



Bogotá, D.C., Cuatro (04) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
EXPEDIENTE: 2021-00127-00
ACCIONANTE: JORGE ENRIQUE
BEJARANO PINEDA
ACCIONADO: G.P.R.S. DISTRIBUCIONES S.A.S.,
FAMISANAR EPS Y PORVENIR FONDO DE PENSIONES
Y CESANTÍAS.
VINCULADOS: SECRETARIA DISTRITAL DE
SALUD Y MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN
SOCIAL.

Surtido el trámite de rigor, procede el Despacho a decidir la acción de tutela de la referencia.

I. COMPETENCIA:

Este Despacho es competente para conocer de la presente acción constitucional, de acuerdo con los parámetros establecidos por el Decreto 2591 de 1991, en concordancia con los Decretos 1382 de 2000 y 1834 de 2015.

II. ANTECEDENTES

El señor JORGE ENRIQUE BEJARANO PINEDA presentó acción de tutela en contra de G.P.R.S. DISTRIBUCIONES S.A.S., FAMISANAR EPS y PORVENIR FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS, por los siguientes supuestos fácticos:

1. Relató que, desde el pasado mes de mayo de 2019, ha tenido problemas de salud con su cintura, por lo que tuvo que ser intervenido quirúrgicamente, y sometido a procesos posquirúrgicos y controles paliativos, de los cuales su EPS (Famisanar) ha enterado a su empleador y al fondo de pensiones
2. Señaló que, pese a lo anterior la compañía se niega a continuar cancelando las incapacidades que le han sido generadas, causándole un grave perjuicio económico.
3. Por lo anterior, aseguró que elevó derechos de petición a fin de obtener el pago y para solicitar que se le califique la pérdida de capacidad laboral.
4. Aseguró que ya cuenta con un concepto DESFAVORABLE, el cual fue notificado a las demás entidades.



III. PETICIÓN Y DERECHOS VIOLADOS:

La solicitud de amparo constitucional se dirige a que mediante este instrumento se tutele los derechos fundamentales a la salud, a la vida a dignidad, seguridad social y mínimo vital, ordenando el pago de incapacidades, la emisión de la calificación de la pérdida de capacidad laboral y el reconocimiento de un tratamiento integral.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL:

Mediante proveído calendado veintidós (22) de febrero de la presente anualidad, el Despacho admitió la acción de tutela de la referencia, concediendo a las accionadas y a las vinculadas, el término de un (1) día para que se pronunciaran sobre los hechos y la solicitud de amparo, así como para que allegaran copia de los documentos que respaldaran su defensa.

1. G.P.R.S. DISTRIBUCIONES S.A.S, tras relatar lo acontecido con los diferentes padecimientos del accionante, señaló que tiene conocimiento del concepto desfavorable que le fue emitido al mismo, así también, por un lado, aseguró que la EPS es la llamada a garantizar la prestación del servicio de salud y, por otro, que es la AFP quien debe asumir el pago de las incapacidades.

2. FAMISANAR EPS, refirió que las incapacidades solicitadas por esta vía corresponden al periodo comprendido entre el día 180 a 540, motivo por el cual su pago está en cabeza de la AFP.

Lo anterior, soportado en que el activante presenta un primer ciclo de incapacidad continua del 22/05/2019 al 19/11/2019 para un total de 179 días, CRHB DESFAVORABLE 24/10/2019 notificado a PORVENIR el 31/10/2019, interrumpida del 20/11/2019 al 20/12/2019 por un total 30 días

Así mismo, presenta incapacidad continua del 20/12/2019 al 04/10/2020 total 275 días, cumplió 180 días el 01/07/2020, CRHB, interrumpiendo del 05/10/2020 al 18/12/2020 y del 22/12/2020 al 20/01/2021.

Ahora bien, en lo relativo al proceso de medicina laboral, adujo que el usuario cuenta con una calificación de ACCIDENTE LABORAL, por el dx de: CONTRACTURA MUSCULAR (EN REGIÓN LUMBAR), emitida el 13/06/2019, adjuntando CRH DESFAVORABLE por los dx COMPRESIONES DE LAS RAICES Y PLEXOS NERVIOSOS EN TRASTORNOSTRATORNO DE DISCO LUMBAR Y OTROS, CON RADICULOPATÍA, OTROS ESTADOS POSTQUIRURGICOS ESPECIFICADOS, emitido el 24/10/2019.



Por último, señaló que la AFP es la entidad encargada de calificar la pérdida de capacidad laboral y solicitó ser desvinculada por falta de legitimación en la causa por pasiva.

3. PORVENIR FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS, tras relatar la normatividad aplicable, concluyó que los fondos privados solo reconocen un subsidio equivalente a incapacidades por un término limitado cuando exista un concepto favorable de rehabilitación.

Así mismo, indicó que de acuerdo con la información suministrada por la EPS, el accionante cuenta con un **CONCEPTO NO FAVORABLE DE REHABILITACION**, por lo tanto, no procede postergar el trámite calificación y en consecuencia se debe proceder con la calificación de pérdida de capacidad laboral, es decir no hay derecho a pago de incapacidades.

Así entonces, en virtud al concepto de rehabilitación desfavorable, mediante comunicación se solicitaron documentos para proceder con la valoración de pérdida de capacidad laboral, por lo que una vez se allegue la documentación solicitada por parte del señor **JORGE ENRIQUE BEJARANO PINEDA** se dará inicio en primera instancia a la verificación del cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, que determina cuándo se considera inválida a una persona para efectos del reconocimiento de dicha pensión.

4. La SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD y el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, alegaron su falta de legitimación por pasiva.

Verificado lo anterior, procede el Despacho a entrar a resolver la presente acción constitucional, previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES

1. El artículo 86 de nuestra 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.

Bajo este cariz, es un instrumento jurídico confiado a los jueces, con el propósito de brindar a los ciudadanos la posibilidad de acudir a la jurisdicción sin mayores requerimientos de índole formal y a falta de otro medio judicial de defensa, a efecto de que se protejan los derechos fundamentales del quebranto o amenaza, logrando el cumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.



2. Concretamente el Sistema General de Seguridad Social establece la protección a la que tienen derecho aquellos trabajadores que, en razón a la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad de origen común, se encuentran incapacitados para desarrollar sus actividades laborales y, en consecuencia, están imposibilitados para proveerse sustento a través de un ingreso económico. Dicha protección se materializa mediante diferentes figuras tales como: el pago de las incapacidades laborales, seguros, auxilio y pensión de invalidez contempladas todas estas, en la Ley 100 de 1993, Decreto 1049 de 1999, Decreto 2943 de 2013, la Ley 692 de 2005, entre otras disposiciones.

Las referidas medidas de protección buscan reconocer la importancia que tiene el salario de los trabajadores en la salvaguarda de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. Así lo ha sostenido la H. Corte Constitucional al referirse particularmente a las incapacidades, estableciendo que los procedimientos para el pago de las mismas se han creado “(...) en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada¹”

Bajo esa línea, 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.”

En consecuencia, durante los periodos en los cuales un trabajador no se encuentra en condiciones de salud adecuadas para realizar las labores que le permitan devengar el pago de su salario, el reconocimiento de incapacidades constituye como una garantía de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna. De allí, que la Corte reconozca que sin dicha prestación, se presume la vulneración de los derechos en mención².

¹ Sentencia T-876 de 2013

² Sentencia T- 200 de 2017



3. En cuanto al pago de las incapacidades, ha de tenerse en cuenta que su origen- común o laboral- constituye un parámetro determinante para establecer cuales entidades deben asumir dicha erogación, bien sea que pertenezcan al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, teniendo en cuenta para ello, que según el art. 12 del Decreto 1295 de 1994 “Toda enfermedad o patología, accidente o muerte, que no hayan sido clasificados o calificados como de origen profesional, se consideran de origen común”.

De manera que para considerar una enfermedad de origen profesional debe ser calificada o clasificada como tal, o por el contrario será considerada de origen común.

Clarificado lo anterior, es del caso determinar en cabeza de cual entidad se encuentra la obligación de asumir el pago de las incapacidades de origen laboral o común.

Respecto de las primeras- incapacidades de origen laboral- el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013 dispone que las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL- serán las encargadas de asumir el pago de aquellas incapacidades generadas con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico³. Dicho pago lo surtirá la ARL correspondiente “(...) hasta que: (i) la persona quede integralmente rehabilitada y, por tanto, reincorporada al trabajo; (ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o (iii) en el peor de los casos se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%, adquiriendo el derecho a la pensión de invalidez⁴”

En cuanto a las segundas-incapacidades de origen común-, es preciso empezar por señalar que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, el tiempo de duración de la incapacidad es un factor determinante para establecer la denominación en la remuneración que el trabajador percibirá durante ese lapso.

Sobre el particular, cabe indicar que través de la providencia T-200 de 2017 se sintetizó el régimen de pago de estas incapacidades de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 a 2	Empleador	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	EPS	Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013
Día 181 hasta un	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005

³ Sentencia T-693 de 2017

⁴ Sentencia T-490 de 2015



plazo de 540 días		
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Respecto del pago en cabeza del Fondo de Pensiones, debe advertirse que desde la jurisprudencia constitucional ha sostenido que dicha obligación debe ser asumida, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable⁵.

Ahora bien, también cabe precisar que la simple interrupción de la continuidad de los períodos en los que se prescriben certificados de incapacidad no basta para que se pueda predicar una ausencia de continuidad en las incapacidades. En efecto, como lo han reconocido tanto esta Corporación como el Ministerio de Salud y Protección Social, las interrupciones inferiores a 30 días no rompen con la continuidad de un período de incapacidad. De este modo, a partir de la aplicación analógica del artículo 13 de la Resolución 2266 de 1998, “se entiende como prorroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya interrupción mayor a treinta (30) días calendario”⁶

5. De otro lado, en cuanto al proceso de calificación, en primera medida debe advertirse que el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Este asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador.⁷

Concretamente, cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso.⁸

6. Desde otra arista, Finalmente, con relación al principio de integralidad en materia de salud, esta Corporación ha estudiado el tema bajo dos perspectivas, la primera, relativa al concepto mismo de salud y sus dimensiones y, la segunda, a la

⁵ Véanse, entre otras: sentencia T-146 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); sentencia T-333 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); sentencia T-729 de 2012 (M.P. Alexei Julio Estrada); sentencia T-920 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

⁶ T-144 de 2016.

⁷ T-401 de 2017

⁸ Ib.



totalidad de las prestaciones pretendidas o requeridas para el tratamiento y mejoría de las condiciones de salud y de la calidad de vida de las personas afectadas por diversas dolencias o enfermedades.

Así las cosas, esta segunda perspectiva del principio de integralidad constituye una obligación para el Estado y para las entidades encargadas de brindar el servicio de salud pues les obliga a prestarlo de manera eficiente, lo cual incluye la autorización total de los tratamientos, medicamentos, intervenciones, terapias, procedimientos, exámenes, controles, seguimientos y demás que el paciente requiera y que sean considerados como necesarios por su médico tratante.⁹

Luego, es posible solicitar por medio de la acción de tutela el tratamiento integral, debido a que con ello se pretende garantizar la atención en conjunto de las prestaciones relacionadas con las afecciones de los pacientes, que han sido previamente determinadas por su médico tratante. Cuando la atención integral es solicitada mediante una acción de tutela el juez constitucional debe tener en cuenta que esta procede en la medida en que concurren los siguientes supuestos:

(i) la descripción clara de una determinada patología o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.

Por último, debe destacarse que la protección deprecada ha ampliado su cobertura, en tanto que en la actualidad también se ha reconocido la existencia de otros casos excepcionales en los cuales cuando las personas exhiben condiciones de salud extremadamente precarias e indignas, le es permitido al juez de tutela otorgar el reconocimiento de las prestaciones requeridas para garantizar su atención integral, con el fin de superar las situaciones límites que los agobian.¹⁰

7. Finalmente, debe memorarse que, por línea jurisprudencial, la Corte Constitucional ha establecido que **“quien instaure una acción de tutela por estimar vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales tiene la carga procesal de probar sus afirmaciones; tan sólo en casos excepcionales, dadas las especiales condiciones de indefensión en que se encuentra el peticionario, se ha invertido jurisprudencialmente la carga de la prueba a favor de aquél”**¹¹.(subrayas fuera de texto)

VI. CASO CONCRETO

Descendiendo al *sub-examine*, importa precisar que la presente acción de tutela radica en tres puntos medulares, los cuales, dado su contenido y argumentación, se

⁹ T-597 de 2016.

¹⁰ Ib.

¹¹ Ver Sentencias T-031 de 2007, T-835 de 200, T-298 de 1993, entre otras.



abordaran de manera independiente, emprendiendo el análisis con lo relativo al pago de incapacidades, para continuar con el proceso de calificación y, finalizar con lo atinente a la procedencia de conceder el tratamiento integral.

Con dicho propósito, como viene de exponerse en el acápite considerativo de esta providencia, la acción de tutela, a pesar de su informalidad, requiere un mínimo probatorio a cargo del activante, pues en ciertos casos de ello depende el sentido de la decisión, tal como acontece en el asunto bajo estudio, conforme pasa a explicarse.

Pues bien, con miramiento al reconocimiento económico de las incapacidades, debe decirse que para establecer cual entidad es la encargada de asumir el pago, debe partirse del tiempo de duración de las incapacidades y, por supuesto, de la ininterrupción de estas, teniendo claro en este punto, que solo un lapso de tiempo superior a 30 días da lugar a la interrupción de estas erogaciones.

Quiere decir lo anterior, que siempre y cuando el periodo de tiempo entre una y otra, sea mayor a 30 días, se puede predicar la responsabilidad de pago en el orden que se acotó en precedencia, empero, si entre la expedición de estas incapacidades se sobrepasan los 30 días, no hay lugar a ello, pues lo procedente es volver iniciar de nuevo su contabilización, dado que operaría indudablemente la interrupción del periodo.

Desde tal perspectiva, se evidencia que en el evento en que a una persona se le hayan otorgado varias incapacidades, la determinación del periodo de tiempo en que se expiden aquellas, cobra especial relevancia, pues de otro modo, mal podría atribuirse la responsabilidad de pago a una u otra entidad.

Así las cosas, de auscultar el material probatorio allegado al plenario, se puede constatar que el accionante no allegó ninguna documental que diera cuenta del número de incapacidades que le han sido expedidas y mucho menos de su duración; además, tampoco refirió con exactitud la incapacidad que reclama por esta vía, sin embargo, dada la historia clínica del 15 de febrero de 2021, se infiere que la misma hace referencia a la expedida por 30 días, es decir que comprendería del 15 de febrero de 2021 al 15 de marzo hogaño.

Ahora bien, de rever la contestación brindada por la EPS, aun cuando se advierte que se causaron periodos de incapacidad e interrupción de la misma, lo cierto es que se generaron incapacidades que superaron los 30 días, por lo que inexorablemente, se debe reiniciar la contabilización para atribuir su pago a una entidad respectiva, sin embargo, en sentir del despacho, dicha circunstancia carece de claridad, habida consideración a que dentro de los periodos de tiempo que refirió hay lapsos en los que no se mencionó si se expidió una incapacidad o no y, de los últimos periodos de interrupción se señaló que el ultimo finalizó el día 20/01/2021, sin precisar si con posteridad a esta data se expidió otra incapacidad, lo que conlleva a que no se tenga certeza de la continuidad o interrupción de los periodos de expedición de incapacidades, explicación y carga probatoria que sin lugar a dudas le correspondía asumir al activante.



Y es que, la anterior situación tampoco puede superarse con el informe allegado por la empresa G.P.R.S. DISTRIBUCIONES S.A.S., pues tampoco se puede extraer con precisión lo acontecido después del 30 de junio de 2020 y antes del 15 de febrero de 2021.

De manera que, dada la omisión del actor, esta Juez constitucional no puede determinar a cargo de cuál de las entidades le corresponde asumir dicha carga prestacional, pues no es dable emitir alguna orden en tal sentido, en presencia de tales imprecisiones y vacíos.

A lo que debe agregarse que, aun cuando el accionante refiere una incapacidad abierta, menos puede reconocerse por esta vía su pago, pues no se tiene certeza del tiempo de su expedición y duración.

De otra parte, y en lo que dice relación a la solicitud de ordenar por esta vía la calificación de pérdida de capacidad laboral, habría que decirse que es un punto pacífico entre los contendientes la existencia del concepto desfavorable, empero, el tutelante tampoco allegó prueba demostrativa que dé cuenta que aquél elevó alguna petición para tal fin ante el Fondo de Pensiones, no obstante dicha institución aseguró que está en espera a que el accionante aporte una documentación faltante, a efectos de iniciar con dicho trámite, por lo que en esta particular situación se impone conminar de un lado al tutelante, para que allegue toda la documentación necesaria y, de otro, al Fondo para que una vez se reciba, proceda de manera inmediata a iniciar con dicho proceso, no sin antes precisar que en todo caso la carga para cumplir esta finalidad se encuentra en cabeza del actor.

Finalmente, en lo que dice respecta a la concesión de una atención integral, en aplicación de los apartes jurisprudenciales ya anotados, la misma deberá negarse, por cuanto, de una parte, no se adosó orden médica que soporte que el accionante lo requiera, y de otra, de rever su historia clínica no se encuentra mérito para acceder a tal solicitud, amén que tampoco se divisa que padezca de alguna enfermedad catastrófica o que haya sido catalogado como un paciente crónico, lo que lleva a concluir que su salud y vida no se encuentra en un peligro inminente que amerite una orden judicial en tal sentido.

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

RESUELVE

PRIMERO: Negar el amparo constitucional invocado por JORGE ENRIQUE BEJARANO PINEDA, por las razones expuestas en la parte motiva.



SEGUNDO: CONMINAR al tutelante, para que allegue ante el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., toda la documentación necesaria para que se inicie con el proceso de la calificación de pérdida de capacidad laboral; y a su vez, se insta a esta entidad para que, una vez la reciba, proceda de manera inmediata a dar inicio a dicho trámite.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por el medio más expedito este proveído. De no impugnarse, remítase a la Corte Constitucional el expediente, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

DIANA NICOLLE PALACIOS SANTOS
Juez

Firmado Por:

DIANA NICOLLE PALACIOS SANTOS
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 052 CIVIL MUNICIPAL DE 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:

3c8914ef5bcd2634bf2ccabec0dc43b5c82c0e634b69a8c3dba1db98e1a4bc34

Documento generado en 04/03/2021 11:49:47 AM

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