

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil veintidós (2022)

TUTELA No.: 1100140030-47-**2021-01300-01**
ACCIONANTE: DANIEL BARON AGUIRRE
ACCIONADA: FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS
Y FAMISANAR E.P.S

ACCIÓN DE TUTELA - SEGUNDA INSTANCIA

Se decide la impugnación propuesta por la accionada contra la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2021 por el Juzgado Cuarenta y siete (47) Civil Municipal de Bogotá, D.C., mediante la cual amparó el derecho constitucional a la seguridad social del accionante.

ANTECEDENTES

El señor DANIEL BARON AGUIRRE, reclama la protección de sus derechos a la vida digna, mínimo vital y seguridad, presuntamente quebrantados por el Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS y FAMISANAR E.P.S., entidades a la que se encuentra afiliado como cotizante.

Indicó que desde el 29 de octubre de 2020 hasta la fecha se encuentra en incapacidad médica hasta el 25 de mayo de 2021.

Que cuenta con concepto de rehabilitación desfavorable expedido por la EPS FAMISANAR y se encuentra en proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral por parte de la EPS.

Que a la fecha no se le han cancelado por parte de COLFONDOS, las incapacidades que corresponden al 28 de marzo 2021, hasta el 5 de diciembre de 2021, situación que motivó la interposición de la presente acción.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juzgado Cuarenta y siete (47) Civil Municipal de Bogotá D.C. mediante sentencia de 26 de noviembre de 2021 decidió conceder la acción de tutela presentada por el señor DANIEL BARON AGUIRRE, afincó su determinación en el hecho de que se encuentra acreditado que el accionante cumplió los primeros 180 días de incapacidad el 9 de septiembre de 2021, y que oportunamente le fue notificado a COLFONDOS, el concepto desfavorable de rehabilitación, por tanto las incapacidades causadas entre el 25 de septiembre al 24 de octubre de 2021, y del 25 de octubre al 3 de noviembre de 2021

deben ser reconocidas por COLFONDOS.

LA IMPUGNACIÓN

De manera oportuna, la accionada COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. impugnó la sentencia de primera instancia, para lo cual solicitó en primer lugar, que se declare la nulidad de la providencia mencionada en atención a que nunca fue notificado del auto admisorio de la tutela.

De otro lado, realiza diferentes solicitudes, relacionadas con que se ordene a la EPS el pago de las incapacidades posteriores al día 540 y de todas las demás en atención a que se encuentra el trámite de pérdida de capacidad laboral en curso.

Solicitó que se limite el pago de las incapacidades a lo ordenado en la Ley 1753 de 2015.

Finalmente indicó que se debe ordenar a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. que con cargo en la póliza previsional, reconozca y pague la prestación económica a que se refiere el fallo de primera instancia.

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 fijo reglas para el reparto de las acciones de tutela.

En primer lugar, se refiere el Juzgado a la alegada nulidad de la actuación de primera instancia, frene a lo cual resulta pertinente indicar que no se ajusta a la realidad procesal, la afirmación de la entidad impugnante.

Revisado el expediente se puede establecer que obra el Certificado de Existencia y Representación de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y en el mismo se encuentra registrado el correo procesosjudiciales@colfondos.com.co para recibir notificaciones judiciales, dirección a la que el 12 de noviembre de 2021 el Juzgado Cuarenta y siete Civil Municipal remitió la notificación del auto admisorio.

Además, se verifica que es el mismo correo electrónico a través del cual el 30 de noviembre de 2021, se notificó el fallo de 26 de noviembre de 2021 y el cual fue impugnado oportunamente por la entidad impugnante.

Según el escrito de impugnación la entidad accionada, pretende que se ordene a FAMISAR EPS que pague la totalidad de las incapacidades del tutelante por

cuanto se encuentra en trámite la determinación de pérdida de capacidad laboral

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

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 cuando la misma supera los 180 días.

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, es claro que la obligación del FONDO DE PENSIONES en relación con el pago de la incapacidad surge entre el día 181 -540, sin que la misma este limitada o condicionada a circunstancia alguna, como lo sostiene la entidad impugnante, desconociendo lo expresado de manera reiterada por la Corte Constitucional y como acertadamente, lo indicó el Juzgado de Primera Instancia.

Es claro, entonces, que COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías quebrantó los derechos fundamentales del señor DANIEL BARON AGUIRRE al negarle el pago del subsidio de incapacidad desde 25 de septiembre al 24 de octubre de 2021, del 25 de octubre de 2021 al 3 de noviembre de 2021 y del 6 de noviembre de 2021 al 5 de diciembre de 2021, pues tales periodos están en el rango del día 181 al 540 de incapacidad, con el pretexto de que el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral está en proceso, si se advierte que desconoció deliberadamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la última década, pues desde el año 2009 ha definido que la administradora del fondo de pensiones es responsable del pago en tal periodo, de modo que para no seguir trasgrediendo los derechos fundamentales del actor, la entidad acusada deberá reconocer y pagar el subsidio de incapacidad como se ordenó en el fallo impugnado.

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.

Finalmente y en cuanto a la pretensión de que se condene a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. a que asuma el pago mencionado con cargo a la póliza previsional, debe indicarse que esa sociedad no es parte en esta acción, y no resulta de recibo, que se utilice la impugnación del fallo de tutela, para pretender la vinculación de una persona, sea esta natural o jurídica, cuando no se atendió o no se dio respuesta a la acción con oportunidad de la notificación del auto admisorio, oportunidad propia para ello y plantear nuevos asuntos no aducidos en primera instancia.

Sin embargo, habrá de tenerse en cuenta que tal pronunciamiento resulta ajeno a la naturaleza excepcional de la acción de tutela, pues lo que pretende COLFONDOS es que el Juez de tutela, decida sobre la relación contractual que vincula al FONDO accionado con la mencionada COMPAÑÍA DE SEGUROS derivada de un contrato de seguro, para los cual existen otros medios de

TUTELA No.: 1100 14189011 2021 - 013000 - 01
ACCIONANTE: DANIEL BARON AGUIRRE
ACCIONADA: FAMISANAR E.P.S y COLFONDOS S.A.

ACCION DE TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

defensa judicial, lo cual de conformidad con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la hace improcedente.

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,

RESUELVE:

PRIMERO. – CONFIRMAR el fallo proferido el 26 de noviembre de 2021 por el Juzgado Cuarenta y siete (47) Civil Municipal de Bogotá, D.C., por los motivos señalados en la parte considerativa de esta decisión.

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

TERCERO. - 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

AR