

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO

Bogotá, treinta (30) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

I. OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Decidir la acción de tutela promovida por la ciudadana **ELVIA BERMEO NÚÑEZ** contra **MEDIMÁS EPS Y FONDO DE PENSIONES PROTECCIONES** por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la seguridad social y al mínimo vital.

II. HECHOS

La accionante informó que fue diagnosticada con *“TRASTORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS CON DADICULOPATIA, DOLORES EN LA COLUMNA DORSAL Y OTRO DOLOR CRÓNICO Y TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE, EPISODIO MODERADO PRESENTE”*, por lo cual Medimás EPS emite un concepto de rehabilitación con pronóstico laboral desfavorable. Explicó que de conformidad al pronóstico inicia el trámite médico para la calificación de pérdida de capacidad laboral, simultáneamente entregó historia clínica y solicitó ampliación del plazo para adquirir la documentación faltante, sin embargo, la EPS no le ha realizado el examen electromiografía de cada extremidad, ya que no ha tenido agenda.

La demandante refirió que el pago de las incapacidades, Medimás EPS, canceló sin problema los 180 días, no obstante, no se le ha efectuado el pago de las incapacidades desde el 23 de marzo de 2021 al 18 de agosto de 2021, es así que posteriormente, la temporal en la que trabaja le

consignó el pago de las incapacidades que se generaron a partir del 18 de agosto de 2021. Explicó que aún no se le ha realizado el pago de las incapacidades del 23 de marzo hasta el 18 de agosto de 2021.

Finalmente, subrayó que el actuar de las entidades accionadas, pone en riesgo su vida, su salud y la de su familia toda vez que es cabeza de hogar y no posee ingresos económicos suficientes que le permitan tener un nivel de vida digno, aunado al hecho de que la patología que sufre le representa costos elevados.

En consecuencia, solicitó: (i) La protección de los derechos fundamentales vulnerados por las entidades accionadas, (ii) se ordene al Fondo de Pensiones Protección, realice el pago de las incapacidades desde el 23 de marzo de 2021 hasta el 18 de agosto del mismo año, (iii) se orden a las entidades accionadas que se realicen los pagos de las incapacidades que se generen a futuro.

III. ACTUACIÓN PROCESAL Y RESPUESTA

El 16 de diciembre de 2021, se admitió la acción constitucional y se ordenó correr traslado de la demanda y sus anexos a **MEDIMAS EPS Y PROTECCIÓN FONDO DE PENSIONES**, a fin de pronunciarse sobre la acción de tutela instaurada en su contra y se vinculó a la empleadora **PERSOM**, para que informaran todas aquellas consideraciones que estimara pertinente respecto a los fundamentos del demandante para instaurar la presente acción.

Cada entidad realizó el siguiente pronunciamiento:

1.- El Representante Legal de la **TEMPORAL EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES S.A.S.**, informó que la mayoría de los hechos expuestos por la actora son ciertos, sin embargo, respecto del pago de las incapacidades generadas desde el 23 de marzo de 2021 al 18 de agosto de

2021, no le constan y no tiene conocimiento, por lo anterior solicitó la desvinculación del trámite de tutela.

2.- El Representante Legal de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** contestó la acción de tutela, indicando que la actora se encuentra afiliada al fondo desde el 01 de julio de 2000. Expuso que la EPS Medimás le remitió el concepto de rehabilitación con pronóstico desfavorable el 20 de enero de 2021, en consecuencia y atendiendo dicho pronóstico la administradora no encuentra obligación al pago de incapacidades, puesto que el proceder es realizar una calificación de pérdida de capacidad laboral de conformidad al artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

3.- El apoderado judicial de **MEDIMÁS EPS**, refirió que a la actora se le cancelaron las incapacidades hasta los 180 días y explica que las incapacidades del 23 de marzo de 2021 al 18 de agosto de 2021, fueron mayores a los 180 días, por lo cual deben ser canceladas por el Fondo de Pensiones de conformidad a la Ley 019 del 2012 y notificó el 19 de enero de 2021 al fondo sobre el concepto de rehabilitación. Por lo anterior solicitó se niegue la acción de tutela al evidenciarse que no existe vulneración a derechos fundamentales.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

La tutela es un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces y que permite a cualquier persona requerir la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estima han sido vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares de manera excepcional, con el fin de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política.

4.1. Problema jurídico

Compete establecer si en este caso la **MEDIMÁS EPS Y FONDO DE PENSIONES PROTECCIONES** vulneraron los derechos fundamentales a la

seguridad social y mínimo vital a la señora **ELVIA BERMEO NÚÑEZ**, o si por el contrario las entidades accionadas han actuado conforme a la ley.

4.2. Procedibilidad

- **Legitimación Activa**

De conformidad con el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser ejercida i) directamente por la persona afectada o a través de representante, ii) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales, iii) mediante agencia oficiosa cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud.

En el presente evento, se satisface la primera de las posibilidades dado que el accionante actúa de manera directa en defensa de sus derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social.

- **Legitimación Pasiva**

Según lo establecido en los artículos 1, 5, y el numeral 2 del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y contra particulares, en este evento, **MEDIMÁS EPS Y FONDO DE PENSIONES PROTECCIONES** son entidades particulares a quienes se les atribuye la vulneración de derechos fundamentales, por tanto, están legitimadas para actuar como parte pasiva.

- **Inmediatez**

La acción de tutela fue presentada el 16 de diciembre de 2021, fecha que resulta razonable, si se tiene en cuenta que la afectación alegada por la parte actora se generó desde marzo hasta agosto de 2021, por lo cual, se encuentra vigente la situación que configura la presunta vulneración.

- **Subsidiariedad**

El artículo 86 de la Carta Política establece que la acción de tutela "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". Esta disposición es desarrollada por el artículo sexto del Decreto 2591 de 1991, que ratifica la procedencia de la acción de tutela cuando las vías ordinarias no tengan cabida o cuando no resulten idóneas para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Ahora bien, respecto a la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social se debe establecer si la tutela es el medio idóneo y eficaz, hecho que será estudiado con posterioridad en el ítem siguiente.

4.3 Caso Concreto

La señora **ELVIA BERMEO NÚÑEZ**, presentó acción constitucional de tutela contra **MEDIMÁS EPS Y FONDO DE PENSIONES PROTECCIONES** argumentando que las entidades accionadas vulneraron sus derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital.

Expuesto lo anterior, finalmente, corresponde establecer a quien compete la obligación de cancelar las incapacidades generadas a favor de la accionante, a partir del 23 de marzo de 2021 hasta el 18 de agosto de 2021, que son las siguientes:

NÚMERO DE INCAPACIDAD	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	DIAS	CANCELADA
1	23/03/2021	20/04/2021	29	SIN CANCELAR
2	21/04/2021	20/05/2021	30	SIN CANCELAR
3	21/05/2021	19/06/2021	30	SIN CANCELAR
4	20/06/2021	19/07/2021	30	SIN CANCELAR
5	20/07/2021	18/08/2021	30	SIN CANCELAR

En este orden de ideas, se establece que las primeras incapacidades hasta los 180 días, fueron cancelados por la EPS FAMISANAR según la certificación emitida por la misma entidad, siendo la última incapacidad cancelada del 22 de marzo de 2021. Así las cosas, se establece que las

incapacidades generadas a partir del 23 de marzo de 2021 al 18 de agosto de 2021 deben ser canceladas por el Fondo de Pensiones Protección.

Al respecto la Corte Constitucional en su Sentencia T 401/17, estableció:

*“El certificado de incapacidad temporal, el cual resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir que surge de “un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica”^[84] y, por tanto, en su emisión “el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada”^[85]. Éste genera durante los primeros 180 días un **auxilio económico** a cargo de la EPS, que desde el día 181 se sustituye por un **subsidio de incapacidad** equivalente al auxilio, pero asumido por el Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador.*

Desde un primer momento, el Legislador estableció un apartado especial para la regulación de los auxilios económicos por incapacidad laboral. En el artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo, determinó que los mismos se ofrecerían “en caso de incapacidad comprobada para desempeñar las labores, ocasionada por enfermedad no profesional” y determinó tanto la cantidad por la que serían reconocidos como los sujetos obligados a otorgarlos. Igualmente, el Decreto 2351 de 1965, aún vigente, prevé en su artículo 16 la obligación del empleador de reinstalar al empleado que se hubiere encontrado incapacitado por causa de enfermedad común. En virtud de esta norma, los dictámenes médicos determinan si la reincorporación debe hacerse al mismo puesto de trabajo o a otro compatible con la capacidad física del trabajador.

Después, el Decreto 770 de 1975 sustrajo de la órbita de responsabilidad del empleador el pago del auxilio de incapacidad, para radicarlo en cabeza de un agente externo a la relación laboral. De este modo, el artículo 9º de dicha normativa asignó al Instituto de Seguros Sociales la responsabilidad del pago de “un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de[l] (...) salario de base, subsidio que (...) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días”.

Posteriormente, la Ley 100 de 1993 contempló la figura de la incapacidad en su artículo 206, conforme al cual los afiliados al Régimen Contributivo en salud tienen derecho al reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común. Así mismo, el Decreto 2463 de 2001 dispuso que las AFP, previo concepto favorable de recuperación, tienen la potestad de postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los 180 que se encuentran a cargo

de las EPS siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Esta disposición se mantuvo sustancialmente en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, norma que actualmente regula la materia.

En este orden de ideas, no es acertada la postura realizada por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, quien afirma que la actora al tener un concepto de rehabilitación con pronóstico desfavorable, no tendría obligación puesto que debe ser calificada respecto a su pérdida de capacidad laboral. Circunstancias que son distintas, puesto que no puede confundirse la concesión de la incapacidad de una persona y el diligenciamiento de la pérdida de su capacidad, último este que se encuentra en trámite ante la EPS; así las cosas, mientras a la actora se le sigan emitiendo incapacidades la entidad deberá asumir el pago de las mismas, puesto no esta en condiciones de trabajar y no puede generar más recursos para su subsistencia y la de su familia.

Por lo anterior, la ausencia del pago de las incapacidades laborales genera una vulneración o amenaza a los derechos fundamentales de la accionante y en particular lo que comporta el mínimo vital tanto del trabajador como de su núcleo familiar, pues como es bien sabido, éstas erogaciones económicas representan el único sustento económico. *“el derecho al mínimo vital no se agota de manera exclusiva en la posibilidad de gozar de un ambiente en el cual las necesidades de subsistencia biológica se encuentren satisfechas, pues tal derecho ‘debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador’”.*¹

En consecuencia, están acreditadas las exigencias de orden Constitucional para amparar el derecho fundamental del mínimo vital, vulnerados por el fondo de pensiones, al no reconocer y pagar las incapacidades otorgadas con posterioridad a la estructuración del día ciento ochenta (180), por lo tanto se ordena al representante legal o quien

¹ Sentencia T-818 de 2000.

haga sus veces la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, que dentro del término DE CUARENTA Y OCHO (48) HORAS, siguientes a la notificación de la presente sentencia, reconozca y pague a la señora **ELVIA BERMEO NÚÑEZ**, las incapacidades generadas a partir del día 23 de marzo de 2021 hasta 18 de agosto de 2021.

Finalmente, respecto de la solicitud de la accionante que sea indeterminada la orden ante las entidades accionadas, se tiene que primero no hay certeza si se emiten mas incapacidades, puesto las últimas han sido canceladas por el empleador y debe haber continuidad en las mismas para emitir una orden a futuro respecto de cada una de las accionadas, por lo cual, no se accede a lo mismo.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la seguridad social y mínimo vital de la señora **ELVIA BERMEO NÚÑEZ**, vulnerados por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, de conformidad a lo antes expuesto.

SEGUNDO. ORDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, que dentro del término DE CUARENTA Y OCHO (48) HORAS, siguientes a la notificación de la presente sentencia, reconozca y pague a la señora **ELVIA BERMEO NÚÑEZ**, las incapacidades generadas a partir del día 23 de marzo de 2021 hasta 18 de agosto de 2021.

TERCERO. EXHORTAR a la **AFP COLFONDOS** a abstenerse de repetir las conductas que dieron origen a este trámite de tutela.

CUARTO. - NOTIFICAR la sentencia de acuerdo con las previsiones del Art 30 del Decreto 2591 de 1991, en el evento de que no sea impugnada, remitir la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Catalina Ríos Peñuela', written over the printed name below.

CATALINA RÍOS PEÑUELA
JUEZA 28 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN
DE CONOCIMIENTO