



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SETENTA Y UNO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ
(JUZGADO CINCUENTA Y TRES DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA
MÚLTIPLE TRANSITORIO – ACUERDO PCSJA 18-11127)

Bogotá D.C., 6 de abril de 2021
Acción de tutela N° 2021-0234

Se decide la acción de tutela interpuesta por **JOSÉ RICARDO BARATO** contra **AFP PROTECCIÓN**, tramite en el cual se vinculó a Juan Barreto Talleres S.A., Fondo de Pensiones Protección, ARL Sura, Superintendencia Nacional de Salud, Ministerio de Salud y Protección Social y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Salud – ADRES.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que, en salvaguarda de los derechos a la vida digna y al mínimo vital, los cuales considera vulnerados por la AFP Protección, en consecuencia, solicita que se le ordene *i)* pagar las incapacidades expedida por el galeno tratante, *ii)* informar de forma clara y precisa las razones por las cuales se le niega el pago de las incapacidades.

Como sustento de sus pretensiones adujo en síntesis que es cotizante a la seguridad social en pensión y salud, toda vez que ha laborado constantemente durante toda su vida.

Manifiesta que a raíz de diversos exámenes médicos fue diagnosticado con una serie de enfermedades de origen común, motivo por el cual se le iniciaron algunos tratamientos e intervenciones quirúrgicas.

Agrega que su médico tratante le ha generado incapacidades médicas cada treinta (30) días por un periodo de doce (12) meses continuos, de las cuales solo han reconocido para pago ocho (8) de estas.

Expone que la EPS Salud Total le informó que su concepto de rehabilitación no era desfavorable, motivo por el que ellos no tenían ninguna responsabilidad con la continuidad del pago de las incapacidades médicas.

Precisa que realizó un requerimiento a su ARL Sura, quienes efectuaron el reconocimiento y pago de esas incapacidades, pero le indicaron igualmente que ellos no tenían obligación de hacer dichos pagos, puesto que la enfermedad no era de origen laboral.

Señala que posteriormente se dirigió al Fondo de Pensiones Protección con la finalidad de solicitar el pago de las incapacidades, a través de la modalidad de subsidio económico que la entidad otorga por enfermedad, pero que desafortunadamente no fue atendida su solicitud, teniendo en cuenta que aún tenía programada una cirugía y ello imposibilitaba que fuese valorado por pérdida de capacidad laboral y, estudiar un reconocimiento del pago de incapacidades.

Manifiesta que conforme a la información que le suministró el Fondo de Pensiones, quienes tienen que asumir el pago de las incapacidades que por enfermedad le han expedido es su empleador y la EPS Salud Total.

Finalmente, indica que debido su situación se ve obligado a acudir a este mecanismo para que no se le sigan vulnerando sus derechos fundamentales al mínimo vital y vida digna.

II. DERECHOS PRESUNTAMENTE VULNERADOS

Aduce el actor la violación de sus derechos fundamentales al mínimo vital y vida digna.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida el 18 de marzo de 2021 y notificada en debida forma a todos los intervinientes.

IV. CONTESTACIÓN A LA TUTELA

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD: alega la falta de legitimación en la causa por pasiva y solicita su desvinculación de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela, teniendo en cuenta que las alegadas transgresiones de los derechos fundamentales del actor no devienen de una acción u omisión atribuible a ellos.

Manifiesta que las EPS como aseguradoras en salud son las responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud, pues el aseguramiento en salud, exige que el asegurador (E.P.S.) asume el riesgo transferido por el usuario.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.:

Indicó que el señor José Ricardo Barato presenta afiliación al fondo de pensiones obligatorias administrado por esa entidad desde el 20 de agosto de 2014, así mismo, señala que respecto a los hechos que fundamentan la presente acción de tutela, Salud Total E.P.S. remitió a esa administradora concepto de rehabilitación con pronóstico desfavorable el 9 de septiembre de 2020.

Que de acuerdo con lo anterior, al contar el accionante con pronóstico desfavorable de recuperación, Protección no se encuentra obligada al pago de las incapacidades del accionante, sino que esa administradora debe proceder con la calificación de la merma de capacidad laboral, en los términos del art. 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 142 del Decreto 19 de 2012.

Enfatiza que esa entidad no se encuentra obligada al pago de las incapacidades del señor Barato, toda vez que el mismo no cuenta con pronóstico favorable de rehabilitación y la obligación en cabeza de Protección solo surge cuando se cuenta con pronóstico favorable.

Aduce que en el hipotético caso en que se determine que Protección S.A. se encuentra obligada al pago de alguna incapacidad del accionante, debe tenerse en cuenta que la E.P.S. Salud Total haya remitido antes del día 180 el concepto de rehabilitación y de no ser así, tener en cuenta la fecha de remisión del mismo para determinar la fecha del pago.

Añade que la presente acción no está llamada a prosperar, por lo menos en lo que concierne a Protección S.A., toda vez que se encuentra demostrado que no ha vulnerado derecho fundamental alguno del peticionario.

Así mismo manifiesta que esa entidad procedió con la calificación de pérdida de capacidad laboral del mismo, razón por la cual, esa administradora a través de la comisión médico laboral procedió a emitir dictamen de pérdida de la capacidad laboral, la cual arrojó que el accionante tenía una pérdida de capacidad del 25.55% de origen común y fecha de estructuración del 29 de diciembre de 2020, frente al cual no se presentó ningún tipo de recurso, razón por la que el mismo quedó en firme y no procedería la radicación de prestación económica por invalidez.

Finalmente, considera que esa administradora de fondos de pensiones y cesantías ha obrado de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales, razón por la cual no se ha configurado desconocimiento de alguno de los derechos fundamentales del actor y por lo tanto solicita se denieguen las pretensiones respecto a estos.

SALUD TOTAL E.P.S.: Indicó que canceló las incapacidades hasta el día 180, correspondiéndole al Fondo de Pensiones asumir el pago de las incapacidades a partir del día 181 en adelante; así mismo, precisa que una vez contó con las incapacidades suficientes para generar el concepto de rehabilitación integral, realizó la gestión pertinente remitiendo este a Protección S.A.

Aduce que Protección debe informar las razones por las cuales no ha realizado calificación de pérdida de capacidad laboral del protegido, pues cuenta con concepto de rehabilitación integral desfavorable emitido por su entidad, lo que indica que el protegido es candidato a pensión de invalidez.

Asegura que el señor José Ricardo Barato actualmente se encuentra vinculado a esa entidad como cotizante independiente, sin embargo, la acción de tutela no es dirigida contra Salud Total E.P.S., puesto que no es la entidad quien está afectando los derechos fundamentales del accionante, razón por la que considera que no le asiste legitimación en la causa por pasiva.

ARL SUR: Señalo que el accionante cuenta con cobertura de afiliación por parte de ARL Sura desde el 10 de marzo de 2016 y que a la fecha no cuenta con expedientes de contingencia laboral en esa entidad, que tampoco se han recibido notificaciones de eventos de origen laboral realizados por las demás entidades que integran la seguridad social, de allí que las patologías por las cuales le han otorgado incapacidades temporales, se presumen de origen común.

Adicionalmente adujo que al no evidenciarse vulneración de los derechos del accionante por parte de esa administradora, solicita su desvinculación en la presente acción de tutela.

JUAN BARRETO TALLERES S.A.S.: Indicó a través de su representante legal que el accionante fue vinculado laboralmente a esa empresa desde el 2 de febrero de 2016, data desde la cual se encuentra afiliado a ARL Sura, Salud Total E.P.S. y a la AFP Protección S.A.

Que a pesar de la paralización total de la actividad económica de la empresa como consecuencia de la pandemia, continua asumiendo su responsabilidad patronal de pagos de orden parafiscal y seguridad social integral.

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES: relata que no es función de estos reconocer el pago de incapacidades inferiores a 540 días, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva.

Adiciona que deberá darse observancia a los art. 1° del Decreto 2943 de 2013, art. de la Ley 100 de 1993 y el art. 67 de la Ley 1753 de 2015, los cuales establecen de forma precisa que entidades deben asumir el pago de una incapacidad, teniendo en cuenta la duración de esta.

Las demás entidades vinculadas permanecieron silentes frente al requerimiento efectuado por el Despacho.

V. CONSIDERACIONES

1. De la competencia

Es competente este despacho judicial para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en el artículo 86 constitucional, en armonía con las normas contenidas en el Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Corresponde determinar i) si procede la acción de tutela contra particulares, ii) específicamente si es viable para resguardar los derechos al mínimo vital y vida digna y, de ser el caso, iii) si es procedente ordenar a Protección S.A. pagar las incapacidades médicas expedidas al señor José Ricardo Barato con ocasión a la patología que padece.

3. Caso concreto

El juzgado observa que el asunto sometido a su consideración tiene su origen en la renuencia de la Administradora Protección S.A. respecto al pago de las incapacidades médicas expedidas al señor José Ricardo Barato por el galeno tratante.

En virtud de lo anterior, es preciso indicar que la acción de tutela fue consagrada como un mecanismo judicial excepcional para la protección de derechos fundamentales, cuando los mismos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública, o por un particular en determinadas circunstancias.

Procede excepcionalmente para resolver reclamaciones de naturaleza laboral cuando: *“(i) la falta de cumplimiento del empleador pone en peligro derechos constitucionales fundamentales, (ii) afecta a personas las cuales, de conformidad con la voluntad de las y los Constituyentes de 1991, merecen una especial protección del Estado”* (Corte Constitucional sentencia T-916/06 M.P Humberto Antonio Sierra Porto). Para tal efecto, téngase en cuenta el artículo 13 superior brinda especial protección a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta:

“...las personas en condición de discapacidad, son sujetos de especial protección constitucional, y en esta medida el Estado les debe garantizar la protección de sus derechos fundamentales, sobre todo cuando se trata de la vida, la seguridad social y el mínimo vital, entre otros”¹.

Asimismo, la corporación en cita ha sido más garantista al ampliar el concepto de discapacidad y por lo tanto, se llegó a afirmar que dentro del grupo que conforman estos sujetos de especial protección, se encuentran inmersos no solo aquellos que sufren algún grado de invalidez (calificación porcentual), sino también las personas que padezcan algún deterioro o disminución en su salud que dificulta el desempeño en su labor.

Si bien y como se indicó inicialmente, el artículo 86 constitucional dispone el carácter subsidiario de la acción de tutela, esto es, que la misma procede cuando el afectado no dispone de otros medios de defensa judicial, o de existir carecen de eficacia en la protección sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados, puede operar como un medio transitorio para evitar un perjuicio irremediable²; para lo cual se requiere la concurrencia de diversos factores en la situación fáctica que son enunciados por la Corte Constitucional de la siguiente manera: *“la inminencia, que exige medidas inmediatas, la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales”³.*

En otras palabras, la jurisprudencia constitucional ha hecho especial énfasis en que las controversias sobre acreencias laborales, siendo el tema que nos atañe, se deben resolver dentro de su respectiva jurisdicción, salvo para evitar el ya descrito perjuicio irremediable que afecta el derecho fundamental al mínimo vital.

Igualmente, la presente acción se torna procedente para obtener el pago de incapacidades en las siguientes circunstancias, a saber: 1) cuando constituyen el único medio de subsistencia de quien las reclama; 2) al verse el afectado en la obligación de reincorporarse sin cumplir el tiempo de incapacidad ante la ausencia de pagos, vulnerándose así su derecho a la salud; 3) La EPS no paga la incapacidad excusándose en el no pago oportuno de los aportes⁴.

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero señalar que, la presente acción de tutela resulta procedente, toda vez que la accionante es sujeto de especial protección constitucional en virtud de su estado actual de salud que ha causado la expedición de una serie de incapacidades, al punto que aún hasta el pasado mes de febrero de

¹Sentencia T-485 de 2010. M.P Juan Carlos Henao Pérez.

²T-765/10, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

³T-225 de 1993. MP Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴T-1242 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

2021 se le han expedido de forma continua incapacidades, las cuales a la fecha superan los 420 días, ello a pesar de que haya sido calificado con una pérdida de capacidad laboral del 25.55% por la Comisión Médico Laboral de la Administradora Protección S.A.

A lo anterior, súmese el hecho de que se presume la afectación del derecho fundamental al mínimo vital del libelista, habida cuenta que el quejoso ha sido incapacitado desde el 14 de diciembre de 2019 hasta el pasado 14 de febrero de 2021 de forma continua y, con ello se entorpece la obtención de ingresos económicos para su sustento y de su núcleo familiar.

Efectuadas las precisiones anteriores, memórese que de acuerdo a lo sintetizado por la H. Corte Constitucional en su jurisprudencia⁵, las incapacidades causadas del día 3 al 180 estaban a cargo de la EPS (art. 41 de la Ley 100 de 1993), del día 181 hasta el 540 deben ser asumidas por el Fondo de Pensiones (art. 41 de la Ley 100 de 1993 y, del día 541 en adelante es obligación de la EPS su reconocimiento y pago (art.67 de la Ley 1753 de 2015). En este último evento hasta que cese la emisión de incapacidades en favor del actor por constatarse su rehabilitación y, posibilidad de reincorporación a la vida laboral, o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %.

En este orden, de la revisión del plenario, puntualmente del certificado de incapacidades expedidas a favor del señor José Ricardo Barato que aportó Salud Total E.P.S, halló esta sede judicial que la negativa del fondo de pensiones en reconocer y pagar las prestaciones solicitadas dentro del presente trámite constitucional y, que superan los 180 días continuos pero sin ser mayor a los 540, desconoció sus derechos fundamentales, por cuanto no son de recibo los argumentos atinentes a que al emitirse concepto de rehabilitación **desfavorable** no hay derecho al pago de incapacidades, puesto que la jurisprudencia ha sido enfática al expresar que *“(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”*⁶.

Por lo tanto, en consonancia con lo anterior, a la AFP accionada corresponde reconocer y pagar las incapacidades causadas desde el día 181 – 6 de julio de 2020 – hasta el 14 de febrero de 2021, ya que a partir de esta data, de reunirse los requisitos legales, sería del caso reconocer y pagar una eventual pensión de invalidez, o en su defecto, la prestación a que haya lugar.

Así entonces, en los términos expuestos se accederá al amparo suplicado, por cuanto en el *sub exámine* se encuentran demostrados los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para la procedencia de la acción de tutela y, proteger la garantía fundamental

⁵ Sentencia T – 161 de 2019 entre otras.

⁶ Ver sentencia T – 401 de 2017.

al mínimo vital y vida digna en razón a que resulta imprescindible el amparo constitucional en dicho sentido para evitar un perjuicio irremediable.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Juzgado Setenta y Uno Civil Municipal de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONCÉDESE el amparo tutelar solicitado por el señor **JOSÉ RICARDO BARATO**, por las razones ya expuestas.

Como consecuencia, **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A** por intermedio de su representante legal o quién haga sus veces, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta providencia, cancele de conformidad con la parte motiva de esta providencia, las incapacidades laborales del accionante desde el 6 de julio de 2020 hasta el 14 de febrero de 2021.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta providencia a las partes por el medio más expedito, advirtiéndoles que toda comunicación debe remitirse al correo electrónico del juzgado únicamente, como consecuencia de las medidas transitorias que adoptó el Consejo Superior de la Judicatura para la prevención y control de contagio del COVID-19 de servidores judiciales y usuarios de la Rama Judicial.

TERCERO: Si no fuere impugnado éste proveído, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, en su oportunidad **REMÍTASE** la actuación a la Honorable Corte Constitucional, a efectos de su eventual revisión. (Art. 33 del Decreto 306 de 1992).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



ROCÍO CECILIA CASTILLO MARIÑO

JUEZ

R.R.