta el 15 de julio de 2017, así como las que se generen de forma posterior, hasta acreditar 540 días

**TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA:**

**1. Admisión:**

El Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes avocó el conocimiento de la actuación el 26 de julio de 2017 y ordenó la notificación y traslado a Colpensiones, a través de la Presidencia, la Vicepresidencia de Operaciones, las Gerencias de Determinación de Derechos y la de Defensa Judicial, así como a la Dirección de Medicina Laboral y Prestaciones Económicas. Además, se dispuso en dicho proveído la vinculación de la EPS Cafesalud.

Más adelante, mediante auto del 1º de agosto del presente año se vinculó a la EPS Medimás, atendiendo a que es esta última la entidad que entró a reemplazar a la EPS Cafesalud.

**2. Respuesta de las entidades accionadas:**

**Colpensiones:** por medio del Director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial, expuso que en esa entidad no se ha recibido ninguna solicitud por parte del accionante con la intención de reclamar el pago de incapacidades a las cuales hace alusión.

Por otra parte, manifestó que la EPS aún no ha expedido un concepto de rehabilitación frente al estado de salud del señor Wilson Marín Ospina, por lo tanto, de acuerdo a las normas que rigen la materia, sigue quedando el pago por ese concepto a cargo de la empresa promotora de salud. De acuerdo a ello, solicitó que se declare improcedente la solicitud de amparo invocada.

**EPS Medimás:** a pesar de haber sido debidamente notificada guardó silencio.

**3. Sentencia:**

Una vez realizado el estudio de la situación fáctica planteada, el Juzgado de conocimiento resolvió mediante sentencia del 8 de agosto de 2017, conceder la solicitud de amparo invocada, de modo que, tras tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital y dignidad humana de los cuales es titular el señor Wilson Marín Ospina, ordenó a Colpensiones que, por intermedio de la Presidencia, la Vicepresidencia de Operaciones, la Gerencia de Determinación de Derechos, así como a las Direcciones de Medicina Laboral y de Prestaciones Económicas, procediera a liquidar y pagar en favor de él las incapacidades generadas de forma ininterrumpida desde el 16 de febrero de 2017 hasta el 15 de julio de 2017, las cuales suman un total de 150 días.

Para efectos de tomar la decisión, el Juez de instancia, tras hacer una extensa transcripción acerca del precedente jurisprudencial que al respecto ha trazado la H. Corte Constitucional, estimó que como la enfermedad que aqueja al señor Marín Ospina es de origen general, su pago le corresponde a la administradora de pensiones, que en este caso es Colpensiones, a partir del día 181 y hasta tanto se produzca un dictamen definitivo sobre su pérdida de capacidad laboral que le permita disfrutar de su pensión de vejez, o se restablezca su salud, de modo que pueda reintegrarse a sus labores.

**4. Impugnación:**

El 14 de agosto del año que transcurre, el Director de Acciones Constitucionales de la Gerencia de Defensa Judicial de Colpensiones, presentó un oficio mediante el cual impugnó la decisión de primera instancia, en dicho escrito reiteró los argumentos esgrimidos en el trámite de primera instancia, resaltando que es fundamental que la EPS a la cual se encuentra afiliado el señor Marín Ospina expida el concepto de rehabilitación antes del día 150 de incapacidad, requisito sin el cual le corresponderá a esta efectuar el pago del subsidio de incapacidad, hasta tanto emita el respectivo dictamen.

Bajo esos argumentos, pidió que se le desvincule del presente asunto por falta de legitimación por pasiva.

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 al señor Wilson Marín Ospina, o si cómo lo ha dicho la encartada en su escrito de impugnación, tal responsabilidad se encuentra en cabeza de la EPS a la cual está vinculado el mismo, teniendo en cuenta que la misma no ha cumplido con la responsabilidad que le asiste de emitir el respectivo concepto de rehabilitación.

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 el libelista está enfocado a obtener por vía de tutela el pago de unas prestaciones económicas derivadas de las incapacidades que se le han venido generando a su prohijado, 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 esos fines, teniendo en cuenta que la pretensión está encaminada a obtener el pago de unas prestaciones económicas, máxime cuando existen otros mecanismos judiciales de defensa, 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 la única fuente de ingresos para sufragar sus necesidades básicas, ello sumado al estado de debilidad manifiesta en que se ubica por su convalecencia y lo convierte en un sujeto de especial protección, así lo expresó esa Alta Corte 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 procederá al análisis de la postura planteada por la entidad recurrente, en el sentido de que no le asiste competencia para continuar pagando las incapacidades que en la actualidad se le están generando al señor Wilson Marín Ospina, al no existir todavía un concepto de rehabilitación que le permita dar trámite a esa solicitud.

Como se pudo evidenciar, el señor Marín Ospina ha venido presentando incapacidades desde el 15 de abril del año 2016[[9]](#footnote-9) hasta la actualidad, 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[[10]](#footnote-10) 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, siempre y cuando la EPS haya expedido el respectivo concepto de rehabilitación, requisito sin el cual estará condenada a continuar con dicho pago hasta tanto cumpla con esa obligación, así lo establece sin lugar a elucubraciones el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 (por medio del cual se modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993:

*“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.*

*Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda.* ***Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iníciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.”***

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Colegiatura que el Juez *A quo* incurrió en un error en el momento de identificar la entidad a la cual se debieron dirigir las órdenes tendientes a la protección de los derechos fundamentales del señor Wilson Marín Ospina, pues si bien, por regla general el pago de las incapacidades superiores al día 180 le corresponde a la administradora de pensiones, es indispensable que previo a ello la EPS expida el respectivo concepto de rehabilitación de la salud del incapacitado, lo cual no solo le traslada la competencia para asumir el pago de las incapacidades que con posterioridad a ese día se generen, sino que determina el camino que a continuación se habrá de seguir por su parte, ya que si el concepto médico resulta desfavorable, la administradora de pensiones deberá adelantar las acciones tendientes a efectuar la calificación de pérdida de capacidad laboral, con miras a determinar si se ha configurado el derecho a pensionarse por invalidez; en cambio, si el concepto resulta favorable, podrá postergar el trámite de calificación hasta por 360 días calendario, adicionales a los primeros 180.

Así lo ha interpretado también el Órgano de Cierre Constitucional, por citar un ejemplo, en la sentencia T-144 de 2016 explicó:

*“27. Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador[54]. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, claramente, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación –superados 180 días de incapacidad– debe ser efectuada y promovida por las AFP, hasta agotar las instancias del caso[55].*

*Sobre el papel del concepto favorable de rehabilitación, conviene destacar que conforme el Decreto-Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150, a la AFP que corresponda.*

*En los eventos en que ello no sea así, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. Asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.”*

De conformidad con lo anterior, le asiste razón a la entidad recurrente, en el sentido de que en la actualidad le corresponde a la EPS continuar pagando las incapacidades adeudadas al señor Wilson Marín Ospina, hasta tanto expida el concepto de rehabilitación, bien sea favorable o desfavorable; ahora, como quiera que en el momento de acudir a la presente acción, el libelista afirmó que su representado se encontraba afiliado a la EPS Cafesalud, lo cual se evidencia también en los anexos adjuntos a su solicitud, entidad que a la hora de ahora ha suspendido sus labores y ha sido reemplazada por la EPS Medimás, cual fuera vinculada al presente asunto, es a esta a quien corresponderá impartir las respectivas órdenes, en idéntico sentido al que se resolvió en el fallo impugnado.

Por lo expuesto, la Sala Séptima de Decisión de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de esta ciudad el 8 de agosto del presente año, en el sentido de tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital y dignidad humana del señor **WILSON MARÍN OSPINA.**

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de tutela estudiada, para en su lugar ordenar a la **EPS MEDIMÁS** el reconocimiento y pago de los subsidios de incapacidad que se le adeudan al señor **WILSON MARÍN OSPINA**, hasta tanto expida con destino a COLPENSIONES el respectivo concepto de rehabilitación del incapacitado.

**TERCERO: 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

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

Magistrado

**JAIR DE JESÚS HENAO MOLINA**

Secretario

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. Ver folio 16 [↑](#footnote-ref-9)
10. Decreto 1406 de 1999, artículo 40 parágrafo 1 (modificado por el Decreto 2943 de 2013); Ley 100 de 1993 [↑](#footnote-ref-10)