**JUZGADO CUARENTA Y UNO (41) LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**
j41ctolbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, dos (02) de agosto de dos mil veintidós (2022).

**ACCIÓN DE TUTELA** promovida por **DIEGO EDISON DUQUE POVEDA** en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS **PORVENIR S. A.** y E. P. S. **FAMISANAR S. A. S.**

## ANTECEDENTES

**DIEGO EIDSON DUQUE POVEDA**, en nombre propio, instauró acción de tutela en contra de **PORVENIR S. A.** y **FAMISANAR S. A. S.** para que, por este medio, le sean amparados los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y vida digna, y como consecuencia de ello, se ordene a la **AFP PORVENIR S. A.** al pago de la incapacidad superior al día 180 correspondiente al periodo de 31 de mayo a 1.° de junio de 2022.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que, le generaron la incapacidad N.° 3256289 por la fecha antes mencionada en razón a enfermedad general transcrita. Que con dicha incapacidad supera los 180 días de incapacidad que debe pagar la E. P. S. y que por tal razón la A. F. P. debe asumir el pago de la incapacidad. Que adicionalmente, no cuenta con otros ingresos.

## TRÁMITE PROCESAL

La acción de tutela correspondió por reparto al Juzgado Doce (12) Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, quien mediante auto proferido el día 21 de junio de 2022, requirió al accionante para aclarar contra quien dirigía la acción constitucional. Una vez aclarado lo anterior, se admitió la acción de tutela en contra de A. F. P. **PORVENIR S. A.** y **E. P. S. FAMISANAR S. A. S.** mediante providencia de 21 de junio de 2022.

**PORVENIR S. A.**, en informe rendido aclaró que, la **E. P. S. FAMISANAR S. A. S.** no ha remitido el concepto médico de rehabilitación integral obligatorio, por lo que a la fecha las incapacidades que se han otorgado se encuentran a cargo de dicha E. P. S. por no haber emitido dicho concepto de rehabilitación dentro de los 120 a 150 días, en tal sentido, solicitó denegar la acción de tutela contra **PORVENIR S. A.** y, a su vez, que se ordenara a la E. P. S. notificar en debida forma el concepto médico de rehabilitación.

**FAMISANAR S. A. S.** indicó que el accionante cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación y que dicha entidad en virtud de los incisos 5 y 6 del artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 no está legitimada para asumir las pretensiones solicitadas porque versan sobre incapacidad superior a 180 días y por tanto el llamado a responder es el fondo de pensiones respectivo. Adicionalmente, manifestó que la parte accionante ha presentado acciones constitucionales sobre los mismos hechos en otros juzgados.

En razón a la afirmación de otras acciones constitucionales similares radicadas por el accionante el *a quo* ordenó oficial a los juzgados 40 Civil Municipal de Oralidad y 16 de Pequeñas Causas Laborales y Competencia Múltiple de Bogotá con el fin de que allegaran copia de las acciones constitucionales. Los despachos mencionados remitieron lo solicitado.

## DECISIÓN DE PRIMER GRADO

El Juzgado Doce (12) Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, en sentencia de fecha 5 de julio de 2022, resolvió tutelar la solicitud de amparo, en los siguientes términos:

> ***PRIMERO: TUTELAR*** *los derechos fundamentales al mínimo vital, salud y vida digna, del señor DIEGO EDISON DUQUE POVEDA, vulnerados por EPS FAMISANAR S.A.S., conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a EPS FAMISANAR S.A.S.R, que a través de su representante legal o quien haga sus veces, en el término* ***de cuarenta y ocho (48) horas****, contado a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague al señor DIEGO EDISON DUQUE POVEDA, las incapacidades generadas desde el 31 de mayo de 2022 y hasta cuando cumpla con la obligación a su cargo, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, de enviar el concepto de rehabilitación del accionante a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*
>
> *Para efectos del pago, el accionante señaló en el escrito de tutela, un posible medio para recibir el valor correspondiente y, en consecuencia, aportó certificación bancaria, (01- fls. 4 y 6 pdf).*
>
> ***TERCERO: ADVERTIR*** *a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., que una vez cuente con el concepto de rehabilitación del señor DIEGO EDISON DUQUE POVEDA, deberá continuar con el pago de las incapacidades que se le generen de manera ininterrumpida hasta el día 540, en atención a lo dispuesto en el Decreto Ley 019 de 2012.*

Para sustentar la anterior decisión, el a *quo* realizó el análisis de la temeridad de la acción encontró que en las anteriores acciones constitucionales presentadas ante los juzgados 40 Civil Municipal de Oralidad y 16 de Pequeñas Causas Laborales y Competencia Múltiple de Bogotá no hubo identidad de partes ya que en esta acción se incluyó a la **A. F. P. PORVENIR S. A.** que no había sido incluida en las acciones anteriores por lo que no se configuró la identidad de partes. Adicionalmente, analizó la procedencia de la tutela en pago de incapacidades y de cómo opera el pago de la prestación posterior a los 180 días. Al respecto indicó en sus consideraciones: "*Por lo tanto, este Juzgado no puede pasar por alto lo dispuesto en el art. 142 del Decreto 019 de 2012, el cual prevé que, en el evento de que la EPS no expida el concepto de rehabilitación, con cargo a sus recursos deberá pagar un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con posterioridad a los 180 días iniciales, y hasta cuando el concepto sea emitido.*

*Ahora, ante la falta de probanza de la remisión por parte de la EPS FAMISANAR S. A. S., del concepto de rehabilitación a la AFP PORVENIR S. A., antes del cumplimiento del día 150, no existe duda que a través de su actuar, ha desconocido tanto su deber de*

*cancelar las incapacidades al señor DIEGO EDISON DUQUE POVEDA, como el estado de indefensión en el que se encuentra el afiliado, quien debido a su condición física depende económicamente de la prestación que no se le ha otorgado desde el 31 de mayo de 2022."*

## IMPUGNACIÓN

La accionada **E. P. S. FAMISANAR S. A. S.** a través de apoderado judicial interpone impugnación a la sentencia de primera instancia al considerar que se ordena pagar incapacidades mayores a los 180 días las que deben ser asumidas por la A. F. P., adicionalmente, manifiesta que el juez de conocimiento no valoró la temeridad del accionante dado que ya ha presentado escritos de tutela por los mismos hechos. Indicó que la acción de la entidad ha sido legítima y se ha ajustado a derecho. Adicionalmente, manifestó que la orden emitida pone a la E. P. S. en situación de imposibilidad fáctica ya que no pueden garantizar el cumplimiento del fallo. Finalmente, concluyó afirmando que la acción de tutela no es un mecanismo idóneo para reclamaciones económicas y que, a su vez, no se probó la inmediatez y el perjuicio irremediable por el peticionario.

## CONSIDERACIONES

Este Despacho es competente para conocer de la presente acción constitucional, con fundamento en el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el numeral 1° del artículo 1° del Decreto Reglamentario No. 1382 de 2001.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es procedente para reclamar la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de una persona, cuando quiera que estos resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos expresamente señalados por el inciso final de este precepto.

Ahora bien, corresponde a este Despacho determinar si, la decisión de primera instancia fue ajustada a Derecho y, en consecuencia, se ha vulnerado los derechos fundamentales del señor **DIEGO EDISON DUQUE POVEDA** al mínimo vital, salud y vida digna por parte de **A. F. P. PORVENIR S. A.** y/o **E. P. S. FAMISANAR S. A. S.,** al habérsele negado el pago de la incapacidad por parte de las mencionadas.

Previo a estudiar de fondo el asunto, es necesario determinar en primera oportunidad la procedibilidad de la acción, al respecto, el artículo 6 del decreto 2591 de 1911 dispone:

> "**ARTICULO 6o.** CAUSALES DE IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA. La acción de tutela no procederá:
> *1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.*
> *2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de habeas corpus.*
> *3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable.*
> *4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.*
> *5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto."*

Por su parte, vale la pena resaltar que la honorable Corte Constitucional ha reiterado que no siempre el juez de tutela debe ser el primero en ser llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual, es decir procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia para que cese inmediatamente la vulneración.

Bajo estos parámetros, la tutela constituye un medio eficaz para evitar la arbitrariedad de la administración pero en ningún momento puede constituirse en un mecanismo alternativo que supla las omisiones y el deber que tiene la accionante de cumplir con los procedimientos que han sido establecidos por la propia normatividad en procura de la satisfacción de los derechos que crea tener en su favor, pues al no aplicarse lo anterior, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de diferentes temas, y no de protección de los derechos fundamentales; Al punto, la sentencia T-030 de 2015, la Corte Constitucional indicó lo siguiente:

> *"La regla general es que el mecanismo constitucional de protección no puede superponerse a los mecanismos ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico de forma que los suplante o que se actúe como una instancia adicional para debatir lo que ya se ha discutido en sede ordinaria."*

En atención a lo anterior se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, ésta resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, también ha instituido la jurisprudencia unas excepciones en la que el juez de tutela debe determinar su eventual procedencia y tener en cuenta eventos en los que, existiendo medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, pueden llegar a permitir la procedencia de la acción de tutela, tales como:

> *"**(i)** los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; **(ii)** se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, **(iii)** el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional."*

En igual vía, en reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual fue recogida en SU 049 de 2017, la corte ha enseñado que la tutela procede cuando:

> *"3.1 (i) el actor no dispone de otros medios judiciales de defensa; o (ii) dispone de ellos pero se requiere evitar un perjuicio irremediable; o (iii) los recursos disponibles no son idóneos o eficaces, toda vez que su sola existencia formal no es garantía de su utilidad en el caso concreto. En este último caso, la determinación de la eficacia e idoneidad de los recursos ordinarios no debe obedecer a un análisis abstracto y general. Es competencia del juez constitucional examinar cuál es la eficacia que, en concreto, tiene el otro instrumento de protección. Y para determinar esto último la jurisprudencia de esta Corte ha señalado dos pautas generales: primero, debe verificarse si los otros medios de defensa proveen un remedio integral, y segundo si son expeditos para evitar un perjuicio irremediable.*
> *3.2. La procedibilidad de la acción de tutela está, igualmente, supeditada al cumplimiento del requisito de inmediatez. Éste exige que la acción sea interpuesta de manera oportuna en relación con el acto que generó la presunta vulneración. La inmediatez encuentra su razón de ser en la tensión existente entre el derecho constitucional a presentar una acción de tutela en todo momento y el deber de respetar la configuración de aquella acción como un medio de protección inmediata de los derechos fundamentales. Es decir, que pese a no contar con un término de prescripción*

> *por mandato expreso del artículo 86 superior, debe existir necesariamente una correspondencia entre la naturaleza expedita de la tutela y su interposición oportuna.*
> *3.3. Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el examen de procedencia de la tutela debe ser más flexible cuando están comprometidos derechos fundamentales de sujetos de especial protección, o en circunstancias de debilidad manifiesta. En desarrollo del derecho fundamental a la igualdad, el Estado les debe garantizar a estas personas un tratamiento diferencial positivo y analizar los requisitos de subsidiariedad e inmediatez desde una óptica menos estricta, pues en estos casos el actor experimenta una dificultad objetiva y constitucionalmente relevante para soportar las cargas procesales que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial.*

Descendiendo al caso concreto, del conjunto de pruebas que obran aportadas al plenario, este Despacho estableció como hechos los siguientes:

1. DIEGO EDISON DUQUE POVEDA se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud a la E. P. S. FAMISANAR y al sistema de seguridad social en pensiones a la A. F. P. PORVENIR.
2. Que se le generó incapacidad N.° 3256289 desde el 31 de mayo a 1.° de junio de 2022.
3. Que dicha incapacidad corresponde desde el día 181 en adelante.
4. Que ninguna de las accionadas ha cumplido con el pago de dicha prestación económica.

De los hechos narrados, este Estrado Judicial puede concluir que el señor DIEGO EDISON DUQUE POVEDA cuenta con una patología descrita como "*D430 TUMOR DE COMPORTAMIENTO INCIERTO O DESCONOCIDO DEL ENC, R568 OTRAS CONVULSIONES Y LAS NO ESPECIFICADAS*" y que en virtud de dicha situación ha sido incapacitado por más de 180 días.

En las circunstancias narradas, considera este Despacho que el accionante es un sujeto de especial protección, por su condición de salud. De esta manera, la acción de tutela es el mecanismo eficaz de protección, por sus problemas de salud de singular importancia y, a su vez, al estar incapacitado por más de 180 días es presumible que no cuenta con recursos para satisfacer sus necesidades básicas. Por lo que se hace entonces indispensable tomar acciones urgentes e impostergables para evitar un perjuicio sobre el mínimo vital. De otro lado, si bien el proceso ordinario laboral es el procedimiento natural para debatir lo pretendido, este mecanismo disponible no es eficaz, toda vez que este no prevé medidas cautelares propias que permitan la protección rápida a la situación descrita por el accionante. Consecuente, este Despacho encuentra procedente la solicitud de amparo, por lo que se abordara estudio de fondo.

Frente a las incapacidades médicas la Corte Constitucional ha señalado en la Sentencia T-490 de 2015 que

> *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."*[1]

Por lo que resulta de suma importancia que se materialice el pago de dicha prestación económica al afiliado ya que se encuentra directamente relacionado con derechos fundamentales de la persona enferma.

Ahora bien, previo a realizar el estudio de lo que al pago de la incapacidad para el presente caso se refiere, debe mencionarse que frente a las acciones de tutela presentadas por el accionante en oportunidades anteriores en los juzgados 40 Civil Municipal de Oralidad y 16 de Pequeñas Causas Laborales y Competencia Múltiple de Bogotá no se presentó temeridad al no existir identidad de partes pues en la acción que nos compete, si bien, también está vinculada la E. P. S. Famisanar S. A. S., lo cierto es que, se incluyó a la A. F. P. Porvenir S. A. que no se encontraba vinculada en las acciones antes mencionadas. Adicionalmente, tampoco se puede evidenciar un actuar doloso y de mala fe del accionante dado que existe una justificación razonable para la presentación de esta acción constitucional entendida como la necesidad de que se protejan sus derechos fundamentales por las partes que efectivamente están involucradas en su situación.

Por otra parte, como lo analizó el *a quo*, la Corte Constitucional en desarrollo de los incisos cinco y seis del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 ha indicado que el pago de la incapacidad superior al día 180 corresponde, en principio, a la A. F. P., esto siempre y cuando exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación del afiliado; y en el evento en que la E. P. S. no cumpla con la emisión de dicho concepto, sin importar si es favorable o no, antes del día 120 y debidamente notificado y enviado antes del día 150 a la correspondiente A. F. P. será dicha E. P. S. la que deba pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respetiva incapacidad temporal hasta cuando se cumpla con lo antes mencionado.[2]

Pues bien, estas directrices constitucionales del máximo Tribunal fueron bien entendidas por el juzgado municipal, pues si bien la accionada E. P. S. FAMISANAR dispuso en su contestación la supuesta emisión de dicho concepto, cierto es que no allegó copia de este al plenario, ni tampoco soporte de envío o constancia alguna de notificación al fondo de pensiones. Adicionalmente, siendo este el argumento principal para fallar en su contra, la accionada tampoco se refirió a esa situación en su escrito de impugnación y se limitó a insistir en los argumentos de su contestación inicial, ya resueltos en debida forma por la señora Jueza de primera instancia y sin allegar material probatorio diferente que permitiera desvirtuar dicha condena.

De esta manera, no es posible acoger por este Despacho los argumentos alegados por la empresa accionada frente a que ha cumplido a cabalidad con su deber legal de emitir y enviar a la A. F. P. Porvenir S. A. el concepto de rehabilitación necesario para que ésta se haga cargo del pago de la incapacidad y, en virtud de los elementos indicados por la jurisprudencia constitucional, se confirmará la decisión de primera instancia para que sea la E. P. S. Famisanar S. A. S. la llamada a responder por el pago de la incapacidad N.° 3256289 desde el 31 de mayo a 1.° de junio de 2022 a favor del accionante.

---

[1] Corte Constitucional, Sentencia T-161 de 2019, M. P. Cristina Pardo Schlesinger
[2] Corte Constitucional, Sentencia T-194 de 2001, M. P. Antonio José Lizarazo.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y UNO (41) LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** en su totalidad la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Doce (12) Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, del cinco (5) de julio de 2022 dentro de la acción de tutela promovida por DIEGO EDISON DUQUE POVEDA contra A. F. P. PORVENIR S. A. y E. P. S. FAMISANAR S. A. S.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** este fallo en los términos del artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**TERCERO: REMITIR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

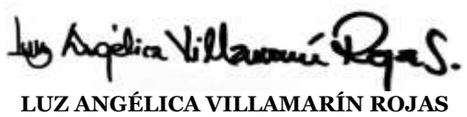
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LUIS GERARDO NIVIA ORTEGA**
**Juez**

*jg*

**JUZGADO CUARENTA Y UNO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

La providencia que antecede se notificó por Estado
**N° 121 de 3 de agosto de 2022.**



**LUZ ANGÉLICA VILLAMARÍN ROJAS**
**Secretaria**