

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Ref.: IMPUGNACIÓN TUTELA
Radicado: 2020-00459
Demandante: YESICA LORENA TINJACA GUTIERREZ
Demandado: EPS COMFACUNDI y ADMINITRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.
Vinculados: ADRES y HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA.

I.- ASUNTO:

Procede el despacho a proferir la **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA** que en derecho corresponda para finiquitar el trámite de la **IMPUGNACIÓN DE TUTELA** de la referencia.

II.- ACCIONANTE:

Se trata de **YESICA LORENA TINJACA GUTIERREZ**, mayor de edad, quien actúa en nombre propio.

III.- ACCIONADA:

Se dirige la presente acción de tutela en contra de **EPS COMFACUNDI y ADMINITRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. VINCULADOS: ADRES y HOSPITAL UNIVERSITARIO LA SAMARITANA.**

IV.- DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS:

La petente citó los derechos al **MÍNIMO VITAL, SALUD y VIDA DIGNA.**

V.- OMISION ENDILGADA A LA ACCIONADA.

Aduce la accionante que se encuentra afiliada en salud a la EPS COMFACUNDI y en pensiones a la Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCION, siendo diagnosticada de "*FRACTURA DE DIAFISIS DE LA TIBIA, FRACTURAS MULTIPLES DE LOS DEDOS DE LA MANO Y FRACTURAS MULTIPLES DE FEMUR*", motivo por el cual su médico tratante le ha otorgado incapacidades.

Afirma que los primeros 180 días de incapacidad le fueron pagados por COMFACUNDI EPS, de allí en adelante dicha entidad le informó que le correspondía a PROTECCION AFP pagarle dicho auxilio.

Sostiene que ha solicitado en varias oportunidades a PROTECCION AFP el pago de sus incapacidades, pero esa Entidad se niega como quiera que el concepto de rehabilitación emitido el 9 de marzo por parte de la EPS es desfavorable, motivo por el cual debe esperar a la calificación de pérdida de capacidad laboral la cual se encuentra en trámite, desatendiendo el Decreto 2463 de 2001 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sumado a ello, cumple con lo consagrado en el parágrafo 4º, art. 6º e inciso 5º, art. 23 de la referida disposición.

Refiere que la negativa de PROTECCION a pagarle las incapacidades vulnera su mínimo vital, pues lleva 8 meses sin recibir dicho subsidio vital para poder llevar una vida en condiciones dignas, ya que se encuentra sin la posibilidad de desempeñar alguna actividad para su subsistencia y la de su familia.

Pretende con esta acción constitucional le sean amparados los derechos fundamentales invocados, ordenándole a la accionada que corresponda le reconozca y pague las incapacidades del 10 de noviembre de 2019 al 23 de junio de 2020, superiores a los 180 días, así como las que se sigan causando hasta completar los 540 días.

VI.- FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juez a-quo (12 CIVIL MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MULTIPLE DE BOGOTA) mediante proveído impugnado dispuso **CONCEDER** la tutela, **ordenándole** a la accionada **AFP PROTECCION** proceda a reconocerle a la accionante las incapacidades laborales a partir del día 181, desde el 25 de octubre de 2019 hasta que se cumpla el día 540 de incapacidad las cuales deben ser expedidas por el médico tratante a favor de YESICA LORENA TINJACA GUTIERREZ.

VII.- IMPUGNACIÓN:

Impugna la sentencia de primera instancia la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., aduciendo que la EPS donde se encuentra afiliada la accionante le emitió concepto de rehabilitación con pronóstico desfavorable, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el art. 142 del Decreto 019 de 2019 no hay lugar al reconocimiento de incapacidades.

Afirma que la Comisión Medico Laboral de la Compañía Servicios de Salud con quien tiene contrato de prestación de servicios, procedió a analizar la documentación allegada por la accionante para proceder a la calificación, determinando que se encuentra pendiente calificación por historia clínica atendiendo a los lineamientos instaurados por el Ministerio de Salud ante la pandemia, razón por la cual una vez termine la cuarentena y la comisión médico laboral reanude actividades se empezará a asignar cita a los afiliados con prioridad.

Aduce que, de confirmarse la decisión impugnada, la misma sea como mecanismo transitorio, es decir, hasta que la autoridad judicial competente se pronuncie acerca de la procedencia o no de la prestación económica.

VIII.- CONSIDERACIONES:

1.- LA ACCIÓN DE TUTELA, constituye un logro alcanzado por la colectividad con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991, para frenar los desafueros de las autoridades, cuando quiera que con hechos u omisiones comprometan los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La finalidad de esa acción es lograr que, a falta de vía judicial ordinaria, mediante un trámite preferente y sumario, el juez ante quien se acuda dé una orden de actuar o abstenerse de hacerlo, tendiente a hacer cesar la vulneración o amenaza de violación denunciada.

El art. 86 de nuestra Carta magna así lo consagró. También advirtió su procedencia contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de indefensión o subordinación.

2.- DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS.

PAGO DE INCAPACIDADES (MINIMO VITAL). Se ha decantado jurisprudencialmente que es procedente la acción de tutela para reclamar el pago de las incapacidades laborales cuando la falta de ese pago trasgrede además de un derecho laboral, derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T-333 de 2013, señaló:

"Frente al caso específico de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia.

Cuando eso ocurre, la falta de pago de la incapacidad médica no representa solamente el desconocimiento de un derecho laboral, pues, además, puede conducir a que se trasgredan derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario. En ese contexto, es viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente.

3.5. Así, en lugar de descartar la viabilidad de las tutelas instauradas para obtener el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad laboral, la disponibilidad de instrumentos alternativos de defensa exige que el juez de tutela indague en las circunstancias personales y familiares del promotor del amparo, para verificar si la mora en el pago de las incapacidades compromete sus derechos fundamentales o los de las personas a su cargo; si la ausencia de dichos emolumentos los exponen a un perjuicio irremediable o si, en todo caso, su situación de vulnerabilidad descarta la idoneidad y eficacia de los medios judiciales contemplados para el efecto.

En cualquiera de esas hipótesis, la acción de tutela procederá, para remover los obstáculos que enfrentan quienes soportan circunstancias

de debilidad manifiesta, reivindicar su derecho a la igualdad real y efectiva frente a quienes no padecen esas contingencias y materializar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad intrínsecos a la garantía del derecho fundamental a la seguridad social, dentro del cual se inscribe el derecho a recibir oportunamente el pago de las incapacidades laborales. "

IX.- PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER:

Corresponde al despacho teniendo en cuenta los hechos y antecedentes de esta acción constitucional pronunciarse y dilucidar si le corresponde a la accionada **AFP PROTECCION** reconocer y pagar las incapacidades generadas a la accionante y ordenadas por el a-quo.

X.- CASO CONCRETO:

Aplicados los anteriores supuestos jurisprudenciales al caso en estudio, se arriba a la conclusión que el fallo de primer grado debe **MODIFICARSE**, por las siguientes razones:

Observa el Despacho que, de acuerdo con lo manifestado por la accionante, ésta necesita que la accionada que corresponda le reconozca y pague las incapacidades laborales que le ha otorgado su médico tratante superiores al día 180, así como las que se le sigan generando hasta completar el día 540 de incapacidad.

1.- Conforme quedó anotado para que proceda la acción de tutela debe evidenciarse una afectación al **mínimo vital** de la accionante y su familia, lo que da lugar sin discusión alguna al desplazamiento de la jurisdicción ordinaria siendo palmaria la protección de los derechos fundamentales invocados a través de esta vía constitucional.

Tratándose el presente caso de una persona cuyo ingreso depende única y exclusivamente de su salario como trabajadora dependiente con el cual provee su propio sostenimiento y el de su familia, resulta desproporcionado y a la vez oneroso remitirlo ante el juez ordinario laboral para lograr el pago de las incapacidades generadas.

Reiterase y como ya lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T-365/08 *"...se presume la afectación del mínimo vital de un trabajador, en el evento en el que no recibe su salario y este corresponde al mínimo legal mensual vigente, o cuando esta remuneración es su única fuente de ingreso, constituyéndose así en un elemento fundamental para sufragar los gastos relacionados con su digna subsistencia y la de su familia, correspondiéndole a la EPS en el caso concreto desvirtuar dicha presunción, haciéndose necesario de esta forma su protección de manera urgente a través del mecanismo constitucional"* (Subraya el Despacho).

Por lo anterior, no es procedente lo pretendido por el impugnante en cuanto a conceder el amparo como mecanismo transitorio, de un lado, porque es incierto el hecho de que a la accionante se le sigan o no generando incapacidades, y de otro, porque como se advirtió resulta desmedido y a la vez oneroso remitirla ante el juez ordinario laboral, cuando se visualiza la vulneración al mínimo vital de la petente.

2.- A folios 1 y 2 obra certificado de incapacidades expedido por COMFACUNDI E.P.S., documento en el que se visualizan incapacidades que le han sido causadas a la señora Yesica Lorena Tinjacá Gutiérrez.

Según lo informó la vinculada HOSPITAL UNIVERSITARIO DE LA SAMARITANA a folio 35 a la tutelante se le han generado incapacidades médicas desde el 28 de abril de 2019 al 23 de junio de 2020.

AFP PROTECCION en el escrito mediante el cual contestó la acción de tutela informó que la ESP COMFACUNDI le emitió concepto de rehabilitación “*desfavorable*” a la tutelante, concepto que según lo afirmó la tutelante fue rendido el **9 de marzo de 2020**, lo que se corrobora con el documento obrante en el archivo “*Documentos – Documentos Anexados*”.

El caso en estudio se encuadra en lo que ha considerado la Corte Constitucional en sentencia T-140/2016 referente al **pago de incapacidades laborales superiores a 180 días**, señalando que su pago corresponde a la administradora de fondo de pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador; en dicho fallo, dijo:

“En conclusión, los pagos por incapacidades superiores a los primeros 180 días deben ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por 360 días adicionales, sin importar que ya se haya realizado la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuando este siga presentando afectaciones a su estado de salud que le impidan trabajar. Por lo anterior, el pago de estas incapacidades deberá continuarse después de transcurridos los 180 días iniciales hasta que el médico tratante emita un concepto en el que se determine que la persona está en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %.

Teniendo en cuenta la normatividad citada, se entiende que la obligación de pago de las incapacidades temporales por enfermedad o accidente de origen común están en cabeza del empleador o de las diferentes entidades del Sistema de Seguridad Social Integral en función del tiempo transcurrido desde la primera incapacidad hasta la recuperación del trabajador o la calificación de la pérdida de la capacidad laboral tal y como se muestra en el siguiente cuadro:

Días de incapacidad / valor del subsidio	Encargado	Norma	Comentario.
1 a 2 / dos terceras partes del salario.	Empleador	Decreto Reglamentario 2493 de 2013, artículo 1.	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. Sentencia T-723 de 2014.
3 a 180 / dos terceras partes del salario durante los primeros 90 días y la mitad a partir del día 91 y por el tiempo restante.	Entidad Promotora de Salud	Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227.	Antes de cumplirse el día 120 de incapacidad, la EPS deberán emitir un concepto médico donde se determine si el trabajador va a recuperarse o no y enviarlo a la AFP antes del día 150. Si tal concepto no es emitido, la EPS deberá asumir el pago de las incapacidades superiores a 180 días y hasta que el mismo sea expedido. En todo caso, la regla general es que las EPS no asumen el pago de incapacidades superiores a 180 días. Sentencia T-729 de 2012.
181 a 540 / la mitad del salario.	Administradora de Fondos de Pensiones	Ley 100, artículo 41, inciso 5.	Aun cuando exista calificación de la pérdida de la capacidad laboral y al trabajador se le haya decretado la incapacidad permanente parcial, la AFP deberá asumir el pago de las incapacidades que se sigan generando y que sean posteriores a los primeros 180 días que fueron cubiertos por la EPS. Sentencia T-920 de 2009.

.”

Nótese, a la señora YESICA LORENA TINJACÁ GUTIÉRREZ le fueron otorgadas incapacidades laborales por su médico tratante según el certificado vista a folios 1 y 2 y lo informado por la vinculada HOSPITAL UNIVERSITARIO DE LA SAMARITANNA a folio 35, desde el 28 de abril de 2019 al 23 de junio de 2020.

Las incapacidades que reclama la accionante por vía de tutela son las posteriores a los 180 días y generadas desde el 15 de noviembre de 2019, pues afirma que las anteriores a esa data ya le fueron canceladas por la E.P.S.

Acorde con la jurisprudencia antes anotada **“los pagos por incapacidades superiores a los primeros 180 días deben ser asumidos por las Administradoras de Fondos de Pensiones hasta por 360 días adicionales, sin importar que ya se haya realizado la calificación de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado.”**.

Así mismo, la Corte Constitucional señala que **“Antes de cumplirse el día 120 de incapacidad, la EPS deberán emitir un concepto médico donde se determine si el trabajador va a recuperarse o no y enviarlo a la AFP antes del día 150. Si tal concepto no es emitido, la EPS deberá asumir el pago de las incapacidades superiores a 180 días y hasta que el mismo sea expedido”**.

Por lo anterior, se concluye que como el concepto de rehabilitación fue expedido por la EPS COMFACUNDI hasta el **9 de marzo de 2020** (circunstancia que no fue desvirtuada), es decir, con posterioridad a los 180 días, le corresponde a dicha entidad reconocerle y pagarle a la accionante las incapacidades que le hubiesen sido generadas hasta dicha data.

Frente a las incapacidades otorgadas luego del 9 de marzo de 2020, es la Administradora de Fondos de Pensiones a donde se encuentra afiliada la accionante, que para el caso es la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., la llamada a reconocérselas y pagárselas.

Obsérvese que como lo señala la jurisprudencia antes transcrita el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días le corresponde a la Administradora de Fondos de Pensiones una vez la EPS emita el concepto de rehabilitación, con independencia a que el concepto de rehabilitación sea desfavorable, es más, aun cuando exista calificación de la pérdida de capacidad laboral, como es el caso de la accionante.

Por lo anterior se **MODIFICARÁ** el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive del fallo de primer grado, en el sentido de indicar que le corresponde a COMFACUNDI EPS el reconocimiento de las incapacidades generadas a la accionante hasta el 9 de marzo de 2020 (data en que emitió el concepto de rehabilitación), y a PROTECCION las otorgadas con posterioridad a dicha data hasta el día 540, de ser el caso.

IX.- DECISION:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DOCE CIVIL DEL CIRCUITO** de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de tutela calendado 25 de agosto de 2020, proferido por el **Juzgado 12 Civil Municipal de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta ciudad**, el cual quedará de la siguiente manera:

- a) **ORDENAR** a **COMFACUNDI E.P.S.**, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, a más tardar en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, le reconozca y pague a la accionante las incapacidades laborales a ella otorgadas por su médico tratante del 15 de noviembre de 2019 al 9 de marzo de 2020 (data en que emitió el concepto de rehabilitación).
- b) **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, a más tardar en el término de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, le reconozca y pague a la accionante las incapacidades laborales generadas por su médico tratante desde el 10 de marzo de 2020 y hasta que se cumpla el día 540 de incapacidad, de ser el caso.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo impugnado.

TERCERO: DISPONER se notifique esta decisión a las partes, por el medio más expedito y eficaz en la forma establecida por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la Acción de Tutela.

CUARTO: ORDENAR la remisión oportuna del expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión del fallo. **OFÍCIESE.** Por secretaría compártase el vínculo del expediente digital con el Juzgado de origen, el que deberá contener las actuaciones surtidas en ambas instancias, para lo de su competencia, con la advertencia de que este despacho remitirá a la Corte Constitucional las piezas procesales exigidas por esa Corporación para una eventual revisión, y que de ser el caso proporcionará las demás que sean requeridas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

WILSON PALOMO ENCISO
JUEZ

MCh.

Firmado Por:

WILSON PALOMO ENCISO
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 012 CIVIL DEL CIRCUITO DE 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:

46677ad62002d71593d4ec5ca60dcef8a560b0a48926809c2cf85556
776d8435

Documento generado en 30/09/2020 11:24:20 a.m.