

JUZGADO VEINTISIETE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C. Junio quince de dos mil veintiuno.

Ref: TUTELA No. 2021- 352 de ANDRES ALBERTO GOMEZ PACHON contra FAMISANAR EPS Y PROTECCION PENSIONES Y CESANTIAS AFP.

Procede el Despacho en esta instancia a decidir la impugnación que formuló la parte demandada, contra el fallo de tutela de Mayo 19 de 2021 proferido por el Juzgado 15 Civil Municipal de esta ciudad dentro de la **ACCION DE TUTELA** arriba referenciada.

ANTECEDENTES :

LA ACCION Y EL DERECHO FUNDAMENTAL INVOCADO

El señor ANDRES ALBERTO GOMEZ PACHON accionante acude a esta judicatura, para que le sean tutelados sus derechos Fundamentales al mínimo vital, Derecho a la Salud, a la Seguridad Social, Derecho a la Vida en condiciones Dignas.

La tutela se fundamenta en hechos que se sintetizan, así: que tiene 44 años de edad, con núcleo familiar compuesto por el y su esposa quien no recibe ingresos, que era trabajador independiente dedicado a oficios varios y fue diagnosticado por la EPS FAMISANAR con CARDIOMIOPATIA DILATADA e INSUFICIENCIA CARDIACA CONGESTIVA desde el pasado 04 de diciembre de 2018.

Señala que Como consecuencia de lo anterior le han sido expedidas incapacidades por parte de la EPS FAMISANAR desde el día 04 de diciembre de 2018 y hasta la fecha, debido a su grave deterioro de salud no ha sido posible que labore y que obtenga ingresos para su núcleo familiar.

Manifiesta que La EPS FAMISANAR pagó en debida forma las incapacidades causadas hasta el día 180 (29 de mayo de 2019). Sin embargo, a partir de dicha fecha ni el fondo de Pensiones ni la EPS han pagado las prestaciones económicas pese a haberse requerido mediante derechos de petición el pago de las mismas. La EPS FAMISANAR el pasado 14 de marzo de 2019 emitió CONCEPTO MEDICO DESFAVORABLE DE REHABILITACIÓN con ROL

LABORAL INTERRUMPIDO, siendo éste notificado a la AFP PROTECCIÓN el día 18 de marzo de 2019 en los términos del art 142 del Decreto Ley 19 de 2012.

Dice que El día 31 de julio de 2019 se radicó ante la AFP PROTECCIÓN solicitud para calificación de pérdida de capacidad laboral, la cual fue resuelta mediante Dictamen de Invalidez No. 205012 del 29 de agosto de 2019, en el cual se determinó que cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 66,47% por enfermedad de origen común estructurada el 04 de diciembre de 2018. Que por tal situación se solicitó ante la AFP el reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual fue NEGADA por no cumplimiento de requisito de semanas.

Mediante derecho de petición se solicitó a la AFP PROTECCIÓN el pago de incapacidades posteriores al día 180 y hasta el día 540 y su respuesta fue dada el pasado 08 de octubre de 2020, en los siguientes términos: En primera instancia, es necesario resaltar que Protección S.A; como administradora de fondos de pensiones que es, es la responsable del reconocimiento y pago del subsidio por incapacidad generado a partir del día 181 siempre y cuando exista un pronóstico de rehabilitación favorable. (...) le informamos que en el caso en particular presenta un pronóstico Desfavorable de Recuperación, por lo cual no es procedente el pago de subsidio por incapacidad”.

Refiere que En vista de lo anterior, ante la EPS FAMISANAR también se radicó derecho de petición para pago de incapacidades, entre las que se adeudaban posteriores al día 540, obteniendo respuesta el pasado 11 de noviembre de 2020 en los siguientes términos: (...) De acuerdo con su información usted cuenta con una calificación de pérdida de capacidad laboral emitida por el fondo de pensiones 66,47% con fecha de estructuración 04/12/2018. Al existir una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 50%, cesa la obligación de la EPS de realizar el reconocimiento de las incapacidades (...).

Que Con ocasión de su enfermedad se han prorrogado las incapacidades, no pudiendo realizar ninguna labor como las efectuadas antes de encontrarse incapacitado, sumado a ello además de verse afectado su estado de salud física, se ha visto afectado emocionalmente, padeciendo episodios depresivos, apneas de sueño tal y como se ve reflejado en el dictamen de invalidez emitido por Suramericana.

Señala que A la fecha se le adeudan las incapacidades desde el 30 de mayo de 2019 hasta el 22 de Abril de 2021 para un total de 691 días.

Manifiesta que en la actualidad no cuenta con pensión de invalidez, pensión de vejez, renta o subsidio del Estado al igual que su señora esposa y no tiene fuente alguna de ingreso distinta a la que le daba su trabajo.

Dice que Con el pasar del tiempo los quebrantos de salud se han incrementando, adicionándose a las patologías previamente señaladas ENFERMEDAD RENAL CRONICA, TRANSTORNO DE ANSIEDAD y El no pago de incapacidades le ha generado una AFECTACIÓN GRAVISIMA AL MINIMO VITAL, toda vez que ha tenido que soportar una situación indescriptible, pues ha dejado de percibir ingresos para sufragar sus gastos mínimos y los de su familia para llevar una vida digna, teniendo situaciones de estrés pues debe solventar gastos mensuales, teniendo que adquirir deudas y no ha podido llevar una recuperación tranquila por el mal proceder del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN y la EPS FAMISANAR.

Solicita que a través de este mecanismo se amparen los derechos fundamentales invocados y se ordene a la entidad AFP PROTECCIÓN el pago de incapacidades posteriores al día 180 y a la EPS FAMISANAR el pago de incapacidades a partir del día 541, las cuales fueron expedidas por médicos tratantes para las fechas 30 de mayo de 2019 y hasta la actualidad.

Por haber correspondido el conocimiento de la tutela al Juzgado 15 Civil Municipal de esta ciudad, por reparto, fue admitida mediante providencia de mayo 4 de 2021, donde se dispuso oficiar a la parte accionada para que, se pronunciara sobre los hechos materia de la tutela.

El extremo pasivo hizo uso del derecho de defensa así:

FAMISANAR EPS

Sea lo primero informar al despacho que FAMISANAR EPS ha autorizado y garantizado todos los servicios que ha requerido la paciente y, en cuanto a la solicitud del accionante es pertinente indicar lo siguiente para mayor precisión del Despacho y del usuario: "(...) Usuario con 868 días de incapacidad del 04/12/2018 al 22/04/2021 de los cuales cumplió 180 días el 31/05/2019 y 540 días el 26/05/2020. No se reconocen incapacidades post 540 pues cuenta con Dictamen de PCL 66.47% de fecha de estructuración del 04/12/2018, al existir una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 50%, cesa la obligación de la EPS de realizar el reconocimiento de las incapacidades y será el Fondo de Pensiones quien tramite la

correspondiente pensión de invalidez o la indemnización sustitutiva de pensión en el caso de cumplir con los requisitos para acceder a la pensión. (...)"

Ahora bien, el accionante solicito el pago de las incapacidades desde el 30 de mayo de 2019, las cuales incluyen incapacidades superiores al día 180 las cuales se encuentra en cabeza de la AFP y hasta el día 540. No obstante, solicito al despacho tenga en cuenta que ha transcurrido más 23 meses desde el momento en que se expidió la primera incapacidad, esto es mayo de 2019. Por lo cual es claro que no se cumple el principio de inmediatez que se predica de la acción de tutela, toda vez que el accionante NO inicio la acción dentro de un tiempo razonable y proporcional respecto del momento de la amenaza o de la vulneración de los derechos fundamentales, la presunta vulneración de su mínimo vital. Por el contrario, dejó transcurrir más de 23 meses desde el momento que se generó la primera incapacidad que reclama la accionante y que fuera tutelada por el estrado judicial.

**Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía
Protección S.A.**

Manifiesta en su respuesta que En lo que respecta a los hechos que fundamentan la presente acción de tutela, ha de indicarse que la EPS FAMISANAR remitió a esa administradora concepto de rehabilitación de salud con pronóstico DESFAVORABLE el día 18 de marzo de 2019 respecto del señor ANDRES ALBERTO GOMEZ PACHON. • De acuerdo con lo anterior, al contar el señor ANDRES ALBERTO GOMEZ PACHON, con pronóstico desfavorable de recuperación, Protección no se encontraba obligada al pago de las incapacidades del accionante, sino que esta administradora debía proceder con la calificación de la merma de capacidad laboral, en los términos del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012.

Que la potestad que fue otorgada por el artículo 142 del Decreto 019 del 10 de enero de 2012 a las Administradoras de Fondos de Pensiones, de postergar o no el trámite de calificación hasta por 360 días adicionales a los primeros 180, ocurre siempre que el afiliado cuente con pronóstico favorable de rehabilitación; caso para el cual, existiría la obligación por parte de la Administradora de pagar un subsidio equivalente a la incapacidad que venía recibiendo el tutelante; sin embargo, es preciso mencionar que en el caso del accionante, al no tener un pronóstico favorable de recuperación, no se debe reconocer el pago de incapacidades.

Dice que queda totalmente probado que de conformidad con la normatividad que rige el tema, Protección no se encuentra

obligada al pago de las incapacidades de ANDRES ALBERTO GOMEZ PACHON, toda vez que NO CUENTA CON PRONOSTICO FAVORABLE DE REHABILITACIÓN y la obligación en cabeza de Protección solo surge cuando se cuenta con pronóstico FAVORABLE.

El Juzgado 15 Civil Municipal de esta ciudad, tutelo el derecho fundamental solicitado por el accionante, fallo contra el cual se presentó impugnación.

2°. CONSIDERACIONES DE SEGUNDO GRADO.

La Constitución Nacional en su artículo 86 estableció la acción de tutela, a fin de que toda persona pueda reclamar en todo tiempo y lugar, mediante un procedimiento breve y sumario la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en casos excepcionales.-

Lo arriba anotado significa, que la acción de tutela tiene como finalidad proteger exclusivamente derechos constitucionales fundamentales. Por tanto, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que solo tienen rango legal, ni para hacer cumplir leyes, decretos, actos administrativos o normas de origen inferior. La Corte Constitucional tiene establecido, que éste amparo no es un sistema de justicia paralelo al que ha consagrado el ordenamiento jurídico en vigor.

A su vez, esta acción fue prevista como un mecanismo subsidiario, es decir, sólo puede ser ejercida en aquellos eventos en los cuales el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que ésta se utilice como un instrumento transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En este aspecto, conviene precisar que la posibilidad de que existan diversos medios de defensa judicial debe ser analizada por el juez constitucional en términos de idoneidad y eficacia frente a la situación particular de quien invoca el amparo constitucional, como quiera que una interpretación restrictiva de la norma conllevaría la vulneración de derechos fundamentales sí, con el ejercicio de los mecanismos ordinarios, no se lograra la protección efectiva de los derechos conculcados.

Debido a la naturaleza jurídica de esta acción, la Corte Constitucional ha reiterado que, en principio, la acción de tutela no es la vía judicial apropiada para lograr el reconocimiento y pago de

prestaciones sociales, como las incapacidades, pues se ha considerado que las controversias de carácter litigioso deben ser resueltas en la jurisdicción ordinaria, toda vez que existen otras vías judiciales para reclamar tales derechos y no es el juez constitucional la autoridad judicial competente para ello.

No obstante, la Corte ha sostenido que, de manera excepcional, es procedente la acción tutela para reclamar prestaciones sociales, si se verifican unos supuestos como: (i) que la tutela sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público.

Respecto del pago de las incapacidades laborales, debidamente ordenadas por el médico tratante del trabajador, se debe señalar que éste resulta ser un medio para garantizar la debida recuperación de la salud del trabajador (Art. 49 de la Constitución), dado que le permiten cumplir con las medidas de reposo ordenadas por su médico tratante, sin que tal situación afecte su subsistencia ni la de las personas que dependan de él.

Con respecto a lo pedido en tutela, debe tenerse en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia T-161-19: *“El no pago de una incapacidad médica constituye, en principio, el desconocimiento de un derecho de índole laboral, pero puede generar, además, la violación de derechos fundamentales cuando ese ingreso es la única fuente de subsistencia para una persona y su familia. No sólo se atenta contra el derecho al trabajo en cuanto se hacen indignas las condiciones del mismo sino que también se puede afectar directamente la salud y en casos extremos poner en peligro la vida, si la persona se siente obligada a interrumpir su licencia por enfermedad y a reiniciar sus labores para suministrar el necesario sustento a los suyos”*

En suma, ha estimado la Corte que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de enfermedad y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permite recuperarse satisfactoriamente.

En el caso concreto es evidente que el señor Andrés Alberto Gomez Pachón por su estado de salud le impidió laborar para

obtener ingresos que le permitieran vivir dignamente lo que indica que se encuentra en situación de debilidad manifiesta, vulnerándose así el derecho al mínimo vital, a la vida digna a la seguridad social.

Del estudio hecho y de las pruebas aportadas no cabe duda que el fallo que en vía de impugnación se ha analizado debe confirmarse en su totalidad, toda vez que Protección Pensiones y Cesantías debe asumir el pago de las incapacidades al haberse ya emitido el dictamen de pérdida de la capacidad laboral superior al 50% es por lo que debe asumir el pago de las incapacidades dadas a partir del 31 de mayo de 2019 hasta el 18 de septiembre de 2019, ya que para esa fecha le fue notificada la pérdida de capacidad laboral y con respecto a las otras incapacidades, debe hacer uso de los medios ordinarios, tal como lo expuso el Juez de primera instancia, respaldado en amplia jurisprudencia al respecto.

Como la sentencia que en vía de impugnación se ha estudiado no amerita nulidad ni revocatoria por cuanto se ajusta a las normas legales y constitucionales, el fallo proferido ha de confirmarse.

3°.- CONCLUSIÓN.

Con sustento en lo anteriormente considerado y razonado, se confirmara el fallo materia de impugnación.

4°.- DECISIÓN DE SEGUNDO GRADO.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero: Confirmar la sentencia de tutela proferida por el Juzgado 15 Civil Municipal de esta ciudad de fecha 19 de mayo de 2021.

Segundo: Notifíquesele a las partes este fallo por el medio más expedito.

Tercero: Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La Juez.

MARIA EUGENIA FAJARDO CASALLAS.

Firmado Por:

Maria Eugenia Fajardo Casallas
Juez
Civil 027 Escritural
Juzgado De Circuito
Bogotá D.C., - Bogotá, D.C.

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: **dfdf8fccaaf82dbd71b129af3223ca466e21af693b7f63393f4ff3935027d5d0**
Documento generado en 15/06/2021 06:20:22 AM