

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO SEGUNDO 2° MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001 41 05 002 2022 01404 00

ACCIONANTE: ZULMA YULIET UMBARILA SILVA

**ACCIONADOS: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR SA Y SALUD TOTAL EPS**

S E N T E N C I A

En Bogotá D.C., el dieciséis (16) de enero de dos mil veintitrés (2023) procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela instaurada por ZULMA YULIET UMBARILA SILVA en contra de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y SALUD TOTAL EPS, en los términos y para los fines concebidos en el escrito de solicitud de amparo constitucional.

ANTECEDENTES

ZULMA YULIET UMBARILA SILVA promovió acción de tutela en contra de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y SALUD TOTAL EPS, para la protección de sus derechos fundamentales a la vida, salud, seguridad social, igualdad, dignidad humana y mínimo vital, presuntamente vulnerados por la accionada, al abstenerse de reconocer y pagar las incapacidades desde el doce (12) de septiembre de dos mil veintidós (2022) hasta la fecha en que obtenga la prestación económica de pensión o se reestablezca su estado de salud.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que en la actualidad se encuentra afiliada a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y SALUD TOTAL EPS.

Declaró que a consecuencia de un accidente laboral ocurrido en dos mil quince (2015) sufrió una discopatía en la columna y una hernia, diagnóstico que fue registrado por la ARL quien atendió el accidente y realizó todos los procedimientos tendientes a buscar su mejoría.

Afirmó que la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, la calificó asignando un 11.70% de PCL; sin embargo, señaló que la ARL SURA presentó un recurso por lo que finalmente se determinó que el diagnóstico era por una enfermedad general por lo que su atención y tratamiento fue llevado a cabo por SALUD TOTAL EPS.

Sostuvo que la EPS generó incapacidades médicas entre dos mil dieciséis (2016) y dos mil veinte (2020). Así mismo, comentó que su estado de salud empeoró por lo que a partir del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021) se generaron incapacidades de manera interrumpida.

Explicó que su EPS le indicó que el pago de incapacidades se encontraría a cargo de la AFP por lo que inició con dicha entidad el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral.

Informó que radicó una acción de tutela en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA que fue conocida por el JUZGADO 33 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ la cual fue parcialmente favorable en la que se ordenó a la AFP a pagar las incapacidades desde el veinticinco (25) de julio hasta el once (11) de septiembre de dos mil veintidós (2022) omitiendo las incapacidades que fueron emitidas con posterioridad.

Manifestó que la AFP accionada solo realizó el pago de las incapacidades ordenadas por el Juzgado por lo que acudió nuevamente al mecanismo constitucional a efectos de solicitar lo que en derecho le corresponde.

Afirmó que la EPS realizó el pago de incapacidades hasta el día 180, fecha a partir de la cual no se ha realizado el pago de incapacidades siendo que el veinticinco (25) de octubre la AFP accionada le negó la radicación de incapacidades para solicitud de pago.

Finalmente, indicó que tal situación sesga su único ingreso económico que le permite su manutención y la de su hijo. Así mismo, indicó que requiere el pago de incapacidades posteriores al día 180 y las que se sigan causando con posterioridad, esto es, hasta el día 540 o hasta que tenga acceso al reconocimiento de la pensión.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

JUZGADO TREINTA Y TRES PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ indicó que el nueve (09) de noviembre de dos mil veintidós (2022) avocó la acción de tutela de ZULMA YULIET UMBARILA SILVA en contra de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y SALUD TOTAL EPS.

Igualmente, señaló que el veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintidós (2022) profirió sentencia en la que amparó los derechos fundamentales de la accionante para que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA realizara el pago de las incapacidades médicas comprendidas entre el veinticinco (25) de julio al once (11) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

De otra parte, informó que la sentencia en cuestión fue impugnada por la parte actora correspondiendo al Juzgado 10 Penal del circuito con Función de Conocimiento.

ARL SURA afirmó que la accionante no presenta cobertura activa con la ARL y que la última cobertura tuvo lugar a través de la empresa PEOPLE MARKETING SA en calidad de trabajadora independiente desde el veintiocho (28) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) hasta el treinta de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

Declaró que brindó atención médica respecto del accidente de trabajo ocurrido el dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015) el cual presentó una calificación de cero secuelas, en el entendido que la paciente alcanzó la máxima recuperación.

Indicó que las patologías presentadas por la accionante y por la que se expidieron las incapacidades no tienen calificación de origen laboral por lo que no existe obligación pendiente por parte de la ARL.

Argumentó la no existencia de derechos fundamentales y solicitó al Despacho declarar improcedente la acción de tutela.

SALUD TOTAL EPS informó que la accionante presenta 439 días de incapacidades continuas y que las incapacidades posteriores al día 180 por el mismo diagnóstico no generan un reconocimiento económico en cabeza de la EPS.

Afirmó que a la accionante le fue generado un concepto de rehabilitación desfavorable que fue remitido al fondo de pensiones. Así mismo, argumentó la improcedencia de la acción de tutela por carencia actual del objeto por hecho superado y la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Finalmente, solicitó denegar las pretensiones de la parte actora y disponer la desvinculación de la EPS.

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA informó que en cumplimiento del fallo de tutela emitido por el JUZGADO TREINTA Y TRES PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ realizó el pago de las incapacidades comprendidas entre el veinticinco (25) de julio y el once (11) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

De otra parte, indicó que la accionante pretende el pago de incapacidades médicas superiores al día 180 que no son procedentes a cargo de la AFP dado que la EPS emitió un concepto desfavorable de rehabilitación de origen común el pasado once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Presentó como excepciones la del desconocimiento de carácter subsidiario de la acción de tutela, la ausencia de vulneración de derechos fundamentales y la improcedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Finalmente, solicitó al Despacho denegar o declarar improcedente la presente acción de tutela conforme a las razones expuestas en su escrito de contestación.

JUZGADO 10 PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ mediante respuesta al requerimiento realizado indicó que le correspondió el conocimiento de la acción de tutela en segunda instancia No. 11001408803320220019401 que fue promovida por ZULMA YULIET UMBARILA SILVA en contra de PORVENIR SA y que a la fecha no ha emitido decisión que ponga fin a la instancia dado que se encuentra en términos para resolver lo pertinente.

PROBLEMA JURÍDICO

Dentro de la presente acción de tutela corresponde determinar si la accionada ha vulnerado los derechos fundamentales de la parte actora, al abstenerse de reconocer y pagar las incapacidades médicas desde el doce (12) de septiembre de

dos mil veintidós (2022) hasta la fecha en que obtenga la prestación económica de pensión o se reestablezca su estado de salud.

CONSIDERACIONES

De la acción de tutela

Conforme al Artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando estos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona que se encuentre en estado de subordinación o indefensión, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

Del pago de incapacidades por parte de la EPS y la AFP

El artículo 206 de la Ley 100 de 1993 establece: “*para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes*”, acorde con dicha disposición, es la EPS la encargada de cubrir las prestaciones económicas procedentes de incapacidad médica, cuando la misma sea generada con ocasión a una enfermedad de origen común.

Ahora, de conformidad con el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, las EPS deben cubrir hasta ciento ochenta (180) días de incapacidades.

A su vez, los incisos 5° y 6° del artículo 142 del Decreto Ley 0019 de 2012, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, a su vez modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, dispone:

“(…) 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.

(...)”

De conformidad con lo expuesto previamente, el pago del auxilio de incapacidad a favor de los afiliados cotizantes estará a cargo de la Entidad Promotora de Salud por los primeros 180 días, quien a su vez tiene la obligación de emitir concepto de rehabilitación antes del día 120 y enviarlo a la AFP antes de que se cumpla el día 150 de incapacidades ininterrumpidas. Así las cosas, cuando exista concepto favorable de rehabilitación, le corresponderán a la Administradora de Fondos de Pensiones – AFP el pago de las incapacidades que se generen a partir del día 181 y hasta por un término máximo de 360 días calendario.

Frente al tema analizado, la Corte Constitucional en la sentencia T-401 de 2017, recordó las reglas generales para el reconocimiento de incapacidades así:

“(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.***

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente.”

En este mismo orden de ideas, se puntualizó en la sentencia a que se ha hecho referencia, que en los casos donde superados los 180 días sin emitir concepto de rehabilitación por parte de la EPS, el pago de las incapacidades seguirá siendo asumido por la EPS hasta tanto emita dicho concepto. De igual forma, aclaró que en reiteradas posturas ha sido indicado por el máximo Órgano Constitucional que no importa que el concepto de rehabilitación sea desfavorable, dichos pagos de incapacidades deben ser asumidos por la AFP. Al respecto señaló:

“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.

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.

(...)

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.

*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.”*

DEL CASO EN CONCRETO

La accionante interpuso acción de tutela en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y SALUD TOTAL EPS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al obtenerse de reconocer y pagar las incapacidades médicas desde el doce (12) de septiembre de dos mil veintidós (2022) hasta la fecha en que obtenga la prestación económica de pensión o se reestablezca su estado de salud.

No obstante lo anterior, previo a pronunciarse sobre las pretensiones de la demandante y teniendo en cuenta la información allegada por la accionante en su escrito de tutela y la respuesta aportada por el JUZGADO TREINTA Y TRES PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ procederá el Despacho a verificar si existe temeridad en las actuaciones de la señora ZULMA YULIET UMBARILA SILVA.

Así las cosas, analizadas las respuestas allegadas por las entidades accionadas y vinculadas, junto con las pruebas aportadas al expediente, se encuentra demostrado que la accionante dirige esta acción de tutela para definir una solicitud igual que en la actualidad cursa en el JUZGADO 10 PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ en segunda instancia como consecuencia de la decisión adoptada por el JUZGADO TREINTA Y TRES PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ.

Por ello, teniendo en cuenta que existe una acción de tutela de similares características a la presente, resulta prioritario analizar si existe temeridad en la acción constitucional, por haberse intentado dos acciones de tutela por los mismos hechos o si, por el contrario, existen nuevos presupuestos fácticos que legitimen la interposición de una nueva acción de tutela y el análisis de la vulneración de los derechos fundamentales invocados.

En ese orden, debe recordarse que para que exista temeridad en la acción de tutela, por la presentación de dos o más de ellas, deben concurrir por lo menos los presupuestos de identidad de las partes accionante y accionado, identidad fáctica y falta de justificación razonable para la interposición de la nueva acción.

Así las cosas, una vez verificado el expediente enviado por el Juzgado oficiado al que se hizo referencia, se evidencia lo siguiente:

1. Ambas acciones constitucionales se encuentran presentadas por ZULMA YULIET UMBARILA SILVA y dirigidas en contra de la SOCIEDAD

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y SALUD TOTAL EPS.

2. Aun cuando la accionante pone de presente en el escrito de tutela, la situación ocurrida respecto de la acción de tutela que fue conocida por el JUZGADO TREINTA Y TRES PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ, se evidencia que sí existe una identidad fáctica que persigue la misma pretensión, esto es, el pago de incapacidades médicas que no fueron reconocidas por el Juzgado en mención desde el doce (12) de septiembre de dos mil veintidós (2022) hasta la fecha en que obtenga la prestación económica de pensión o se reestablezca su estado de salud.
3. Si bien en principio pudiera entenderse que el hecho que la accionante presentara una acción de tutela previa se constituye como una nueva situación fáctica, lo cierto es que tal circunstancia no se configura como una justificación razonable para la interposición de la nueva acción.

Lo anterior, en razón a que el JUZGADO TREINTA Y TRES PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ mediante sentencia del veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintidós (2022) resolvió amparar los derechos fundamentales de ZULMA YULIET UMBARILA SILVA ordenando a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA el pago de incapacidades desde el veinticinco (25) de julio hasta el once (11) de septiembre de dos mil veintidós (2022), negando las incapacidades posteriores a dicha data en atención a que no fueron aportadas por la parte actora, así:

En este estado de la actuación, se protegerán las garantías fundamentales de la señora Zulma Yuliet Umbarila Silva, haciendo la salvedad que se ordenará el pago de las incapacidades desde el 25 de julio de este año, como lo solicita la accionante, hasta el 11 de septiembre hogaño. No se ordenará el pago de incapacidades posteriores a esta fecha, puesto no se acreditó por ningún medio documental que la señora Umbarila Silva siga estando incapacitada, tampoco se puede ordenar el pago de incapacidades a Salud Total EPS, que superen los 540 días, pues ello constituye hechos futuros e inciertos.

Ahora bien, en lo referente a la solicitud que hace la accionante para reconocer el pago de incapacidades superiores al día 540, el JUZGADO TREINTA Y TRES PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE

GARANTÍAS DE BOGOTÁ se pronunció al respecto como se observa en precedencia, indicando a la accionante que tal solicitud no puede prosperar en atención a que corresponde a un hecho futuro e incierto.

Adicional a lo anterior, mediante auto del dos (02) de diciembre de dos mil veintidós (2022) concedió la impugnación presentada por ZULMA YULIET UMBARILA SILVA en la que solicitó modificar el fallo de primera instancia para ordenar el reconocimiento de incapacidades médicas posteriores al doce (12) de septiembre de dos mil veintidós (2022), adjuntando para ello las pruebas que dan cuenta de ello.

En el presente asunto esta Juzgadora observa que no puede accederse a las pretensiones de la accionante, dado que existirían dos (02) sentencias sobre el mismo asunto, por cuanto la presente tutela está bajo el estudio del JUZGADO 10 PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ y la discusión giraría en torno al mismo aspecto de la existencia de un derecho cuyo conocimiento fue puesto de presente a otro juzgador constitucional.

En cuanto a la justificación de la conducta, se reitera que la accionante no la expone, sino que al contrario, radicó por segunda vez un escrito de tutela para obtener la misma pretensión. Dicha situación se torna inaceptable y, en ese orden, es dable concluir que la acción de tutela se torna improcedente por temeridad.

Conforme a lo expuesto precedentemente, se negará el amparo deprecado por improcedente por temeridad.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEGUNDO 2° MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo de Tutela solicitado, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ADVERTIR que teniendo en cuenta el Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica que se está viviendo en el territorio nacional (Decreto 417 de 17 de marzo de 2020), acompasado con los Acuerdos PCSJA20-11518 y PCSJA20-11519, en caso de presentarse impugnación contra la presente sentencia, deberá ser remitida únicamente al correo electrónico

J02LPCBTA@CENDOJ.RAMAJUDICIAL.GOV.CO, EN UN HORARIO DE ATENCIÓN DE 8:00 A.M. A 01:00 P.M. Y DE 02:00 P.M. A 05:00 P.M.

TERCERO: En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Paula Carolina Cuadros Cepeda

Juez Municipal

Juzgado Pequeñas Causas

Laborales 2

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **2da87edcf28d97ce611e08320888cfa434fab80ad0ea18500f14a35adf49cd10**

Documento generado en 16/01/2023 06:43:16 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>