



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

PROCESO TUTELA PRIMERA INSTANCIA

RADICACIÓN: 08001-31-03-003-2022-00089-00

ACCIONANTE: RAFAEL GUILLERMO HERNÁNDEZ GUERRERO CC 72.153.438

ACCIONADO: LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES

DERECHO: SEGURIDAD SOCIAL.

Barranquilla, cuatro (04) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

I. ASUNTO A TRATAR

Corresponde a este despacho pronunciarse sobre la acción constitucional instaurada por el señor RAFAEL GUILLERMO HERNÁNDEZ GUERRERO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 72.153.438, actuando en derecho propio y representación, en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, por la presunta vulneración de su derecho fundamental de petición, al mínimo vital, seguridad social, dignidad humana y a la igualdad.

II. ANTECEDENTES

En el escrito de la tutela, la parte accionante, narra los siguientes hechos que se sintetizan así:

1. El solicitante es una persona de 53 años, diagnosticado desde el año 2020 con las siguientes patologías I) COLOSTOMÍA II) COLESISTECTOMÍA LAPAROTOMÍA EXPLORATORIA III) OBSTRUCCIÓN INTESTINAL IV) HIPERTENSIÓN ARTERIAL.
2. Actualmente me encuentro afiliado en pensiones a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES.
3. El 15 de septiembre de 2022, radicó ante esa entidad formulario determinación del subsidio por incapacidades, con número radicado 2022_13283361, en aras de obtener el reconocimiento del subsidio de las incapacidades correspondientes a fecha de inicio 26 de noviembre 2021 y fecha final 5 de octubre de 2022.
4. Ahora bien, han transcurrido 24 días hábiles desde que radique la presente solicitud, sin embargo, a la fecha no ha recibido respuesta por parte de COLPENSIONES en referencia a lo solicitado.
5. La dilación incurrida por COLPENSIONES, afecta mi mínimo vital, toda vez que, al estar incapacitado es su único ingreso para solventar las necesidades es el subsidio que pagan por las incapacidades, es angustiante para el suscrito que durante el tratamiento para la recuperación tenga que vivir en zozobra porque no me ha sido reconocido el subsidio económico al cual tengo derecho por las incapacidades, subsidio que sirve como sustento a mis necesidades más elementales, ya que no cuenta con un ingreso fijo diferente al que percibía de su trabajo, manifestó ser una persona de bajos recursos que no puede seguir prolongando en el tiempo los gastos y sus necesidades esperando la poca ayuda que le puedan dar sus familiares, entre más pasa el tiempo las condiciones de vida por mi estado de salud y por los ingresos económicos se deterioran.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, el accionante pretende “...Que se me ampare de manera inmediata los derechos fundamentales, DE PETICIÓN, AL MINIMO VITAL, SEGURIDAD SOCIAL, DIGNIDAD HUMANA y A LA IGUALDAD contenidos en la constitución política. Que se le ordené a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, dar respuesta a la petición radicada en fecha 15 de septiembre de 2022, donde a través del formulario determinación del subsidio por incapacidades, solicité se me reconociera la prestación económica alegada. Que el fallo sea de cumplimiento inmediato, ya que no cuenta con otro medio eficaz, para proteger mis derechos fundamentales de Rango Constitucional, violados y amenazados por la entidad relacionada. Que se le ordene a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- seguir cancelando las incapacidades que surjan en lo sucesivo, hasta tanto supere los 540 días como lo prevé la norma...”

IV. PRUEBAS

El actor en su escrito tutelar relaciona como anexos los siguientes:

1. Formulario Determinación del Subsidio de Incapacidades del 15 de septiembre de 2022.
2. Constancia de Radicación de Formulario Determinación del Subsidio de Incapacidades ante COLPENSIONES, radicado número 2022_13283361.
3. Certificados de incapacidades expedidos desde 26/11/2021 hasta 5/10/2022.

V. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela se avocó el día 24 de octubre de 2022, ordenándose notificar a la entidad accionada y vincular al SALUD TOTAL E.P.S., SURA ARL y SU SERVICIO TEMPORAL S.A, para que rindieran un informe sobre los hechos depuestos.

LA ADMINISTRADORA COLOMBANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a través de MALKY KATRINA FERRO AHCAR. en su calidad de Directora (A) de la Dirección de Acciones Constitucionales indicó que: “...Como primero se debe mencionar que revisadas las bases de datos y aplicativos con los cuales cuenta esta entidad se encuentra acción de tutela en el JUZGADO DOCE PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BARRANQUILLA, bajo el radicado 2021-00007, confirmado por el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA SALA CUARTA DE DECISION PENAL bajo RDO. 2021-00007 el cual trata temas relacionado y similares respecto a la presente acción constitucional. Con relación a lo pretendido en la presente acción de tutela, es pertinente indicar que una vez revisadas las bases de datos con las que cuenta Colpensiones se evidencia que mediante el oficio de fecha 12 de octubre de 2022 el cual se encuentra entregado, se dio respuesta de fondo a la petición del accionante de fecha 15 de septiembre de 2022 donde Colpensiones informo las razones por las cuales no procede el reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad. Revisadas las bases de datos no se evidencia que se hayan allegado las incapacidades como le fue solicitado al accionante. Así las cosas, es imperativo resaltar que si el accionante presenta desacuerdo con lo resuelto por la entidad debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no reclamar su prestación vía acción de tutela, ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial. Teniendo en cuenta lo anterior se evidencia que Colpensiones no se encuentra vulnerando los derechos fundamentales del accionante y se encuentra actuado actuando conforme a derecho. (...) Cuando se trata de pago de prestaciones económicas, la acción de tutela se torna improcedente, ya que esta no está instituida para resolver cuestiones litigiosas, sino por el contrario para proteger derechos fundamentales. Por lo anterior, cuando hablamos de pago de incapacidades, se estima que la tutela será improcedente, al existir mecanismos adecuados para la

discusión del derecho económico. (...) Es importante indicar que la calificación del origen de la enfermedad o accidente lo hacen las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral⁷, con el fin de establecer el origen de una patología, diferenciando si es de origen profesional (causada por la exposición a un factor de riesgo laboral) o si es de origen común. Si se determina que la enfermedad o accidente es de origen laboral, las prestaciones económicas y asistenciales en seguridad social estarán a cargo del Sistema General de Riesgos Laborales y serán asumidas por la Administradora de Riesgos Laborales (ARL) a la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación. Si, por el contrario, se determina que la enfermedad o accidente es de origen común, las incapacidades serán pagadas en sus dos primeros días por el empleador, desde el día tres (3) hasta el ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador. Así mismo, para poder reclamar la prestación de incapacidades, debe cumplirse con un requisito fundamental relacionado con la cotización al sistema, pues de no encontrarse cotizando no habría lugar a acceder a tal derecho, pues esto es taxativamente señalado en el Decreto 780 de 2016. Sumado a lo anterior, con el fin de trasladar la obligación del pago de incapacidades para el día 181, las EPS deben cumplir con la emisión del concepto (favorable) de rehabilitación del ciudadano antes del día 120 de incapacidad temporal y remitirlo a la AFP correspondiente antes del día 150, si bien las EPS no están obligadas a reconocer incapacidades superiores al día 180, dicha entidad deberá asumir de sus propios recursos el pago de incapacidades que superen el día 181 hasta el día en que emita y entregue el concepto en mención a título de sanción. En otras palabras, frente al pago de incapacidades superiores al día 540, las EPS sólo están asumiendo una carga administrativa en el reconocimiento y pago de dichas incapacidades, ya que la ley es clara al señalar que quien en últimas terminará asumiendo la obligación es el Estado, en cabeza de la entidad creada a través del artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, que le pagará a las EPS los dineros cancelados por dicho concepto. Por tanto, desde la entrada en vigencia de la mencionada ley, el pago del subsidio por incapacidades que superan el día 540, quedó a cargo de las EPS y desde entonces, tienen el deber de sufragar los valores por dicho concepto a favor del asegurado. Igualmente, conviene esclarecer y reiterar, que el deber legal de asumir las incapacidades originadas en enfermedad común que superen los 540 días (que, se reitera, 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 prolongadas. (...) Ahora bien, teniendo en cuenta la situación expuesta, y que no se evidencian incapacidades radicadas en esta administradora, es importante indicar que el estado de incapacidad se deberá probar mediante la presentación, en original, de la licencia otorgada por el médico tratante, situación que no se ha cumplido en el presente trámite. En este orden de consideraciones, el estado de incapacidad superior a 180 días se prueba, acreditando la licencia en original debidamente expedida por el médico tratante. En consecuencia, se puede colegir que el motivo por los cuales Colpensiones no puede realizar el estudio de incapacidades es el siguiente: Solamente se podrá realizar el reconocimiento y pago de las incapacidades una vez sean allegados la totalidad de documentos(...)" Esta entidad también manifestó que " En la presente oportunidad le hacemos saber que esta administradora, a través de la Dirección de Medicina Laboral de la entidad, ha reconocido como subsidio económico un total por valor de DOS MILLONES CIENTO CINCUENTA MIL CIENTO SETENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$2.150.178), por concepto de 71 días de incapacidad médica temporal, entre el 24 de marzo 2021 y hasta el 04 de junio de 2021. Las sumas generadas por el reconocimiento del subsidio económico correspondiente a los días de incapacidad ordenados, mediante OFICIO DML - I No. 21831 DE 25 JUN 2021 fueron abonadas a la cuenta bancaria autorizada por usted para tal fin y se vieron reflejadas en su cuenta dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de notificación del oficio de pago. Finalmente indicamos que se da respuesta a lo requerido en el fallo de la tutela de la referencia, indicando que hemos dado completo cumplimiento a la orden." También mencionó que "no se puede considerar que COLPENSIONES ha vulnerado derecho fundamental alguno, por cuanto no tiene responsabilidad alguna en la transgresión de los derechos fundamentales. Lo anterior, teniendo en cuenta que actualmente COLPENSIONES no tiene petición o trámite pendiente por resolver a favor del ciudadano."

SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA S.A., ARL SURA, a través de NATALIA ALEJANDRA MENDOZA BARRIOS, obrando en su calidad de Representante Legal Judicial informó al despacho que: *“...Frente a los hechos indicamos que el accionante RAFAEL GUILLERMO HERNANDEZ GUERRERO, presenta en la actualidad cobertura con Seguros de Vida Suramericana S.A. / ARL SURA, siendo su afiliación a través de la empresa SU SERVICIO TEMPORAL S.A en calidad de aprendiz, con un período de cobertura iniciado el 7 de febrero de 2019 a la vigente fecha. el accionante padece de las patologías comunes, enfermedad diverticular, hipertensión arterial, que según relata tuvo una obstrucción intestinal, y presenta enfermedad diverticular complicada con múltiples cirugías, en posoperatorio de laparotomía con colostomía y con emisión de incapacidades desde el 26 de noviembre de 2021 al 05 de octubre de 2022, este informa que radicó un derecho de petición ante Colpensiones para que esta le reconociera las incapacidades emitidas por enfermedad general el 15 de septiembre de 2022 sin obtener respuesta hasta la fecha. ARL SURA no registra reportes, notificaciones o seguimiento de contingencia alguna reciente o relacionada a los hechos y anexos de la tutela, así como tampoco se han dado solicitudes de cobro y/o pago de prestaciones propias del Sistema General de Riesgos Laborales y relacionadas a la misma. Sin embargo, conforme a los hechos y anexos del escrito de tutela, no se identifica nexo alguno que permita inferir que la ocurrencia o diagnóstico de patologías que guarden relación alguna al trabajo, por tal motivo es menester advertir que, si una patología no presenta calificación de origen, la misma se presume común/general. Aunado a lo anterior, es importante recalcar que se desconoce todo lo relacionado al desarrollo clínico reciente descrito por el accionante en su escrito de tutela y relacionado a la patología de dichas incapacidades, siendo consecuente afirmar que no existe obligación alguna o derecho vulnerado de parte de la ARL, toda vez que a la ARL solo incumbe lo relacionado accidentes y enfermedades laborales -art. 1 de la Ley 776 de 2002. Por esta razón señor Juez, mi representada no se encuentra legitimada para responder a lo pretendido por el accionante a COLPENSIONES...”*

SALUD TOTAL EPS, a través de YOLIMA RODRÍGUEZ HINCAPIÉ, en su calidad de Representante Legal informó que: *“...SALUD TOTAL EPS-S S.A, se OPONE a las pretensiones de la presente acción de tutela en razón a que siempre ha cumplido con la prestación médico asistencial que el Sistema General de Seguridad Social en Salud le exige frente al protegido accionante, estando ante una acción de tutela IMPROCEDENTE frente a mi representada, quien debe ser DESVINCULADA del presente trámite al existir una clara FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, tal y como se desarrollará más adelante. A prima facie, es claro dilucidar que las pretensiones no van directamente dirigidas hacia SALUD TOTAL EPS-S S.A., razón por la cual esta no es la entidad pertinente ni adecuada para dimitir la controversia planteada por la protegida. Objetivamente la solicitud va dirigida hacia LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, quien sería el responsable en el presente proceso, eximiendo a SALUD TOTAL EPS-S S.A. de cualquier participación en esa relación. Cabe resaltar en este punto, que quien puede y debe satisfacer debidamente las pretensiones incoadas por la accionante, es LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, por lo que, se vislumbra con facilidad la Falta de Legitimación por Causa Pasiva que se configura en la presente Litis, tal como se argumentará con posterioridad. Así las cosas, Señor Juez, es claro que dentro del presente caso NO EXISTE VULNERACIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL ALGUNO DEL ACTOR, solicitando se sirva DENEGAR la presente acción, frente a esta Entidad Promotora de Salud...”*

VI. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

¿Las accionadas LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, han vulnerado el derecho fundamental de petición, al mínimo vital,

seguridad social, dignidad humana y a la igualdad, al presuntamente no resolverle la solicitud de Petición que se le acrecentara el pago por incapacidades ya que tiene diversas patologías que lo imposibilitan para trabajar?

VII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1.991 y 333 de 2021, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

VIII. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 86 de la Constitución Política, Decreto Reglamentario 2591 de 1991, 306 de 1992, y 333 de 2021, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Sentencia T-401 de 2017, T - 272 - 2019 entre otras.

IX. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitante.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia.

Hacen parte de las garantías del debido proceso: (i) El derecho a la jurisdicción, que a su vez conlleva los derechos al libre e igualitario acceso a los jueces y autoridades administrativas, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior, y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) el derecho al juez natural, identificado como el

funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El derecho a la defensa, entendido como el empleo de todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable.

De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso; (iv) el derecho a un proceso público, desarrollado dentro de un tiempo razonable, lo cual exige que el proceso o la actuación no se vea sometido a dilaciones injustificadas o inexplicables; (v) el derecho a la independencia del juez, que solo es efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al ejecutivo y al legislativo y (vi) el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes siempre deberán decidir con fundamento en los hechos, conforme a los imperativos del orden jurídico, sin designios anticipados ni prevenciones, presiones o influencias ilícitas.

EL DERECHO AL MÍNIMO VITAL

La Corte Constitucional retomando importante jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, ha encontrado que la Constitución protege el derecho fundamental al “mínimo vital”. Este derecho se funda en el principio de solidaridad social y hace alusión a la obligación - del Estado o de un determinado particular - de satisfacer las mínimas condiciones de vida de una persona. La Corte Constitucional se ha referido al mínimo vital de diversas maneras: (1) como derecho fundamental innominado que asegura los elementos materiales mínimos para garantizar al ser humano una subsistencia digna; y (2) como el núcleo esencial de los derechos sociales - como el derecho a la pensión o al salario - cuya garantía resulta necesaria para la satisfacción de los derechos fundamentales. En este último caso, la Corte sostiene que un derecho social puede adquirir el rango de fundamental por conexidad cuando se vulnera el mínimo vital.

En cualquier caso, el mínimo vital es un derecho a la subsistencia que aun cuando no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, “puede deducirse de los derechos a la salud, al trabajo, y a la asistencia o a la seguridad social”. Este derecho incluye, el núcleo esencial de derechos sociales prestacionales y tiene como función lograr una igualdad material, “cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población, y siempre que el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia.”

PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL MÍNIMO VITAL.

Al reconocer el derecho fundamental al mínimo vital como elemento de análisis en la aplicación del criterio de proporcionalidad para imponer la medida de embargo sobre mesadas pensionales, es necesario que esta Sala se ocupe de establecer el contenido y alcance del mínimo vital.

El derecho al mínimo vital ha sido definido por esta Corte 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”

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

De acuerdo con lo anterior, la salvaguarda del derecho al mínimo vital se materializa en la satisfacción de las necesidades básicas del individuo, para el desarrollo de su proyecto de vida. Es en ese sentido que la Corte Constitucional ha señalado que “derecho al mínimo vital adopta una visión de la justicia constitucional en la que el individuo tiene derecho a percibir un mínimo básico e indispensable para desarrollar su proyecto de vida (...) Así las cosas, con el fin de precisar el alcance del derecho fundamental al mínimo vital, esta Corte ha reconocido que “las necesidades básicas que requiere suplir cualquier persona, y que se constituyen en su mínimo vital, no pueden verse restringidas a la simple subsistencia biológica del ser humano, pues es lógico pretender la satisfacción, de las aspiraciones, necesidades y obligaciones propias del demandante y su grupo familiar.” En ese sentido, la protección que se deriva de la garantía del mínimo vital no comporta un carácter cuantitativo sino cualitativo, de manera tal que la satisfacción de dicho derecho no se establece únicamente con base en un determinado ingreso monetario en cabeza del individuo, pues dicho mínimo “debe tener la virtualidad de producir efectos reales en las condiciones de la persona, de tal manera que no solo le garantice vivir dignamente sino también desarrollarse como individuo en una sociedad.”

Entonces, para establecer si frente a un determinado caso se ha visto vulnerado el derecho fundamental al mínimo vital, el juez constitucional deberá verificar cuáles son aquellas necesidades básicas o gastos mínimos elementales en cabeza del individuo, indispensables para garantizar la salvaguarda de su derecho fundamental a la vida digna, y evaluar si la persona está en capacidad de satisfacerlos por sí mismo, o por medio de sus familiares.

DERECHO A LA IGUALDAD EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

La Corte ha determinado que la igualdad es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía. De esta manera, la igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos construidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras.

Ahora bien, la Corte ha expresado que el examen de validez constitucional de un trato diferenciado entre dos sujetos o situaciones (*tertium comparationis*), consiste en determinar si el criterio de distinción utilizado por la autoridad pública o el particular fue usado con estricta observancia del principio de igualdad (artículo 13 C.P.), a través de un juicio simple compuesto por distintos niveles de intensidad (débil, intermedio o estricto) que permiten el escrutinio constitucional de la medida. En otras palabras, se trata de una escala de intensidades que permiten la verificación de la aplicación del principio de igualdad, en una determinada actuación pública o privada.

El test de igualdad es débil: cuando el examen de constitucionalidad tiene como finalidad establecer si el trato diferente que se enjuicia, creó una medida potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento. Como resultado de lo anterior, la intensidad leve del test requiere: i) que la medida persiga un objetivo legítimo; ii) el trato debe ser potencialmente adecuado; y iii) no debe estar prohibido por la Constitución.

Se requiere la aplicación de un test intermedio de igualdad cuando: i) la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; o ii) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. En estos eventos, el análisis del acto jurídico es más exigente que el estudio realizado en el nivel leve, puesto que requiere acreditar que: i) el fin no solo sea legítimo, sino que también sea constitucionalmente importante. Además: ii) debe demostrarse que el medio no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente para alcanzar el fin buscado con la norma u actuación objeto de control constitucional.

Por último, el test estricto de igualdad: surge cuando las clasificaciones efectuadas se fundan en criterios “potencialmente discriminatorios”, como son la raza o el origen familiar, entre otros (artículo 13 C.P.), desconocen mandatos específicos de igualdad consagrados por la Carta (artículos 19, 42, 43 y 53 C.P.), restringen derechos a ciertos grupos de la población o afectan de manera desfavorable a minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta (artículos 7º y 13 C.P.)

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que el señor RAFAEL GUILLERMO HERNÁNDEZ GUERRERO identificado con CC No. 72.153.438, en nombre propio, hace uso del presente trámite constitucional de la referencia, en contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por la presunta vulneración de su derecho fundamental de petición, al mínimo vital, seguridad social, dignidad humana y a la igualdad.

Lo anterior, en ocasión a que expone que el 15 de septiembre de 2022, presentó petición de la radicación de un formulario ante la accionada LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES del subsidio por incapacidades en aras de obtener el reconocimiento y pago del subsidio de las incapacidades correspondientes a fecha de inicio 26 de noviembre 2021 y fecha final 5 de octubre de 2022. En esta según la accionante se omite dar respuesta de fondo, respecto a RAFAEL GUILLERMO HERNANDEZ GUERRERO.

Se tiene que en principio la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para este tipo de pretensión, por contar con otros medios de defensa, no obstante, frente al caso específico de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, debe considerarse un

aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia.

En sentencia T- 311 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández, se indicó:

“...Cuando eso ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, puede conducir a que se trasgreden derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario. En ese contexto, es viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente.

Así, en lugar de descartar la viabilidad de las tutelas instauradas para obtener el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad laboral, la disponibilidad de instrumentos alternativos de defensa exige que el juez de tutela indague en las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, para verificar si la mora en el pago de las incapacidades compromete sus derechos fundamentales o los de las personas a su cargo; si la ausencia de dichos emolumentos los exponen a un perjuicio irremediable o si, en todo caso, su situación de vulnerabilidad descarta la idoneidad y eficacia de los medios judiciales contemplados para el efecto”

En este orden de ideas, y en vista de la condición de salud del accionante, la cual es apenas obvia, por las incapacidades que presenta, para este juzgado se encuentra configuradas las excepciones al principio de subsidiariedad, enunciadas en líneas precedentes, pues su mínimo vital se encuentra bajo una amenaza constante e inminente, y como consecuencia de lo anterior, procede a su estudio.

Ahora bien, respecto del pago de las incapacidades laborales, la sentencia T-401-17, de la Honorable Corte Constitucional, señala que una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, lo cual dependerá de la prolongación de la situación de salud del trabajador.

Teniendo en cuenta que la incapacidad médica es el reconocimiento económico que obtiene un trabajador durante el tiempo que está inhabilitado física o mentalmente para desarrollar sus labores, teniendo en cuenta que la imposibilidad de trabajar es necesario la intervención de la protección constitucional.

Teniendo en cuenta lo anterior, entiende el despacho, que lo pretendido por la parte accionante, es que le resuelvan de fondo la petición sobre reconocimiento y pago de las incapacidades del señor RAFAEL GUILLERMO HERNANDEZ GUERRERO dadas en razón de que tiene unas patologías clínicas que lo imposibilitan a trabajar, haciendo mención que se encuentra afiliado al régimen contributivo de SALUD TOTAL E.P.S., esta sostiene que las pretensiones no van directamente dirigidas hacia esta, razón por la cual esta no es la entidad pertinente ni adecuada para dimitir la controversia planteada por la accionante. Objetivamente la solicitud va dirigida hacia LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, quien sería el responsable en el presente proceso, solicitando eximir a SALUD TOTAL EPS-S S.A. de cualquier participación en esa relación.

La accionada LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, solicitó su desvinculación teniendo en cuenta que no se puede considerar que esta entidad ha vulnerado derecho fundamental alguno, por cuanto no tiene responsabilidad en la transgresión de los derechos fundamentales, cuando el solicitante ha radicado algunas incapacidades sin el lleno de los requisitos legales.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, frente al pago de incapacidades causadas acreditado el pago de 71 días de incapacidad.

Fecha Inicio	Fecha Fin	Número Oficio	Fecha Oficio	Valor Incapacidad	Días a Pagar
24/03/2021	03/04/2021	DML-I 21831	25/06/2021	\$333.126	11
06/04/2021	05/05/2021	DML-I 21831	25/06/2021	\$908.526	30
06/05/2021	04/06/2021	DML-I 21831	25/06/2021	\$908.526	30
TOTAL				\$2.150.178	71

Resulta prístino colegir que las incapacidades causadas desde el 26 de junio de 2021 hasta el 18 de marzo de 2022, son exigibles a la entidad COLPENSIONES, sin embargo, no es plausible abordar un nuevo estudio de los hechos en la presente tutela, toda vez que la decisión emitida por el JUZGADO DOCE PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BARRANQUILLA, bajo el radicado 2021-00007, emitida el 11 de junio de 2021, confirmado por el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA SALA CUARTA DE DECISION PENAL el 30 de junio de 2021, bajo RDO. 2021-00007, que en su numeral segundo determinó: *“ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES que a través de su representante legal o quien haga sus veces, en el término improrrogable, de cinco (05) días hábiles, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda al pago de incapacidades generadas a favor del señor RAFAEL GUILLERMO HERNÁNDEZ GUERRERO desde el día 181 y hasta el día que por concepto científico, se diga que el accionante ha recuperado su salud o hasta que se dictamine en forma definitiva la pérdida de capacidad laboral, sin que pueda exceder los 540 días.”* En suma, la acción de tutela se torna improcedente respecto de esta misma pretensión, en consecuencia el incumplimiento deberá ser discutido a través del incidente de desacato ante el juez que conoció el asunto en primera instancia.

Se itera que no ha incurrido en temeridad, porque no cumplen los presupuestos jurisprudenciales, a saber (i) identidad de partes; (ii) identidad de hechos; (iii) identidad de pretensiones; y (iv) la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista¹.

Sin embargo, la Corte ha aclarado que la sola existencia de varias acciones de tutela no genera, *per se*, que la presentación de la segunda acción pueda ser considerada como temeraria, toda vez que dicha situación puede estar fundada en la ignorancia del actor o el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; o en el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho². En términos de la Corte:

“En conclusión, la institución de la temeridad pretende evitar la presentación sucesiva o múltiple de las acciones de tutela. Al mismo tiempo, es evidente que existen elementos materiales particulares para determinar si una actuación es temeraria o no. En ese sentido, la sola existencia de dos amparos de tutela aparentemente similares no hace que la tutela sea

¹ Ver entre otras, sentencias: T-568 de 2006, T-951 de 2005 y T-410 de 2005.

² Ver sentencia T-185 de 2013.

improcedente. A partir de esa complejidad, el juez constitucional es el encargado de establecer si ocurre su configuración en cada asunto sometido a su competencia”³.

Se estima la inexistencia de la conducta temeraria por parte del actor, el Despacho estima que el actor se encuentra en un estado de indefensión propio de aquellas situaciones en las que los individuos acuden reiteradamente al amparo de tutela, ante la necesidad extrema de defender los derechos fundamentales⁴, además, se hace evidente por la carencia de ingresos que afecta su mínimo vital y por su deteriorado estado de salud (ii) existe un hecho nuevo, se han expedido nuevas incapacidades que superan los 540 días, iii) la entidad COLPENSIONES exige el cumplimiento del Decreto Decreto 1427 de 2022 art 2.2.3.3.2)

Ante las razones expuestas, se desvirtúa la presunta ocurrencia de una conducta dolosa o de mala fe, por parte del actor que deje al descubierto el abuso del derecho en la presentación del recurso de amparo que motiva el presente trámite de revisión. En consecuencia, y con base en los lineamientos expuestos en esta sentencia, no hay lugar a la declaratoria de temeridad en el caso que se examina.

Sin embargo, aquellas incapacidades que sean superiores al día 540 quedaran a cargo de la EPS, y las EPS solo están asumiendo una carga administrativa en el reconocimiento y pago de dichas incapacidades, ya que la ley es clara al señalar que quien en últimas terminará asumiendo la obligación es el Estado, en cabeza de la entidad creada a través del artículo 66 de la Ley 1753 de 2015, que le pagará a las EPS los dineros cancelados por dicho concepto.

Por tanto, desde la entrada en vigencia de la mencionada ley, el pago del subsidio por incapacidades que superan el día 540, quedó a cargo de las EPS y desde entonces, tienen el deber de sufragar los valores por dicho concepto a favor del asegurado, unido a lo anterior se puede avizorar que las incapacidades hoy sobrepasan los 540 días acaecido, el 18 de marzo de 2022, además, se itera que no puede exigirse el acatamiento de las nuevas formalidades en la expedición de incapacidades contenidas en el Decreto 1427 de 2022 art 2.2.3.3.2, vigente desde el 29 de julio de 2022, sin efectos retroactivos.

En consecuencia se amparará el derecho al mínimo vital y se ordenará pagar a la prestadora de salud, en este caso SALUD TOTAL E.P.S. S. A. pago de las incapacidades generadas a partir del día 541, de conformidad con la jurisprudencia enunciada, protegiendo el mínimo vital del accionante.

X. RESUMEN O CONCLUSIÓN

Habida cuenta de las circunstancias fácticas y jurídicas que dieron lugar al ejercicio de la presente acción, tomando en cuenta la jurisprudencia previamente enunciada, y las consideraciones particulares de la situación puesta en conocimiento de esta agencia judicial, se protegerá el mínimo vital al observarse una vulneración a los derechos deprecados por el accionante, al no reconocer y pagar las incapacidades medicas reclamadas.

Sea pertinente determinar, luego del estudio de la pretensión que el reconocimiento y pago de las incapacidades legales acaecidas entre el día 181 a 540 corresponde de forma prístina a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, pero no es posible emitir una nueva orden judicial respecto de esta pretensión, por existir una decisión ejecutoriada.

³ Sentencia T-548 de 2017.

⁴ Sentencias T-721 de 2003, T- 433 de 2006, T- 089 de 2007, T- 213 de 2009 entre otras.

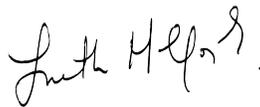
Se amparará el derecho al mínimo vital, en consecuencia, se ordenará pagar a la prestadora del servicio de salud, en este caso SALUD TOTAL E.P.S. S. A. el pago de las incapacidades generadas a partir del día 541, de conformidad con la jurisprudencia enunciada, protegiendo la garantía vital del accionante.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. Declarar improcedente la tutela impetrada por la presunta vulneración de derechos fundamentales del señor RAFAEL GUILLERMO HERNANDEZ GUERRERO frente a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
2. AMPARAR el derecho fundamental al mínimo vital del señor RAFAEL GUILLERMO HERNANDEZ GUERRERO, identificado con CC No. 72.153.438, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
3. ORDENAR al representante legal y/o quien haga sus veces de SALUD TOTAL E.P.S. que, en el término perentorio de dos días, posteriores a la notificación del presente proveído, reconozca y pague el valor de las incapacidades generadas a partir del día 541 en adelante, esto es 19 de marzo de 2022, acreditadas por médica del señor RAFAEL GUILLERMO HERNANDEZ GUERRERO, identificado con CC No. 72.153.438, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído
4. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
5. En caso de no ser impugnado el presente fallo, por secretaria envíese a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Una vez sea devuelta, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA