



JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

Bogotá D. C., veintidós (22) de octubre de 2020.

SENTENCIA.

REF. ACCIÓN DE TUTELA No. 11001 40 03 005 2020 00578 00

ACCIONANTE: CONSTANZA VARGAS FIERRO.

ACCIONADA: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y EPS FAMISNAR.

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

I. ANTECEDENTES:

1. HECHOS

La accionante, quién cuenta con 43 años de edad, manifiesta que es *“una paciente con un diagnóstico de mialgia, reumatismo no especificado, trastornos de disco cervical no especificado y trastornos de discos intervertebrales no especificados, y además se califica el origen de mi delicada patología como COMÚN/GENERAL”*, además, *“que es una paciente que presenta “debilidad e inestabilidad para la marcha” por lo que he de usar bastón canadiense a la medida para poder movilizarme”*.

Añadió que, se encuentra afiliada a la EPS FAMISANAR S.A.S. en salud y a pensión a la AFP PORVENIR.

Señaló que, debido a las graves patologías que padece se le han generado incapacidades continuas y *“permanentes desde el 28 de febrero de 2017”*, y conforme a la normatividad vigente le corresponde a la AFP PORVENIR el reconocimiento y pago las causadas a partir de día 181 y hasta el 540.

Destaca que, el 03 de enero de 2019 presentó derecho de petición ante la AFP PORVENIR solicitando el pago de las incapacidades causadas con posterioridad al día 180. Con fecha 10 de enero de 2019, *“la A.F.P PORVENIR S.A me informa que no es posible realizar el pago por concepto de incapacidades causadas con posterioridad al día 180, en el entendido que, de conformidad con lo estatuido en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, no cumplo con uno de los requisitos (...) esto es, que he obtenido un concepto desfavorable de rehabilitación (...) Así las cosas, la A.F.P PORVENIR no pagó ni un solo día de incapacidad comprendida entre el día 181 y 540. Lo mismo ha venido ocurriendo con la E.P.S FAMISANAR, con las incapacidades causadas con posterioridad al día 541”*.

Agregó que, fue calificada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con un porcentaje de PCL de 44.25%.

Que el 28 de julio de 2020, la EPS accionada le certificó incapacidades desde el 20 de noviembre de 2019 al 24 de julio de 2020, de los cuales solo realizó el pago *“de 65 días adeudando aun los otros 136 días restantes, y los que en adelante se causaren”*.

Finalmente, indica que su grupo familiar se encuentra compuesto por seis personas, de los cuales solo dos se encuentran laborando.

2. LA PETICIÓN

Solicitó se amparen sus derechos fundamentales a la salud, vida digna, y mínimo vital y, en consecuencia, *“Se ordene a la A.F.P PORVENIR que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, proceda al reconocimiento y pago en mi favor de los auxilios económicos por incapacidad causados desde el día 181 hasta el día 540, de conformidad con lo establecido en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.”*, además, *“Se ordene a la E.P.S. FAMISANAR que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, proceda al reconocimiento y pago en mi favor de los auxilios económicos por incapacidad causados y adeudados con posterioridad al día 540, de conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y sentencia T-144 de 2016.”*

II. SINTESIS PROCESAL:

Por auto de 9 de octubre de 2020, se admitió la acción y se ordenó notificar a la accionada. Igualmente, se dispuso vincular al FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOGOTA Y CUNDINAMARCA, JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, SEGUROS ALFA, MINISTERIO DE SALUD, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y ADMINISRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, y se les otorgó un plazo de dos (2) días para que brindaran una respuesta al amparo.

FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA

Indicó la vinculada que no tiene injerencia en relación con las pretensiones de la tutela, pues no ha incumplido ninguna de sus obligaciones, por lo que solicitó sea absuelta de la presente acción de tutela.

JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOGOTA Y CUNDINAMARCA

Señaló que la accionante fue calificada con un porcentaje de 44.25 % de PCL, dictamen al cual se interpuso recurso de reposición y confirmada en segunda instancia. Por otro lado, alegó que la tutela va encaminada a obtener el pago de incapacidades, circunstancia ajena a dicha Junta por lo que solicitó desvincularla de la presente acción de tutela.

SEGUROS ALFA

Reseñó que cumplió con su obligación de calificar la pérdida de capacidad laboral de la accionante y que su rol dentro del sistema de seguridad social, no es el pago de incapacidades por lo que se configura una falta de legitimación por pasiva frente a su representada. Así las cosas, solicitó se declare improcedente la presente acción de tutela en su contra.

MINISTERIO DE SALUD

Indicó que existe falta de legitimación en la causa y frente al pago de incapacidades médicas deben reconocerse de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993. En ese sentido solicitó exonerar al Ministerio de cualquier responsabilidad.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Manifestó que es un organismo de control y vigilancia encargado de velar por que se cumplan las normas legales y reglamentarias que regulan el servicio público esencial de salud de sus afiliados, y en ese sentido alegó falta de legitimación en la causa por pasiva y por ende, solicitó su desvinculación.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

Argumentó que la EPS emitió concepto desfavorable, por tanto, no hay lugar a reconocimiento de pago de incapacidades de conformidad con lo indicado en el Decreto 19 de 2012, conforme a lo anterior solicitó declarar improcedente la presente acción de tutela.

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

Alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto para el pago de incapacidades es claro quien asumirlos con la normatividad vigente, razón por la cual solicitó su desvinculación.

EPS FAMISANAR S.A.S.

Señaló que una vez consultado el área encargada se estableció que se han expedido incapacidades desde el 20 de noviembre de 2019, para un total de 293 días, cumpliendo los 180 días hasta el 28 de mayo de 2020, correspondiéndole a partir del día 181 el reconocimiento y pago a los Fondos de Pensiones. Agregó además, que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para el reconocimiento de incapacidades y que no se avizora un perjuicio irremediable.

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 ve 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 promotora solicita a través de la acción de tutela, la protección de los derechos fundamentales, a la salud, vida digna, y mínimo vital, los cuales considera que las accionadas les 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 accionante es una persona de 43 años de con diagnóstico de “*mialgia, reumatismo no especificado, trastornos de disco cervical no especificado y trastornos de discos intervertebrales no especificados, y además se califica el origen de mi delicada patología como COMÚN/GENERAL*”, además, “*que es una paciente que presenta “debilidad e inestabilidad para la marcha”*. 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 por parte de la EPS FAMISANAR S.A.S., en la que se evidencia que a la accionante se le han generado incapacidades por enfermedad general por los siguientes periodos: entre el **20 de noviembre de 2019 al 8 de octubre de 2020**. Al respecto indicó en la contestación que hizo de la acción constitucional “*usuaria cuenta con **293 días de incapacidad continua en nuestro sistema, del 20/11/2019 al 08/10/2020; Cumplió 180 días el 28/05/2020. Se emitió CRH Desfavorable el 24/02/2020, recibido por AFP el 05/03/2020. Si usuario viene con incapacidad prolongada de otra EPS es necesario que el usuario nos haga llegar certificado de sus incapacidades de la EPS anterior donde se evidencia día 180 y 540; adicionalmente debe traer certificado de pagos por AFP si aplica. (...)***”. Allegó copia de la comunicación remitida a la AFP Porvenir el 24 de febrero de 2020 (recibida el 05 de marzo de ese año), en donde le comunica el concepto de rehabilitación desfavorable de la promotora.

La AFP Porvenir en la contestación que hizo de la acción constitucional, indicó que “*de acuerdo con la información suministrada por la EPS, reiteramos que al contar el accionante con un CONCEPTO NO FAVORABLE DE REHABILITACION, no procedió la postergación del trámite calificación, por el contrario se iniciaron los trámites de calificación de pérdida de capacidad laboral y así las cosas nunca existió derecho a pago de incapacidades*”.

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 “*no tengo ninguna fuente de ingresos y no cuento con recursos para los cuidados medicinales y nutricionales necesarios para hacerle frente a la enfermedad que padezco*”.

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 *ejusdem*).

- 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 el día 540.

En el caso bajo estudio, tanto la accionante, como la EPS Famisanar, son claras al afirmar que ya se superaron los 180 días de incapacidad. Ello también se extrae de la documental que aportó la EPS de donde se desprende que a la actora ya le fueron expedidas incapacidades que superaron los 180 días de que trata el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, así: del 29 de noviembre de 2019, al 28 de mayo de 2020, (180 días), los cuales no fueron pagados por la EPS, y de ello da cuenta el derecho de petición que se elevó ante la misma solicitando el reconocimiento y pago de dichas incapacidades.

Posterior al 29 de mayo de 2020, (día 181 en adelante), tampoco han sido reconocidas ni pagadas por la AFP Porvenir, según su decir, por cuanto existe concepto desfavorable emitido por la EPS.

Luego, es claro que corresponde a la **EPS FAMISANAR S.A.S.**, reconocer y pagar las incapacidades que se generaron hasta el día 180, esto es del 20 de noviembre de 2019, hasta el 28 de mayo de 2020, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, asumir el pago de las incapacidades que se causaron posterior al día 181, que, para el caso, corresponde a las generadas desde el **29 de mayo de 2020 y hasta el 8 de octubre de 2020**. Por tal razón, se ordenará a la EPS y a la AFP aludidas que reconozcan y paguen 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 **CONSTANZA VARGAS FIERRO**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la **EPS FAMISANAR**, que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, reconozca y pague a la señora **CONSTANZA VARGAS FIERRO**, las incapacidades que le fueron generadas desde el **20 de noviembre de 2019 y hasta el 28 de mayo de 2020**.

TERCERO.-, 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 **CONSTANZA VARGAS FIERRO**, las incapacidades que le fueron generadas desde el **29 de mayo de 2020 y hasta el 8 de octubre de 2020**.

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

QUINTO-. 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 005 MUNICIPAL CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA 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:

97fd0b09b52a21fd22c2d3fe71deb433067984a81d3f68dbc6de6faacb88e54a

Documento generado en 22/10/2020 01:01:48 p.m.

SENTENCIA.
REF. ACCIÓN DE TUTELA No. 11001 40 03 005 2020 00578 00
ACCIONANTE: CONSTANZA VARGAS FIERRO.
ACCIONADA: AFP PORVENIR y EPS FAMISANAR

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>