

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA
MOSQUERA CUNDINAMARCA

noviembre nueve (9) de dos mil veinte (2.020)

I. ASUNTO A TRATAR

En ejercicio de la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, **el señor STEVEN ORLANDO ÁNGEL MARTÍNEZ**, solicita se le amparen los derechos a **VIDA DIGNA, SEGURIDAD SOCIAL Y MÍNIMO VITAL** que estima vulnerados por **ADISPETROL S.A. representado legalmente por AMORTEGUI MIRANDA GUILLERMO en su calidad de GERENTE, FAMISANAR E.P.S representada por FREDY ALEXANDER CAICEDO SIERRA**, obrando en calidad de Director de Operaciones Comerciales y encargado de cumplir los fallos de tutela **Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIRO S.A. quien es la representante legal judicial la Sra. DIANA MARTINEZ CUBIDES.**

Una vez agotado el trámite señalado en el Decreto 2591 de 1991, el Despacho profiere el presente fallo que pone fin a esta primera instancia.

II. ANTECEDENTES

1. HECHOS: Se mencionan como fundamentos fácticos los siguientes:

➤ Manifiesta el tutelante que suscribió contrato de trabajo a término fijo por una duración de 6 meses con la empresa ADISPETROL S.A, el día 16 de noviembre de 2019 para desempeñar el cargo de coordinador de flota, devengando un salario mensual por el valor de un millón quinientos mil pesos (\$ 1.500.000.).

➤ El 27 de diciembre de 2019, cuando estaba en su casa sufrió lesiones denominadas **LUXACION Y SUBLUXACION RECIDIVANTE DE LA ARTICULACION y LUXACION DE LA ARTICULACION DEL HOMBRO**, siendo catalogadas de origen común y razón por la cual se le otorgo incapacidad temporal y pago de las mismas a cargo de la E.P.S FAMISANAR.

➤ Aduce el actor que el 15 de mayo de 2020, la empresa ADISPETROL S.A., le renovó el contrato de trabajo por un término de duración igual al pactado inicialmente.

➤ El 27 de abril de 2020, la E.P.S FAMISANAR emitió CONCEPTO DE REHABILITACION PARA AFP, donde se dictamina pronóstico desfavorable, mencionando que la AFP PORVENIR S.A. debía tramitar la evaluación por medicina laboral para calificar la pérdida de la capacidad laboral y definir si había lugar a pensión por invalidez.

➤ El señor STEVEN ORLANDO ÁNGEL MARTÍNEZ, fue sometido a una intervención quirúrgica en su hombro el día 26 de junio de 2020.

➤ El actor menciona, que al terminar los 180 días en que la E.P.S FAMISANAR venía pagando la incapacidad, al trasladarse la obligación de pago

a PORVENIR S.A. después del día 181, la AFPPORVENIR S.A, no realizo ningún pago y suspendió estos hasta que se realizara la evaluación de perdida de la capacidad laboral.

- El 18 de agosto de 2020, le es enviado a la tutelante comunicación por parte de la entidad calificadora SEGUROS DE VIDA ALFA S.A, donde se le determina; “pérdida de capacidad laboral del 12.00% de origen común y fecha de estructuración del 5 de agosto del 2020”.
- Ante la negativa del pago de las incapacidades por parte de PORVENIR S.A, el señor STEVEN ORLANDO ÁNGEL MARTÍNEZ, realizo distintas solicitudes como PQRS con el fin de que se generaran los pagos, pero todos con respuesta negativa.
- El día 29 de septiembre del presente año, el quejoso interpuso derecho de petición ante PORVENIR S.A. con el fin de solicitar el pago de sus incapacidades.
- El 08 de octubre de 2020, PORVENIR S.A. dio respuesta negativa al derecho de petición que interpuso el accionante.

2. PRETENSIONES DEL ACCIONANTE: solicita se tutelen los derechos fundamentales incoados y que se ordene el pago inmediato de las incapacidades laborales que ha dejado de percibir debido a la negligencia por parte del FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, siendo las siguientes:

Fecha inicio de incapacidad	Fecha fin de incapacidad	Días de incapacidad
26/06/2020	25/07/2020	30
27/07/2020	05/08/2020	10
05/08/2020	19/08/2020	15
20/08/2020	03/09/2020	15
04/09/2020	09/09/2020	6
10/09/2020	09/10/2020	30
		TOTAL: 106

III. CONTESTACIÓN AL AMPARO

EPS FAMISANAR S.A.S.: Que conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a descorrer el traslado de la presente acción, a través de **FREDY ALEXANDER CAICEDO SIERRA**, obrando en calidad de Director de Operaciones Comerciales y encargado de cumplir los fallos de tutela, quien manifiesta que:

Refiere la accionada que EPS FAMISANAR ha autorizado y garantizado todos los servicios que ha requerido el paciente y, en cuanto a la solicitud del accionante es pertinente indicar:

“(...) Usuario cuenta con 309 días de incapacidad del 02/10/2012 al 09/10/2020
Cuenta con incapacidad continua del 27/12/2019 al 09/10/2020por un total de 282 días; Cumplió 180 días el 28/06/2020.

Se emitió CRH Desfavorable el 27/04/2020, recibido por AFP el 19/06/2020.

Las incapacidades del día 181 al 540 deben ser reconocidos por AFP. (...)”.

Así las cosas, es claro que la accionante solicita el pago de incapacidades causadas con posterioridad al día 180 de incapacidad, razón por la cual FAMISANAR EPS no es la llamada a garantizar el pago, por cuanto éste se encuentra en cabeza de la AFP del accionante.

Precisa la accionada que los incisos 5 y 6 del artículo 142 del Decreto Ley 0019 de 2012, que modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, a su vez modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, establecen:

“(…) 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(…)” (subrayado fuera de texto).

Señala la accionada que la Administradora de Pensiones es la entidad encargada de cubrir las prestaciones económicas previstas en la ley, una vez cumplidos los 180 días continuos de incapacidad temporal y, mientras se produce la calificación de invalidez por parte de la Junta de Calificación de Invalidez.

A partir del día 181 este reconocimiento pasa a ser responsabilidad de los Fondos de Pensiones, al igual que la remisión a la junta de Calificación, donde se determina el grado de pérdida de Capacidad y si hay lugar a reconocimiento de mesada pensional por invalidez.

Igualmente, el Decreto 2463 de 2001 “Por la cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez” en su artículo 23 señala el procedimiento que se debe adelantar entre el día 150 y 180 de la incapacidad:

“ARTICULO 23.-Rehabilitación previa para solicitar el trámite ante la junta de calificación de invalidez. La solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral sólo podrá tramitarse cuando las entidades del sistema de seguridad social integral, el Fondo de Solidaridad y Garantía, los regímenes de excepción o el empleador, según sea el caso, hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral o se compruebe la imposibilidad para su realización.

Cuando se requiera la calificación de pérdida de la capacidad laboral para acceder a los beneficios otorgados por las cajas de compensación familiar, entidades promotoras de salud, administradoras del régimen subsidiado o para acceder al subsidio del Fondo de Solidaridad Pensional y a los beneficios a que se refiere la Ley 361 de 1997, no será necesaria la terminación previa de los procesos de tratamiento y rehabilitación para la formulación de la solicitud ante las juntas de calificación de invalidez.

Las administradoras de fondos de pensiones y administradoras de riesgos profesionales deberán remitir los casos a las juntas de calificación de invalidez antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150) de incapacidad temporal, previo concepto del servicio de rehabilitación integral emitido por la entidad promotora de salud.

Expirado el tiempo de incapacidad temporal establecido por el Decreto-Ley 1295 de 1994, las entidades administradoras de riesgos profesionales podrán postergar el trámite ante las juntas de calificación de invalidez y hasta por trescientos sesenta (360) días calendario adicionales, siempre que otorguen una prestación económica equivalente a la incapacidad que venía disfrutando y exista concepto médico favorable de rehabilitación.”

Por lo anterior, la obligación de cancelar las incapacidades le corresponde al Fondo de Pensiones, en este caso PORVENIR AFP coligiendo la EPS que ante la evidencia de ausencia de vulneración o amenaza de Derecho Fundamental alguno por parte de EPS FAMISANAR, al no existir vínculo contractual alguno con el accionante que haya originado alguna responsabilidad imputable a esta Entidad se da una FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR EL EXTREMO PASIVO, por lo cual solicita al Despacho que se declare la DESVINCULACIÓN de esta entidad dentro de la presente acción de tutela.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.: conforme lo ordenado en el auto admisorio, procedió a recorrer el traslado de la presente acción, a través de **DIANA MARTINEZ CUBIDES**, obrando en calidad de Representante Legal Judicial, quien manifiesta:

De conformidad con lo establecido en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 previo al reconocimiento de incapacidades y/o valoración de pérdida de capacidad laboral debe generarse concepto de rehabilitación favorable o desfavorable según sea el caso.

CONCEPTO FAVORABLE	CONCEPTO DESFAVORABLE
Se postergara el trámite de calificación de invalidez hasta por un término de 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad.	Se procederá de inmediato con el trámite de calificación de invalidez.
Se reconocerán incapacidades por el término de 360 (540) días y las incapacidades que superen dicho término se encontraran a cargo de la EPS.	No habrá lugar al pago de incapacidades.
<u>En virtud de lo dispuesto en el artículo 67 de la ley 1753 corresponderá a las entidades promotoras de salud asumir incapacidades posteriores al día 540.</u>	

En el presente caso se encuentra concepto de rehabilitación desfavorable por tanto no hay derecho a pago de incapacidades por parte de esta administradora, ya que la EPS emitió concepto no favorable de rehabilitación.

De acuerdo al Decreto 19 de 2012 (LEY ANTITRAMITES) el cual clarifico el procedimiento y requisitos para que un fondo de pensiones deba reconocer un subsidio equivalente a incapacidades, se debe indicar que en el presente

caso no procede el pago de incapacidades por parte de PORVENIR S.A. debido a que existe CONCEPTO NO FAVORABLE DE REHABILITACION.

El artículo 142 del decreto 19 de 2012 manifiesta que cuando exista CONCEPTO FAVORABLE DE REHABILITACIÓN las Administradoras de Pensiones podrán postergar el trámite de calificación por 360 días posteriores a los 180 días reconocidos por la EPS, evento en cual se otorgara el subsidio de incapacidad. la norma reza así:

ARTICULO 142. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así:

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.

Así pues, de la anterior norma se desprende lo siguiente:

- Los fondos privados solo reconocen un subsidio equivalente a incapacidades por un término limitado cuando exista un concepto favorable de rehabilitación.

- En caso de que exista concepto favorable de rehabilitación a favor del afiliado, la EPS debe emitirlo inmediatamente. Si la EPS no emite oportunamente dicho concepto, debe en consecuencia la aludida EPS pagar las incapacidades posteriores y hasta que lo emita.

Como podemos observar y de acuerdo con la información suministrada por la EPS el accionante cuenta con un **CONCEPTO NO FAVORABLE DE REHABILITACION**, por lo tanto, no procede postergar el trámite de calificación y en consecuencia se debe proceder con la calificación de pérdida de capacidad laboral, es decir no hay derecho a pago de incapacidades.

En virtud al concepto de rehabilitación desfavorable, se solicitó documentos para proceder con la valoración de pérdida de capacidad laboral.

Una vez sea allegada la documentación solicitada por parte del señor STEVEN ORLANDO ANGEL MARTINEZ, la Sociedad Administradora dio inicio en primera instancia a la verificación del cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, que determina cuándo se considera inválida a una persona para efectos del reconocimiento de dicha pensión, como se transcribe a continuación:

"Artículo 38. Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral."

Así las cosas, se evidencia que el grupo interdisciplinario de la compañía de Seguros Alfa S.A., determinó para el caso del accionante un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 12.00% de origen común y con fecha de estructuración 5 de agosto de 2020.

En cuanto a la GARANTIA DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA PENSIONAL, fuere adicionada en el artículo 48 de la constitución nacional por el acto legislativo 01 de 2005, establece que será el estado quien dará dicha garantía por tanto no podrá ordenarse el reconocimiento de una prestación por fuera del ordenamiento jurídico.

El subsidio de incapacidades se financia a través del seguro previsional cuando a ello hubiere lugar tal como lo concibe el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 por tanto únicamente procederá en los casos previstos en la mencionada norma.

La pretensión de la presente acción constitucional es contraria a lo establecido en el ordenamiento por tanto no se podrá acceder a lo solicitado dado que PORVENIR procedió conforme lo señala la ley.

PORVENIR S.A. es una entidad administradora de los fondos de pensiones y cesantías de sus afiliados. NO es una entidad pagadora de incapacidades, por lo que su obligación es la de administrar en debida forma los recursos del sistema y ceñirse a las actuaciones ya establecidas por el ordenamiento jurídico, obligación a todas luces cumplida a cabalidad en el presente caso, ya que a la fecha se han efectuado todos los trámites contemplados por la Ley tendientes a definir de fondo la solicitud efectuada por el accionante, siguiendo el conducto regular establecido para el efecto, por lo que NO PUEDE sancionarse el cumplimiento de las instancias propias del proceso, con la pretensión de obtener un pago NO DEBIDO que además atenta contra la propia sostenibilidad del sistema.

EMPRESA ADISPETROL S.A.: Conforme en el auto admisorio le fue notificado en debida forma el presente tramite tutela, sin embargo, permaneció silente.

IV. RECAUDO PROBATORIO

CLASE DE PRUEBA	QUIEN LO APORTO
Copia del documento de identidad.	ACCIONANTE
• Copia del derecho de petición interpuesto ante PORVENIR S.A	ACCIONANTE
Copia del concepto de rehabilitación expedido por FAMISANAR.	ACCIONANTE

Copia de la respuesta emitida por PORVENIR	ACCIONANTE
Copia del formulario de calificación de pérdida de capacidad realizado por SEGUROS DE VIDA ALFA S.A a petición de PORVENIR S.A	ACCIONANTE
Copia de la certificación laboral.	ACCIONANTE
Copia de 3 remisiones de incapacidad.	ACCIONANTE
Copia de certificado de incapacidad.	ACCIONANTE
Copia de las recomendaciones dadas por el ortopedista y traumatólogo.	ACCIONANTE
Copia simple Concepto de rehabilitación.	FAMISANAR EPS
Copia simple Notificación a la AFP de concepto de rehabilitación	FAMISANAR EPS
Calificación de perdida de la capacidad laboral de fecha 18 de agosto de 2020.	AFP PORVENIR

V. CONSIDERACIONES

1.- La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo dirigido a proteger en forma inmediata los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos señalados en la ley, y sólo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.- El MÍNIMO VITAL DE SUBSISTENCIA se ha definido como (T-678/17):

"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.- El artículo 142 del Decreto 0192 de 2012, respecto al reconocimiento de incapacidades por enfermedad común, establece,

"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 iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto".

Y, respecto del reconocimiento del subsidio o las incapacidades superiores a 540 días, el artículo 67 de la ley 1753 de 2015, planteó en cuanto a la destinación de los recursos que administrara la entidad administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud,

"Estos recursos se destinarán a: a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades."

En cuanto a la aplicación del artículo 67 de la ley 1753 de 2015 y su vigencia se refirió la Corte Constitucional, en la Sentencia T 144 de 2016:

"Ahora bien, retomando lo referente al déficit de protección legal para asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días que no tienen derecho a una pensión de invalidez, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la Ley 1753 del 9 de junio de 2015 –Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, reguló lo referido al pago de las incapacidades

superiores a los 540 días y estableció, en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de regular el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, dando soluciones a los dos puntos de vista analizados en los fundamentos 31 y 32 de esta sentencia.

En virtud del artículo 67 de la referida Ley 1753 de 2015, **“(ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD). La Entidad administrará los siguientes recursos: (...) Estos recursos se destinarán a: a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, *incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.* El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.”**

En el presente caso, es necesario entonces, tomar en cuenta que a partir de la vigencia de la Ley 9 de junio de 2015, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deben acatar lo normado.

Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

4.MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN RELACIÓN CON EL PAGO DE INCAPACIDADES SUPERIORES A 180 DÍAS Y 540 DÍAS. SENTENCIA T 401 de 2017:

a) el Decreto 770 de 1975 sustrajo de la órbita de responsabilidad del empleador el pago del AUXILIO DE INCAPACIDAD, para radicarlo en cabeza de un agente externo a la relación laboral. De este modo, el artículo 9° de dicha normativa asignó al Instituto de Seguros Sociales la responsabilidad del pago de **“un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de (...) salario de base, subsidio que (...) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días”**.

b) la Ley 100 de 1993, contempló la figura de la incapacidad en su artículo 206, conforme al cual los afiliados al Régimen Contributivo en salud tienen derecho al reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común. Así mismo, el Decreto 2463 de 2001 dispuso que las AFP, previo concepto favorable de recuperación, tienen la potestad de postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los 180 que se encuentran a cargo de las EPS siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Esta disposición se mantuvo sustancialmente en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, norma que actualmente regula la materia.

c) Reconocimiento de incapacidades laborales superiores a 180 días, 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. Es pertinente señalar que, respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181, se han suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001.

Sobre la responsabilidad del pago, la Corte Constitucional 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, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, como se expone a continuación:

❖ Respecto del **concepto favorable de rehabilitación** conviene destacar que, conforme al 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. No obstante, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, 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. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

❖ Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso.

❖ Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, “el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello”

❖ No obstante, lo anterior, es factible que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez y a habersele dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%. Por tanto, es indispensable determinar cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe encargarse del pago de dichas incapacidades.

❖ Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, el máximo tribunal constitucional estableció en la sentencia T-920 de 2009 que las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones.

En consecuencia, las reglas jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540 son las siguientes:

(i) Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.

- **(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las EPS.**

- **(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.**

Analizado la normatividad y la jurisprudencia referente al caso que nos ocupa, es evidente que la AFP PORVENIR S.A., si está trasgrediendo los derechos conculcados por el señor **STEVEN ORLANDO ÁNGEL MARTÍNEZ**, toda vez que, si bien es cierto la EPS FAMISANAR, emitió **UN CONCEPTO NO FAVORABLE DE REHABILITACION**, la misma la envió dentro de los términos establecidos por el legislador para que sea la AFP quien asuma esa carga de el pago de incapacidades desde el día 181 hasta el día 540.

Ahora, el tutelante fue calificado con una perdida de la capacidad laboral de 12.00% de origen COMUN con fecha de estructuración del 5 de agosto de 2020, es decir menos del 50%, puntaje que significa que la persona no puede acceder al derecho de reconocimiento de una pensión de invalidez y por ese hecho la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. afirma que no tiene que cancelarle ninguna incapacidad al accionante, puesto que estaría en contra de la norma.

Actuar que a voces de esta juzgadora constitucional amparada en todo el análisis jurisprudencial y legal evidencia la clara trasgresión de los presupuesto jurídicos previamente establecidos, pues si bien hizo todas las gestiones para que el actor fuese calificado de acuerdo al concepto desfavorable emitido por la EPS FAMISANAR, también lo es que esta infringiendo lo preceptuado en la Sentencia 401 de 2017, la cual ampliamente señala que esta carga no la debe asumir el afiliado, quien se encuentra en condiciones de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud y debe ser asumida por la AFP hasta que se cumple una de las tres causales a saber:

1. La persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral.

2. o hasta que se determine una pérdida de capacidad laboral superior al 50%.
3. o se completen los 540 días de incapacidad.

Ahora si la AFP accionada se escuda en la causal primera, dicha afirmación no es de recibo por esta Juzgadora, toda vez que no esta probado en el plenario que el señor **STEVEN ORLANDO ÁNGEL MARTÍNEZ**, tenga algún diagnostico por su medito tratante, en el cual le referencie que ya se encuentra en condiciones de regresar a sus labores en un cargo igual o superior al que venia desempeñando de acuerdo a sus capacidades físicas.

Basta con lo anteriormente expuesto para amparar los derechos aquí conculcados.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA - CUNDINAMARCA, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY.**

VI. RESUELVE

PRIMERO: TUTELA los derechos a VIDA DIGNA, SEGURIDAD SOCIAL Y MÍNIMO VITAL incoados por el señor **STEVEN ORLANDO ÁNGEL MARTÍNEZ** contra **ADISPETROL S.A. representado legalmente por AMORTEGUI MIRANDA GUILLERMO** en su calidad de **GERENTE, FAMISANAR E.P.S representada por FREDY ALEXANDER CAICEDO SIERRA**, obrando en calidad de Director de Operaciones Comerciales y encargado de cumplir los fallos de tutela y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIRO S.A. cuya representante legal judicial es la por la Sra. DIANA MARTINEZ CUBIDES.**

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIRO S.A. cuya representante legal judicial es la por la Sra. DIANA MARTINEZ CUBIDES y/o quien haga sus veces, que dentro del término perentorio de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes a la notificación de este fallo, proceda si no lo ha hecho al reconocimiento y pago de las incapacidades posteriores al día 181 al señor **STEVEN ORLANDO ÁNGEL MARTÍNEZ**, quien podrá perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

TERCERO: NOTIFICAR VIA CORREO ELECTRONICO lo aquí resuelto al accionante y a la entidad accionada, y de no ser posible utilicese el medio más expedito.

CUARTO: REMITIR las diligencias de no ser impugnada la presente decisión a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Oficiese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

**MARIA DEL PILAR OÑATE SANCHEZ
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 001 CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA**

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:

**cbdc2577ca1de834827bf193eac8f6b8037eeeb714f23041e16540e28a0a3
Oba**

Documento generado en 09/11/2020 04:56:59 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**