



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Juzgado 5° Civil Municipal de Bogotá
Carrera 10 No. 14-33 piso 5 Teléfono/Fax: 2815639
cmpl05bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

Ref: ACCIÓN DE TUTELA No. 110014003 005 2022 00701 00

ACCIONANTE: BLANCA INES AREVALO REY

ACCIONADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, EPS FAMISANAR y ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez motivado en legal forma el trámite adecuado.

I. ANTECEDENTES:

Manifestó la accionante que se encuentra vincula mediante contrato de trabajo a término indefinido con la Empresa Flores Ipanema S.A.S.

Agregó que, se encuentra afiliada en el régimen contributivo con la EPS Famisanar y en la Administradora de Fondos y Pensiones Porvenir S.A.

Añadió que, *“desde el año 2020”* presenta *“patologías en mis miembros superiores como lo son esclerosis múltiples y poliartritis, no especificada también, trastorno mixto de ansiedad y depresión”*.

Expuso que, *“Para el 28 de mayo del año 2021, la Entidad Promotora de Salud – FAMISANAR - emite concepto de rehabilitación DESFAVORABLE con calificación de enfermedad de origen común”,* y que la EPS *“ha venido cumpliendo con los correspondientes pagos de los conceptos de incapacidades”;* sin embargo, *“desde el día 15 junio del año 2021, hasta el 6 de julio del 2022 la entidad mediante comunicación telefónica informa que no se materializa el correspondiente pago, debido que al superar los 181 días de incapacidad le corresponde al fondo de pensiones Porvenir S.A reconocer mi incapacidad”*.

Agregó que, solicitó a la AFP Porvenir el reconocimiento y pago de las incapacidades, no obstante, aquella le informó que, *“no les correspondía el pago de los salarios si no de un subsidio de incapacidad temporal, pero como cuento con un concepto de rehabilitación desfavorable no me podían generar este subsidio”*.

Finalmente, indicó que actualmente no percibe *“ningún tipo de ingreso económico del cual pueda suplir”* sus *“necesidades básicas como lo son*

la alimentación; simultáneamente, no cuento con ingresos suficientes para atender los requerimientos médicos y asistenciales que se derivan de mis patologías, donde en ocasiones el atendimento se lleva a cabo en la ciudad de Bogotá D.C, siendo su lugar de residencia el municipio de Madrid, Cundinamarca”.

2. LA PETICIÓN

Solicitó se amparen sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y la salud en conexidad con el derecho a la vida y, en consecuencia, ordenar a la ENTIDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A “*reconozca el auxilio de incapacidad de los meses anteriormente no pagados durante el año 2021, es decir desde el mes de junio del año 2021, hasta el mes de julio del año 2022*”.

II. SINTESIS PROCESAL:

Por auto de 15 de julio de 2022, se admitió la acción y se ordenó notificar a la accionada. Igualmente, se dispuso vincular a MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, INSTITUTO DE CIRUGÍA OCULAR PALERMO, CAFAM, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTA, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y FLORES IPANEMA S.A.S., y se les otorgó un plazo de un (1) día para que brindaran una respuesta al amparo.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A

Dio contestación a la acción constitucional, oponiéndose y solicitando se niegue el amparo por improcedente. En ese sentido indicó “*En el presente caso encontramos concepto de rehabilitación desfavorable por tanto no hay derecho a pago de incapacidades por parte de esta administradora, ya que la EPS emitió concepto no favorable de rehabilitación.*

JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ.

En término se pronunció, para lo cual indicó que “*mediante dictamen No 20859561-078048 del 7 de octubre de 2021 calificó los Diagnósticos (r521)dolor crónico intratable - (m791)mialgia - (m130)poliartritis, no especificada - (n189)insuficiencia renal crónica, no especificada - (d259)leiomioma del útero, sin otra especificación - (r522)otro dolor crónico - (g473) apnea del sueño - (z988)otros estados postquirúrgicos especificados (nefrectomía), de Origen Enfermedad Común, con una **Pérdida de Capacidad Laboral de 41.78%** y Fecha de Estructuración*

21 de septiembre de 2021.”, por lo que solicitó desvincularle de la presente acción constitucional por cuanto no ha vulnerado ningún derecho fundamental a la accionante.

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.

En término dio contestación a la acción de tutela, para lo cual alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto el pago de las incapacidades es de carácter económico que no es función de la administradora. Conforme a lo anterior, solicitó desvincularle de la presente acción constitucional.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

Procedió a contestar los hechos y pretensiones del accionante, para lo cual alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, razón por la cual solicitó su desvinculación por cuanto debe ceñirse a lo estipulado mediante Decreto Único 780 de 2016, en su artículo 2.1.13.4, sobre el reconocimiento y pago de incapacidad por enfermedad general. Conforme a lo anterior, solicitó desvincularles de toda responsabilidad dentro de la presente Acción de Tutela.

CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM

En término se pronunció, para lo cual manifestó que *“el reconocimiento y pago de incapacidades, corresponde a un servicio a cargo del asegurador y del ministerio de salud, lo cual en ningún caso y conforme a las normas de Seguridad Social en salud, le concierne a la I.P.S. CAFAM.”*, por lo que solicitó se le desvincule de la presente acción.

FLORES IPANEMA S.A.S.

En tiempo indicó que *“ha cumplido con la totalidad de obligaciones a su cargo, reiterando que la discusión presentada en la acción de tutela no guarda relación alguna con la misma.”*, además que *“la entidad encargada del pago de las incapacidades médicas expedidas a la trabajadora accionante estaría a cargo EXCLUSIVAMENTE de su EPS de afiliación en este caso de EPS FAMISANAR o de la AFP Porvenir.”*.

EPS FAMISANAR S.A.S.

Indicó que *“ha autorizado y garantizado todos los servicios que ha requerido el paciente y, en cuanto a la solicitud del accionante es pertinente indicar lo siguiente para mayor precisión del Despacho y del usuario:*

“(...) Usuaría cuenta con incapacidad continua del 18/01/2021 al 06/07/2022 por un total de 522 días; cumplió 180 días el 18/07/2021.

Las incapacidades del día 181 al 540 deben ser reconocidas por AFP.

Se emitió CRH Desfavorable el 28/05/2021, Recibido por AFP el mismo día vía correo electrónico. (...)”

Así las cosas, es claro que la accionante solicita el pago de incapacidades causadas con posterioridad al día 180 de incapacidad esto es, del 19 de julio de 2021 en adelante, razón por la cual esta entidad no es la llamada a garantizar el pago.”. en ese sentido, manifestó que no es la legitimada en la presente causa.

III CONSIDERACIONES

1.- LA ACCION DE TUTELA:

La jurisprudencia constitucional ha sido del criterio que las personas que pretenden el cobro de incapacidades médicas a través de la acción de tutela cuentan con otros mecanismos judiciales a través de los cuales pueden obtener su pago, procedimientos tales como el proceso ordinario laboral, o el trámite ideado ante la Superintendencia Nacional de Salud. No obstante, también se ha sostenido que a pesar de lo anterior, *“el pago de las incapacidades médicas no solo debe ser entendido como una simple obligación dineraria u económica, sino que, por el contrario, se constituye en el medio a través del cual un trabajador ve suplido su salario ante la materialización de una contingencia que afecte su salud al punto que se vea imposibilitado para desarrollar sus labores y, por tanto, los recursos básicos a partir de los cuales puede procurarse una congrua subsistencia y la de su núcleo familiar. Adicionalmente, se ha expresado que esta prerrogativa se constituye en una garantía para la recuperación de la salud del afiliado, pues a partir de su goce, éste puede reposar y asumir adecuadamente el tratamiento que requiere, sin necesidad de tener que preocuparse por reintegrarse anticipadamente a sus actividades laborales con el objetivo de recibir su sustento diario y el de su familia”.*

Por lo que *“la acción de tutela puede constituirse en el único mecanismo idóneo para que una persona obtenga la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas como producto de la negativa en el reconocimiento del pago de las incapacidades que le han sido dictaminadas”.* (Sentencia T-529 de 2017).

2.- CASO CONCRETO

1. En el caso bajo estudio, la actora solicita a través de la acción de tutela, la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y la salud en conexidad con el derecho a la vida los cuales considera que la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A le ha vulnerado al no reconocer y pagar las incapacidades que describe en su escrito de tutela.

2. Al respecto, en lo que hace al requisito de **procedibilidad de la acción** de amparo, se debe destacar la promotora es una persona que padece de una enfermedad que le impide desarrollar algún tipo de actividad productiva. En ese orden, si bien la accionante tiene a su alcance acudir ante la justicia ordinaria laboral, en criterio del despacho, en el presente caso, dicho trámite no cuenta con la idoneidad y eficacia para otorgar la protección que requiere.

3. Superado ello, al plenario se aportó copia de las incapacidades que le fueron expedidas a la promotora por enfermedad general por los periodos comprendidos entre i) el 16 de julio de 2021 al 12 de agosto de 2021, ii), del 13 de agosto de 2021, al 9 de septiembre de 2021, iii) 10 de septiembre de 2021, al 7 de octubre de 2021, iv) del 8 de octubre de 2021, al 6 de noviembre de 2021, v) del 8 de noviembre de 2021, al 27 de noviembre de 2021, vi) del 29 de noviembre de 2021, al 28 de diciembre de 2021 vii) del 29 de diciembre de 2021, al 27 de enero de 2022, viii) 28 de enero de 2022, al 24 de febrero de 2022, ix) del 25 de febrero de 2022, al 3 de marzo de 2022, x) del 4 de marzo de 2022, al 31 de marzo de 2022, xi) del 1° de abril de 2022, al 28 de abril de 2022, xii), del 29 de abril de 2022, al 28 de mayo de 2022, xiii), 28 de mayo de 2022, al 6 de junio de 2022, y del 7 de junio de 2022, al 6 de julio de 2022), todas ellas NEGADAS por la AFP accionada, aduciendo que ello obedecía a que el concepto de rehabilitación fue desfavorable.

4. La AFP Porvenir en la contestación que hizo de la acción constitucional indicó que *“En el presente caso encontramos concepto de rehabilitación desfavorable por tanto no hay derecho a pago de incapacidades por parte de esta administradora, ya que la EPS emitió concepto no favorable de rehabilitación”*.

En ese orden, corresponde determinar a) si se ven afectados los derechos al mínimo vital y la salud en conexidad con el derecho a la vida y b) si por esta vía residual ordenar el pago de las incapacidades.

Se precisa que la accionante sostuvo que con el no pago de sus incapacidades médicas, le vulneran sus derechos fundamentales, ya que *“Actualmente me encuentro a cargo de mi hijo menor Jerson Estiven Colmenares Arévalo”*, además, que no percibe *“ningún tipo de ingreso económico del cual pueda suplir mis necesidades básicas como lo son la*

alimentación; simultáneamente, no cuento con ingresos suficientes para atender los requerimientos médicos y asistenciales que se derivan de mis patologías, donde en ocasiones el atendimento se lleva a cabo en la ciudad de Bogotá D.C, siendo su lugar de residencia el municipio de Madrid, Cundinamarca”.

5. Ahora bien, con el objetivo de resolver la controversia planteada es necesario advertir que a diferencia de lo que sucede en el caso de las incapacidades temporales generadas por accidentes o enfermedades laborales en donde las Aseguradoras de Riesgos Laborales son las únicas responsables de las prestaciones económicas y asistenciales a las que tiene derecho los afiliados, cuando un trabajador es incapacitado por una afectación a su salud de origen común, son distintos los sujetos de derecho que están llamados a hacerse cargo de la situación.

Por lo anterior, aun cuando se haya determinado el origen común de la enfermedad, pueden presentarse controversias entre las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras de Fondos de Pensiones y los empleadores sobre quién es el encargado del pago de las prestaciones económicas en los casos de incapacidades temporales.

En ese sentido, importa hacer un recuento normativo de las disposiciones que determinan quiénes son los obligados a estos pagos en cada momento de la incapacidad del afiliado:

Del día **1 a 2** corren por cuenta del empleador, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2493 de 2013.

Del día **3 al 180** deben ser canceladas por la Empresa Promotora de Salud (EPS), de acuerdo con lo previsto por el precepto 206 de la Ley 100 de 1993. Dicho trámite debe ser adelantado por el empleador (Canon 121 del Decreto 19 de 2012).

Durante dicho lapso, la EPS debe examinar al paciente y emitir, antes de que se cumpla el día 120, el concepto de rehabilitación y remitirlo a la Administradora de Fondo de Pensión (AFP) antes del día 150 de incapacidad (Artículo 142 *ejúsdem*).

Luego de recibir el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, cancelando las incapacidades causadas desde el día **181 en adelante**, hasta que el afiliado restablezca su salud o se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001).

Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, a la EPS le corresponderá pagar las incapacidades que se causen a partir del día 181. Dicha

obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.

Si el renombrado concepto **no es favorable**, la AFP deberá remitir el caso a la entidad de calificación respectiva, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si ésta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad.

Después de los 540 días de incapacidad: se debe dar aplicación al artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, según la cual le corresponde a las EPS cancelar las incapacidades, quienes a la vez, podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

De igual forma, se estableció por la H. Corte Constitucional mediante Sentencia T-401 de 2017, que:

*“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**[98] 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 [99]”. (se destaca)*

Conforme a la normatividad anterior y la jurisprudencia citada, **sin importar si el concepto es favorable o desfavorable**, le corresponde a la AFP el reconocimiento y pago de las incapacidades que se generen posteriores al día 180 y hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral del afiliado superior al 50%.

En el caso bajo estudio, tanto la accionante, como la EPS Famisanar S.A.S., son claras al afirmar que ya se superaron los 180 días de incapacidad. Ello también se extrae de la documental aportada al plenario donde se desprende que a la actora ya le fueron expedidas incapacidades que superaron los 180 días. Así mismo, se acredita que la EPS Famisanar ya emitió concepto no favorable de rehabilitación, de lo cual ya tuvo conocimiento la AFP

accionada, quien negó el pago de las incapacidades aduciendo que se había emitido concepto “*desfavorable*”.

Así las cosas y en atención a la normativa y jurisprudencia antes aludida, el pago de las incapacidades generadas a la accionante, solo pueden ser asumidas por la EPS FAMISANAR hasta el día **180**. Las causadas con posterioridad y **hasta el día 540**, estarán a cargo de la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR**.

Por lo tanto, es claro que corresponde a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.**, asumir el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas desde el **19 de julio de 2021 y hasta el día 540**. Por tal razón, se ordenará al Fondo de Pensiones que reconozca y pague a la accionante el valor de dichas incapacidades.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER la tutela reclamada por **BLANCA INES AREVALO REY**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A**, que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, si no lo hubiere hecho, reconozca y pague a la señora **BLANCA INES AREVALO REY**, las incapacidades generadas desde el 19 de julio de 2021 y hasta el día 540.

TERCERO: Notifíquese la presente decisión a los extremos de la acción por el medio más idóneo o expedito posible.

CUARTO: Si la presente decisión no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISION. Oficiese. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,

JUAN CARLOS FONSECA CRISTANCHO
JUEZ

Firmado Por:
Juan Carlos Fonseca Cristancho
Juez
Juzgado Municipal
Civil 005
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: **39f6d9a9ed390742ce06b23df6d4701b077d30e645495b5c27a810dea841cf47**

Documento generado en 29/07/2022 04:30:37 PM

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