



JUZGADO TERCERO (3°) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Carrera 9 No. 11-45 piso 6° Edificio Virrey – Torre Central.

j03cctobta@cendoj.ramajudicial.gov.co Teléfono 2820261

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

ACCIÓN DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA.11001400301920200025801

Procede el Despacho a decidir la impugnación a que fue sometida la sentencia proferida el 6 de julio de 2020 por el Juzgado Diecinueve (19) Civil Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela promovida por **Rubiely Sánchez Rivera** contra la **EPS Sura y Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**

1. ANTECEDENTES

1.1. La pretensión

El *a quo* concedió parcialmente el amparo constitucional invocado, como quiera se advirtió un desconocimiento de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la señora **Sánchez Rivera** por parte de su empleador, pues si bien reconoció y pago las incapacidades del 1° de diciembre de 2019 y del 2 de enero de 2020, dado que los recursos fueron girados por la EPS, lo cierto es que debe pagar las incapacidades generadas el 15 de diciembre de 2019, el 2 de febrero, 2 de marzo, 2 de abril y 2 de mayo de 2020 y después solicitar su reembolso a la EPS, pues dicha carga no puede ser trasladada al trabajador incapacitado.

Aseveró que **Sura EPS**, ha incumplido su deber de emitir el concepto de rehabilitación favorable o desfavorable antes del día 120 de incapacidad -1° de abril de 2020- y remitirlo antes del día 150 -1° de junio de 2020-, lo que impuso conceder el amparo deprecado.

En relación con la entrega de un certificado consolidado de las incapacidades que le han sido otorgadas a la accionante y cuyo registro no aparece en el historial de incapacidades adosado por **Sura EPS**, se pudo establecer que no se ha permitido la radicación de las incapacidades con el fundamento en que la tutelante ya fue calificada con pérdida de la capacidad laboral superior al 50% y que corresponde entonces adelantar el trámite de pensión de invalidez, teniendo en cuenta que la paciente ni siquiera cuenta con un concepto favorable o desfavorable de rehabilitación válido, motivo por el que no hay lugar a tener en cuenta el dictamen de pérdida de capacidad laboral del 3 de marzo hogaño, pues según lo dispuesto en el marco normativo señalado en precedencia, dicho dictamen solo tiene lugar cuando existe previo concepto de rehabilitación desfavorable, por lo que el desconocimiento de las referidas incapacidades configura una vulneración al derecho fundamental a la seguridad social.

Finalmente se negó las pretensiones respecto al pago del subsidio de incapacidad posterior al día 180, dado que la accionante no tiene un acumulado que supere dicha cantidad de días, por lo que no resulta procedente disponer su reconocimiento y pago por parte de la **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A** (en adelante **AFP Protección S.A.**), pues



corresponde a un mandato futuro e incierto que no está autorizado a ordenar el juez de tutela, así como la inclusión de la accionante en la nómina de pensionados por invalidez, dado que no acreditó haber adelantado el trámite respectivo ante la AFP y cumplir los requisitos para su reconocimiento.

1.2. La impugnación

Inconforme de manera parcial con la decisión proferida por la Juez de primer grado, la actora en escrito de impugnación procedió a reiterar los fundamentos fácticos y jurídicos a que hizo alusión en la demanda, indicando que se omitió por completo pronunciarse acerca de las pretensiones relacionadas con la firmeza del dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por **Sura EPS**, así como la solicitud de que el Fondo de Pensiones Protección S.A. priorice el reconocimiento de su pensión de invalidez.

Indica además que se desconoció su condición de persona invalida y el hecho de que el **AFP Protección S.A.**, fue debidamente notificado del dictamen emitido por **Sura EPS**, sin embargo, no se ordena que emita firmeza del dictamen ni que se inicie de manera prioritaria el estudio de su pensión por invalidez.

2. CONSIDERACIONES

Descendiendo al *sub examine*, corresponde a esta Juez constitucional determinar si el fallo de tutela, objeto de impugnación, se encuentra ajustado a los lineamientos legales y jurisprudenciales que se imponen en relación con la procedencia de la acción de tutela, para resolver de fondo las pretensiones de la actora relacionadas con que la EPS emita firmeza del dictamen de pérdida calificación laboral, así como el estudio prioritario de que debe efectuarse para el reconocimiento de la pensión por invalidez y el ingreso a la nomina de pensionados por la prestación pensional de invalidez.

Como primera medida no se encuentra reparo en cuanto a la legitimación en la causa por activa, toda vez que la señora **Rubiely Sánchez Rivera** acude de manera directa a la acción tuitiva en busca de la protección de sus derechos fundamentales. Igualmente se encuentra acreditada la legitimación en la causa por pasiva teniendo en cuenta que la **EPS Sura** y la **AFP Protección S.A.** tienen aptitud legal y constitucional para acudir a este trámite tutelar.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los eventos taxativamente señalados en la ley, caracterizándose por ser un trámite subsidiario que tiene lugar ante la ausencia de otro medio de defensa judicial o su falta de idoneidad, o excepcionalmente para evitar un perjuicio irremediable.

Es pues un instrumento sumario, preferencial y subsidiario, para efectivizar los derechos constitucionales que tengan el carácter de fundamentales, distinguidos como aquellos que son inherentes a la naturaleza y dignidad humana y que al ser desconocidos o amenazados conllevan un daño o perjuicio.



Entonces, sea lo primero señalar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha sostenido que el reconocimiento y pago de incapacidades laborales en sede de tutela es procedente únicamente cuando se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador, en la medida en que dicha prestación constituya la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades personales y familiares.¹

No obstante, ha admitido la procedencia de este mecanismo constitucional cuando el no pago vulnera derechos fundamentales como la vida digna, la salud, el mínimo vital y la subsistencia:

“Ahora bien, la Corte Constitucional ha considerado que el pago de incapacidades laborales es un derecho que puede ser protegido mediante acción de tutela, cuando esta prestación constituye la única fuente de ingresos del trabajador y de su familia. Específicamente ha dicho: “(...) el no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo, sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”²

En el mismo sentido, la Corte ha sostenido, respecto al pago de dichas incapacidades, que:

“El pago de las incapacidades tiene como finalidad resguardar varios derechos fundamentales que se pueden ver afectados al disminuirse las capacidades físicas o mentales del trabajador para acceder a una suma de dinero con el cual solventar una vida en condiciones de dignidad. cuando la enfermedad o accidente genere una incapacidad laboral, ésta debe ser pagada los tres (3) primeros días por el empleador, del día cuatro (4) al ciento ochenta (180) corresponde el pago a la EPS y del día ciento ochenta y uno (181) en adelante y hasta por ciento ochenta (180) días más debe ser pagado por la administradora de fondos pensionales, que pueden ser prorrogados por ciento ochenta (180) días adicionales hasta tanto se haga el dictamen de pérdida de capacidad laboral.”³

En ese orden de ideas, es claro a que entidades del Sistema de Seguridad Social en Salud corresponde el pago de las incapacidades médicas dependiendo del tiempo de la incapacidad, lo cual, es marco jurisprudencial suficiente para la decisión del asunto al que fue sometido a estudio ante la juez de primera instancia.

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-140 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

² Corte Constitucional. Sentencia T/422 del 2010. Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-004 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo



Ahora bien, tal como se decantó el proveído impugnado, la EPS tiene la obligación de emitir el concepto de rehabilitación antes de cumplirse el día 120 de incapacidad temporal y remitirlo a la Administradora del Fondo de Pensiones a más tardar el día 150, de no ser así la EPS deberá pagar un subsidio al trabajador a partir del día 181 con cargo a sus propios recursos hasta tanto emita dicho concepto al tenor del artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012, si ya lo emitió está a cargo de la AFP el reconocimiento de las incapacidades posteriores. En aquellos casos en que se verifique la imposibilidad de rehabilitación deberá adelantarse el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral, de acuerdo con lo previsto en los artículos 23 y siguientes del Decreto 2463 de 2001, ante la junta de calificación de Invalidez, directamente por el afiliado o por intermedio de la entidad encargada del pago de la prestación o del beneficio.

Lo anterior, ha sido puntualizado por la Corte Constitucional al establecer que el pago de incapacidades generadas desde el día 181 y hasta el 540, salvo incumplimiento de la EPS, corresponden al fondo de pensiones del accionante cuando el concepto de rehabilitación es favorable, pues si resulta desfavorable se dispone la calificación inmediata de la pérdida de la capacidad laboral⁴.

Es así que bajos los lineamientos esbozados, se advirtió la procedencia del amparo a los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y vida digna de la accionante, toda vez que, el hecho de tener varias incapacidades continuas, permiten entrever que no se encuentra en condiciones de salud adecuadas para realizar las labores que le permitan devengar el pago de su salario.

Como consecuencia de lo anterior, y teniendo en cuenta las facultades del Juez Constitucional en pro de velar por la efectiva protección de derechos fundamentales de la gestora, se ordenó el pago de las incapacidades comprendidas 6 al 30 de diciembre de 2019 y las concedidas en el año 2020, a saber, la del 2 de febrero, 2 de marzo, 2 de abril y 2 de mayo cada una por treinta (30) días.

No obstante lo anterior, con relación al pedimento de la accionante frente a la firmeza del dictamen pericial téngase que tal como se avizora en el fallo primigenio, la accionante allegó un concepto desfavorable de rehabilitación emitido el 4 de febrero de 2020 por su medico tratante y, además, anexó un dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por **Sura EPS** que data del 3 de marzo de 2020 en el que estableció un porcentaje de pérdida de capacidad laboral equivalente a un 54,8% con fecha de estructuración 2 de enero de 2020 cuyo origen es una enfermedad común.

A pesar entonces que el 18 de febrero de 2020 la paciente fue calificada con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 54,8%, dictamen que le fue notificado a los interesados y respecto del que **AFP Protección S.A.** solicitó corrección de la fecha de estructuración, la cual efectivamente fue corregida y comunicada nuevamente a las partes el 12 de marzo de 2020.

⁴ Sentencia T-144 de 2016



Sin embargo, **AFP Protección S.A.** manifestó que hasta tanto la EPS no le remita el concepto de rehabilitación a la AFP, le corresponde a aquella pagar un subsidio a partir del día 181 de incapacidad, pues la obligación del fondo de pensiones se causa a partir del día 181 sólo si se ha comunicado dicho concepto.

En virtud de lo anterior, y verificada la orden impartida por la juez de primera instancia en el numeral tercero del fallo impugnado se evidencia que se ordenó a la EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas se emita el concepto de rehabilitación, favorable o desfavorable, según sea el caso, cuya fecha de expedición no podrá ser anterior al día 120 de incapacidad de la paciente, y lo remita a **AFP Protección S.A.** Así hasta tanto se configuren los presupuestos establecidos para la firmeza legal del dictamen emitido se podrá agotar el procedimiento pertinente para el reconocimiento de la pensión por invalidez, por lo que no es dado al juez constitucional emitir orden alguna frente a la petición elevada hasta hasta se agoten los conductos reguales para dicho reconocimiento.

De tal suerte entonces que, del análisis de los hechos expuestos en la solicitud de protección, se concluye que el amparo resulta procedente en los términos dispuestos por el *a quo*, sin lugar a efectuar adición alguna al proveído atacado de conformidad con lo solicitado por la impugnante, así sin mayores elucubraciones, esta sede de tutela determina que deberá confirmarse la decisión proferida.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

- 3.1. **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 6 de julio de 2020, por el Juzgado Diecinueve (19) Civil Municipal de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.
- 3.2. **NOTIFÍQUESE** esta decisión a las partes y demás interesados por el medio más expedito.
- 3.3. Remítanse las diligencias a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,

LILIANA CORREDOR MARTÍNEZ
JUEZ

TBP