

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO

Bogotá, trece (13) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

I. OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Decidir la acción de tutela promovida por el ciudadano **CARLOS ANDRÉS GOYENECHÉ MONTENEGRO** contra **COMPENSAR EPS Y AFP COLFONDOS** por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la seguridad social y al mínimo vital.

II. HECHOS

El accionante informó que en el año de 2020 fue diagnosticado con *ARTRITIS PSORIÁSICA RELACIONADA CON ENTESITIS*, la cual es una enfermedad huérfana, crónica, progresiva y caracterizada por mucho dolor articular, rigidez, hinchazón, fatiga o cansancio y manchas rojas en la piel cubiertas de escamas que causan dolor. Manifestó que en razón a esta enfermedad se expidieron en su favor incapacidades consecutivas desde el 25 de mayo de 2020 hasta el 27 de noviembre de 2020, para un total de 186 días de incapacidad por enfermedad de origen común. Relató que el día 29 de septiembre de 2020 la EPS COMPENSAR expidió un concepto de rehabilitación desfavorable, frente al cual solicitó corrección por no haberse incluido la totalidad de las patologías sufridas.

Relató que en el lapso comprendido entre el 28 de noviembre de 2020 y el 04 de enero de 2021 no se expidieron incapacidades en su favor; por lo que, al haber transcurrido más de 30 días de esta interrupción no debe contarse como una prórroga sino como un nuevo conteo de

incapacidades. Arguyó que al constituirse dos conteos de incapacidades le corresponde a la EPS COMPENSAR asumir el reconocimiento y pago de los primeros 180 días de incapacidades de ambos acumulados y a la AFP del día 180 en adelante conforme a la ley.

El demandante aseveró que el actuar de la EPS COMPENSAR vulnera sus derechos fundamentales por: (i) negar a pagar las incapacidades correspondientes a los primeros 180 días del segundo conteo de incapacidades, (ii) expedir un certificado de incapacidad en el que consta como “no autorizado” el pago de las incapacidades, (iii) expedir un concepto de rehabilitación desfavorable a pesar de no haber iniciado el tratamiento. Por otro lado, respecto de la accionada AFP COLFONDOS, indicó que la vulneración se materializó por: (i) no haber pagado los días que exceden los primeros 180 días de incapacidad de ambos acumulados de incapacidades, y (ii) exigirle documentos que la ley no señala para el pago de las incapacidades. Por lo anterior radicó petición vía telefónica ante la AFP COLFONDOS el día 17 de septiembre de 2021, a lo cual le contestaron el día 21 de octubre de 2021 de forma vaga e incompleta.

Finalmente, subrayó que el actuar de COMPENSAR EPS y de la AFP COLFONDOS pone en riesgo su vida, su salud y la de su familia toda vez que es cabeza de hogar y no posee ingresos económicos suficientes que le permitan tener un nivel de vida digno, aunado al hecho de que la patología que sufre le representa costos elevados.

En consecuencia, solicitó:

1- Respecto de COMPENSAR EPS: (i) que proceda a reconocer y pagar las incapacidades que corresponden al periodo del 07 de enero al 05 de julio de 2021, (ii) que expida un nuevo concepto de rehabilitación con la inclusión de todas las patologías y señalando que el concepto de rehabilitación es favorable, teniendo en cuenta que el tratamiento hasta ahora está comenzando.

2- Respecto de la AFP COLFONDOS: (i) que proceda con el reconocimiento y pago de las incapacidades correspondientes al lapso comprendido entre el 22 de noviembre de 2020 y el 27 de noviembre de 2020, los cuales pertenecen al primer acumulado de incapacidades, y (ii) que proceda con el reconocimiento y pago de las incapacidades correspondientes al lapso comprendido entre el 4 de julio y el 21 de diciembre de 2021.

III. ACTUACIÓN PROCESAL Y RESPUESTA

El 29 de noviembre de 2021, se admitió la acción constitucional y se ordenó correr traslado de la demanda y sus anexos a **COMPENSAR EPS Y AFP COLFONDOS**, a fin de pronunciarse sobre la acción de tutela instaurada en su contra y se vinculó a la **EPS SANITAS** y **MINISTERIO DE TRABAJO**, para que informaran todas aquellas consideraciones que estimara pertinente respecto a los fundamentos del demandante para instaurar la presente acción.

Cada entidad realizó el siguiente pronunciamiento:

1.- El Apoderado General de **AFP COLFONDOS** contestó la acción de tutela, indicando que toda vez que el concepto de rehabilitación del accionante tiene pronóstico desfavorable no procede el estudio y reconocimiento de las incapacidades por él solicitadas; aseverando que lo que corresponde por ley es iniciar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral en miras a obtener una pensión de invalidez. Expuso que teniendo en cuenta ello la entidad procedió a solicitar al accionante los documentos requeridos para el proceso de calificación de PCL el día 30 de abril de 2021, documentos que el accionante no ha allegado. Adicionalmente indicó que para proceder con el trámite de calificación de PCL es la compañía de seguros Bolívar quien es la llamada a calificar en primera oportunidad al accionante y no la **AFP COLFONDOS**. Por lo anterior, solicitó declarar improcedente la acción de tutela puesto que no se puede predicar ninguna vulneración a los derechos fundamentales del accionante por parte de la AFP COLFONDOS.

2.-La Apoderada de **COMPENSAR EPS** indicó que la tutela no es mecanismo idóneo para dirimir el problema del accionante, toda vez que las incapacidades ya han sido pagadas a él por su empleador como se desprende del texto de tutela, por lo que no puede hablarse de un daño al mínimo vital. Argumentó que la acción de tutela es procedente para dar protección inmediata a los derechos fundamentales de las personas, lo cual no ocurre en el caso en particular pues éste ha tenido su ingreso mensual correspondiente a las incapacidades, y solo pretende que se le reconozca el pago a su empleador.

No obstante, manifestó que la EPS ya procedió al pago de las incapacidades al empleador correspondientes al segundo conteo, ya que entiende y es consciente de la normatividad aplicable y los eventos en que se genera una interrupción de la prórroga de las incapacidades. Respecto del concepto de rehabilitación indicó que procederá a revisar el caso en particular, identificar si en efecto falta alguna patología por incluirse o si por el contrario el concepto se ajusta a la ley, para lo cual se comunicará con el usuario en su debido momento una vez revisados estos conceptos. Por lo anterior, solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela en relación con COMPENSAR EPS y en consecuencia se proceda a su desvinculación, toda vez que la entidad no ha incurrido en ninguna acción u omisión que vulnere los derechos fundamentales del accionante.

3.- La Asesora Jurídica del **MINISTERIO DEL TRABAJO** hace un recuento legislativo y jurisprudencial de las normas aplicables al caso en particular, en particular la ley 100 de 1993 y sus reglamentaciones. Explicó Manifiesta que el accionante cuenta con medios ordinarios de defensa ofrecidos por el ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos, lo que pone en entredicho la procedencia de la tutela en virtud del principio de subsidiariedad. Argumentó que la entidad que representa no ha vulnerado ni puesto en peligro ningún derecho fundamental del accionante, por lo que solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela y sea exonerado de responsabilidad alguna en el presente trámite.

4) El Representante Legal de **EPS SANITAS** aclaró que su vinculación al presente trámite obedece a su condición de empleador del señor **CARLOS ANDRÉS GOYENECHÉ**, manifestando que el contrato de trabajo está vigente y por lo tanto se han hecho en debida forma los aportes a seguridad social, por lo que corresponde a las entidades accionadas responder por las erogaciones derivadas de los riesgos de origen común.

Arguyó la EPS que no puede pronunciarse a favor o en contra de las pretensiones del accionante relacionadas en la acción de tutela puesto que si bien sostiene una relación laboral con el demandante desconoce las circunstancias fácticas y jurídicas que dieron origen a la tutela, toda vez que son hechos atribuibles a terceros y no se entiende cuál es la vulneración que se le endilga a su entidad. Por lo anterior, solicitó al despacho desvincular del trámite de tutela a la **EPS SANITAS** habida cuenta que no se ha vulnerado ningún derecho fundamental del accionante.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

La tutela es un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces y que permite a cualquier persona requerir la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estima han sido vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o de los particulares de manera excepcional, con el fin de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política.

4.1. Problema jurídico

Compete establecer si en este caso la **EPS COMPENSAR** y la **AFP COLFONDOS** vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital del señor **CARLOS ANDRÉS GOYENECHÉ MONTENEGRO** o si por el contrario las entidades accionadas han actuado conforme a la ley.

4.2. Procedibilidad

- **Legitimación Activa**

De conformidad con el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser ejercida i) directamente por la persona afectada o a través de representante, ii) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales, iii) mediante agencia oficiosa cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud.

En el presente evento, se satisface la primera de las posibilidades dado que el accionante actúa de manera directa en defensa de sus derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social.

- **Legitimación Pasiva**

Según lo establecido en los artículos 1, 5, y el numeral 2 del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y contra particulares, en este evento, la **AFP COLFONDOS** y la **EPS COMPENSAR** son entidades particulares frente a las cuales se alega la vulneración de derechos fundamentales, por tanto, están legitimadas para actuar como parte pasiva.

- **Inmediatez**

La acción de tutela fue presentada el 29 de noviembre de 2021, fecha que resulta razonable, si se tiene en cuenta que el accionante se encuentra incapacitado hasta el día de hoy por lo que se encuentra vigente la situación que configura la presunta vulneración.

- **Subsidiariedad**

El artículo 86 de la Carta Política establece que la acción de tutela "sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa

judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". Esta disposición es desarrollada por el artículo sexto del Decreto 2591 de 1991, que ratifica la procedencia de la acción de tutela cuando las vías ordinarias no tengan cabida o cuando no resulten idóneas para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Ahora bien, respecto a la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social se debe establecer si la tutela es el medio idóneo y eficaz, hecho que será estudiado con posterioridad en el ítem siguiente.

4.3 Caso Concreto

El señor **CARLOS ANDRÉS GOYENECHÉ MONTENEGRO** presentó acción constitucional de tutela contra **AFP COLFONDOS** y la **EPS COMPENSAR** argumentando que las entidades accionadas vulneraron sus derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital.

En atención que **EPS COMPENSAR:** (i) No reconoce y paga las incapacidades que le corresponden relativas al periodo de tiempo comprendido entre el 07 de enero de 2021 y el 05 de julio de 2021 y, (ii) no se ha expedido un concepto de rehabilitación desfavorable sin haber incluido la totalidad de las patologías, indicando además que él lo había solicitado sin ser eso cierto.

Por otro lado, **AFP COLFONDOS:** (i) no ha reconocido y pagado las incapacidades expedidas entre el 22 y el 27 de noviembre de 2020 correspondientes al primer acumulado de incapacidades, (ii) no ha reconocido y pagado las incapacidades expedidas en su favor a partir del día 180 correspondiente al segundo acumulado de incapacidades y, (iii) se le exigió los documentos y requisitos que la ley no indica para el pago de incapacidades tales como son historia clínica, autorizaciones, y un concepto favorable de rehabilitación.

Se analizará en concreto la situación de cada una de las accionadas:

En primer lugar, se tiene que el accionante pretende de **COMPENSAR EPS** que asuma el reconocimiento y pago de las incapacidades expedidas en su favor desde el 07 de enero de 2021 al 05 de julio de 2021, las cuales ya fueron pagadas por su empleador **SANITAS EPS**.

Al respecto, **COMPENSAR EPS** al contestar la acción de tutela manifestó que en aras de ser consciente de la normatividad colombiana aplicable al caso y entendiendo los eventos en los que se genera la interrupción de la prórroga de incapacidades, procedió a pagar las incapacidades y adjuntó un pantallazo en el que certifica el pago de las siguientes:

- 1.- Incapacidad No. 12244835 del 17 de junio de 2021 al 03 de julio de 2021.
- 2.- Incapacidad No. 20304687 del 02 de junio de 2021 al 16 de junio de 2021.
- 3.- Incapacidad No. 20310792 del 13 de mayo de 2021 al 01 de junio de 2021.
- 4.- Incapacidad No. 20297443 del 28 de abril de 2021 al 12 de mayo de 2021.
- 5.- Incapacidad No. 20292127 del 29 de marzo de 2021 al 27 de abril de 2021.
- 6.- Incapacidad No. 20279545 del 06 de marzo de 2021 al 28 de marzo de 2021.
- 7.- Incapacidad No. 20263000 del 04 de febrero de 2021 al 05 de marzo de 2021.
- 8.- Incapacidad No. 20258876 del 05 de enero de 2021 al 03 de febrero de 2021.

Así las cosas, está demostrado que la **EPS COMPENSAR** ya cumplió con su obligación legal de reconocer y pagar las incapacidades correspondientes al tiempo reclamado por el accionante, esto es, del mes de enero a julio del año 2021.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el pronóstico desfavorable de rehabilitación el accionante manifestó que la **EPS COMPENSAR** emitió dicho concepto sin incluir la totalidad de las patologías y manifestando que éste se expidió por petición expresa del usuario, lo que según manifiesta es falso.

Sobre este punto en particular la accionada en la contestación de la acción de tutela manifestó que procedería a hacer las validaciones correspondientes y se le emitirá una respuesta al accionante, aunque sin

indicar en qué periodo, por lo que se le ordenará revisar el caso particular del señor **CARLOS ANDRÉS GOYENECHÉ MONTENEGRO**, verificar si se incluyeron la totalidad de las patologías sufridas por el accionante y emitir un concepto corregido en un término perentorio de 8 días con posterioridad a la ejecutoria de esta providencia judicial.

Ahora procederá el despacho a analizar lo relativo a la accionada **AFP COLFONDOS**.

El accionante afirma que la **AFP COLFONDOS**, no ha reconocido y pagado las incapacidades expedidas en ninguno de los dos acumulados, que corresponde a los siguientes periodos:

- Del 22 al 27 de noviembre de 2020.
- Del 04 de julio al 21 de diciembre de 2021.

La accionada al contestar la tutela manifestó que no le corresponde el pago de dichas incapacidades toda vez que el señor **CARLOS ANDRÉS GOYENECHÉ MONTENEGRO** tiene un concepto desfavorable de rehabilitación, por lo que lo que procede en este momento es continuar con la calificación de pérdida de capacidad laboral con miras a obtener una pensión de invalidez en caso de cumplirse los requisitos. Manifestó además que para tal fin solicitó al señor Goyeneche Montenegro que allegara los documentos necesarios para el trámite de pensión, lo cual el accionante no ha hecho.

En este punto es necesario rememorar lo que dispuesto por la H. Corte Constitucional en sentencia T-194 de 2021:

*“En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, **esta corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.***”

Ahora, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación -sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión de este a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, 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.

*Así mismo, de acuerdo con la norma citada, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable de rehabilitación, 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 EPS”. 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 trabajador. Contrario sensu, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. **En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.**” (Negrilla fuera del texto original)*

Esta postura la ha sentado la Corte Constitucional en otras ocasiones, como en la sentencia T-401 de 2017 en la que se indicó:

“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 SGSSS 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.

*“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 reciban 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” (Negrillas fuera del texto original).

Es así que no le asiste la razón a la accionada **AFP COLFONDOS** respecto a que no es su deber legal el reconocer y pagar las incapacidades del accionante al tener éste un concepto desfavorable de rehabilitación; pues como lo expresó claramente la corte, debe responder por ellas hasta tanto no se encuentre en firme su calificación de pérdida de capacidad laboral.

En este orden de ideas, no se encuentra sustento fáctico ni jurídico para que **AFP COLFONDOS** se abstenga del pago de las incapacidades del señor **CARLOS ANDRÉS GOYENECHÉ**, por lo que se le ordenará que pague en favor del accionante las siguientes incapacidades, por el mismo valor que se le venían reconociendo por la **EPS COMPENSAR**:

1.- Incapacidad No. 12244835 deberá pagar lo debido desde el día 04 de julio de 2021 al 16 de julio de 2021.

2.- Incapacidad No. 12271629 del 17 de julio de 2021 al 21 de julio de 2021 en su totalidad.

3.- Incapacidad No. 2447847 del 22 de julio de 2021 al 20 de agosto de 2021 en su totalidad.

4.- Incapacidad No. 12295202 del 21 de agosto de 2021 al 28 de agosto de 2021 en su totalidad.

5.- Incapacidad No. 12300558 del 30 de agosto de 2021 al 03 de septiembre de 2021 en su totalidad.

6.- Incapacidad No. 12305476 del 04 de septiembre de 2021 al 21 de septiembre de 2021 en su totalidad.

7.- Incapacidad No. 2555950 del 22 de septiembre de 2021 al 21 de octubre de 2021 en su totalidad.

8.- Incapacidad del 22 de octubre de 2021 al 20 de noviembre de 2021 en su totalidad.

9.- Incapacidad del 22 de noviembre de 2021 al 21 de diciembre de 2021 en su totalidad.

Adicionalmente se ordenará a **AFP COLFONDOS** reconocer y pagar lo correspondiente a la incapacidad No. 1219606 en lo relativo a los días 22 al 27 de noviembre de 2020.

Así las cosas, se ordenará a **COMPENSAR EPS** revisar el concepto de rehabilitación del accionante incluyendo la totalidad de las patologías que tenga diagnosticadas; y a la **AFP COLFONDOS** se le ordenará el pago de las incapacidades antes reseñadas e individualizadas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental a la seguridad social y mínimo vital del señor **CARLOS ANDRÉS GOYENECHÉ**, vulnerados por **COMPENSAR EPS Y AFP COLFONDOS**, de conformidad a lo antes expuesto.

SEGUNDO. ORDENAR a **COMPENSAR EPS** que, en el término perentorio de ocho (8) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, **EXPIDA** un nuevo concepto de rehabilitación a favor del señor **CARLOS ANDRÉS GOYENECHÉ** incluyendo la totalidad de las patologías sufridas por el accionante.

TERCERO. ORDENAR a la **AFP COLFONDOS** a reconocer y pagar las incapacidades expedidas en favor del señor **CARLOS ANDRÉS GOYENECHÉ** correspondientes a los periodos comprendidos entre el 22 y el 27 de noviembre de 2020 y el 04 de julio y el 21 de diciembre de 2021, según la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. EXHORTAR a la AFP COLFONDOS a abstenerse de repetir las conductas que dieron origen a este trámite de tutela.

QUINTO. - NOTIFICAR la sentencia de acuerdo con las previsiones del Art 30 del Decreto 2591 de 1991, en el evento de que no sea impugnada, remitir la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CATALINA RÍOS PEÑUELA

JUEZA 28 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ

Firmado Por:

**Catalina Rios Penuela
Juez
Juzgado Municipal
Penal 028 De Conocimiento
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:

**3e6533187824b76bdfd4ea1eb263a347817706648a46ae1b4163d94f8b79501
9**

Documento generado en 13/12/2021 01:31:46 PM

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