



Juan de Acosta (Atlántico), seis (6) de julio de dos mil veintiuno (2021).

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 08-372-40-89-001-2021-00096-00

ACCIONANTE: GABRIEL ALBERTO MOLINARES CHARRIS.

ACCIONADO: E.P.S FAMISANAR S.A.S y A.F.P PORVENIR S.A.

Procede este Despacho a pronunciarse en primera instancia, sobre la acción de tutela instaurada por GABRIEL ALBERTO MOLINARES CHARRIS, a través de apoderado, para que se le garantice sus derechos constitucionales de dignidad humana, seguridad social, salud y mínimo vital. La acción fue radicada en este Juzgado, el 24 de junio de 2021, por medio del correo institucional de este Despacho.

I. ANTECEDENTES

HECHOS

Los hechos en que se fundamentan las anteriores pretensiones, se encuentran relacionadas a folio 1 del expediente y se sintetizan, así:

Que el accionante se encuentra afiliado al sistema de seguridad social en salud a la E.P.S FAMISANAR S.A.S.; y en pensiones a AFP PORVENIR S.A.

Adujo, que el 22 de julio de 2020, ingresó a la Clínica General del Norte, remitido desde el hospital del Municipio de Juan de Acosta (Atlántico) por cuadro de dolor y aumento del perímetro abdominal con cuadro clínico de aproximadamente 4 días de evolución, por lo que luego de estudios de imágenes realizados, le diagnosticaron un tumor maligno del tejido conjuntivo y tejido blando del AB tipo principal.

Que por motivos del tratamiento médico, le fueron expedidas varias incapacidades, las cuales fueron canceladas inicialmente por la EPS FAMISANAR S.A.S.

Aseguró que, el 15 de marzo de 2021, la EPS FAMISANAR S.A.S. mediante dictamen No 4712870, determinó un porcentaje del 71.40% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración 13 de enero de 2021; encontrándose éste en firme.

En fecha 1 de noviembre de 2020, la EPS FAMISANAR S.A.S. emitió concepto desfavorable de rehabilitación para AFP.

Afirmó que procedió a realizar la radicación de las siguientes incapacidades otorgadas por 30 días cada una, en la EPS FAMISANAR S.A.S: No. 0007867994 desde 18 de diciembre de 2020 hasta 16 de enero de 2021. No. 0007898262 desde 17 de enero de 2021 hasta 15 de febrero de 2021. No 0008060978 desde 16 de febrero de 2021 hasta 17 de marzo de 2021. No 0008060990 desde 17 de abril de 2021 hasta 16 de mayo de 2021. No 0008131854 desde 17 de mayo de 2021 hasta 15 de junio de 2021. No 0008177843 desde 16 de junio de 2021 hasta 15 de julio de 2021.

Alegó que a la fecha de presentación de la Tutela tanto la EPS FAMISANAR S.A.S, como la AFP PORVENIR S.A, no se han dignado en realizar el pago de las incapacidades. Adujo

*Calle 6 No. 6 – 59 – PBX: 3885005, Extensión 6033
j01prmpaljuandecosta@cendoj.ramajudicial.gov.co
Juan de Acosta – Atlántico. Colombia*



que tiene a su cargo su hija menor siendo imperioso para el recibir el pago de dichas incapacidades

II. ACTUACIÓN PROCESAL

Siendo asignado a este Juzgado por reparto el conocimiento del asunto, mediante auto del veinticuatro (24) de junio de 2021, se avocó el conocimiento admitiendo la solicitud de amparo constitucional, ordenando a la accionada y a las vinculadas que se pronunciaron sobre los hechos y pretensiones de la demanda, y se ordenaron las notificaciones de rigor.

A. INTERVENCIÓN DE LA ACCIONADA Y LOS VINCULADOS.

A.F.P PORVENIR S.A.

La Dra. DIANA MARTÍNEZ CUBIDES quien funge como Directora de Acciones Constitucionales de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., rindió el informe solicitado por el Despacho en los siguientes términos:

A su juicio, el accionante no tiene derecho al pago de incapacidades por tener concepto desfavorable de rehabilitación, siendo procedente, a su parecer, la calificación de la pérdida de su capacidad laboral.

Adujo, que de conformidad con lo establecido en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, es la EPS FAMISANAR S.A.S. la entidad que debe asumir el pago de incapacidades hasta la fecha de expedición del concepto de rehabilitación integral obligatorio.

Por otra parte, manifestó que el accionante no ha realizado las diligencias necesarias en pro de que se realice su calificación de pérdida de la capacidad laboral (P.C.L), que por tanto no puede beneficiarse de su propia culpa.

Aseveró, que la entidad que preside no ha sido notificada del dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral (P.C.L) iniciado por E.P.S FAMISANAR S.A.S., Teniendo en cuenta lo anterior EPS FAMISANAR S.A.S., a su parecer, omitió su deber legal de notificar en debida forma el mismo, violando el Derecho de defensa y contradicción así como el debido proceso la Sociedad Administradora.

Al final, solicitó al Despacho denegar o declarar improcedente la acción de tutela respecto de PORVENIR S.A., y que en su lugar se conmine al accionante a radicar la documentación para la calificación de su pérdida de la capacidad laboral.

III. CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

El problema jurídico que se debe resolver por parte del Despacho para determinar si en el caso bajo estudio se han vulnerado los derechos fundamentales alegados por el accionante en el libelo de tutela, se sintetiza en el siguiente interrogante:

*Calle 6 No. 6 – 59 – PBX: 3885005, Extensión 6033
j01prmpaljuandeacosta@cendoj.ramajudicial.gov.co
Juan de Acosta – Atlántico, Colombia*



- 1) Se configura violación a los derechos fundamentales a la dignidad humana, seguridad social, salud y mínimo vital del accionante GABRIEL ALBERTO MOLINARES CHARRIS, por parte de las accionadas E.P.S FAMISANAR S.A.S y AFP PORVENIR S.A., ante la falta de pago de las de incapacidades referenciadas por el accionante.

COMPETENCIA

Corresponde al Juzgado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, Decretos Reglamentarios 2591 de 1991 (Art. 37), decreto 306 de 1992, decreto 1382 del 2000, decreto 1983 de 2017 y 333 de 2021, resolver la presente ACCION DE TUTELA, instaurada por GABRIEL ALBERTO MOLINARES CHARRIS, contra E.P.S FAMISANAR S.A.S y AFP PORVENIR S.A., para que se le proteja sus derechos constitucionales de dignidad humana, seguridad social, salud y mínimo vital.

IV. CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Carta Fundamental instituyó la acción de tutela para que todas las personas que consideren violados sus derechos fundamentales puedan reclamar ante los Jueces, en cualquier momento y lugar, la protección inmediata de los mismos, o cuando los vean amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares encargados en los casos contemplados en la misma Carta o en la ley.

Es pues, un mecanismo breve y sumario al alcance de todos los individuos, que tiene prelación sobre cualquier otro que se tramite en el despacho, a excepción del Hábeas Corpus, pues debe resolverse perentoriamente en un término de diez días en primera instancia y tiene entre sus principios la publicidad, la prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.

Debe observarse, que la norma superior no hizo distinción sobre la clase de individuos que podían accionar, de tal manera que este derecho está en cabeza de cualquier persona, natural o jurídica, y en el caso que nos ocupa el aquí accionante es de la segunda de las mencionadas estirpes, por lo que este Juzgado entrará a estudiar si se han violado por la encartada los derechos fundamentales de la entidad actora, teniendo en cuenta los medios suasorios arimados al paginario.

De otro lado, se tiene que este juzgado es competente para conocer de esta acción constitucional, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1983 de 2017, y las normas que lo complementan.

Por lo anterior, es dable afirmar que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, el derecho de petición se concreta con la respuesta clara, congruente, concisa y de fondo a lo solicitado, y cuando además se cumple con la obligación de notificar al peticionario sobre la contestación emitida por la entidad.

De lo anterior se colige que la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de fijar el sentido y alcance del derecho de petición. Como consecuencia de ello, ha reiterado que las peticiones respetuosas presentadas ante las autoridades o ente particulares, deben ser resueltas de manera oportuna, completa y de fondo, y no limitarse a una simple respuesta formal.

Partiendo de lo descrito precedentemente, y, teniendo en cuenta la naturaleza y alcance de éste derecho, tenemos que su núcleo fundamental está constituido por: i) El derecho

*Calle 6 No. 6 – 59 – PBX: 3885005, Extensión 6033
j01prmpaljuandeaacosta@cendoj.ramajudicial.gov.co
Juan de Acosta – Atlántico. Colombia*



que tiene el peticionario a obtener una respuesta de fondo, clara y precisa y, ii) La pronta respuesta de parte de la autoridad solicitada. Por esto, resulta vulnerada esta garantía si la administración omite su deber constitucional de dar solución oportuna y de fondo al asunto que se somete a su consideración¹.

CASO EN CONCRETO

Descendiendo al caso que ocupa la atención del despacho, tenemos que en efecto el promotor de la presente acción de amparo señor GABRIEL ALBERTO MOLINARES CHARRIS, la interpuso con la finalidad de que se le garantice sus derechos fundamentales a la dignidad humana, seguridad social, salud y mínimo vital, y se ordene a las entidades accionadas, a saber, E.P.S FAMILISANAR S.A.S y AFP PORVENIR S.A., pagar las incapacidades pluricitadas.

De las documentales obrantes en el expediente, los hechos consignados en el escrito introductorio, los informes presentados; colige el despacho de manera diáfana que fueron reconocidas al actor unas incapacidades que se encuentran insolutas. En igual sentido fue probada la invalidez del accionante, por medio del dictamen de pérdida de capacidad laboral de calendas 15 de marzo de 2021 el cual determinó como fecha de estructuración de la invalidez el día 13 de enero de 2021.

A criterio del despacho es procedente ordenar el pago de las incapacidades que a continuación se relacionan: No. 0007867994 desde 18 de diciembre de 2020 hasta 16 de enero de 2021. No. 0007898262 desde 17 de enero de 2021 hasta 15 de febrero de 2021. No 0008060978 desde 16 de febrero de 2021 hasta 17 de marzo de 2021. No 0008060990 desde 17 de abril de 2021 hasta 16 de mayo de 2021. No 0008131854 desde 17 de mayo de 2021 hasta 15 de junio de 2021. No 0008177843 desde 16 de junio de 2021 hasta 15 de julio de 2021; debido a las múltiples patologías sufridas por el señor MOLINARES CHARRIS (sarcoma de Ewing Retoperitoneal estadio IV-Hígado, carcinomatosis, entre otras), situación que lo convierte sin lugar a dudas en un sujeto de especial protección constitucional por sus condiciones especialísimas, las cuales requieren de la intervención inmediata del Juez de Tutela con el ánimo de evitar un perjuicio irremediable y que se sigan soslayando los derechos fundamentales a la dignidad humana, seguridad social, salud y mínimo vital del accionante, máxime cuando el mismo tiene a su cargo a su hija menor de edad.

De otra arista, el criterio esbozado por la administradora de Fondo de Pensiones AFP PORVENIR S.A., donde afirma que el accionante no tiene derecho al pago de incapacidades por tener concepto desfavorable de rehabilitación, procediendo en su caso, a su parecer, la calificación de la pérdida de su capacidad laboral; fue desvirtuado por la Corte constitucional. Sobre este tópico se refirió en la sentencia **T401 de 2017** en los siguientes términos:

"21. Es pertinente señalar que, respecto de las incapacidades que persisten y superan el día 181, se han suscitado debates en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios generados y a la exigibilidad de los mismos, en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, en virtud del Decreto 2463 de 2001.

¹ Corte Constitucional, T-139 de 2017



Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador²², ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, como se expondrá a continuación.

Respecto del concepto favorable de rehabilitación conviene destacar que, conforme al Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda. No obstante, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

22. Es necesario enfatizar en 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 trabajador²³.

La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto indica que el objetivo de dicha norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. Por tanto, se otorga un margen de espera y propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad. Durante este período, el Legislador dispuso que los subsidios de incapacidad estuvieran a cargo de las AFP.

Desde esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico.

23. 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 caso²⁴.

Así mismo, de acuerdo con la normativa citada, el fondo de pensiones podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS²⁵, una vez disponga del concepto favorable de rehabilitación. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador²⁶.

24. Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, "el empleador debe proceder a reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello"²⁷.

No obstante lo anterior, es factible que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez y a habérsele dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral,



inferior al 50%. Por tanto, es indispensable determinar cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe encargarse del pago de dichas incapacidades.

Al respecto, cabe indicar que la norma legal referida no prevé expresamente la entidad que tiene a cargo los subsidios de incapacidad posteriores al día 180 cuando existe concepto desfavorable de rehabilitación. Pese a ello, la jurisprudencia constitucional ha indicado que una de las entidades del SGSS debe asumir el subsidio de incapacidad en estos casos pues la indeterminación legal no es una carga que deba ser soportada por el afiliado quien, por demás, se encuentra en situación de vulnerabilidad debido a sus condiciones de salud. Además, ello desconocería la igualdad en relación con los trabajadores afectados por enfermedades de origen laboral.

25. Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009 que las incapacidades de los afiliados que reciben un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones.” (negritas propias de la Corte).

Ahora, es imperante para el despacho resolver a qué entidad le corresponde el cumplimiento de la obligación de conformidad con el caso concreto y el marco normativo que se encuentra vigente en la actualidad.

Cabe resaltar que la Corte Constitucional en sentencia T- 161/19 dispuso lo siguiente:

“Ahora bien, respecto al reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como los auxilios por incapacidad, esta Corporación ha señalado que, en principio, no procede la acción tutela. Ello, por cuanto el conocimiento de ese tipo de solicitudes implica la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces desborda las competencias del juez constitucional.

En efecto, el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó en cabeza de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, la competencia para resolver “las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos”.

Por su parte, la Ley 1438 de 2011 en el literal g de su artículo 126 prevé un trámite administrativo ante la Superintendencia Nacional de Salud, donde se establece, dentro de las funciones jurisdiccionales que tiene dicho órgano de control, “conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

*No obstante lo anterior, en lo que se relaciona específicamente con el reconocimiento de incapacidades, **este Tribunal ha reconocido la procedencia de la acción de tutela por considerar que el no pago de dicha prestación económica desconoce no sólo un derecho de índole laboral, sino también, supone la vulneración de otros derechos fundamentales habida cuenta de que en muchos casos, dicho ingreso constituye la única fuente de subsistencia para una persona y su núcleo familiar, siendo el amparo***



constitucional el medio más idóneo y eficaz para lograr una protección real e inmediata. En palabras de la Corte:

“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

Pues bien, en este caso tenemos que el accionante perdió un porcentaje considerable de capacidad laboral, esto es, un 71.40%. Debido a esto, lógicamente el señor GABRIEL MOLINARES CHARRIS, no puede trabajar, implicando esto un alto desmedro en su calidad de vida, funcional a la subsistencia del mismo. Además

de ello, el mencionado, cuenta con una hija menor de edad, por la que debe velar, es por ello que en concordancia con lo decantado por la jurisprudencia constitucional sub examine, resulta ajustado a derecho y a los preceptos constitucionales, otorgar en sede de tutela el reconocimiento de los pagos peticionados por el accionante, toda vez que hay preceptos, principios y derechos fundamentales en juego, tales como la salud, la dignidad humana y el mínimo vital.

A la luz de lo normado por el artículo en el decreto 2943 de 2013 y el decreto reglamentario 780 de 2016 corresponderá a partir del tercer (3°) día de incapacidad de origen común hasta el día 180 de la misma, el pago estará a cargo de la Empresa Promotora de salud, siendo este el rango en que se encuentra la sumatoria de los días de las seis incapacidades aportadas a éste trámite tutelar, encuentra el despacho que el pago de las misma deberá ser asumido por la **E.P.S FAMISANAR S.A.S.**, siendo esta última quien deberá asumir la obligación.

Vale la pena resaltar que respecto a la accionada E.P.S FAMISANAR S.A.S se le dio aplicación a la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del decreto 2591 de 1991, en cuenta que aquella no presentó el informe requerido por el despacho, haciéndose acreedor a dicha sanción procesal, esto es, tener por cierto los hechos expuestos en escrito introductorio.

Respecto a la entidad vinculada **CLÍNICA GENERAL DEL NORTE**, se ordenará la desvinculación del presente proceso, habida cuenta que se encuentra probado su falta de legitimación por pasiva en la misma, al limitarse sólo a la prestación material de los servicios de salud y no ser responsable de lo pretendido por el accionante.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Promiscuo municipal de Juan de Acosta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,



RESUELVE

PRIMERO. – TUTELAR los derechos fundamentales a la dignidad humana, seguridad social, salud y mínimo vital, del Señor **GABRIEL ALBERTO MOLINARES CHARRIS**, en consecuencia, **ORDÉNESE** a la accionada **E.P.S FAMISANAR S.A.S.**, pagar las incapacidades No. 0007867994 desde 18 de diciembre de 2020 hasta 16 de enero de 2021. No. 0007898262 desde 17 de enero de 2021 hasta 15 de febrero de 2021. No 0008060978 desde 16 de febrero de 2021 hasta 17 de marzo de 2021. No 0008060990 desde 17 de abril de 2021 hasta 16 de mayo de 2021. No 0008131854 desde 17 de mayo de 2021 hasta 15 de junio de 2021. No 0008177843 desde 16 de junio de 2021 hasta 15 de julio de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.-DESVINCLAR de la presente Tutela a la **CLÍNICA GENERAL DEL NORTE**, por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO. - NOTIFÍQUESE la presente decisión a las partes por el medio más expedito y eficaz.

CUARTO. - En caso de que este fallo no fuere oportunamente impugnado, la Secretaría remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, dentro del término de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ ANTONIO SASTOQUE FERNÁNDEZ DE CASTRO
JUEZ

En Virtud del Acuerdo PCSJA20-11521 del 11 de abril de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura, con ocasión del trabajo en casa para salvaguardar la salud de los servidores judiciales, la presente providencia tiene firma escaneada (autorizada por el Decreto Legislativo No 491 del 28 de marzo de 2020) y para garantizar la confiabilidad de su contenido a los destinatarios deberá ser notificada exclusivamente a través del e-mail Institucional del Despacho: j01prmpaljuandeacosta@cendoj.ramajudicial.gov.co