



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**

08372408900120210009602

RADICADO:	08-372-40-89-001-2021-00096-02
PROCESO:	Acción de Tutela (Segunda instancia)
ACCIONANTE:	GABRIEL HUMBERTO MOLINARES CHARRIS a través de apoderado IVÁN DARÍO VILLARREAL MOLINA
ACCIONADO:	EPS FAMISANAR S.A.S., AFP PORVENIR Y OTROS

Barranquilla, agosto doce (12) de dos mil veintiuno (2021).-

**ASUNTO**

Procede esta Autoridad Judicial a dictar sentencia de segunda instancia para resolver la impugnación propuesta por el Gerente de la Regional Zona Caribe de la accionada EPS FAMISANAR SAS, en contra de la providencia de fecha seis (6) de julio de dos mil veintiuno (2021) proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Juan de Acosta al interior de la acción de tutela incoada por GABRIEL HUMBERTO MOLINARES CHARRIS a través de apoderado, Dr. IVÁN DARÍO VILLARREAL MOLINA por la presunta vulneración a los derechos fundamentales de dignidad humana, seguridad social, salud y mínimo vital por parte de E.P.S. FAMISANAR S.A.S. y la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.

**ANTECEDENTES**

El apoderado judicial del accionante expresa como fundamentos de la presente acción constitucional, los hechos que se resumen a continuación:

1. Que el accionante se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud a la E.P.S FAMISANAR SAS y en pensiones a AFP PORVENIR S.A.
2. Adujo, que el 22 de julio de 2020, ingresó a la Clínica General del Norte remitido desde el hospital del Municipio de Juan de Acosta (Atlántico) por cuadro de dolor y aumento del perímetro abdominal con cuadro clínico de aproximadamente 4 días de evolución, por lo que luego de estudios de imágenes realizados, le diagnosticaron un tumor maligno del tejido conjuntivo y tejido blando del AB tipo principal.
3. Que por motivos del tratamiento médico, le fueron expedidas varias incapacidades, las cuales fueron canceladas inicialmente por la EPS FAMISANAR S.A.S.

4. Aseguró que, el 15 de marzo de 2021, la EPS FAMISANAR S.A.S. mediante dictamen No 4712870, determinó un porcentaje del 71.40% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración 13 de enero de 2021; encontrándose éste en firme.
5. En fecha 1 de noviembre de 2020, la EPS FAMISANAR S.A.S. emitió concepto desfavorable de rehabilitación para AFP.
6. Afirmó que procedió a realizar la radicación de las siguientes incapacidades otorgadas por 30 días cada una, en la EPS FAMISANAR S.A.S: No. 0007867994 desde 18 de diciembre de 2020 hasta 16 de enero de 2021. No. 0007898262 desde 17 de enero de 2021 hasta 16 de febrero de 2021. No 0008060078 desde 16 de febrero de 2021 hasta 17 de marzo de 2021. No 0008060990 desde 17 de abril de 2021 hasta 16 de mayo de 2021. No 0008131854 desde 17 de mayo de 2021 hasta 15 de junio de 2021. No 0008177843 desde 18 de junio de 2021 hasta 15 de julio de 2021.
7. Alegó que a la fecha de presentación de la Tutela tanto la EPS FAMISANAR S.A.S, como la AFP PORVENIR S.A, no se han dignado en realizar el pago de las incapacidades. Adujo que tiene a su cargo su hija menor siendo imperioso para el recibir el pago de dichas incapacidades.
8. Con motivo a lo anterior, presentó acción de tutela con el fin que se amparan sus derechos fundamentales de dignidad humana, seguridad social, salud y mínimo vital, y en consecuencia solicitó:
  - Amparar los derechos fundamentales al mínimo vital, vida en condiciones dignas, dignidad humana, salud y seguridad social del señor GABRIEL HUMBERTO MOLINARES CHARRIS.
  - Ordenar al representante legal de la EPS FAMISANAR S.A.S a realizar el pago de las incapacidades expedidas desde el día 3 hasta el día 180, conforme a lo preceptuado por el Decreto 2943 de 2013, y la jurisprudencia constitucional. Incapacidad No. 0007867994 desde 18 de diciembre de 2020 hasta 16 de enero de 2021.
  - Ordene al representante legal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y PENSIONES - PORVENIR S.A, a realizar el pago de las incapacidades expedidas desde el día 181, conforme a lo preceptuado en la Ley 962 de 2005 y la jurisprudencia constitucional, las cuales se relacionan:
    - No. 0007898262 desde 17 de enero de 2021 hasta 15 de febrero de 2021.
    - No 0008060978 desde 16 de febrero de 2021 hasta 17 de marzo de 2021.
    - No 0008060990 desde 17 de abril de 2021 hasta 16 de mayo de 2021.
    - No 0008131854 desde 17 de mayo de 2021 hasta 15 de junio de 2021.
    - No 0008177843 desde 16 de junio de 2021 hasta 15 de julio de 2021.

El 24 de junio del 2021 el juez admitió la tutela, ordenó las notificaciones de rigor y solicitó a las accionadas se pronunciara, sobre los hechos objeto de la acción de tutela, ordena vincular al “ADRES” - Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la JUNTA



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**

08372408900120210009602

REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ- ATLÁNTICO, a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y la CLINICA GENERAL DEL NORTE S.A.

- **El Sr. JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO, en su condición de abogado de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES, contesta la tutela indicando que NO es función de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, el reconocimiento prestacional que nos ocupa, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad. Por tanto, solicita NEGAR el amparo solicitado por el accionante en lo que tiene que ver con esa entidad.**
- **El Sr. VÍCTOR HUGO TRUJILLO HURTADO, actuando en condición de Abogado de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ contesta la tutela indicando que, revisadas las bases de datos, no se encontró registro de caso (expediente) pendiente. Informa que las pretensiones presentadas en la presente acción de tutela NO están dirigidas a esta entidad, están encaminadas en contra de la EPS y la AFP referente al pago de incapacidades, lo que deja claro que en estos aspectos la Junta Nacional, no tiene ninguna injerencia. Por lo expuesto anteriormente, solicita se DESVINCULE a esta entidad.**
- **El Sr. FLAVIO ORTEGA GÓMEZ, actuando en mi calidad de director Jurídico de la IPS CLÍNICA GENERAL DEL NORTE contesta la tutela indicando que su representada no tiene injerencia o participación en las peticiones que son objeto de esta acción constitucional, teniendo en cuenta que las mismas deben ser resueltas por las entidades accionadas, encargadas y facultadas para dar resolución a las pretensiones incoadas por el señor GABRIEL HUMBERTO MOLINARES CHARRIS. Por tanto solicita se DESVINCULE y se DENIEGUEN todas y cada una de las pretensiones frente a la IPS CLÍNICA GENERAL DEL NORTE, por no haber incurrido en conductas contrarias a la Ley y Normatividad Constitucional.**
- **El Sr. HAROLDO DE JESÚS RAMÍREZ GUERRERO, en calidad de Director Administrativo y Financiero de la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL ATLÁNTICO, contesta la tutela indicando que el expediente del señor MOLINARES CHARRIS, no ha sido radicado en esta Junta por ninguna Administradora de Riesgos Laborales, Administradora de Fondo de Pensiones y/o Entidad Promotora de Salud para dirimir controversia por tanto, solicita se declare improcedente la presente Acción de Tutela contra**

esta Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico, toda vez que no han vulnerados los derechos del accionante.

- **La Sra. DIANA MARTINEZ CUBIDES, obrando en calidad de Directora de Acciones Constitucionales de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A** contesta la tutela indicando que el accionante no tiene derecho al pago de incapacidades por tener concepto desfavorable de rehabilitación, siendo procedente, a su parecer, la calificación de la pérdida de su capacidad laboral.

Adujo, que de conformidad con lo establecido en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, es la EPS FAMISANAR S.A.S. la entidad que debe asumir el pago de incapacidades hasta la fecha de expedición del concepto de rehabilitación integral obligatorio.

Por otra parte, manifestó que el accionante no ha realizado las diligencias necesarias en pro de que se realice su calificación de pérdida de la capacidad laboral (P.C.L), que por tanto no puede beneficiarse de su propia culpa.

Aseveró, que la entidad que preside no ha sido notificada del dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral (P.C.L) iniciado por E.P.S FAMISANAR S.A.S., Teniendo en cuenta lo anterior EPS FAMISANAR S.A.S., a su parecer, omitió su deber legal de notificar en debida forma el mismo, violando el Derecho de defensa y contradicción así como el debido proceso la Sociedad Administradora.

Al final, solicitó al Despacho denegar o declarar improcedente la acción de tutela respecto de PORVENIR S.A., y que en su lugar se conmine al accionante a radicar la documentación para la calificación de su pérdida de la capacidad laboral.

- El juez de primera instancia dejó sentado en el fallo que le dio aplicación a la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, con respecto a la accionada EPS FAMISANAR SAS por no haber rendido el informe requerido, dando por cierto los hechos de la tutela, pero revisado el expediente virtual se observa escrito **del señor JOSE EUGENIO SAAVEDRA, en calidad de Gerente Regional de la Zona Caribe de entidad, calendado 29 de junio de 2021**, donde da respuesta a la tutela indicando que la presente acción de tutela es por el no pago de las incapacidades concedidas al usuario posteriores al día 180, frente a esas incapacidades es válido afirmar que es la Administradora de Fondo de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el accionante es quien debe proceder a su reconocimiento y pago, para este caso la FONDO DE PENSIONES y CESANTÍAS PORVENIR.

Dice que de acuerdo con la normatividad dispuesta en materia de incapacidades, las Empresas promotoras de Salud EPS, únicamente están obligadas a reconocer y cancelar estas prestaciones hasta el día 180 de incapacidad por una misma patología; a partir del día 181 esta obligación se transfiere a los Fondos de Pensiones; al igual que la remisión a la Junta de



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**

08372408900120210009602

calificación de invalidez, con el objetivo de determinar el grado de pérdida de la capacidad y si hay lugar a reconocer mesada pensional por invalidez de acuerdo con lo establecido en el decreto 2463 de 2001, artículo 23.

Señala que su representada cumplió su obligación de liquidar las incapacidades causadas hasta el día 180 y remitir al Fondo de Pensiones el concepto de Rehabilitación.

Finalmente manifiesta que la pretensión solicitada no es objeto de debate mediante acción de tutela, toda vez que el accionante no probó la afectación a derecho fundamental alguno y tiene otro mecanismo para solicitar dicha petición, que está legalmente establecido teniendo en cuenta que no es la acción de tutela la vía para dirimir conflictos donde están en juego obligaciones dinerarias.

**1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El asunto correspondió al Juzgado Promiscuo Municipal de Juan De Acosta, quien profirió sentencia el seis (6) de julio de dos mil veintiuno (2021). y decidió tutelar los derechos invocados por el accionante.

Ese Despacho señala que es procedente ordenar el pago de las incapacidades que a continuación se relacionan: No. 0007867994 desde 18 de diciembre de 2020 hasta 16 de enero de 2021. No. 0007898262 desde 17 de enero de 2021 hasta 15 de febrero de 2021. No 0008060978 desde 16 de febrero de 2021 hasta 17 de marzo de 2021. No 0008060990 desde 17 de abril de 2021 hasta 16 de mayo de 2021. No 0008131854 desde 17 de mayo de 2021 hasta 15 de junio de 2021. No 0008177843 desde 16 de junio de 2021 hasta 15 de julio de 2021; debido a las múltiples patologías sufridas por el señor MOLINARES CHARRIS (sarcoma de Ewing Retoperitoneal estadio IV-Hígado, carcinomatosis, entre otras), situación que lo convierte sin lugar a dudas en un sujeto de especial protección constitucional por sus condiciones especialísimas, las cuales requieren de la intervención inmediata del Juez de Tutela con el ánimo de evitar un perjuicio irremediable y que se sigan soslayando los derechos fundamentales a la dignidad humana, seguridad social, salud y mínimo vital del accionante, máxime cuando el mismo tiene a su cargo a su hija menor de edad.

Indica que el criterio esbozado por la administradora de Fondo de Pensiones AFP PORVENIR S.A., donde afirma que el accionante no tiene derecho al pago de incapacidades por tener concepto desfavorable de rehabilitación, procediendo en su caso, a su parecer, la calificación de la pérdida de su capacidad laboral; fue desvirtuado por la Corte constitucional.

Expresa que ha reconocido la procedencia de la acción de tutela, por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone la vulneración de otros derechos fundamentales del accionante teniendo en cuenta que perdió un porcentaje considerable de capacidad laboral, esto es, un 71.40%, por tanto, no puede trabajar, implicando esto un alto desmedro en su calidad de vida, funcional a la subsistencia del mismo y la de su hija menor de edad, por la que debe velar, lo cual pone en juego preceptos, principios y derechos fundamentales, tales como la salud, la dignidad humana y el mínimo vital.

Finalmente determinó el juez que el pago de las seis incapacidades solicitadas por la parte accionante corresponde a E.P.S FAMISANAR S.A.S., al considerar que por su fecha están dentro del rango de entre 3 a 180 por el cual la EPS debe hacerse cargo de las incapacidades de origen común a la luz de lo normado por el decreto 2943 de 2013 y el decreto reglamentario 780 de 2016.

## **IMPUGNACIÓN**

La parte accionada E.P.S. FAMISANAR SAS, impugnó en oportunidad legal el fallo de primera instancia, y por ser su Superior Jerárquico y de conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, este despacho es competente para conocer de la impugnación interpuesta.

## **2. CONSIDERACIONES**

### **2.1. Problema jurídico**

Conforme a lo relatado por la parte actora y lo expuesto por la entidad accionada, corresponde al Despacho analizar si:

- Se configura violación a los derechos fundamentales a la dignidad humana, seguridad social, salud y mínimo vital del accionante GABRIEL HUMBERTO MOLINARES CHARRIS, por parte de las accionadas E.P.S FAMISANAR S.A.S y AFP PORVENIR S.A., ante la falta de pago de las de incapacidades referenciadas por el accionante.

### **Tesis del Juzgado**

Este juzgado partiendo del material probatorio que reposa en el expediente, de las disposiciones normativas y jurisprudenciales que regulan este tipo de asuntos, y de las particularidades del caso bajo estudio, REVOCARÁ la decisión impugnada comoquiera que E.P.S FAMISANAR cumplió su obligación de liquidar las incapacidades causadas hasta el día 180 y remitir al Fondo de Pensiones el concepto de rehabilitación dentro del tiempo legal y le corresponde a AFP PORVENIR S.A pagar al accionante las incapacidades generadas a partir del día 181 hasta el día 540.



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**

08372408900120210009602

**5.2. BASES JURISPRUDENCIALES.**

**A. Procedencia de la acción de tutela**

- Constitución Política Colombiana artículo 86:

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 éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

“Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

- Sentencia T-375-18

No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad:

(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,

(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

- Sentencia T-008 de 2018:

“(…) Así las cosas, el mecanismo idóneo para solucionar las controversias sobre el reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, corresponde a la justicia ordinaria.

Sin embargo, cuando el pago de incapacidades laborales constituye el único medio para la satisfacción de necesidades básicas, la acción de tutela también se convierte en mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al mínimo vital (…).

(…) En síntesis, la Corte Constitucional ha reconocido que la interposición de acciones de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales es procedente, aun cuando no se han agotado los medios ordinarios de defensa, cuando de la satisfacción de tal pretensión dependa la garantía del derecho fundamental al mínimo vital.

De esta manera, no basta con la existencia de medios de defensa judiciales para establecer la improcedencia de la acción de tutela, sino que debe determinarse si los mismos son idóneos y eficaces (…).”

**B. Perjuicio irremediable**

- Sentencia T-494 de 2010

“La jurisprudencia “ha precisado que únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea: (a) cierto e inminente –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable.”

### **C. Subsidio frente a casos de accidente o enfermedad de origen común**

- Ley 100 de 1993 artículo 41.

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.

- Decreto 2943 del 2013 Artículo 1

PARÁGRAFO 1°. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.

- Sentencia T-401/17

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 correspondiente[100].

(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.



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**

08372408900120210009602

**5.3. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO**

Evaluados los hechos, pretensiones y las pruebas allegadas por las partes en el presente proceso se encuentra que el accionante, señor GABRIEL HUMBERTO MOLINARES CHARRIS, cuenta con un delicado estado de salud el cual le ha impedido desempeñar su trabajo por un tiempo extendido, por tanto, exige el pago de diversas incapacidades a su EPS FAMISANAR S.A.S y a su AFP PORVENIR S.A de quienes afirma le están vulnerando de manera flagrante sus derechos fundamentales a la dignidad humana, seguridad social, salud y mínimo vital al negarse a reconocer dichos subsidios. Así pues, en primera medida el despacho se dispone analizar respecto la procedencia de la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales incoados por la parte accionante y de ser procedente, seguidamente, se estudiará si la EPS FAMISANAR S.A.S y AFP PORVENIR S.A deben cancelar las incapacidades que solicita el peticionario que se generaron producto de los meses en que no pudo trabajar a causa de su estado de salud

Las entidades accionadas solicitaron declarar improcedente la presente acción constitucional con motivo a que la parte accionante no demuestra que se encuentra ad portas de sufrir un perjuicio de naturaleza irremediable ni la vulneración al mínimo vital; teniendo en cuenta la naturaleza subsidiaria de la tutela. Frente a esto es necesario resaltar que reiteradamente la jurisprudencia constitucional ha señalado que los mecanismos ordinarios instituidos para reclamar el pago del auxilio por incapacidad no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que lleva definir un conflicto de esta naturaleza, en consideración que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de salud; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permitirá recuperarse satisfactoriamente sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia<sup>1</sup>.

En este caso, la acción de tutela la presenta una persona con graves afectaciones y padecimientos en su salud, con un 71.40% de pérdida de capacidad laboral según dictamen No. 4712870 emitido por la EPS FAMISANAR S.A.S, y que por ende, no se encuentra en capacidad de retomar a sus actividades laborales en aras de obtener un ingreso que le permita cubrir sus necesidades básicas, las de su hija menor de edad y las del resto de su familia, lo cual implica una amenaza grave e inminente sobre el mínimo vital y el quebrantamiento de los derechos a la dignidad humana y seguridad social del

<sup>1</sup> Sentencia T-401/17

petionario y su familia, y esta situación requiere de medidas urgentes e impostergables para evitar su configuración.

En relación al argumento de que el accionante no prueba la afectación a sus derechos fundamentales se encuentra que en el escrito de tutela este afirma que con motivo a su estado de salud no puede trabajar y no cuenta con otro medio de subsistencia diferente a su salario por consiguiente no puede cubrir gastos de alimentación, transporte, salud, servicios y todo lo que implica sostener una familia. Llegados a este punto es necesario hacer referencia al Art. 167° del Código General del Proceso Colombia que señala: *“Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”*. Ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario como se indica en Sentencia T-622 del 2012. En el presente caso no se desvirtuó la incapacidad económica expuesta por el accionante, por tanto, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución Política Colombiana.

Asimismo, las partes accionadas alegan que la tutela no es la vía para dirimir conflictos donde están en juego obligaciones dinerarias, frente a este asunto resulta pertinente traer a colación lo expuesto por la Sentencia T-161/19:

“No obstante lo anterior, en lo que se relaciona específicamente con el reconocimiento de incapacidades, este Tribunal ha reconocido la procedencia de la acción de tutela, por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone la vulneración de otros derechos fundamentales habida cuenta de que en muchos casos, dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, siendo el amparo constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata”.

Tal como se ha venido manifestando, la ausencia de los pagos que el accionante reclama, lo sitúa en una circunstancia de vulnerabilidad, por tanto, requiere del pago de las referidas incapacidades para ver incólume su derecho al mínimo vital, dignidad humana y seguridad social. En consecuencia, se estima que la presente acción de tutela satisface el requisito de subsidiariedad, pues pese a la existencia de otros mecanismos judiciales para efectuar este reclamo, los mismos no resultan idóneos ni eficaces para su situación particular.

En referencia a la siguiente cuestión, la parte accionante solicita se ordene a la EPS FAMISANAR S.A.S realizar el pago de las incapacidades expedidas desde el día 3 hasta el día 180, específicamente la Incapacidad No. 0007867994 que corresponde desde el 18 de diciembre de 2020 hasta el 16 de enero de 2021, no siendo objeto de debate las incapacidades generadas en fechas anteriores las cuales se entienden canceladas al no ser incluidas dentro de las pretensiones del accionante, es más, éste incluso manifiesta en el Hecho Cuarto de su escrito de tutela que la EPS FAMISANAR S.A.S. canceló varias incapacidades. Ahora bien, en este punto es preciso dirigirse al artículo 41 de la ley 100 de 1993, al artículo 1 del Decreto 2943 del 2013 y a la sentencia T-401/17, transcritas en la jurisprudencia exhibida



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**

08372408900120210009602

ut supra, las cuales regulan el pago de subsidio a personas que han tenido accidente o enfermedad de origen común. Dichas disposiciones estipulan que la obligación de sufragar las incapacidades que van desde el tercer día hasta el día 180 se encuentra a cargo de las EPS y a partir del día 181 esta obligación se transfiere a los Fondos de Pensiones.

Se tiene que el accionante ingresó al centro médico por primera vez el 22 de julio de 2020 y, tal como lo establece la EPS FAMISANAR S.A.S en su contestación, este cumplió los 180 días de incapacidad el 18 de enero del 2021.

Sumarle días a una fecha

Fecha: mié 22 julio 2020

Cantidad de días a sumar: 180

CALCULAR

Resultado: lun, 18 de ene. de 2021

Por consiguiente, el accionante alega que la EPS FAMISANAR S.A.S no le pagó la incapacidad correspondiente al último mes en que esta entidad tenía la obligación de hacerse cargo del subsidio, que iba del 18 de diciembre de 2020 hasta 16 de enero de 2021. No obstante lo anterior, la EPS FAMISANAR S.A.S allega certificado de incapacidades y en este se corrobora que efectivamente esta entidad si pagó la incapacidad en la fecha antes mencionada. Teniendo en cuenta que el peticionario no presenta prueba que desvirtue el documento presentado por la EPS FAMISANAR S.A.S, este certificado se entiende veraz y en consecuencia no prospera la segunda pretensión del accionante frente a EPS FAMISANAR con motivo a que esta entidad pagó el valor reclamado.

Llegados a esta a etapa y conforme a los que se ha venido exponiendo y la normatividad señalada resulta ostensible que a quien compete el pago de las incapacidades generadas con posterioridad al día 181 hasta el día 540 es a la AFP a la cual está afiliado el accionante que en el caso bajo estudio sería AFP PORVENIR S.A. Pese a lo anterior, AFP PORVENIR S.A. se niega a reconocer el pago con fundamento en los argumentos que se entrarán a analizar a continuación.

AFP PORVENIR S.A. se fundamenta en el artículo 41 de ley 100 de 1993 para argumentar que no le asiste a este el deber de pagar las incapacidades que pretende el accionante toda vez que no existe

concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud como lo requiere la norma antes plasmada para efectuar el subsidio; todo lo contrario, el informe emitido por la EPS FAMISANAR S.A.S contiene CONCEPTO DESFAVORABLE de rehabilitación. Por consiguiente, alega que EPS FAMISANAR S.A.S es quien debe cancelar las incapacidades superiores a 180 días al afiliado en tanto se mantenga el concepto desfavorable de rehabilitación.

Esta situación es revisada específicamente en la sentencia T-401-17 en donde se expresa que la responsabilidad y exigibilidad del reconocimiento de las incapacidades que persisten y superan el día 181 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación ha suscitado gran debate ya que ni el artículo 41 de ley 100 de 1993 ni ninguna otra norma prevé expresamente la entidad que tiene que hacerse cargo de este subsidio y se ha asumido, erróneamente, que su pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001. En razón de lo anterior y a partir de una interpretación sistemática que hace el funcionario judicial de la disposición legal en cuestión con los fundamentos de la ley colombiana en consonancia con la jurisprudencia existente, concluye que 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.

#### Sentencia T-401-17.

“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”.

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, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación”

En el mismo sentido, AFP PORVENIR S.A. explica que no le corresponde el pago de las incapacidades solicitadas en la acción constitucional porque si bien la EPS FAMISANAR S.A.S. emitió CONCEPTO DE REHABILITACIÓN INTEGRAL OBLIGATORIO DESFAVORABLE el 1 de Noviembre de 2020, el peticionario no le ha remitido los documentos pertinentes para adelantar el trámite de valoración de pérdida de capacidad laboral. Justifica su posición apoyándose en la ley colombiana que ha determinado que las EPS deben emitir el concepto médico antes del día 120 de incapacidad temporal y luego deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda y en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**

08372408900120210009602

incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. Por tanto, se entiende que AFP PORVENIR S.A. expone que le corresponde pagar a EPS FAMISANAR S.A.S. las incapacidades pretendidas por el accionante con motivo a que han pasado más de 150 días y el concepto médico no les fue remitido.

Expuesto lo anterior, el despacho se dispuso a observar en forma detenida el expediente y encontró lo siguiente. Conforme a la historia clínica allegada se constata que el accionante ingresó al hospital en fecha 22 de julio de 2020 en donde posteriormente le fue diagnosticado tumor maligno del tejido conjuntivo y tejido blando del AB tipo principal. Por su parte, el concepto médico de rehabilitación fue emitido el 1 de noviembre de 2020 tal como se advierte del mismo documento que está incluido dentro del expediente. Entre la fecha 22 de julio de 2020 al 1 de noviembre de 2020 transcurrieron 102 días, es decir, menos de los 120 días que la ley colombiana le traza como límite a las EPS para emitir tales conceptos. Por ende, respecto a este punto no se avizora ninguna irregularidad.

Primera fecha: Día 22, Mes 7, Año 20  
Segunda fecha: Día 1, Mes 11, Año 20  
Calcular  
Tiempo transcurrido: 0 años, 3 meses, y 7 días  
Días transcurridos: 102 días

Ahora bien, en relación al segundo término, contrario a lo señalado por AFP PORVENIR S.A., la EPS FAMISANAR S.A.S. afirma haber remitido el concepto médico de rehabilitación dentro del término legal y soporta su aseveración anexando documento en donde efectivamente se vislumbra la notificación realizada a AFP PORVENIR S.A el mismo día en que fue emitido el concepto médico: el 1 de noviembre de 2020, es decir, al día 102 de incapacidad del accionante; dentro del término legal de los 150 días que prescribe el ordenamiento jurídico.

De este modo se concluye que la existencia de un concepto de rehabilitación desfavorable no impide de manera alguna que los fondos de pensiones paguen los subsidios de incapacidad que son de su competencia, asimismo, se comprueba que la EPS FAMISANAR ha realizado los trámites referentes a la emisión y remisión del concepto médico dentro de los tiempos legales. En consecuencia, AFP PORVENIR S.A debe asumir el pago de las incapacidades generadas desde el día 181 al 540, por

consiguiente prospera la tercera pretensión del accionante, por lo que se dispondrá revocar el punto PRIMERO del fallo de primera instancia, en su lugar se ordenará **AFP PORVENIR S.A.**, pagar las incapacidades desde el 17 de enero de 2021 hasta el 15 de julio de 2021.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

### RESUELVE

**1.- REVOCAR** el punto **PRIMERO** de la sentencia de tutela proferida el 6 de julio de 2021 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Juan de Acosta, por las razones expuestas en esta providencia, el cual quedará así:

**TUTELAR** los derechos fundamentales a la dignidad humana, seguridad social, salud y mínimo vital, del señor **GABRIEL HUMBERTO MOLINARES CHARRIS**, en consecuencia, **ORDÉNESE** a la accionada ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., pagar al accionante las incapacidades No. 0007898262 desde 17 de enero de 2021 hasta 15 de febrero de 2021. No 0008060978 desde 16 de febrero de 2021 hasta 17 de marzo de 2021. No 0008060990 desde 17 de abril de 2021 hasta 16 de mayo de 2021. No 0008131854 desde 17 de mayo de 2021 hasta 15 de junio de 2021. No 0008177843 desde 16 de junio de 2021 hasta 15 de julio de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

**2.- NOTIFÍQUESE** este fallo en los términos previstos en el Decreto 2591 de 1991 y 306 de 1992 y remítase comunicación informando de la presente decisión al juzgado remitario de la acción.

**3.- REMÍTASE** la presente acción de tutela a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión, una vez notificada de la presente decisión a todas las partes procesales.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

OSIRIS ESTHER ARAUJO MERCADO

JUEZ.-



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**

08372408900120210009602

Firmado Por:

**Osiris Esther Araujo Mercado**

**Juez**

**Civil 002**

**Juzgado De Circuito**

**Atlantico - Barranquilla**

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: **ccc7401b3f604074493a7b0a61ae943d393866f355efe69ced4d61d3eabbe9d6**

Documento generado en 12/08/2021 09:50:57 AM

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