REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

JUZGADO DÉCIMO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veinte (2020)

REF: 11001400301020 20-00090-00

Se procede a decidir la **ACCIÓN DE TUTELA** instaurada por **RODRIGO MARÍN OSORIO,** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

1. Rodrigo Marín Osorio presentó acción de tutela en contra de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se amparen sus derechos fundamentales a «*a la igualdad, al debido proceso, seguridad social en conexidad con el mínimo vital y vida digna*», que consideró vulnerados por la encartada.

2. Como soporte a su pedimento, alegó los siguientes hechos:

2.1. Indicó que le diagnosticaron "*un tumor maligno de la orofaringe*", por lo que su médico tratante le ordenó radioterapia y quimioterapia.

2.2 Desde el 11 de octubre de 2019 a la fecha se encuentra incapacitado y en proceso de rehabilitación.

2.3. La E.P.S. Famisanar emitió concepto de rehabilitación desfavorable, el cual comunicó a la A.F.P. Porvenir S.A., previo a cumplir el día ciento veinte (120) de incapacidad; por consiguiente, solicito una cita a Porvenir S.A. para iniciar el proceso de calificación de invalidez, la cual fue debidamente asignada, pero dicha entidad se negó a recibir la documentación, manifestando que se encontraba a la espera del resultado de la calificación de la Junta Regional de invalidez.

2.3. Adujo que si bien es cierto está pendiente una calificación de la Junta Nacional de Calificación, está se refiere a una enfermedad de origen laboral, distinta a la que solicitó ante la A.F.P., puesto que se trata de una enfermedad de origen común.

3. Con apego a lo anterior, pretende que: **i)** se orden a la Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir S.A. el pago de las incapacidades a partir del día 180 hasta el día 540; **ii)** tramitar su evaluación por medicina laboral, de acuerdo a lo establecido en el artículo 142 de la Ley 019 de 2012.

4. De la iniciación de esta acción fue debidamente notificada la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., el Ministerio de Salud y Protección Social, ADRES, Seguros Bolívar, la Junta Regional de Calificación e Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y Famisanar EPS., quienes se pronunciaron frente al requerimiento elevado por el Despacho, tal como se corrobora a folios 36 a 136 del expediente.

III. CONSIDERACIONES

1. El artículo 86 de la Constitución Política enseña que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción de cualquier autoridad o un particular, en los eventos previsto por el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia.

2. El mecanismo constitucional invocado, en principio, no es la vía para ventilar lo referente a las prestaciones económicas, dada la naturaleza subsidiaria de este tipo de acción excepcional, puesto que el legislador ha establecido escenarios judiciales concretos para dirimir tales controversias -artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social-.

Pese a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción pública es procedente para controvertir este tipo de asuntos, siempre y cuando el *"i) mecanismo definitivo, cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia; ii) procede la tutela como mecanismo transitorio: ante la existencia de un medio judicial que no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario. Además, iii) Cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos"*[1]

Adicionalmente, y en lo tocante al reconocimiento y pago de incapacidades, la Corte Constitucional ha sostenido que: *"A pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, cuando estas no se pagan oportunamente se afectan derechos del orden constitucional, por lo que se hace necesaria la intervención del juez de tutela a fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se puede ver abocado el individuo y su núcleo familiar"*[2].

En sentencia T-097 de 2015 se dijo que los derechos constitucionales que

---

[1] Corte Constitucional, Sentencia T-056 de 2014.
[2] Corte Constitucional, Sentencia T-245 de 2015

pueden resultar o verse afectados por el no reconocimiento y pago de incapacidades son la vida digna y el mínimo vital del promotor del amparo, siendo por ello la acción de tutela procedente como mecanismo excepcional y transitorio.

De cara a la jurisprudencia transcrita, resulta palmario que es procedente el estudio del amparo constitucional en ese sentido, pues según se informó en el escrito tutelar, el accionante depende económicamente de sus ingresos como trabajador, lo que afecta su mínimo vital. Asimismo, dentro del cartular no obra prueba de la que se infiera que actualmente el actor sea beneficiario de algún auxilio dinerario para subsistir dignamente. Luego, el tutelante no tiene otra fuente de ingresos adicional a lo percibido por las incapacidades generadas y reclamadas.

3. Aclarado lo anterior, le corresponde al Despacho examinar, en primer lugar, cuál es la entidad responsable del pago de las incapacidades generadas al ciudadano desde el 12 de octubre de 2019, pues con relación a las incapacidades expedidas antes del día 181, no existe controversia alguna.

Para resolver, importa señalar que frente a las incapacidades de origen común ha señalado la Corte Constitucional que: *"(...) (i) Los primeros dos días de incapacidad el* ***empleador*** *deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.*

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

(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.****"*[3].

En los mismos términos, la aludida Corporación en sentencia T-401 de 2017, luego de analizar el tema del pago de incapacidades, estableció la atribución legal de responsabilidad en dichos pagos, de la siguiente manera:

Atribución legal de responsabilidad en el pago de incapacidades

Periodo	**Entidad obligada**	**Fuente normativa**
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1° del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 41 de la Ley 100 de 1993
Día 181 hasta 540	**Fondo de Pensiones**	**Artículo 41 de la Ley 100 de 1993**
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

3.1. En el caso materia de estudio, el pedimento del accionante está

[3] Corte Constitucional, Sentencia T-401 de 2017.

orientado, principalmente, a que se ordene el pago de las incapacidades generadas a partir del día 181 hasta el día 540.

Ahora bien, tanto la E.P.S como la AFP a las que se encuentra afiliado el tutelante se excusan del pago de las incapacidades.

La primera, bajo el argumento de que la normatividad que regula la materia es clara en que la AFP es quien debe cubrir el pago correspondiente a los días de incapacidad a partir del día 181. Adicionalmente, manifestó que el accionante presentó una interrupción en su ciclo de incapacidad por más de 30 días, esto es, del 11 de octubre al 27 de noviembre de 2019.

Y La segunda, porque, en su sentir, "*al encontrarse pendiente la calificación de pérdida de capacidad laboral por parte de la Junta Nacional de calificación, no es procedente realizar calificación alguna por parte de la aseguradora, con la cual tienen contratado el seguro provisional, lo anterior debido a que al momento de realizar la calificación la junta tendrá en cuenta las diferentes patologías que presenta la actora*".

3.2 Al respecto, obra pruebas en plenario a partir de las cuales se constata que al actor le han prescrito sendas incapacidades médicas de manera continua, desde el 12 de octubre de 2019 hasta el 09 de marzo de 2020 (fl. 140 al 142), causadas con posterioridad al día 180 de incapacidad, así:

Fecha inicio	**Fecha final**	**Días**	**Folio**
12/10/2019	10/10/2019	30	140
11/11/2019	10/12/2019	30	141
11/12/2019	09/01/2020	30	141
10/01/2020	08/02/2020	30	142
09/02/2020	09/03/2020	30	142

Asimismo, está demostrado que la enfermedad por la cual se expidieron las incapacidades que son objeto de estudio, tiene un origen común, tal como menciona cada una de las incapacidades, pues se refieren a "*tumor maligno de la orofaringe, parte no especificada*", la cual dista de la patología que es materia de controversia por parte de Seguros Bolívar.

En este punto, obsérvese que el dictamen que emitió la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá hace referencia a una "*enfermedad pulmonar obstructiva crónica no especificada*", y determinó que es de origen laboral, por lo que Seguros Bolívar, al encontrarse inconforme con dicho concepto, lo recurrió.

De lo anterior, se desgaja que la enfermedad que aqueja al accionante para invocar el pago de las incapacidades pretendidas en sede constitucional, generadas por el diagnóstico "*tumor maligno de la orofaringe, parte no*

especificada" son de origen común, por lo que, de acuerdo a lo antes expuesto, a quien le corresponde cancelar las incapacidades a partir del día 181, es al Fondo de Pensiones Porvenir S.A.

3.3. Sin embargo, dispone el artículo 142 de la Ley 19 de 2012, en su parte pertinente, que *"(...) 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 iníciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.* (Subrayado y negrilla propios del Despacho)

De esta manera, es cierto que la norma transcrita impone la obligación a la E.P.S que dentro de los primeros 120 días de incapacidad, debe emitir el concepto de rehabilitación del paciente y comunicarlo dentro de los 150 días. No obstante, la consecuencia contemplada en dicha norma solo se previó para el caso de la expedición de concepto de rehabilitación, y si ello no se cumple, deberá pagar los tiempos de incapacidad médica causados con posterioridad al día 180 días hasta que emita el concepto.

Al respecto, la H. Corte Constitucional al analizar dicha norma, estableció que:

*"Según esta norma, las administradoras de fondos de pensiones no están obligados a pagar las incapacidades que superen los 180 días cuando las EPS **no realicen el trámite correspondiente para expedir el concepto favorable de rehabilitación**. Esa disposición, como ya fue reconocido por la Corte en sentencia T-333 de 2013, lejos de imponer un requisito adicional respecto al reconocimiento y pago de las incapacidades, buscó fortalecer el compromiso de los empleadores y las EPS de cara al reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a las que tienen derecho los trabajadores que sufren este tipo de contingencias.*

(...)
*Las EPS incurren en la sanción prevista en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 cuando **expiden** el concepto de rehabilitación de forma extemporánea y, en consecuencia, deben cancelar las incapacidades que se generen durante el retardo, con sus propios recursos"*[4]. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Conforme lo antes descrito, se advierte que la EPS Famisanar emitió el *concepto de rehabilitación para AFP,* el 21 de octubre de 2019, es decir, por fuera del término señalado en la norma, teniendo en cuenta que el accionante estuvo incapacitado desde el 11 de abril de 2019.

[4] Corte Constitucional. Sentencia T-156 de 2015.

De igual forma, tampoco se notificó a la AFP Porvenir S.A., antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150) de incapacidad, pues fue remitido a la administradora de Fondos de Pensiones de Cesantías el 01 de noviembre del mismo año, es decir fuera del termino previsto en el citado artículo 142 del Decreto Ley 19 de 2012.

Al respecto, se ha dicho que: *"(...) las Entidades Promotoras de Salud deben cumplir en los términos allí establecidos con la obligación de emitir el concepto favorable de rehabilitación, pero tal obligación no es la única, sino que claramente la norma refiere a que no basta con emitirlo antes de los 120 días de incapacidad, sino que además debe ser remitido a la Administradora de Fondo de Pensiones donde se encuentra afiliado el trabajador antes de los 150 días de la mencionada incapacidad. Pues solo con el envío o la notificación a la Administradora de Pensiones del concepto de rehabilitación del trabajador, es que ésta entidad tiene conocimiento de su obligación y, por ende, cumple su efecto vinculante con la misma."*[5]

En tal sentido, y a la luz de lo antes expuesto, Famisanar E.P.S. debe realizar el pago de las incapacidades médicas otorgadas al actor desde el 12 de octubre hasta el 31 de octubre del 2019, como consecuencia del incumplimiento de en los términos que debió emitir y notificar el concepto de rehabilitación.

Por su parte, la Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir S.A, en los términos del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia traída a colación, le corresponde reconocer y pagar el subsidio por incapacidad correspondiente a los periodos causados desde el 1 de noviembre de 2019, y hasta el día 540 de incapacidad continúa.

Lo anterior, en los términos señalados en la parte resolutiva de este fallo.

4. Resuelto lo anterior, el tutelante también solicitó que la AFP califique su pérdida de capacidad laboral, por lo que a continuación se abordará el estudio de esta pretensión.

El derecho a la valoración de la disminución de dicha capacidad se encuentra regulado en las mismas leyes y decretos que desarrollan el Sistema de Seguridad Social, con mayor énfasis en la Ley 100 de 1993, el Decreto 917 de 1999, la Ley 776 de 2002 y el Decreto 1072 de 2015, en lo que tiene que ver con el procedimiento respectivo.

De ahí que la calificación de la PCL ha sido considerada por la jurisprudencia constitucional, como un derecho que tiene toda persona, el cual cobra gran importancia al establecer el medio para acceder a la garantía y protección de otros derechos de carácter fundamental como la seguridad social y el mínimo vital, en la medida que permite establecer a qué tipo de prestaciones tiene derecho el afectado por una enfermedad o accidente, producido con ocasión de la actividad laboral u origen común.

---

[5] Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá, D.C., Exp. 110014003010-2019-00770-01, sentencia del 21 de octubre de 2019.

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional *"(...) si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado".* [6]

4.1 Descendiendo al caso concreto, se observa que el señor Rodrigo Marín Osorio fue diagnosticado con la patología denominada "*tumor maligno de la orofaringe, parte no especificada*", enfermedad de origen común, tal como ya se estudió.

Asimismo, la EPS Famisanar emitió el siguiente concepto de rehabilitación para la AFP: *"El afiliado no tiene días de incapacidad temporal acumulados y tiene un pronóstico reservado desfavorable (la administradora de Fondo de Pensiones debe tramitar la evaluación por medicina laboral para la calificar la pérdida de capacidad laboral y definir si hay lugar a pensión por invalidez, previo lleno de requisitos.)",* ese concepto está basado en las diferentes historias clínicas que acompañan las incapacidades del paciente.

De igual forma, la EPS Famisanar notificó el concepto a la AFP Porvenir, el 1 de noviembre de 2019 (folio 94).

Entonces, como la enfermedad previamente diagnosticada es de origen común, resulta claro que la AFP debe calificar la pérdida de capacidad laboral del accionante, de conformidad con el artículo 41 de la Ley 100 de 1992, modificado por el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, según los cuales las Administradoras de Fondos de Pensiones les corresponde calificar la PCL de las enfermedades de origen común, pues el abstenerse de hacerlo, pese a conocer la condición del accionante, tal como lo afirmó Famisanar EPS en su concepto, constituye una clara vulneración a sus derechos fundamentales.

En este tópico no está justificado lo dicho por la AFP fustigada en el sentido de que no es procedente realizar la calificación por cuanto está pendiente el trámite ante la Junta Nacional de Calificación, pues tal como se indicó líneas atrás, la enfermedad aludida en esta acción constitucional es distinta de aquella que cuestionó Seguros Bolívar ante la Junta.

Por el contrario, las disposiciones normativas citadas establecen que una vez la AFP recibe el concepto de rehabilitación, debe tramitar la evaluación por medicina laboral para calificar la PCL, situación que en el presente asunto quedó demostrado que la Administradora tiene conocimiento de la condición médica del accionante desde el 1 de noviembre de 2019, fecha en la que la EPS Famisanar (fl.4) le comunicó el concepto, sin que repose prueba en el

---

[6] Corte Constitucional, Sentencia T-246/18.

plenario de que tal decisión haya sido cuestionado por parte del citado Fondo de Pensiones.

Conclusión de todo cuanto se ha dejado consignado, es que se concederá el amparo al derecho fundamental de seguridad social, y en aras de garantizar los derechos fundamentales del tutelante, se ordenará a la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. que, en el término que más adelante se puntualizará, proceda a calificar la pérdida de capacidad laboral del accionante, en razón de la enfermedad de origen común que le fue diagnosticada, "*tumor maligno de la orofaringe, parte no especificada*".

En caso de no ser impugnado este fallo se dará cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Civil Municipal de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER la protección constitucional invocada por **RODRIGO MARIN OSORIO**, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la E.P.S. Famisanar y/o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo sino lo hubiere hecho, reconozca y pague al accionante **RODRIGO MARÍN OSORIO** las incapacidades que se causaron 12 de octubre de 2019 hasta el 31 de octubre de 2019.

TERCERO: ORDENAR al representante legal de la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PORVENIR S.A** y/o quien haga sus veces, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo sino lo hubiere hecho, reconozca y pague al accionante **RODRIGO MARÍN OSORIO** las incapacidades que se causaron a partir de la notificación del concepto de rehabilitación, esto es, desde el 1 de noviembre de 2019.

De igual forma, deberá cancelar aquellas que se llegasen a generar de manera ininterrumpida hasta el día 540, a menos que se verifique la recuperación integral y el reintegro efectivo del actor a su puesto de trabajo, o en su defecto, exista un dictamen de pérdida de capacidad laboral de la gestora en firme, que le permita optar por la pensión de invalidez.

CUARTO: ORDENAR al representante legal de la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PORVENIR S.A** y/o quien haga sus veces, que, en el término de cinco días, contados a partir de la notificación de este fallo, proceda a calificar la pérdida de capacidad laboral del accionante

RODRIGO MARÍN OSORIO, en razón a la enfermedad de origen común que le fue diagnosticada, "Tumor Maligno de la Orofaringe, parte no especificada".

QUINTO: DESVINCULAR del presente trámite al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, Seguros Bolivar, Junta Regional de Calificación de Invalidez y Junta Nacional de Calificación de Invalidez por las razones esbozadas en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: **NOTIFICAR** esta determinación a las partes intervinientes por el medio más expedito y eficaz.

SEPTIMO: DETERMINAR que, en caso de no ser impugnado el fallo, se envíe a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo establecido en el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,

MARÍA DEL PILAR FORERO RAMÍREZ

DMPCH