



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y UNO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D.C., 18 de agosto de 2020

Radicado: 110014003031-2020-00420-00

Se resuelve la solicitud de tutela de **Kelly Julieth Vanegas Márquez** contra **AFP Porvenir**, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital, por el no pago de incapacidades causadas a la fecha.

Antecedentes

1. La accionante explicó que padece *trastorno por estrés postraumático* y desde el 6 octubre de 2018 se le han expedido incapacidades médicas, las que venían siendo canceladas por la EPS Famisanar. Sin embargo, al superar el día 180 continuo, esta se negó a seguir con el pago, por lo que en un primer momento su empleador (Depósito Principal de Drogas LTDA), continuó sufragando las prestaciones económicas hasta el 15 de mayo, cuando le informó que debía acudir a la AFP Porvenir.

Señaló que el fondo de pensiones negó el reconocimiento el pago de las incapacidades afirmando que no había recibido el concepto de rehabilitación, lo que a juicio de la accionante, vulnera sus derechos fundamentales pues es la fuente de ingresos para la subsistencia propia y de su hija.

2. Admitida la solicitud, se ordenó la vinculación de Seguros de Vida Alfa S.A., Depósito de Drogas LTDA. y Famisanar EPS.

2.1. La EPS FAMISANAR, refirió que son 215 días continuos de incapacidad y se emitió concepto de rehabilitación desfavorable el 11 de octubre de 2019, el que se notificó a Porvenir el 19 de junio de 2020. Con todo, enfatizó que corresponde a la AFP el pago de las incapacidades pretendidas.

2.2. AFP Porvenir señaló que no existe subsidiariedad en el caso, pues no hay prueba del perjuicio irremediable. Respecto del caso particular, indicó que por el concepto desfavorable de rehabilitación a la accionante no le asiste derecho al pago de incapacidades, sino a la calificación de pérdida de capacidad laboral, por ello, remitió el caso a la compañía Seguros Vida Alfa S.A., para que se adelantara el trámite de valoración y posterior determinación de la pérdida de capacidad laboral de la paciente. Finalizó diciendo que el dictamen fue emitido el 10 de junio de 2020 y se indicó que la accionante cuenta con una PCL del 23,10% de origen común.

2.3. Depósito de Drogas LTDA., infirió deben negarse las pretensiones de la tutela en lo concerniente a su entidad, comoquiera que corresponde a Famisanar EPS una vez se superan los 180 días de incapacidad de forma oficiosa remitir la documentación al Fondo de Pensiones a fin de que este inicie el trámite de cancelación de las incapacidades.

2.4. Seguros de Vida Alfa S.A., informó a través de grupo interdisciplinario calificó la pérdida de capacidad laboral de la señora Kelly Yulieth Vanegas Márquez con un porcentaje del 23.10%, con fecha de estructuración del 26 de febrero del año 2020 y con origen por enfermedad común, decisión con la que no estuvo de acuerdo la accionante, razón por la



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y UNO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

cual le informó que la entidad encargada de dirimir el conflicto es la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C., por lo cual se remitió el expediente a dicho organismo previo pago de los honorarios de rigor, a fin de que resuelva la controversia propuesta por la quejosa.

Con todo, resalto su entidad no es la encargada de reconocer o pagar prestaciones económicas, por lo cual no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, en consecuencia, solicitó se denieguen las pretensiones de la tutela.

Consideraciones

Sea lo primero señalar que de conformidad al numeral 1º del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1983 de 2017, este Despacho Judicial es competente para disipar la situación planteada en sede de Tutela, en orden a lo cual corresponde establecer si existe violación a los derechos fundamentales. En este sentido, el estudio abordar los siguientes puntos **i)** la procedencia del amparo frente a particulares, **ii)** procedimiento y obligados al pago de incapacidades laborales, **iii)** la viabilidad excepcional de la acción de tutela para deprecar el reconocimiento de prestaciones económicas, y **iv)** las conclusiones del caso concreto.

La acción de tutela de que trata el artículo 86 de la Constitución Nacional, es un mecanismo por el cual toda persona que considere vulnerado o amenazado eventual o potencialmente sus derechos fundamentales por parte de una autoridad, y en ciertos casos un particular¹, acude al órgano judicial con el fin de solicitar la protección correspondiente previo el trámite de un procedimiento preferencial y sumario. En esta oportunidad, comoquiera que la acción de tutela se dirige contra un particular hay que tener en cuenta que este mecanismo constitucional procede *“contra particulares respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. Del mismo modo, el artículo 42 -numeral 4º- del Decreto 2591 de 1991 determina que esta acción procede contra particulares cuando estos sean quienes tengan control sobre la acción que presuntamente vulnere derechos fundamentales, o se beneficien de la situación que motivó la acción, “siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización”.*

Respecto del pago de incapacidades la Corte Constitucional ha sostenido:

“(…) Por consiguiente, en las hipótesis reseñadas, de incapacidad por enfermedad general, el encargado de cubrirla por el primer período, menor a 3 días es el empleador. A partir de allí y hasta los 180 días, la responsable de cancelar ese monto es la respectiva Entidad Prestadora de Salud.

El procedimiento y la competencia para el pago de dichas incapacidades que sobrepasan los 180 días, en lo relacionado con la calificación de invalidez, esta Corporación en la sentencia T-401 de 2017 recapituló las reglas para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por enfermedad común, desde el día 1 hasta el día 540, así:

¹ De conformidad a lo normado en el numeral 4º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, es procedente acudir a este mecanismo constitucional al tenor literal de la norma en cita “Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada quien controle efectivamente o fuere beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización”.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y UNO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

“(i) Los primeros dos días de incapacidad el empleador deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.

(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.

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto (...)”² (Subrayó el despacho)

En cuanto a la procedencia del mecanismo en asuntos como el que nos ocupan, de tiempo atrás, la jurisprudencia ha precisado uniformemente, que cuando la acción de tutela verse sobre reconocimiento de prestaciones sociales, no es procedente su ejercicio para decretarlas, por no ser de su competencia la definición de derechos litigiosos, para cuyo efecto hay otro medio de defensa judicial.

Sin embargo, en el específico contexto del pago de incapacidades laborales, la Corte Constitucional “...[e]l 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...”³.

Lo anterior, pues en palabras de la Corte “(...) el pago de incapacidades a una persona que sufre una afectación en su salud, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho fundamental (i) a la salud ‘en la medida que permite al afiliado disponer de una suma de dinero periódica a pesar de que en estricto sentido no exista prestación de servicio, circunstancia que contribuirá a la recuperación satisfactoria de su estado de salud, puesto que le permite seguir con el tratamiento prescrito por el médico tratante y guardar el reposo requerido para su óptima recuperación’ y (ii) el derecho al mínimo vital, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, ‘por cuanto constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar’...”⁴. Por ello, “(...) a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las

² Sentencia T-020 de 2018

³ Corte Constitucional, Sentencia T-008/18.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-246/18



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y UNO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, cuando estas no se pagan oportunamente se afectan derechos del orden constitucional, por lo que se hace necesaria la intervención del juez de tutela a fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se puede ver abocado el individuo y su núcleo familiar⁵ (Subrayado ajeno al texto original).

Caso concreto.

En el caso particular, se tiene demostrado lo siguiente:

a) La accionante padece TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN; EPISODIO DEPRESIVO GRAVE SIN SINTOMAS PSICOTICOS; TRASTORNO DE ESTRÉS POSTRAUMÁTICO; CON CUADRO DE EVOLUCIÓN DESDE NOVIEMBRE DE 2019. CUADRO DE ANSIEDAD, LABILIDAD EMOCIONAL, INSOMNIO, ENCOPRESIS, ENURESIS, SÍNTOMAS GRAVES DE CONDUCTA. (según el resumen realizado en el concepto desfavorable de rehabilitación que obra en el expediente aportado por la EPS Famisanar).

b) Con ocasión a su patología se le han expedido incapacidades médicas por más de 180 días continuos, aspecto que no fue discutido por las partes e intervinientes.

c) Se emitió concepto desfavorable de rehabilitación por la EPS Famisanar el 20 de mayo de 2020.

d) Se emitió Dictamen de PCL de la señora Kelly Julieth Vanegas Márquez aportado por la AFP, valoración realizada por la entidad Seguros de Vida Alfa S.A, y en el que determinó la afiliada cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 23.10%, con ocasión a sus patologías de TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN y RINITIS ALÉRGICA, NO ESPECIFICADA, las cuales destacó son de origen común.

e) Según informó ya se emitió la calificación de la pérdida de capacidad laboral, el cual no se encuentra en firme.

Una vez dilucidados los conceptos necesarios para establecer la responsabilidad en el reconocimiento de las incapacidades deprecadas, lo cual supone el pago a cargo de la AFP de las causadas entre el día 180 y 540, y la viabilidad de la acción de tutela en el caso de marras, se torna evidente la inminencia frente a la necesidad del pago de los auxilios económicos que se han generado en favor de la accionante.

Confrontado el acervo arrojado con el caso en análisis, advierte la suscrita, que la AFP PORVENIR niega el pago de las incapacidades causadas con posterioridad al día 180 y hasta el día 540. Sin embargo, hay que tener en cuenta que “...la imposición de barreras injustificadas por parte de la Administración vulnera directamente los derechos fundamentales de las personas, dado que en estos eventos dichas barreras o trámites excesivos constituyen trabas injustificadas para la guarda de derechos como la salud, la vida, dignidad humana y mínimo vital...Si bien es cierto que para la adecuada prestación de servicios y reconocimiento

⁵ Sentencia T-245/15



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y UNO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

de prestaciones económicas las entidades encargadas se encuentran legitimadas para establecer el correspondiente trámite administrativo a seguir por los interesados, en ningún momento estos pueden tornarse excesivamente demorados ni imponer cargas a los usuarios que no se encuentren en condiciones de soportar o no les corresponda asumir, pues de lo contrario resultan violatorias de los derechos fundamentales de quienes inician los mencionados trámites..." (subrayó el Despacho)⁶.

Nótese que de lo desarrollado renglones atrás, es claro que durante el periodo aludido, la responsabilidad del pago atañe a la Administradora del Fondo de Pensiones, por lo cual deberá asumir el pago de las incapacidades generadas durante el mismo, más si en cuenta se tiene que la accionante subrayó que el subsidio de incapacidad resulta ser el único ingreso que recibe para suplir las necesidades básicas de su hogar.

No menos relevante resulta que, según el dictamen de PCL aportado al expediente por la AFP en su réplica, revela que la paciente no cumple requisitos para obtener la pensión de invalidez, por lo cual "...el pago de esas incapacidades debe realizarse, incluso, después de que se realice el dictamen de pérdida de capacidad laboral, 'hasta que el médico tratante emita un concepto en el que se determine que la persona está en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %.'..."⁷, nótese que conforme ha precisado la Corte Constitucional "...el pago de incapacidades no puede suspenderse cuando se realiza el examen de pérdida de capacidad laboral, sino hasta el momento en que la persona pueda reintegrarse a su puesto de trabajo o en su defecto le sea reconocida pensión de invalidez..."⁸. Así las cosas, se accederá a la solicitud de amparo solicitado, por ende, se dispondrá el pago de las incapacidades que se alegó se encuentran en mora y de las que se causen hasta el día 540.

Decisión

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Bogotá, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

Primero: Conceder la protección constitucional invocada por Kelly Julieth Vanegas Márquez, por las motivas expuestas.

Segundo: Ordenar al Representante Legal de la AFP PORVENIR y/o quien haga sus veces que en el término de 48 horas contadas desde que se le notifique esta decisión, autorice y pague a la accionante las incapacidades laborales causadas entre el día 181 y 540, **siempre y cuando las incapacidades expedidas cumplan los requisitos legales de presentación y trámite.**

Tercero: Notificar esta decisión por el medio más expedito.

Cuarto: Remitir el expediente a la Corte Constitucional para surtir la revisión, si el fallo no es impugnado.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-698/14.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-008/18.

⁸ *Ibidem*.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TREINTA Y UNO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

Quinto: Advertir a la tutelada que, si bien este fallo es susceptible de impugnación, su cumplimiento es perentorio, so pena de las sanciones previstas en el art. 52 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE