

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

**JUZGADO CINCUENTA Y OCHO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y
COMPETENCIA MÚLTIPLE**

(Antes Juzgado Setenta y Seis Civil Municipal)

Bogotá, D.C., dos (2) de abril de dos mil veinte (2020)

Asunto: Acción de tutela

Accionante: KELLY JOHANNA TORRES POSADA

Accionada: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍA PROVENIR S.A.

Radicación No. 11001400307620200041200

Agotadas las etapas propias, decide el Despacho el amparo constitucional de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La señora Kelly Johanna Torres Posada promovió acción de tutela contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., invocando la protección de sus derechos a un mínimo vital, a la vida en condiciones dignas, a la dignidad humana, a la seguridad social y a la salud y solicitó se ordene a la accionada el pago de las incapacidades adeudadas desde el 5 de diciembre de 2019 hasta la fecha y las sucesivas durante el tiempo en el que se halle incapacitada.

2. En sustento de sus pretensiones, en síntesis, se expuso:

2.1. Que está vinculada en Ocupar Temporales S.A. en el cargo de técnico 2 técnico CAU tipo 2, tipo 3 y call Center, afiliada a la E.P.S Famisanar y a la accionada.

2.2. Que en abril de 2019 fue diagnosticada con cáncer de mama encontrándose en quimioterapia, realizándole el procedimiento denominado cuadrantectomía derecho previa marcación con arpón guiada, requiriendo de gamasonda + escisión de ganglio + centinela + colgajo local de piel linfogramagrafia, por lo que en la actualidad está en trámite para la realización de un nuevo procedimiento.

2.3. Que por el tratamiento al cual se ha sometido, se encuentra incapacitada desde el 8 de junio de 2019 radicando cada mes las incapacidades respectivas ante Ocupar Temporales S.A., en forma continua e ininterrumpida.

2.4. Que pasados 180 días fue notificada telefónicamente por la empleadora, luego en respuesta a un derecho de petición, sobre el no reconocimiento de las incapacidades desde el día 181 por la E.P.S Famisanar, pues el día 180 lo cumplió el 5 de diciembre de 2019, por lo cual las que se generen deben ser pagadas por el accionado hasta el día 541, no obstante, éste no las ha solucionado bajo el argumento que aun cuando el concepto de rehabilitación emitido por la E.P.S. era desfavorable, no tenía derecho al reconocimiento y pago, dado que la calificación de pérdida de capacidad laboral era inferior al 50%.

2.5. Que es madre cabeza de familia teniendo a su cargo su hijo y su progenitora de 14 y 58 años, respectivamente, quienes dependen de ella y ante el no pago de las incapacidades afecta sus derechos y

los de su familia, pues el salario es su único sustento, careciendo de recursos para solucionar los servicios públicos domiciliarios.

3. Admitido a trámite el amparo constitucional, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. notificada se opuso, porque existía un concepto no favorable de rehabilitación por la EPS, por tanto, no procede la postergación del trámite de calificación, pues una vez remitida la documentación a Seguros de Vida Alfa S.A. dio la calificación de pérdida de capacidad laboral del 22.20% de origen común, con fecha de estructuración 10 de diciembre de 2019; que Porvenir era una administradora de fondo de pensiones y cesantías de sus afiliados y no una pagadora de incapacidades.

La E.P.S. Famisanar S.A.S. indicó que el reconocimiento de las incapacidades desde el día 181 en adelante le correspondían al fondo de pensiones, al igual que la remisión a la junta de calificación que determine el grado de pérdida de capacidad y si hay lugar al reconocimiento de mesada pensional de invalidez, por ende, no había legitimación en la causa.

Ocupar Temporales S.A. señaló que la accionante estaba incapacitada por más de 306 días en forma continua hasta el 2 de abril de 2020, cumpliendo los 180 días el 4 de diciembre de 2019, en tanto que el 17 de diciembre de ese año la E.P.S. Famisanar notifica el concepto de rehabilitación desfavorable, habiendo reconocido las incapacidades hasta la fecha de notificación de ese concepto, fecha posterior al día 180 de las incapacidades, para luego recobrarlas ante la E.P.S., pues desde el 17 de diciembre de 2019 el pago le compete al fondo de pensiones Porvenir, quien emitió dictamen de pérdida de capacidad

laboral con un porcentaje de 22.20%, el cual fue apelado por la accionante.

II. CONSIDERACIONES

1. Para resolver el presente asunto es preciso resaltar que la acción de tutela que se encuentra fundada en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, es procedente cuando la actuación u omisión de la autoridad pública, o de un particular en los estrictos casos autorizados, infrinja o amenace derechos constitucionales fundamentales, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se promueva como mecanismo transitorio para evitar un daño irremediable.

De tal modo, que su viabilidad o procedencia exige dos precisos requerimientos: por un lado, que la actuación extendida comprometa un derecho fundamental del linaje avisado; y por el otro, que no exista mecanismo de protección distinto.

2. El certificado de incapacidad temporal es considerado como una prestación que resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, que genera un auxilio económico durante los primeros 180 días a cargo de la EPS, pero a partir del día 181 se sustituye por un subsidio de incapacidad equivalente al auxilio, que es de cargo del Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador.

La AFP, una vez obtenga concepto favorable de rehabilitación, habrá de postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral *"hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180*

*de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS*¹. Pero el régimen de calificación contempla como condicionante el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador². Así pues, la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, salvo que la EPS haya dejado de cumplir sus obligaciones.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado frente al pago de las incapacidades superiores a 180 días que: “... *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*⁴.

26. En consecuencia, las **reglas** jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540 son las siguientes:

(i) Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente⁵.

(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las **EPS**.

¹ T-419 de 2015, precitada.

² Decreto-Ley 019 de 2012. Art. 142.

³ Sentencia T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁴ Véanse, entre otras: sentencia T-146 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); sentencia T-333 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); sentencia T-729 de 2012 (M.P. Alexei Julio Estrada); sentencia T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁵ Es indispensable aclarar que el empleador deberá asumir el pago de las incapacidades y en general de todas las prestaciones garantizadas por el Sistema de Seguridad Social Integral cuando no haya afiliado al trabajador o cuando a pesar de haber sido requerido por las entidades del sistema, se haya encontrado en mora en las cotizaciones al momento de ocurrir el siniestro. Ver: sentencias T-146 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-723 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa).

(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.*⁶

3. En el asunto sometido a estudio la accionante endilga que la accionada no le ha reconocido y pagado de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general que se causó desde el 5 de diciembre de 2019 y las generadas posteriormente.

La E.P.S. Famisanar S.A.S. informó a este despacho que la accionante cumplió el día 180 de incapacidad el 4 de diciembre de 2019, que el 8 de noviembre de 2019 emitió concepto desfavorable de rehabilitación, el cual fue recibido por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 18 de noviembre de 2019.

Acorde con lo previsto en el Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitir el concepto favorable de rehabilitación antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda.

⁶ Sentencia T-401 de 2017.

La Corte Constitucional ha señalado en principio “*el subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común que sobrepasen los 180 días iniciales, deben ser cancelados por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones, excepto si la EPS incumple con la obligación de emisión del concepto de rehabilitación en los términos atrás indicados. En esos casos la EPS asumirá dicho pago hasta tanto sea emitido el mencionado concepto.*”

La Administradora de Fondo de Pensiones, por regla general, pagará el mencionado subsidio, después del día 180 ‘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%’ ”⁷

4. De manera que, si en este asunto desde el 8 de noviembre de 2019 se emitió el concepto de desfavorable de calificación, la AFP debe asumir el pago de incapacidades a partir del 5 de diciembre de 2019 hasta el día 540, pues la E.P.S. ya cumplió con su obligación

5. De suerte que se tutelarán los derechos fundamentales invocados por la petente y, en consecuencia, se ordenará a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, sino lo hubiere hecho, reconozca, liquide y pague las incapacidades laborales que correspondan desde el 5 de diciembre de 2019 expedidas en favor de la señora Kelly Johanna Torres Posada.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cincuenta y Ocho de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

⁷ Sentencia T-020 de 2018.

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER la tutela a los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y seguridad social de la señora Kelly Johanna Torres Posada.

SEGUNDO: Ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, sino lo hubiere hecho, reconozca, liquide y pague, las incapacidades laborales que correspondan desde el 5 de diciembre de 2019 expedidas en favor de la señora Kelly Johanna Torres Posada.

TERCERO: Informar que la presente decisión podrá ser impugnada, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación en los términos del artículo 31 del decreto 2591 de 1991. Si esta providencia no fue impugnada en tiempo oportuno, envíese la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO: Notificar esta providencia como lo prevé el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 en forma telegráfica o por cualquier medio expedito tanto a la accionante, como a la accionada y convocadas.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE



JOHN SANDER GARAVITO SEGURA
Juez