

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CUARENTA Y NUEVE PENAL DEL CIRCUITO
LEY 600 DE BOGOTÁ**

Carrera 28 A Nro. 18 A 67 Piso 5 Bloque E.

Complejo Judicial de Paloquemao

Telefax 601-3753827

Correo institucional: pcto49bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., siete (07) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver la impugnación interpuesta por la señora **MELBA ROSA VALLEJO SÁNCHEZ**, contra el fallo de tutela proferido el 21 de noviembre de 2022, por el Juzgado Cuarenta y Cinco (45) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., en la que figura como accionada el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y vinculadas: la **E.P.S SANITAS**, la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD Y MINISTERIO DE SALUD, SEGUROS DE VIDA ALFA**, la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** y otras.

SITUACIÓN FÁCTICA

La accionante relató lo siguiente:

1°. Por causa de patologías en sus extremidades, le fueron decretadas incapacidades médicas continuas e ininterrumpidas que superan los ciento ochenta (180) días, razón por la que la EPS expidió concepto de rehabilitación, de carácter **DESFAVORABLE**.

2°. Señaló que, el 15 de julio de 2022, solicitó ante la accionada el reconocimiento y pago de sus incapacidades médicas, no obstante, **PORVENIR** en respuesta del 23 de agosto, le contestó que: *“la EPS emitió concepto de rehabilitación desfavorable, por lo cual, no resulta procedente el reconocimiento del subsidio de incapacidad requeridas desde el 11 de junio de 2022, y en su lugar, se debe adelantar el proceso de valoración de pérdida de capacidad laboral, con el fin de determinar, si hay lugar a un beneficio por invalidez.”*

3°. Adujo que es soltera, sin vínculo laboral vigente, que desde hace aproximadamente tres (3) meses vive en casa ajena, de la caridad de sus amigos y que el dinero que recauda está destinada únicamente al pago de su seguridad social y transporte para asistir a sus citas médicas, situación que a su juicio, constituye una vulneración a sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y condiciones de vida digna. Aclaró que las Incapacidades adeudadas son del 10 de agosto hasta el 27 de octubre de 2022.

Esta actuación nos fue repartida por la Oficina Judicial el 29 de noviembre de 2022.

PRETENSIONES

Solicitó la protección de los derechos fundamentales al *mínimo vital, seguridad social y condiciones de vida digna* de los cuales considera es titular y como consecuencia de esto se despache de manera favorable el siguiente pedimento:

“...se ordene el pago de las incapacidades médicas que por mi condición de salud me generan mis médicos tratantes.”

PROVIDENCIA IMPUGNADA:

En sentencia proferida el 21 de noviembre de 2022, el Juzgado Cuarenta y Cinco (45) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por la ciudadana **MELBA ROSA VALLEJO SÁNCHEZ**, en contra del **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, por lo dicho en la parte motiva.

“SEGUNDO: ADVERTIR, a la parte accionante que cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para la atención de su interés por lo que le asiste la posibilidad de acudir ante la Jurisdicción Ordinaria. (...)”

Sostuvo que la acción de tutela, por su naturaleza, en el caso de reclamarse el pago de incapacidades médicas: *“no es, en principio, el medio judicial adecuado para perseguir el pago de la referida prestación. No obstante, si del derecho al pago de las incapacidades depende el goce efectivo, por ejemplo, del derecho al mínimo vital del trabajador y su familia, la tutela es procedente, pues se admite que en esos casos se persigue proteger un derecho fundamental y evitar un perjuicio irremediable.”*

Concluyó que la señora **MELBA ROSA VALLEJO SÁNCHEZ** únicamente se limitó a narrar de manera general la situación económica en la que se encuentra, sin demostrar “...un perjuicio irremediable, ni una real afectación al mínimo vital, pues la parte accionante no exhibió ninguna prueba siquiera sumaria en orden a demostrar tales circunstancias, las que como quedó visto meramente enunciativas, sin que logre establecerse además que es ella quien responde exclusivamente por las necesidades de su hogar, ni mucho menos cómo está conformado el mismo, si tiene personas a su cargo”, razones por las que declaró improcedente la acción de tutela, por no cumplirse el requisito de subsidiaridad.

DE LA IMPUGNACIÓN

La señora **MELBA ROSA VALLEJO SÁNCHEZ**, impugnó la decisión del A quo, y solicitó se ordene el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas, desde el 10 de agosto hasta el 27 de octubre de 2022.

Indicó que, contrario a lo manifestado por la accionada, el 23 de noviembre de 2022 radicó solicitud de valoración de la pérdida de la capacidad laboral – PCL, por lo que **SEGUROS ALFA** en dictamen pericial, determinó un porcentaje de PCL del treinta punto setenta y siete (30.77 %) con fecha de estructuración del 23 de septiembre de 2022, de origen común.

En lo que respecta a su situación económica, manifestó que: “no tengo ayuda económica de ningún familiar, ni allegado, no tengo pareja, ni nadie que me solvete económicamente, situación que no sé cómo probar”, no tiene bienes registrados a su nombre y ninguna fuente de ingreso adicional a la incapacidad, además que, por su porcentaje de calificación “me deja en incertidumbre total frente a la posibilidad de una pensión de invalidez y por ende quedo en el limbo frente a mi futuro”.

Sobre su situación médica, insistió que como quiera se encuentra demostrado su padecimiento (le impide laborar), los cuales han generado el decreto de múltiples incapacidades médicas, un concepto desfavorable expedido por la EPS y un dictamen pericial, su nugatoria, pone en riesgo sus derechos fundamentales conculcados, y sobre el hecho de reclamar el mencionado pago por vía ordinaria, exhortó que no cuenta con medios económicos para la contratación de un abogado.

Solicitó se reconsidere la decisión.

CONSIDERACIONES

➤ **PROBLEMA JURIDICO:**

Establecer si en virtud de la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, este mecanismo resulta procedente para que se amparen los derechos fundamentales en favor de la accionante y, como consecuencia de esto:

- i) Determinar si hay lugar o no, a que el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** reconozca y pague las incapacidades médicas a partir del día 181 hasta el día 540, atendiendo los distintos elementos probatorios que reposan en la causa.
- ii) Determinar si la nugatoria de la acción de tutela por improcedente, al no cumplirse con el requisito de subsidiaridad, afecta los derechos fundamentales de la accionante, en especial a su seguridad social y mínimo vital.

➤ **PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA TEMAS LABORALES A PESAR DE LA EXISTENCIA DE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL:**

La Jurisprudencia Constitucional ha establecido en virtud del artículo 86 de la Carta Política, que la acción de tutela es un medio judicial con carácter residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro mecanismo de defensa de lo invocado, o existiéndolo, no resulte eficaz e idóneo, o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Debido a la subsidiariedad de este mecanismo de protección, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que dicha acción no puede ser interpuesta para reclamar el pago de prestaciones sociales, pues éstas son controversias que le corresponde resolver a la jurisdicción laboral. Así mismo, la seguridad social ha sido considerada “*como un derecho social que no tiene aplicación inmediata*”, por lo que las controversias que se generen sobre este tema se deben resolver por el juez ordinario.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha manifestado que la tutela puede proceder para reclamar prestaciones sociales, si se presentan ciertos supuestos, a saber:

- “(i) que sea presentada para evitar un perjuicio irremediable,
- (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y,
- (iii) que la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público.”

Precisado lo anterior, se establecerá si la acción de tutela es formalmente procedente, o si por el contrario la actora debe agotar los mecanismos ordinarios que diseñó el legislador para la solución de este tipo de controversias.

Sobre el primer aspecto, esto es, con el fin de evitar un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional considera que el menoscabo debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia, a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.

> EL PAGO DE INCAPACIDADES MÉDICAS ES UN SUSTITUTO DEL SALARIO.

El Sistema General de Seguridad Social, establece la protección a la que tienen derecho aquellos trabajadores que, en razón a la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad de origen común, se encuentran incapacitados para desarrollar sus actividades laborales y, en consecuencia, están imposibilitados para proveerse su sustento a través de un ingreso económico.

Dicha protección se materializa mediante diferentes figuras tales como: el pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilio y pensión de invalidez contempladas todas estas, en la Ley 100 de 1993⁷, Decreto 1049 de 1999, Decreto 2943 de 2013⁸, la Ley 692 de 2005, entre otras disposiciones.

Las referidas medidas de protección, en principio buscan reconocer la importancia que tiene el salario de los trabajadores en la salvaguarda de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. Así lo ha sostenido nuestra H. Corte Constitucional al referirse particularmente a las incapacidades, estableciendo que el procedimiento para el pago de las mismas se ha creado "*(...) en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de*

Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada”¹

Bajo esa línea, la Corte mediante sentencia T-490 de 2015 fijó unas reglas en la materia, señalando que: “i) **el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar; ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.”**

En consecuencia, durante los periodos en los que un trabajador no se encuentre en adecuadas condiciones de salud para realizar las labores que le permitan devengar el pago de su salario, el reconocimiento de incapacidades se constituye como una garantía de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. De allí que su no reconocimiento conlleva la vulneración de los derechos en mención¹⁰.

- Determinar si hay lugar o no, a que el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** reconozca y pague las incapacidades médicas a partir del día 181 hasta el día 540, atendiendo los distintos elementos probatorios que reposan en la causa.

El Art. 206 de la Ley 100 de 1993 “*por la cual se crea el SSSI (...)*” estableció que el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social de Salud -SGSSS-, reconocerá las incapacidades de origen común, de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

Como se manifestó de manera previa, el auxilio de incapacidad se define como el reconocimiento de una prestación de tipo económico al afiliado, por todo el tiempo que se encuentre inhabilitado para desempeñar su oficio, aunado a lo anterior, el art. 1 del Decreto 2943 de 2013 “*Por el cual se modifica el parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999*” estableció en cabeza de quién corresponde la obligación del pago del mencionado sustituto, así:

- Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso.

¹ Corte Constitucional, sentencia T-876 de 2013 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) reiterada en sentencias T- 200 de 2017 (M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís), T-312 de 2018 (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo), entre otras ¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T- 200 de 2017 (M.P. (e) José Antonio Cepeda Amarís).

- Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado.
- A partir del **día 181 hasta el día 540** su reconocimiento y pago estará en cabeza de las Administradoras del Fondo de Pensiones - AFP en la que se encuentre afiliado el usuario.

Frente a este último, el Art. 142 del Decreto Ley 19 de 2012 “*Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública,*” estableció que el subsidio por incapacidad estará sujeto a que el concepto de rehabilitación emitido por la EPS sea **favorable**, así también, que en caso de no emitirse el concepto dentro del término legal (previo al día 180 de incapacidad), la EPS debía asumirlo con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el mismo.

Indica textualmente, la norma citada, lo siguiente:

“...Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.”

*“Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. **Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.** (Negrillas del juzgado)*”

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia T- 401 /2017, si bien ratifica que la responsabilidad del pago del auxilio económico por incapacidad laboral se encuentra a cargo

del Fondo de Pensiones, precisó que su reconocimiento no depende de si el concepto de rehabilitación es favorable o desfavorable, así:

“Reconocimiento de incapacidades laborales superiores a 180 días.

...Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador[91], ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, como se expondrá a continuación.

“... 22. Es necesario enfatizar en que el concepto favorable o desfavorable de incapacidad, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Este asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador[92].

“La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto indica que el objetivo de dicha norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Por tanto, se otorga un margen de espera y propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad. Durante este periodo, el Legislador dispuso que los subsidios de incapacidad estuvieran a cargo de las AFP.

“Desde esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

“23. Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso[93].

“Así mismo, de acuerdo con la normativa citada, el fondo de pensiones podrá 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”[94], una vez disponga del concepto favorable de rehabilitación. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador[95].

“24. Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, “el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello”[96].

“No obstante lo anterior, es factible que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez y a habersele dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%. Por tanto, es indispensable determinar cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe encargarse del pago de dichas incapacidades.

“Al respecto, cabe indicar que la norma legal referida no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral[97].

“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].

“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:

“(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.” (Negrillas y subrayas del Despacho)

Por lo anterior, es claro no existe razón válida para que el Fondo de Pensiones, en este caso PORVENIR, se rehúse al pago de las incapacidad médicas decretadas por el médico tratante en favor de la accionante (superiores a 181 días) al aducir que: *“Los fondos privados solo reconocen un subsidio equivalente a incapacidades por un término limitado cuando exista un concepto favorable de rehabilitación.”*, más aun cuando la jurisprudencia ha establecido el alcance del art. 142 del Decreto Ley 19 de 2012, en este caso favoreciendo al incapacitado durante el tiempo que va a estar inhabilitado para laborar, independientemente que su concepto de rehabilitación sea favorable o desfavorable.

Así entonces, se logra extractar que efectivamente la señora **MELBA ROSA VALLEJO SÁNCHEZ**, padece de **“OTRAS DEGENERACIONES ESPECIFICADAS DE DISCO INTERVERTEBRAL, HIPERTENSION ESENCIAL (PRIMARIA), TUMOR BENIGNO DEL TEJIDO CUNJUNTIVO Y DE OTROS TEJIDOS BLANDOS y (OSTEO)ARTROSIS PRIMARIA GENERALIZADA”**², por lo que, con ocasión a sus diagnósticos, desde el 17 de noviembre de 2021, según consta en el cuadro contenido en la contestación de la demanda de la **E.P.S. SANITAS**, que se le han venido generando múltiples incapacidades, así:

² Dictamen de la Perdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional del 21 de Noviembre de 2022.

TUTELA: 2022-0421
 (PRIMERA INSTANCIA 2022-131)
 ACCIONANTE: MELBA ROSA VALLEJO SÁNCHEZ
 ACCIONADA: FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
 DECISIÓN: REVOCA

Nº de cotización	Origen	Fecha Inicial	Fecha Fin	Días	Días acumu.	Ibc	Valor liquidado	Estado
58182176	General	28/10/2022	18/11/2022	22	350	\$908,526	\$0	LIQUIDADA
58084459	General	28/09/2022	27/10/2022	30	328	\$908,526	\$0	LIQUIDADA
58084490	General	10/09/2022	27/09/2022	18	298	\$908,526	\$0	LIQUIDADA
57963433	General	10/08/2022	8/09/2022	30	280	\$908,526	\$0	LIQUIDADA
57458710	General	11/07/2022	9/08/2022	30	250	\$908,526	\$0	LIQUIDADA
57830608	General	11/06/2022	10/07/2022	30	220	\$908,526	\$0	LIQUIDADA
57785268	General	1/06/2022	10/06/2022	10	190	\$908,526	\$0	LIQUIDADA
57762854	General	14/05/2022	10/06/2022	27	180	\$908,526	\$613,034	PAGADA
57682848	General	30/03/2022	28/04/2022	30	163	\$908,526	\$1,081,004	PAGADA
57618779	General	11/03/2022	29/03/2022	19	133	\$908,526	\$857,158	PAGADA
57561944	General	15/02/2022	10/03/2022	24	114	\$908,526	\$788,264	PAGADA
57549634	General	1/02/2022	14/02/2022	14	94	\$908,526	\$152,158	PAGADA
57447714	General	10/01/2022	1/02/2022	23	74	\$908,526	\$88,258	PAGADA
57391394	General	17/12/2021	1/01/2022	14	54	\$908,526	\$788,004	PAGADA
57396106	General	17/11/2021	16/12/2021	30	30	\$908,526	\$920,034	PAGADA

Al respecto, nótese que la aludida Entidad Promotora de Salud reconoció y pagó sin problemas, los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad, es decir *“del 19/04/2021 al 30/05/2022 donde la afiliada acumula 180 días de incapacidad prolongada se encuentran en estado liquidadas y pagadas por parte de EPS Sanitas”*, y en el caso de la accionada (PORVENIR) pago por orden judicial, únicamente el pago de las incapacidades del 1 julio al 9 de agosto de 2022, lo que corresponden a setenta (70) días de incapacidad.

Al respecto, PORVENIR admitió que:

En primer lugar, Porvenir S.A. informa que en cumplimiento al fallo de tutela con número de radicado 2022-00134 proferido por el Juzgado Décimo Penal Para Adolescentes Con Función De Control De Garantías, se realizó el pago de las incapacidades 01 de junio al 10 de junio de 2022 y del 11 de julio al 09 de agosto de 2022 como se detalla a continuación:

2022-06-01	2022-08-09	70	70	2333333	APROBACIÓN Y PAGO	ENVIADO_A_BANCOS
------------	------------	----	----	---------	-------------------	------------------

La accionante MELBA ROSA VALLEJO SÁNCHEZ, en su escrito de tutela solicita pago de incapacidades desde el 10 de agosto de 2022 hasta el 27 de octubre de 2022, de acuerdo con el Decreto 19 de 2012 (LEY ANTITRAMITES) el cual clarifico el procedimiento y requisitos para que un fondo de pensiones deba reconocer un subsidio equivalente a incapacidades, se debe indicar que en el presente caso no procede el pago de incapacidades posteriores al día 180 por parte de PORVENIR S.A. debido a que EPS SANITAS emitió CONCEPTO DESFAVORABLE DE REHABILITACION de origen común el día 28/02/2022.

Visto lo anterior, razón le asiste a la señora **VALLEJO SÁNCHEZ** en solicitar el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas causadas a partir del 10 de agosto de 2022 (día siguiente al 9 de agosto- ultimo día reconocido por orden judicial), en adelante.

- iii) **Determinar si la nugatoria de la acción de tutela por improcedente, al no cumplirse con el requisito de subsidiaridad, afecta los derechos fundamentales de la accionante, en especial a su seguridad social y mínimo vital:**

De igual forma, se encuentra probatorio que la accionante cuenta con un concepto de rehabilitación emitido por la EPS, con pronóstico **DESFAVORABLE**, de fecha 28 de febrero de 2022, respecto de las patologías de origen común denominadas:

28.02.2022 CONCEPTO DE REHABILITACIÓN: Dx: Tumor benigno del tejido conjuntivo del miembro inferior (dic/18). Covid 19 (sep/20). Hipertensión arterial. Osteoma. Discopatía lumbar múltiple. Complicación de dispositivos protésicos. Artrosis primaria. Dolor crónico. Fibromialgia. Trastorno de ansiedad. Episodio depresivo (2014). Cervicalgia. Origen común. Pronóstico no favorable. Janneth Gutiérrez Barón medicina laboral

Razón por la que le fue calificada la pérdida de su capacidad laboral, según se evidencia en el Formulario de Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, expedida por **SEGUROS ALFA**, número dictamen 3842703 del 21/11/2022, en un porcentaje del 30.77%, con fecha de estructuración del 23 de septiembre de 2022, de origen común.

Del mismo modo, se encuentran acreditadas las incapacidades objeto de reclamo, según se pueden detallar en los certificados de incapacidad expedidos por la **EPS SANITAS**, a nombre de la afiliada **VALLEJO SÁNCHEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.106.448, así:

Incapacidad Médica No. 57963433, por 30 días, desde el 10/08/2022 hasta el 08/09/2022.
Incapacidad Médica No. 58084490, por 18 días, desde el 10/09/2022 hasta el 27/09/2022.
Incapacidad Médica No. 58084459, por 30 días, desde el 28/09/2022 hasta el 27/10/2022.
Incapacidad Médica No. 58182176, por 22 días, desde el 28/10/2022 hasta el 18/11/2022.

También, se dejó constancia en el dictamen pericial que la accionante es trabajadora independiente, dedicada al comercio, vendedora puerta a puerta, según se demuestra a continuación:

Paciente de 56 años de edad, quien se ha desempeñado como comerciante (vendedora puerta a puerta).

En ese orden de ideas, salta a la vista que la accionante, por sus diagnósticos, en especial a los "*Hallazgos de osteoartritis. Prótesis en cadera derecha*" y su actividad económica (no son compatibles), está en la imposibilidad de laborar, en el sentido de que por la naturaleza de su trabajo, tiene que caminar, además que según lo expone, carece de otros ingresos económicos y familia extensa que la pueda ayudar, siendo ésta (incapacidad médica como sustituto del salario) la única fuente de recursos para atender, por lo menos temporalmente sus necesidades básicas, médicas y personales, mientras se recupera de la cirugía próxima a suceder. Esta precisa situación hace presumir su estado de indefensión.

Asimismo, no se deja de lado que si bien la accionante tiene un grado apreciable de PCL (30.77%), no es lo suficiente para acceder a la prestación económica definitiva de invalidez (así se lo hace saber SEGUROS ALFA – debe ser superior al 50%), por lo que lo único que le queda para su subsistencia, es recibir el pago de sus incapacidades, mientras su condición médica mejora.

Sumado a lo anterior, este Despacho consultó el número de cédula de la accionante en la página web de la Superintendencia de Notariado y Registro, para verificar si a su nombre registran bienes inmuebles, sin embargo, su resultado permite inferir que, así como lo señala, no cuenta con domicilio propio, según se demuestra a continuación:

La consulta fue procesada correctamente en la entidad y no se ha encontrado ningún inmueble que coincida con los parámetros de búsqueda Documento: [Cedula de Ciudadanía - 41106448]

Es por lo anterior que negar la tutela para que inicie un proceso ordinario es una carga que la accionante no tiene como afrontar, porque no tiene los medios económicos para contratar a un abogado, y porque resulta desproporcionado que para garantizar su mínimo vital, su subsistencia, su seguridad social, tenga que esperar lo que dura el trámite de un proceso ordinario, que puede ser de varios meses o hasta de un año, y es más injusto aún porque la negativa de la AFP de pagarle la incapacidad desconoce de manera abierta el precedente constitucional, sobre el tema, y peor aún que ya otro Juez de la República le había ordenado pagarle a la accionante otras incapacidades, y de manera arbitraria continúa en su negativa, por ello se adoptará una decisión adecuada que proteja los derechos fundamentales mencionados, para que la accionante no tenga que estar interponiendo tutelas para que le sea pagada por la AFP accionada las incapacidades, que de acuerdo con la jurisprudencia de la CORTE CONSTITUCIONAL está obligada a pagarle.

Bajo ese contexto, es claro que la negativa frente al reconocimiento y pago de las incapacidades médicas por parte de la Entidad accionada, sí vulnera los derechos fundamentales de la accionante, en especial a la **SEGURIDAD SOCIAL Y MÍNIMO VITAL**, por tratarse de una persona de la tercera edad, su imposibilidad física para obtener medios de subsistencia y la situación económica apremiante por la que se encuentra, razones suficientes por las que se **REVOCARÁ EL FALLO IMPUGNADO**, y en su defecto se

ORDENARÁ al Representante Legal del **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y/o quien haga sus veces, a que dentro de los **CINCO (05) DÍAS HÁBILES** siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a pagar las siguientes incapacidades a la señora **MELBA ROSA VALLEJO SANCHEZ**:

Incapacidad Médica No. 57963433, por 30 días, desde el 10/08/2022 hasta el 08/09/2022.
Incapacidad Médica No. 58084490, por 18 días, desde el 10/09/2022 hasta el 27/09/2022.
Incapacidad Médica No. 58084459, por 30 días, desde el 28/09/2022 hasta el 27/10/2022.
Incapacidad Médica No. 58182176, por 22 días, desde el 28/10/2022 hasta el 18/11/2022.

Y además, deberá pagarle sin demora a la accionante **MELBA ROSA VALLEJO SANCHEZ**, todas las incapacidades que a futuro expida o genere la **EPS SANITAS**, hasta el día quinientos cuarenta (540).

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito Ley 600/2000, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de tutela proferida el 21 de noviembre de 2022, por el **JUZGADO CUARENTA Y CINCO (45) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.**, por medio de la cual se declaró improcedente la protección constitucional invocada por la señora **MELBA ROSA VALLEJO SÁNCHEZ** contra el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SEGUNDO. - TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la accionante **MELBA ROSA VALLEJO SÁNCHEZ**, vulnerados por el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

TERCERO. - ORDENAR al representante legal del **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y/o quien haga sus veces a que, si aún no lo ha hecho, en el término improrrogable de cinco (05) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta providencia, proceda a pagar las siguientes incapacidades a la señora **MELBA ROSA VALLEJO SANCHEZ**:

Incapacidad Médica No. 57963433, por 30 días, desde el 10/08/2022 hasta el 08/09/2022.
Incapacidad Médica No. 58084490, por 18 días, desde el 10/09/2022 hasta el 27/09/2022.
Incapacidad Médica No. 58084459, por 30 días, desde el 28/09/2022 hasta el 27/10/2022.
Incapacidad Médica No. 58182176, por 22 días, desde el 28/10/2022 hasta el 18/11/2022.

CUARTO: ORDENAR que la AFP PORVENIR pague sin demora a la accionante MELBA ROSA VALLEJO SANCHEZ, todas las incapacidades que a futuro expida o genere la EPS SANITAS, hasta el día quinientos cuarenta (540).

QUINTO: REMITIR esta decisión al JUZGADO CUARENTA Y CINCO (45) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C., al correo j45pmgbt@cendoj.ramajudicial.gov.co que actúa como juzgado de primera instancia, para que lo haga cumplir.

SEXTO: ORDENAR NOTIFICAR esta providencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 5° del Decreto 306 de 1992 y remitirla por email a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, vía correo electrónico

La sentencia se debe notificar a los siguientes emails:

ACCIONANTE:

MELBA ROSA VALLEJO SÁNCHEZ: sandra@conrs.com.co

ACCIONADA:

FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A:
notificacionesjudiciales@porvenir.com.co.

VINCULADAS:

EPS SANITAS: notificaciones@famisanar.com.co

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD: snstutelas@supersalud.gov.co

MINISTERIO DE SALUD: notificacionesjudiciales@minsalud.gov.co.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



JUAN PABLO LOZANO ROJAS
JUEZ