



JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
Bogotá D. C., dieciséis (16) de septiembre de 2020.

SENTENCIA

REF: TUTELA No. 11001 4003 005 2020-00486 00

CÓDIGO DE TRÁMITE ASIGNADO N° 62270

ACCIONANTE: LAURA ELENA MARTINEZ RODRIGUEZ.

ACCIONADA: AFP PORVENIR.

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

ANTECEDENTES:

1.- HECHOS:

La accionante, quien cuenta con 51 años de edad, manifiesta que “*laboraba para la empresa Asesorías y Enlaces en Salud, posterior a ello*” ha venido “*pagando aportes a seguridad social*” por su “*cuenta*”. Agrega que, se encuentra afiliada a la EPS SURA Y AL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR.

Expone que, a raíz de la patología que padece –*Tumor Maligno de la mama parte no especificada*–, le han venido generado incapacidades continuas, recibiendo el pago de las mismas hasta los primeros 180 días. Que a partir del día 181, solicitó el pago de las incapacidades ante la AFP PORVENIR, sin embargo, la entidad se negó al pago de las mismas indicando que “*en el caso particular, la EPS remitió el Concepto de Rehabilitación Integral como Desfavorable, dando lugar al trámite de valoración de su pérdida de capacidad laboral.*”

Indicó que, el **15 de julio de 2020** SEGUROS ALFA S.A emitió el dictamen 3629346 en donde se le determinó una pérdida de capacidad laboral del 59%, dictamen frente al cual no se interpuso recurso.

Afirma que, no ha recibido el pago de las incapacidades por lo que, señala, se afecta mínimo vital, máxime que no cuenta con otro medio de sustento. En consecuencia, acude a la acción constitucional, para que se le amparen los derechos fundamentales antes citados.

2.- SOLICITA:

Se amparen sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordene “*al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, el pago de las incapacidades que por norma legal le corresponde, 210 días y las que a futuro se generan hasta completar 360 días*”.

SINTESIS PROCESAL

Por auto de 4 de septiembre de 2020, se admitió la acción y se ordenó notificar a la accionada. Igualmente, se dispuso vincular a **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A, EPS SURA, HEMATO ONCOLOGOS ASOCIADOS y MINISTERIO DEL TRABAJO** y se le otorgó un plazo de dos (2) días para que brindaran una respuesta al amparo.

MINISTERIO DEL TRABAJO

Precisó que no está dentro de sus competencias el estudio de las pretensiones de la accionante, por lo que, solicita se desvincule de la presente acción constitucional por falta de legitimación en la causa por pasiva.

SEGUROS DE VIDA ALFA S.A

Expone que “la afiliada presentó un concepto de rehabilitación DESFAVORABLE, se dio aplicación a lo establecido por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, es decir, lo que procedía para el caso del Accionante no era el pago de incapacidades sino remitir al Grupo Interdisciplinario de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral, la historia clínica para practicar la valoración correspondiente, sin posibilidad de prorrogar el proceso de calificación”.

Agregó que la entidad “calificó el 15 de julio de 2020, la pérdida de capacidad laboral de la señora LAURA ELENA MARTIENEZ RODRIGUEZ, fijando un porcentaje del 59.00% de PCL, con fecha de estructuración 24 de febrero de 2020 y de Origen Común”.

Finalmente, solicita se desvincule de la presente acción tuitiva por falta de legitimación en la causa por pasiva, como quiera que no es la encargada de reconocer ni pagar las prestaciones económicas solicitadas por vía constitucional.

HEMATO ONCOLOGOS ASOCIADOS

Argumentó que teniendo en cuenta que la presente acción constitucional no es responsabilidad del agravio que alude la actora, se hace necesario solicitar se declare la improcedencia y falta de legitimación para con dicha entidad.

AFP PORVENIR

Indicó que el accionante cuenta con un concepto de rehabilitación desfavorable emitido por la EPS, por ende, **no está obligada al pago de las incapacidades.**

EPS SURA

Dio contestación solicitando se niegue la acción de amparo por improcedente. Indicó que “Las pretensiones de la presente acción van

dirigidas al pago de las incapacidades dirigidas al Fondo de pensiones provenir, por lo anterior (...) no tiene injerencia en lo mismo”.

CONSIDERACIONES

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).

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 y a la vida digna, los cuales considera que la accionada 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 que la actora es una persona de 51 años de edad que la aqueja una enfermedad catastrófica **“TUMOR MALIGNO DE LA MAMA PARTE NO ESPECIFICADA”**. En ese orden, si bien la promotora 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 certificación expedida el 01 de septiembre de 2020 por la **EPS SURA** de las incapacidades que le fueron expedidas a la actora por *“enfermedad general”* por los periodos comprendidos entre el **10 de enero y 19 de agosto de 2020**.

Corresponde determinar *a)* si se ven afectados los derechos al mínimo vital y a una vida digna 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 su situación económica es precaria, pues no recibe otro ingreso.

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, se procederá a 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 el accionante, como la AFP PORVENIR, 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 SURA 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*”.

De igual manera, se advierte que SEGUROS ALFA S.A, el día **15 de julio de 2020**, emitió dictamen en donde determinó que la actora tiene una pérdida de capacidad laboral del **59.00%** con fecha de

estructuración 24 de febrero de ese año; dictamen que no fue impugnado por ninguna de las partes.

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 AFP accionada **hasta la fecha en que se determinó la pérdida de capacidad laboral de la promotora.**

Por lo tanto, es claro que corresponde a la **AFP PORVENIR**, asumir el pago de las incapacidades generadas desde el **10 de enero hasta el 15 de julio de 2020, fecha en la cual se realizó la calificación de pérdida de capacidad laboral de la promotora.** Por tal razón, se ordenará a la AFP aludida que reconozca y pague a la accionante el valor de dichas incapacidades.

DECISION:

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONCEDER la tutela reclamada por **LAURA ELENA MARTINEZ RODRIGUEZ**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR al **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, reconozca y pague a la señora **LAURA ELENA MARTINEZ RODRIGUEZ**, las incapacidades que le fueron generadas desde el **10 de enero hasta el 15 de julio de 2020, fecha en la cual se realizó la calificación de pérdida de capacidad laboral de la promotora.**

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