

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO**

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

TUTELA No.: 110014189011-2020-00380-01
ACCIONANTE: JUAN CAMILO VELANDIA ROJAS
ACCIONADA: FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION
Y FAMISANAR E.P.S

ACCIÓN DE TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

I. MOTIVO DE LA DECISIÓN

Se decide la impugnación propuesta por la accionada contra la sentencia proferida el 16 de junio de 2020 por el Juzgado Once (11) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, D.C., mediante la cual amparó el derecho constitucional a la seguridad social del accionante.

II. ANTECEDENTES

El señor Juan Camilo Velandia Rojas, actuando en nombre propio, reclama la protección de sus derechos a la salud, a la vida digna y mínimo vital, presuntamente quebrantados por el Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION y FAMISANAR E.P.S., entidades a la que se encuentra afiliado como cotizante desde el 18 de noviembre de 2011 y 29 de septiembre de 2012.

Que desde el 7 de octubre de 2019 hasta la fecha se encuentra en incapacidad médica debido a la patología "carcinoma neuroendocrino" de que fuera diagnosticado el 13 de noviembre de 2019 por el Instituto Nacional de Cancerología.

Indicó cuenta con concepto de rehabilitación desfavorable expedido por la EPS FAMISANAR, razón que aduce el FONDO PENSIONES PROTECCION S.A. para negar el reconocimiento y pago de sus incapacidades superiores a 181, han sido negadas.

Que el Fondo de Pensiones PROTECCION no ha realizado ningún requerimiento o trámite administrativo para lograr el reconocimiento de la pensión de Invalidez a la que tiene derecho de acuerdo con el dictamen de pérdida de la capacidad laboral emitido por E.P.S, FAMISANAR, a fin de que sea incluido en nómina para lograr el goce efectivo de los derechos que le asisten.

Señala que el empleador la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal-UGPP-, le canceló en el último desprendible de nómina correspondiente al mes de mayo de 2020, 12 días de la incapacidad del 02 de febrero al 02 de marzo de 2020 y 18 días de la incapacidad que va desde el 03 de marzo hasta el 01 de abril de 2020.

A si mismo indicó que el 04 de mayo de 2020 fecha de inicio de la última incapacidad reportada por el empleador la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscal UGPP por 30 días, estaría cumpliendo 213 días de incapacidad continua, que su condición de salud es precaria y no cuenta con los recursos económicos suficientes para su manutención y la de su mama, que ha sido auxiliado por vecinos y amigos pues durante los días de incapacidad no cuenta con sustento alguno diferente al salario en la UGPP.

Demanda en consecuencia, que se ordene a la autoridad acusada que proceda a reconocer y pagar las incapacidades médicas atrás referidas.

III. EL FALLO IMPUGNADO

El Juzgado Once (11) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de la ciudad mediante sentencia del 16 de junio de 2020, decidió conceder la acción de tutela presentada por el señor Juan Camilo Velandia Rojas, afínco su determinación en el hecho de que cuando "las incapacidades laborales se constituyen en la única fuente de ingreso del trabajador, su pago es susceptible de ser ordenado por vía de tutela mientras se encuentre probada la vulneración a su mínimo vital, sin que para ello sea obstáculo la controversia entre las entidades encargadas del sistema de seguridad social y salud respecto a quien compete asumir las prestaciones sociales y económicas a que tiene derecho el trabajador incapacitado.

Menos, hoy, cuando el "déficit de protección legal" respecto a quien corresponde el pago de las incapacidades posteriores al día 540 a trabajadores sin calificación de invalidez, puesto de presente por la Corte Constitucional reiteradamente – T468/10; 684/10; 876/13; y 004/14 - está superado por razón de lo dispuesto en el art. 67 de la Ley 1753 de 2015, norma de aplicación retroactiva, según lo consideró esa Corporación, que "si bien impone una carga administrativa en cabeza de las EPS, no son ellas quienes al final van a asumir la obligación, pues es en últimas el Estado, en cabeza de la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud , quien les pagará a éstas los dineros cancelados por dicho concepto" – Tribunal Constitucional Sentencia T- 144 de 2016- .

Afirma que una vez cotejado los argumentos expuestos en el escrito tuitivo y los medios probatorios recaudados en el presente asunto, emerge que no le asiste razón a la AFP PROTECCIÓN, en tanto la razón expuesta para el no pago desatiende la Jurisprudencia Constitucional aplicable al caso concreto.

Ahora bien en punto de la alegación objeto de esta acción, realizada por la convocada PROTECCIÓN, al no existir concepto favorable de rehabilitación del paciente Juan Camilo Velandia Rojas, como justificación del no pago respecto de esa obligación, sustentando aquella situación con base en el art. 142 del Decreto Ley 019 de 2012, toda vez que la EPS FAMISANAR emitió concepto médico del 13 de marzo de 2020 con pronóstico desfavorable -fol. 5 a 6 C.1-; cumple precisar que de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional 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, siempre que se hubiere notificado el dictamen a la AFP. Así lo reiteró recientemente en Sentencia T-401 de 2017.

Así entonces, delimitado jurisprudencialmente el tema relativo el pago de las incapacidades desde el día 181 al 540, sin importar la favorabilidad o no del concepto emitido al paciente, corresponde en este asunto dicha obligación a la AFP, tal como se dejó delimitado en el fallo de primera instancia, en la medida que si bien la EPS FAMISANAR emitió concepto de rehabilitación desfavorable el 13 de marzo de 2020 fl. 5, momento para el cual ya era posterior al día 180, pues tal y como lo indica el accionante en el hecho 13 el día 180 fue el 29 de abril de 2020, remitió el día 13 de marzo de 2020 a la AFP convocada el concepto de rehabilitación del gestor constitucional, como consta en comunicación vista a folio 62, quien notificada de aquellas incapacidades posteriores del día 181 en adelante, debió la AFP PROTECCIÓN proceder a su pago sin importar que el concepto sea favorable o desfavorable, siendo inaplicable la anterior excepción jurisprudencial relacionada en precedencia; además que la EPS generó las incapacidades con origen común, que se encuentran en estado impagado hasta el momento por la AFP cuya acumulación de días refiere ser hasta el día 213 según certificado visto a folio 3, por lo que no habría discusión de ser posterior o no al día 540. Refuerza lo anterior, el hecho que la encartada PROTECCIÓN no desvirtuó la situación económica del gestor de esta acción indicada en el supuesto fáctico 15 del escrito demandatorio, de lo que emerge la falta de ingresos económicos del promotor constitucional y vulneración a su derecho fundamental al mínimo vital por parte de la accionada, aunado a ello que es una persona de especial protección al tener diagnosticada una enfermedad catastrófica como es CARCINOMA NEUROENDOCRINO SINUNASAL.

Como consecuencia de lo anterior, el a-quo acogió las súplicas en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN pagar las incapacidades comprendidas entre el 7 de octubre de 2019 hasta el día 2 de junio de 2020 y las que se generen hasta el día 540, pues las anteriores a este hito, fueron cubiertas por la EPS FAMISANAR tal como lo corrobora el escrito de contestación, amén que no son objeto del petitum tutelar”.

IV. LA IMPUGNACIÓN

De manera oportuna, la accionada FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS

PROTECCION S,A. impugnó la sentencia de primera instancia, para lo cual solicitó que sea revocada y se absuelva a la entidad accionada en razón a que como se demostró en los hechos no ha incurrido en conducta alguna que constituya violación de los derechos fundamentales del accionante , pues asegura que las incapacidades reclamadas carecen de sustento legal para ordenar su correspondiente pago, pues tal obligación debe asumirla a la E.P.S.

Agregó que no es posible reconocer y pagar las incapacidades solicitadas por el accionante, toda vez que el dictamen de pérdida de capacidad laboral no se encuentra en firme, ni ha radicado solicitud de invalidez ante esta administradora.

Indicó además, que ante la falta de existencia de pronóstico favorable de reahabilitación, corresponde reconocer y pagar las incapacidades a la EPS conforme el parágrafo 3 del artículo 5 de la Ley 1562 de 2012

V. CONSIDERACIONES

Este Juzgado de segunda instancia ostenta competencia para conocer y decidir la presente impugnación de conformidad con las previsiones, no sólo del Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario del ejercicio de la acción de tutela, sino del artículo 2.2.3.1.2.1, del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, modificado por el Artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, el cual fijó reglas para el reparto de las acciones de tutela.

Según el escrito de impugnación la accionada Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A., pretende se revoque el fallo de primera instancia aduciendo que ante la falta de concepto de rehabilitación favorable, no está obligado a realizar reconocimiento alguno al accionante, menos aún cuando impugnó el dictamen que determinó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

Además el señor Juan Camilo Velandia Rojas no ha radicado solicitud de invalidez ante esta administradora, que permita determinar a que tipo de prestación tiene derecho.

En primer lugar se deja establecido que en reiteradas oportunidades la Honorable Corte Constitucional ha establecido la procedencia de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales, cuando estas se constituyen en su único sustento y el de su familia, o cuando su no pago, atendiendo los factores de edad y estado de salud, conlleva además la violación de sus derechos fundamentales a la vida digna y se afecta el mínimo vital, que en muchas ocasiones constituye la única fuente de ingresos del trabajador para garantizar (T-447 de 2017).

Así mismo esa Honorable Corporación en la sentencia T-161 de 2019, indicó que el Sistema General de Seguridad Social prevé una protección a la cual tienen derecho los trabajadores cuando sufren algún accidente laboral o una

enfermedad de origen común que les impide reincorporarse a su actividad y por lo tanto debe suplirse el ingreso mensual que percibe la persona para su sustento y se materializa a través del pago de incapacidades laborales, seguros, auxilios y pensión de invalidez contempladas en disposiciones como la Ley 100 de 1993, el Decreto 1049 de 1999, el Decreto 2943 de 2001 y la Ley 692 de 2005.

También afirmó que el procedimiento de pago de tales auxilios fueron dispuestos para garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad; y respecto al pago de las incapacidades médicas, éstas constituyen una garantía del derecho a la salud, pues coadyuva a su satisfacción satisfactoria sin necesidad de pensar en la reincorporación laboral y obtener los recursos para su sostenimiento.

En cuanto a la obligación de que entidad debe asumir el pago de las incapacidades, los tiempos los define el Decreto 2943 de 2013, así: i) los días 1 y 2 estarán a cargo del empleador, de acuerdo con el artículo 1º; ii) a partir del día 3 y hasta el día 180, lo asume la EPS en la cual esté afiliado el trabajador; y iii) desde el día 181 y hasta el día 540, cuando exista concepto de rehabilitación favorable de la EPS, el subsidio de incapacidad estará a cargo de la Administradora del Fondo de Pensiones, de acuerdo con el artículo 52 de la Ley 692 de 2005, y cuando la EPS no expide el concepto de rehabilitación antes del día 120 y no lo envía a la AFP antes del día 150, el subsidio de incapacidad será asumido por la EPS, con cargo a sus propios recursos, hasta tanto sea emitido dicho concepto.

De lo anterior se podría concluir que cuando una incapacidad laboral supera los 180 días, será la Administradora del Fondo de Pensiones la que pague el subsidio de incapacidad, con la condición de que previamente debe existir un concepto de rehabilitación favorable emitido por la EPS antes del día 120 de incapacidad y ser enviado a la AFP antes del día 150; sin embargo, en la sentencia T-401 de 2017, en un caso análogo, la Corte Constitucional determinó que independiente de que exista un concepto favorable o desfavorable de rehabilitación del trabajador, quien asume el pago del subsidio de incapacidad es la AFP.

Indicó esa Honorable Corporación:

“21. 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, esta Corporación 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 expondrá a continuación (...).

22. *Es necesario enfatizar en que el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Este asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador (...).*

23. *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 (...).*

24. *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.

Al respecto, cabe indicar que la norma legal referida no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral^[97].

25. *Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación 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”.*

Finalmente, cuando la incapacidad laboral supera los 540 días, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 contempla que el pago del auxilio de incapacidad los harán las entidades promotoras de salud (EPS), indistintamente que al trabajador se le haya calificado la pérdida de la capacidad laboral o su disminución ocupacional fuera inferior al 50%.

En virtud de lo anterior, y como para conceder la protección de los derechos fundamentales debe acreditarse su vulneración, este juzgado, acogerá la

TUTELA No.: 1100 14189011 2020 - 00380 - 01
ACCIONANTE: JUAN CAMILO VELANDIA ROJAS
ACCIONADA: FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION Y
FAMISANAR E.P.S

ACCION DE TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

solicitud de salvaguarda constitucional porque, en primer lugar, si bien en el correspondiente trámite administrativo la E.P.S. FAMISANAR el 13 de marzo de 2020 emitió un concepto de rehabilitación desfavorable al accionante y dictamen de calificación No.4484527 de perdida de la capacidad laboral realizado por la E.P.S. el cual determinó un porcentaje del 69% lo cierto es que con base en los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, le incumbiría al Fondo de Pensiones asumir el pago del subsidio de incapacidad desde el día 181 hasta el día 540.

En efecto, del material probatorio que milita en el expediente se puede constatar que el señor Juan Camilo Velandia Rojas se le diagnóstico "Carcinoma Neuroendocrino sinusal de célula pequeña de alto grado" por lo cual desde el 7 de octubre de 2019 le prescribieron varias incapacidades laborales que suman 213 días, de los cuales los primeros 180 días se completaron el 29 de abril de 2020 las cuales fueron canceladas por la U.A.E de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales-UGPP-, hasta el día 180 teniendo en cuenta el reconocimiento de las mismas por parte de E.P.S., FAMISANAR, y desde el día 181 debe ser asumido por PROTECCION S.A. Fondo de Pensiones el reconocimiento y pago de las incapacidades

Es claro, entonces, que Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. quebrantó los derechos fundamentales del señor Juan Camilo Velandia al negarle el pago del subsidio de incapacidad desde el día 181 hasta el día 02 de junio de 2020 día de la última incapacidad reportada, con el pretexto de que el concepto de rehabilitación fue desfavorable, si se advierte que desconoció deliberadamente la línea jurisprudencial que sobre tal asunto ha elaborado y consolidado la Corte Constitucional en la última década, pues desde el año 2009 ha definido que la administradora del fondo de pensiones no puede excusarse en ese hecho para rehusar la cancelación de incapacidades, de modo que para no seguir trasgrediendo los derechos fundamentales del actor, la entidad acusada deberá reconocer y pagar el subsidio de incapacidad causado desde el 2 de mayo de 2020, hasta la última incapacidad que va desde el 04 de mayo de 2020, hasta el 02 de junio de 2020, cuando se completó el día 213 de incapacidad, como las que se generen hasta el día 540 para lo cual deberá informarle al actor el procedimiento interno que debe surtir para su reconocimiento y pago.

De la misma manera ordenar al Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A que deberá iniciar los trámites administrativos necesarios si aún no lo han hecho para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del señor Juan Camilo Velandia Rojas, con el propósito de definir su situación pensional.

Así las cosas, sin necesidad de efectuar mayores consideraciones y por lo señalado en precedencia, se colige que hay lugar a ratificar la determinación adoptada por el fallador de primer grado.

VI. DECISIÓN

TUTELA No.: 1100 14189011 2020 - 00380 - 01
ACCIONANTE: JUAN CAMILO VELANDIA ROJAS
ACCIONADA: FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION Y
FAMISANAR E.P.S

ACCION DE TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

En mérito de lo expuesto el **JUZGADO TREINTA Y OCHO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE:

PRIMERO. - MODIFICAR el numeral segundo del fallo de primera instancia, en el sentido de ordenar a la Administración de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A. deberá reconocer y pagar en el término de cuarenta y ocho (48) horas el subsidio de incapacidad causado desde el 2 de mayo hasta el 02 de junio de 2020 como las que se generen hasta el día 540 para lo cual deberá informarle al actor el procedimiento interno que debe surtir para su reconocimiento y pago.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás el fallo proferido el 16 de junio de 2020 por el Juzgado Once (11) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, D.C., por los motivos señalados en la parte considerativa de esta decisión.

TERCERO. - NOTIFICAR éste proveído por el medio más expedito a los intervinientes, de tal manera que se asegure su conocimiento.

CUARTO. - REMITIR el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



CONSTANZA ALICIA PIÑEROS VARGAS
JUEZ