REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO

SENTENCIA DE TUTELA No. 001

Radicación: 76-001-31-07-003-2024-00001-00

Accionante: JAIRO DE JESÚS GÓMEZ SALINAS

Accionado: COLPENSIONES – EMSSANAR

Santiago de Cali, diecinueve (19) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

I- OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Se procede a emitir el fallo que en derecho corresponda dentro de la Acción de Tutela promovida por **JAIRO DE JESÚS GÓMEZ SALINAS,** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **EMSSANAR EPS.**

II- RESUMEN DE LA ACCIÓN

Manifiesta el accionante que, entre lo meses de octubre de 2019 y agosto de 2022, le fueron realizados los procedimientos denominados: "*craneotomías por tumor shwanoma vestibular izquierdo*", motivo por el cual, el 20 de noviembre de 2023, inició proceso de Pérdida de Capacidad Laboral (PCL) ante COLPENSIONES A.F.P.

Indica que, a la fecha de inicio de dicho proceso de calificación, contaba con dos (2) incapacidades medicas generadas en los meses de agosto y septiembre del 2023, trascritas por parte de la EPS EMSSANAR y superiores a 180 días. Sin embargo, COLPENSIONES se niega a pagarlas, debido a que el concepto de rehabilitación emitido por la EPS fue NO FAVORABLE.

Lo anterior, le ha generado una afectación a sus necesidades básicas, como la alimentación y, por su estado de salud actual: "*Vértigo incapacitante, Anacusia Izquierda, disfagia por craneotomías con evolución tórpida a causa de tumor Shwannoma*

Vestibular izquierdo", no ha podido seguir laborando normalmente como trabajador independiente.

Solicita, a través de este mecanismo constitucional, se tutelen sus derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social; ordenándose a la A.F.P COLPENSIONES y/o quien corresponda, el pago de las incapacidades generadas en los meses de agosto y septiembre de 2023, teniendo en cuenta la sentencia T-140/2016.

III- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

- **ACCIONANTE: JAIRO DE JESÚS GÓMEZ SALINAS,** identificado con cédula de ciudadanía No. 16743108 de Cali (V), recibe notificaciones en la Calle 55B # 44-73 Barrio Morichal de Comfandi y correo electrónico jairogomez@gmail.com

- **ACCIONADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** recibe notificaciones en el correo electrónico notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co.

- **EMSSANAR EPS,** recibe notificaciones en el correo electrónico tutelasrvc@emssanar.org.co y gerenciageneral@emssanar.org.co

IV- RESPUESTA DE LA PARTE DEMANDADA

Mediante auto de sustanciación No. 005 del 12 de enero de 2024, se admitió el conocimiento de la acción, y se ofició a las entidades para que rindieran el informe respectivo, entregando la siguiente respuesta.

- **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

La Dra. Laura Tatiana Ramírez Bastidas en calidad de Directora de acciones constitucionales, mediante oficio No. BZ 2024_625974-0127265 del 15 de enero de 2024, señaló que el trámite de incapacidades requerido por el

accionante, no es jurídicamente procedente, toda vez que la Entidad Promotora de Salud EMSSANAR EPS, mediante radicado 2023_5955100 de 25/04/2023, remitió Concepto de Rehabilitación (CRE) con pronóstico de rehabilitación DESFAVORABLE; considerando que no procede el reconocimiento del subsidio económico por incapacidades.

Reitera que la obligación del pago de incapacidades surge para el fondo de pensiones a partir del momento en que es remitido el concepto de rehabilitación CRE FAVORABLE por parte de EPS, siempre y cuando se esté solicitando el reconocimiento de pago de periodos superiores al día 180 y, el afiliado cuente con pronóstico de recuperación favorable, respecto de lo padecido.

Reconoce que el Accionante solicitó el reconocimiento y pago de los periodos de incapacidad, a través de radiado 2023_15139013 del 8/09/2023 y 2023_16773979 del 06/10/2023, siendo negadas mediante oficio del 23 de octubre de 2023, toda vez que cuenta con concepto de rehabilitación NO FAVORABLE. Por otro lado, informó que el Actor presentó solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral, mediante radicado 2023_18827435 del 20/11/2023, el cual se encuentra en gestión y estudio por parte del área competente para llevar a cabo dicho trámite.

Finalmente, considera que el mecanismo constitucional es de carácter subsidiario y residual frente a los derechos invocados cuando no han sido sometidos a los procedimientos pertinentes e idóneos para su solución. Solicita la improcedencia de la presente acción.

- **EMSSANAR EPS**

La doctora DANNA GARCIA CALVACHE, en calidad de Apoderada Judicial de EMSSANAR ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.S. - EMSSANAR EPS S.A.S., mediante oficio RCV24-0125 de fecha 16 de enero de 2023, indicó que las incapacidades desde el mes de agosto de2023, se encuentran en estado "*A CARGO DEL DE OTRA ENTIDAD*" debido a que es posterior al dia180.

Precisa que el accionante cuenta con unas incapacidades de 180 días continuos, desde el dieciséis (16) de diciembre de 2019 hasta el veintiséis (26) de octubre de 2023, por lo cual veintiuno (21) de abril de 2023 la EPS emitió Concepto Médico Laboral de Rehabilitación con pronóstico NO FAVORABLE, mismo que fue notificado en debida forma al fondo de pensiones desde el día 25 de abril de 2023.

Conforme a lo anterior, considera que la entidad competente para reconocer el subsidio de incapacidades posteriores al día 181, es el Fondo de Pensiones, conforme a lo establecido en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012. Solicita declarar improcedente la presente acción constitucional.

V- CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

La acción pública de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas fue incorporada al sistema jurídico vigente mediante la Carta Política de 1991 cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad o de los particulares.

Esta herramienta, como instrumento que hace parte de las instituciones del Estado Social y Democrático de Derecho, debe ser utilizada de manera residual, sumaria y eficaz con el objetivo señalado en la Ley que no es otro que la protección efectiva de los derechos fundamentales y no en búsqueda de objetivos ajenos a ella, ni por fuera de los claros límites señalados en la normatividad que la rige.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política: *"Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".*

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-369 de 2022, respecto a la procedencia del pago de incapacidades a una persona que sufre una afectación en su salud, ha reiterado que:

"(…) La jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de la seguridad social, ostenta la competencia para resolver "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", y por lo tanto, en principio, la acción de tutela resultaría improcedente para reclamar el reconocimiento y pago de incapacidades. Sin embargo, también es cierto que el no pago de una incapacidad médica trasciende los derechos de índole laboral, y puede configurar una vulneración de otros derechos fundamentales como el mínimo vital, o la salud. De modo que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad, y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente.

… Las incapacidades, en general, constituyen una protección dirigida a los trabajadores que se encuentren imposibilitados para ejercer sus labores por causa de un accidente o una enfermedad. El Sistema General de Seguridad Social las contempla, para permitirle a este tipo de personas acceder a un ingreso económico mientras la contingencia es superada y así evitar que su derecho al mínimo vital sufra menoscabo."

Conforme al artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016, el pago de los dos (2) primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común, corresponden al empleador y el pago de las incapacidades expedidas del día tres (3) al día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador.

Respecto a las condiciones para acceder al reconocimiento de incapacidades de origen común, el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1427 de 2022, se deben acreditar las siguientes condiciones:

"1. Estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante, incluidos los pensionados con ingresos adicionales.
2. Haber cotizado efectivamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como mínimo cuatro (4) semanas, inmediatamente anteriores al inicio de la incapacidad. El tiempo mínimo de cotización se verificará a la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la incapacidad.
3. Contar con el certificado de incapacidad de origen común expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta."

Sobre la base de lo expuesto, el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común está previsto de la siguiente manera:

Cuadro No.2

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 y 2	Empleador	Art. 3.2.1.10 Decreto 780 de 2016

Día 3 a 180	E.P.S.	Art. 3.2.1.10 Decreto 780 de 2016
Día 181 hasta el 540	Fondo de Pensiones	Art. 41 Ley 100 de 1993 de 2016
Día 541 en adelante	E.P.S.	Art. 2.2.3.3.1 Decreto 780 de 2016

En el caso objeto de estudio, se tiene que el señor JAIRO DE JESÚS GÓMEZ SALINAS acude al mecanismo de tutela, con el fin de solicitar que la AFP COLPENSIONES, cancele las incapacidades médicas que le fueron otorgadas por su médico tratante a partir del día 180.

Frente a los pedimentos de la parte actora, la Directora de acciones constitucionales de COLPENSIONES, admite que negó el reconocimiento y pago de los periodos de incapacidad solicitados por el Accionante, a través del radiado 2023_15139013 del 8/09/2023 y 2023_16773979 del 06/10/2023, toda vez que cuenta con concepto de rehabilitación NO FAVORABLE por parte de la EPS.

De los documentos allegados al trámite constitucional, se tiene que efectivamente el Actor se encuentra incapacitado desde el 16 de diciembre de 2019 por enfermedad de origen común, respecto del diagnóstico: "*D431 - Tumor de comportamiento incierto o desconocido del encéfalo, infratentorial*", siendo trascritas las respectivas incapacidades a través de la EPS EMSSANAR. Así mismo, las incapacidades superiores a los 180 días, reclamadas por el Accionante datan del 03/08/2023 hasta el 30/08/2023, por espacio de 28 días y del 27/09/2023 hasta el 26/10/2023, por espacio de 30 días, para un total de 58 días de incapacidad.[1]

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un **concepto favorable** de recuperación, la Alta Corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones

[1] Ver folio 13 de la respuesta de Emssanar.

a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto **favorable o desfavorable de rehabilitación**.[2]

Resultando pertinente recordarle a la entidad accionada, que las incapacidades son prestaciones económicas que ayudan a los trabajadores a sobrellevar una pérdida de capacidad laboral ante la ausencia de salario, mientras dure tal afectación a la salud y el no pago de las mismas conllevaría a una afectación flagrante de su economía, no solo para quien las padece sino también para su núcleo familiar.

En efecto, se afectaría un derecho de especial protección como lo es el *mínimo vital*, por lo cual no es procedente que Fondo de Pensiones argumente la falta del concepto favorable de rehabilitación para realizar el pago de dicha prestación económica, pues al estar de cara a la conculcación de derechos fundamentales como el mínimo vital, es pertinente precisar, tal como lo ha expuesto la Corte Constitucional en innumerable jurisprudencia, que es **COLPENSIONES** la encargada de realizar el pago de la incapacidades que le fue otorgadas al Accionante a partir del día 181, como consecuencia de una enfermedad de origen común, toda vez que ha sido esa entidad quien asumió la afiliación del señor **JAIRO DE JESÚS GÓMEZ SALINAS**, con todo lo que esto implica, incluyendo el pago de las incapacidades cuando han sido expedidas por los médicos tratantes.

Igualmente, conviene reiterar que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que está a cargo de las EPS) tampoco se encuentra condicionado a que se haya surtido la calificación de pérdida de capacidad laboral del afiliado, toda vez que la falta de diligencia de las entidades no puede derivar en una carga más gravosa para quien afronta una incapacidad prolongada.

El subsidio por incapacidad laboral hace parte del esquema de prestaciones económicas que el legislador diseñó con el objeto de cubrir a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral frente a las contingencias que menoscaban su salud y su capacidad económica. En concreto, el subsidio

[2] Corte Constitucional Sentencia T-194 del 2021.

cumple el propósito de sustituir el salario cuando el trabajador debe ausentarse del lugar en el que cumple sus actividades laborales, tras sufrir una enfermedad o un accidente que le impide desempeñar temporalmente su profesión u oficio.

A partir de ello se explica la importancia del reconocimiento y pago de las incapacidades de forma expedita, por el papel que cumple el subsidio de incapacidad laboral en la tarea de proteger a quienes quedan temporalmente desprovistos de los recursos que destinaban a satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia por razones de salud.

La Corte Constitucional en las sentencias de tutela T-333 de 2013, T-097 de 2015, T-140 de 2016, T-144 de 2016, T-246 de 2018, T-161 de 2019, entre otras, se ha pronunciado de forma insistente, acerca de las responsabilidades de cada uno de los actores del Sistema General de Seguridad Social Integral en el desembolso de la citada prestación económica.

Así las cosas, el mecanismo idóneo para solucionar las controversias sobre el reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, es acudir a la justicia ordinaria. Sin embargo, cuando el pago de incapacidades laborales constituye el único medio para la satisfacción de necesidades básicas, la acción de tutela también se convierte en mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al *mínimo vita*l.

El derecho al mínimo vital ha sido definido por la Corte Constitucional como "*la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional*"[3].

En ese sentido, el mínimo vital constituye un presupuesto básico para el efectivo goce y ejercicio de la totalidad de los derechos fundamentales, en

[3] Sentencia T-678 de 2017.

tanto salvaguarda de las condiciones básicas de subsistencia del individuo. El reconocimiento del derecho al mínimo vital encuentra su fundamento en el concepto de dignidad humana, pues es claro que la carencia de las condiciones materiales mínimas necesarias para garantizar la subsistencia del individuo, comporta la negación de la dignidad que le es inherente. Igualmente, este derecho se proyecta en otros derechos fundamentales como la vida (Art. 11 C.P.), la salud (Art. 49 C.P.), el trabajo (Art. 25 C.P.) y la seguridad social (Art. 48 C.P.). De esta forma, la protección al mínimo vital se configura una de las garantías de mayor relevancia en el Estado Social de Derecho.

En ese orden de ideas, es clara la vulneración a los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida en condiciones dignas de CRISTIAN ALEJANDRO MARQUEZ BEDOYA, pues cumpliendo los requisitos legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas por su enfermedad de origen común, desde el día 181 no ha recibido el subsidio económico a que tiene derecho, viendo afectada su calidad de vida por la falta del único ingreso que sustituye su salario.

En consideración de lo anterior, se tutelarán los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, se ordenará a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** que, en el término improrrogable de 48 horas siguientes a la notificación del presente proveído, se sirva reconocer y pagar las incapacidades generadas a **JAIRO DE JESÚS GÓMEZ SALINAS** a partir del día 181, esto es, desde el 03 de agosto de 2023 hasta el 30 agosto de 2023 y del 27 septiembre 2023 hasta el 26 octubre del 2023.

Se le hace saber a la entidad demandada que el incumplimiento a lo aquí dispuesto conllevará a la imposición de las sanciones por desacato, establecidos en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, sin perjuicio de las acciones penales previstas en el artículo 53 ibídem, por ende, una vez cumplida la presente acción de tutela, se deberá informar a este Despacho.

Por lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE SANTIAGO DE CALI**, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

VI.- RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida en condiciones dignas del JAIRO DE JESÚS GÓMEZ SALINAS, por las razones consignadas en el cuerpo de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este proveído, si no lo hubiere hecho, proceda a reconocer y pagar, previa acreditación de su expedición, las incapacidades médicas generadas a **JAIRO DE JESÚS GÓMEZ SALINAS** superiores al día 180, esto es, desde el 03 de agosto de 2023 hasta el 30 agosto de 2023 y del 27 septiembre 2023 hasta el 26 octubre del 2023.

TERCERO: INFORMAR a las partes que lo resuelto en este fallo podrá ser impugnado conforme lo ordenado en el art. 31 del Decreto 2591 de 1991. Si ello no ocurriere en término, se remitirá el expediente original a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: REMITIR la actuación al Centro de Servicios de esta especialidad a fin de que se proceda a dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SANDRA LILIANA PORTILLA LOPEZ
JUEZ

Firmado Por:

Sandra Liliana Portilla Lopez

Juez

Juzgado De Circuito

Penal 003 Especializado

Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **794b8d44d9345a0d1667de08405c319997bbbb2f0e660f1bd64bd73448b20bfc**

Documento generado en 19/01/2024 09:13:48 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica