

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Bogotá, D.C., cuatro (04) de abril de dos mil veintidós (2022)

ACCIÓN DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA RAD. 110014103023**20220002501**

Decide el Despacho la impugnación formulada respecto de la sentencia dictada el 3 de marzo de 2022, por el **Juzgado Veintitrés (23) Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá**, en la salvaguarda promovida por la ciudadana **Eliana Paola Vela Guacheta**, frente a la **EPS Famisanar, IPS Colsubsidio y Protección S.A.**

1. ANTECEDENTES

En resumen, imploró la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, vida digna e igualdad, para que, en consecuencia, se ordene a las encartadas (EPS Famisanar y AFP Protección), que reconozcan y paguen a su favor las incapacidades generadas de diciembre de 2021 a enero de 2022.

Arguye que a raíz de las patologías que la mantiene convaleciente desde junio de 2021 viene siendo incapacitada con prórrogas continuas hasta la presentación de la acción de tutela, incapacidades que fueron canceladas por la entidad promotora de salud hasta noviembre de 2021, data a partir de la cuales se viene sustrayendo al pago de las mismas en razón a que superaron los 180 días.

Asimismo, contó que viene realizando los trámites para la pensión por pérdida de capacidad laboral.

El **a quo** concedió el amparo deprecado ordenándole a la EPS accionada que cancele las incapacidades médicas generadas hasta el 20 de enero hogafío, en razón a que el concepto médico fue enviado al fondo de pensiones por fuera del plazo establecido en la ley.

Igualmente, ordenó a la AFP encartada reconocer y pagar las incapacidades médicas generadas a partir del 20 de enero de 2022 y hasta el día 540 de incapacidad, por haber superado los 180 días.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., dentro de la oportunidad permitida impugnó la decisión de primera instancia, argumentando que la procedencia del subsidio por incapacidad generado a partir del día 180 tiene lugar cuando el concepto médico de rehabilitación resulta favorable, de lo contrario, es decir, cuando el concepto es desfavorable procede la pensión de invalidez.

En el particular la accionante no cuenta con pronóstico favorable de rehabilitación, por ende, no es procedente el pago de incapacidades, máxime, cuando de acuerdo a lo previsto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 es presupuesto para efectuar el pago que se cuente con dicho concepto y en esas condiciones, de lo contrario el fondo no está obligado a pagar el subsidio por incapacidad, pues no tiene la necesidad legal de postergar el trámite de calificación.

En este caso, la accionante fue valorada por la Comisión Medico Laboral contratada por Protección S.A., entidad que emitió un dictamen y la calificó con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 67.9% de origen común con fecha de estructuración del 22 de diciembre de 2021.

De esta manera, señaló que existe una clara incompatibilidad entre las incapacidades reclamada y la pensión de invalidez a la cual tendría derecho la accionante eventualmente.

Por último, dijo que la accionante no allegó el certificado de incapacidades médicas que alega se le adeudan a la fecha, sin perjuicio que la presente acción de tutela no sea el mecanismo idóneo para reclamar el pago de tales prestaciones económicas.

En consecuencia, solicita se revoque el fallo de primera instancia, para que, en su lugar, se niegue el amparo por carencia de objeto.

➤ **Pruebas obrantes en el expediente.**

- 1.- Escrito de tutela.
- 2.- Cédula de Ciudadanía.
- 3.- Historia Clínica.
- 4.- Concepto Médico de Rehabilitación Desfavorable emitido el 29 de septiembre de 2021.
- 5.- Respuesta radicado No. 20214107274851 de fecha 24 de noviembre de 2021.
- 6.-. Incapacidades médicas

2. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta instancia determinar si la negativa de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., de cancelar las incapacidades médicas generadas a la accionante a partir del día 180 vulnera el mínimo vital y la seguridad social que le asiste dada la calificación de invalidez que existe, la cual supera el 50% de la pérdida de capacidad laboral.

El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos

los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

En virtud de tal principio, esta Corporación ha señalado que, de manera general, las acciones de tutela no proceden para el reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, ya que los mismos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de los procesos laborales ordinarios.

En efecto, el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó en cabeza de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, 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, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos”**.

Así mismo, la Corte Constitucional ha reiterado que el conocimiento de ese tipo de solicitudes exige la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces escapan a la competencia del juez de tutela. De esta manera, es claro que la improcedencia es una regla general para reclamar el reconocimiento y pago de incapacidades¹.

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad: (i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**².

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos³.

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

¹ Véanse, entre otras, sentencias T-968 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T.404 de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa.

² Sentencia T-662 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³ Sentencias T-163 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); T-328 de 2011 M.P. (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-456 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-136 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), entre otras.

La Corte ha entendido que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de salud y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permitirá *“recuperarse satisfactoriamente (...) sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia”*.

Por lo anterior, reiteradamente la jurisprudencia constitucional ha señalado que *“los mecanismos ordinarios instituidos para reclamar el pago del auxilio por incapacidad, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza”*.

De otra parte, La jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴ dispuso que el concepto favorable o desfavorable de rehabilitación es la determinación médica de las condiciones de salud de un trabajador y constituye un pronóstico sobre el posible restablecimiento de su capacidad laboral, el cual debe emitirse cuando el periodo de incapacidad de origen común alcance los 180 días y se presume que pueda prologarse más allá de este término.

La expedición del concepto favorable tiene como finalidad otorgar un periodo de espera para que un trabajador inicie un proceso de rehabilitación de su capacidad laboral, sin que esto suponga una afectación del pago del auxilio por incapacidad. Esto significa, que después de expedido el concepto el trabajador sigue incapacitado, pero entra en un proceso de recuperación en el que continúa recibiendo el pago de las incapacidades por parte del fondo de pensiones, el cual no cuenta con un periodo específico y puede prolongarse más allá de los 540 días.

Por su parte, cuando el concepto es desfavorable, debe iniciarse el proceso de pérdida de capacidad laboral, dado que se tiene certeza de que el estado de salud del trabajador no mejorará, ya sea por el nivel de afectación del órgano o porque se trate de una enfermedad degenerativa. Por ende, una vez determinado el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, si cumple con los requisitos de que la misma sea superior al 50% y se tenga la acumulación mínima de semanas cotizadas en el sistema general, el trabajador será acreedor de la pensión de invalidez.

El Ministerio de Salud y Protección Social mediante concepto técnico 202111600819821 de 2021, precisó que, según el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, la EPS debe emitir concepto favorable de rehabilitación antes del día 120 de incapacidad y enviarlos al fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el trabajador antes del día 150 de incapacidad, debido a que dicho fondo le corresponde asumir el pago de las incapacidades superiores a los 180 días.

A su vez, el artículo en mención dispone que, cuando la EPS no expida dicho concepto, deberá pagar el valor del auxilio por incapacidad después del día 180 hasta que sea emitido. Para esto, lo que puede suceder es que, si después del día 120 no se ha expedido el concepto, el trabajador podrá realizar la solicitud a la EPS directamente.

⁴ Sentencia T401 de 2017.

Al respecto el Ministerio puntualizó: *“El concepto de rehabilitación será expedido conforme a los lineamientos establecidos en el artículo 2.2.3.2.2. del Decreto 780 de 2016, antes reseñado, concepto que será emitido por el médico tratante de la respectiva entidad promotora de salud o por la entidad obligada a compensar, sin que se haya previsto en la normativa que debe mediar solicitud del empleador, igualmente, de superarse el día 120 el usuario podrá solicitar ante la entidad respectiva la emisión del concepto”.*

Caso concreto.

En el caso *sub examine* **Eliana Paola Vela Guacheta** presentó acción de tutela contra la EPS Famisanar y la AFP Protección S.A., por considerar que la negativa de dichas entidades a reconocer y pagar las incapacidades ordenadas por su médico tratante, vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social. Los certificados médicos se expidieron por enfermedad general y encontrarse la accionante en proceso de quimioterapia activa.

A su vez, se observa que la accionante cuenta con concepto médico desfavorable y calificación de pérdida de capacidad laboral del 67.9% por enfermedad de origen común con fecha de estructuración del 22 de diciembre de 2021.

En sus respectivos escritos, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., alegó que no tiene el deber legal de asumir el pago de las prestaciones económicas solicitadas por la accionante, en especial los subsidios por incapacidad originados a partir del día 180 dado que el concepto de rehabilitación es desfavorable.

En relación con la existencia de un concepto de rehabilitación desfavorable alegada por la AFP Protección S.A., es indispensable señalar que este aspecto no impide de manera alguna que los fondos de pensiones paguen los subsidios de incapacidad que son de su competencia, tal y como lo ha venido explicando la jurisprudencia desde antaño, por tanto, el citado fondo de pensiones **deberá responder** por el pago de las incapacidades médicas prescritas a la tutelante a partir del día 180 de incapacidad y hasta el día 540.

Sin embargo, viendo que el fondo de pensiones procedió a realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral de la accionante y a la fecha se obtuvo una calificación superior al 50% sin que se observe que la misma fuese objetada, la obligación de sufragar el citado subsidio no puede tornarse absoluto en el tiempo dada la especial condición de salud de la accionante, por ende, la orden de pagar las incapacidades médicas prescritas con posterioridad a los 180 días de incapacidad, deberá sujetarse al principio de subsidiariedad y modificar el amparo ordenado en primera instancia, para concederlo de manera transitoria mientras se resuelve si la accionante tiene derecho o no a la pensión de invalidez dada la calificación emitida el 29 de septiembre de 2021, pues difícilmente la accionante podrá reincorporarse a la vida laboral.

Puestas de esta manera las cosas, no queda otro camino que modificar el fallo de primera instancia en lo que respecta a la orden emitida a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a efecto de conceder el amparo

de manera transitoria por el término de cuatro (4) meses contados a partir de la notificación de esta providencia, para que, la accionante proceda a efectuar los trámites necesarios a fin obtener el reconocimiento o no de la pensión de invalidez a la que eventualmente tendría derecho dada la calificación de invalidez emitida el 29 de septiembre de 2021, la cual supera el 50% de invalidez.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero (3º) Civil del Circuito de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

3.1. MODIFICAR la sentencia de primera instancia proferida por el **Juzgado Veintitrés (23) Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá**, el 3 de marzo de 2022, por las razones anotadas en las consideraciones de esta providencia.

3.2. – CONCEDER el amparo deprecado por **Eliana Paola Vela Guacheta**, de manera transitoria hasta por un periodo de cuatro (4) meses contados a partir de la notificación de esta providencia, cumplido dicho plazo la orden perderá efectos.

3.3.- ORDENAR a la accionante **Eliana Paola Vela Guacheta**, que, en el término de un mes (1) mes contados a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a iniciar y efectuar todos los trámites necesarios para obtener o no el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la cual tendría derecho eventualmente dada la calificación de invalidez realizada por la Comisión Medico Laboral contratada por Protección S.A., entidad que emitió un dictamen y la calificó con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 67.9% de origen común con fecha de estructuración del 22 de diciembre de 2021.

3.4.- COMUNICAR lo resuelto, tanto a la Juez *a quo* como a las partes, por el medio más expedito y eficaz.

3.5.- REMITIR las presentes diligencias a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LILIANA CORREDOR MARTÍNEZ
JUEZ