

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y UNO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA
MÚLTIPLE antes JUZGADO CINCUENTA Y NUEVE CIVIL MUNICIPAL
(ACUERDO PCSJA 18-11127 DE 2018)

Bogotá D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020)

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA.
EXPEDIENTE: 11001-40-03-059-2020-00404-00
ACCIONANTE: LAURA KATHERINE PRIETO VEGA
ACCIONADO: FONDO DE PENSIONES PROTECCION y
FAMISANAR EPS

1.- ASUNTO

Procede el despacho a proferir la sentencia que en Derecho corresponda para finiquitar el trámite de la acción de tutela de la referencia.

2.- DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

El *petente* citó los derechos fundamentales al mínimo vital y móvil, a la vida y a la salud como los presuntamente conculcados por las accionadas.

3.- OMISIÓN ENDILGADA A LA ACCIONADA

Narra la actora que presenta diagnóstico médico de enfermedad actual, como indica su historia clínica así: *“lesión de colapso completo, con hernia post lateral izquierda con estenosis central y foraminal. Colapso completo de segmento L5 – S1 con fibrosis a nivel de receso izquierdo S1, con inestabilidad macro, en quien se deja orden de manejo quirúrgico, para la realización de Artrodesis 360 grados Alif L51”*, por lo que a la fecha cuenta con incapacidades superiores a los 180 días sin que ninguna de las

accionadas reconozca o pague las incapacidades que le han sido otorgadas por el galeno tratante.

Añade que es madre cabeza de familia y el único sustento con el que cuenta es con el que proviene de las incapacidades que reclama, es por lo narrado que solicita que ordene a las accionadas reconocer y pagar las incapacidades que le han otorgado y que adeudan desde el 13 de abril de 2020.

4.- TRÁMITE PROCESAL

La solicitud para el trámite de la acción del Art. 86 Superior, fue admitida el 7 de julio de 2020 y en dicha providencia se ordenó oficiar a la accionada, concediéndole el término de un (1) día para que, si así lo disponía, se pronunciara de los hechos y las pretensiones expuestas en la demanda. Lo mismo ocurrió con la **IPS COLSUBSIDIO**, la empresa **FINANZAUTO**, la **ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS) ADRES**, el **MINISTERIO DE SALUD** y el **MINISTERIO DE TRABAJO** los cuales fueron vinculados en el mismo proveído.

Las accionadas y vinculadas fueron notificadas de la acción mediante correo electrónico y oficios, mientras que al accionante se hizo lo propio mediante telegrama.

La accionada **FONDO DE PENSIONES PROTECCION** en respuesta alegó la improcedencia del pago de las incapacidades pretendidas, como quiera que la EPS FAMISANAR remitió concepto de rehabilitación desfavorable, por lo que no se encuentran obligados al pago de las incapacidades, sino lo que procede es inicial el trámite de calificación de invalidez, resaltan que el artículo 142 del Decreto 019 del 10 de enero de 2012 otorga la potestad a las Administradoras de Fondos de Pensiones, de postergar o no el trámite de calificación hasta por 360 días adicionales a los primeros 180, siempre que el afiliado cuente con pronóstico favorable de rehabilitación; caso para el cual, existiría la obligación por parte de la Administradora de pagar un subsidio equivalente a la incapacidad que venía recibiendo la tutelante; sin embargo, es preciso mencionar que en el caso de la accionante, al no tener un pronóstico favorable de recuperación, no se debe reconocer el pago de incapacidades.

Añade que en el hipotético caso en que se considere que esa administradora se encuentra obligada a pagar las incapacidades de la señora Laura Katherine Prieto Vega, debe tenerse en cuenta que esa entidad fue notificada del concepto de rehabilitación emitido por parte de Famisanar EPS el 6 de marzo de 2020, por lo que de haberse generado el día 180 de incapacidad con anterioridad a la fecha señalada, será responsabilidad de la EPS a la cual se encuentra afiliada la quejosa el pago de las mismas, hasta la fecha en la que Protección S.A. efectivamente recibió el concepto de rehabilitación emitido, lo anterior, con base en la sanción establecida en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 para las EPS cuando no se realiza por parte de las mismas la remisión de un afiliado en el término establecido por el ordenamiento jurídico Colombiano.

A su turno la **EPS FAMISANAR** indicó que la quejosa cuenta con 196 días de incapacidad del 15/06/2011 al 27/05/2020 y presentó incapacidad continua del 27/09/2019 al 06/02/2020 por un total de 128 días, seguidamente emitieron concepto desfavorable el 24/02/2020, recibido por AFP el 06/03/2020, sumado a ello presentó interrupción por más de 30 días del 07/02/2020 al 12/04/2020. (Si el usuario cuenta con la incapacidad correspondiente a este periodo, es necesario la radique a fin de dar continuidad al ciclo de incapacidad) y finalmente presenta incapacidad continua del 13/04/2020 al 27/05/2020 por un total de 30 días. (...)”, señalan además que la Administradora de Pensiones será la entidad encargada de cubrir las prestaciones económicas previstas en la ley una vez cumplidos los 180 continuos de incapacidad temporal y, mientras se produce la calificación de invalidez por parte de la Junta de Calificación de Invalidez, de allí que a partir del día 181 este reconocimiento pasa a ser responsabilidad de los Fondos de Pensiones, al igual que la remisión a la junta de Calificación, donde se determina el grado de pérdida de Capacidad y si hay lugar a reconocimiento de mesada pensional por invalidez.

Finalmente, exalta que la acción de tutela no es la vía para dirimir conflictos donde están en juego obligaciones dinerarias, más aún cuando no existe en la actualidad quebrantamiento de ninguno de los derechos fundamentales que se alegan como vulnerados, por lo que en el caso bajo estudio no es procedente el amparo.

Seguidamente la empresa **FINANZAUTO S.A** en respuesta indicó que son las accionadas en las que recae la obligación de adelantar el pago de las incapacidades que pretende la quejosa, como quiera que superan los 180 días y se realizó el concepto de rehabilitación dentro del término dispuesto por la ley, corresponde a la AFP PROTECCIÓN S.A. adelantar el pago respectivo. Con lo anterior, queda validado que FINANZAUTO S.A., además de no tener responsabilidad en estas reclamaciones, no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, en la medida que ha sido cumplidora de todas sus obligaciones laborales, entre estas las causadas de cara al Sistema de Seguridad Social Integral y parafiscales, tal como se demuestra con las pruebas allegadas.

La vinculada **IPS COLSUBSIDIO** alegó falta de legitimación en la causa por pasiva como quiera que las pretensiones de la quejosa, no se encuentran en cabeza de esa entidad, sino de las accionadas.

La **ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD (SGSSS) ADRES**, el **MINISTERIO DE TRABAJO** y el **MINISTERIO DE SALUD** realizaron un análisis normativo del caso en concreto y de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, y exaltaron que como quiera que no está a su cargo el reconocimiento de incapacidades, no les es atribuible la vulneración de derechos fundamentales alegados, por lo que se advierte falta de legitimación en la causa por pasiva.

En consecuencia, es pertinente zanjar la presente acción de tutela, mediante la decisión que en Derecho corresponda, no sin antes atender las siguientes,

5.- CONSIDERACIONES

Como lo establecen la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, toda persona, por sí misma o por quien actúe en su nombre, puede acudir ante los jueces de la República, en todo momento y lugar, para que mediante un procedimiento preferente y sumario se protejan sus derechos fundamentales consagrados en la Carta Política, cuando quiera que éstos

sean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por particulares, de conformidad con el Capítulo III de la Ley 1755 de 2015.

Tratándose del reconocimiento de incapacidades, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario para la protección de derechos fundamentales y por regla general, no es el medio idóneo para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones de tipo económico, como es el caso de las incapacidades laborales.

Sin embargo, dicha Corporación ha venido reconociendo la procedencia de la acción de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales ante la vulneración de un derecho de carácter fundamental, como, por ejemplo, la vida digna o el mínimo vital, debido a que con ello se permite la estabilización económica del trabajador, que durante este periodo puede vivir de manera digna.

Ahora bien, respecto del pago de las incapacidades por enfermedad de origen común, se memora que 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 relevante para establecer el tipo de remuneración que el trabajador percibirá durante ese tiempo. En ese sentido, cuando la incapacidad tiene una duración inferior a los 180 días contados a partir del hecho generador de la misma se reconocerá el pago de un auxilio económico y a partir del día 181 en adelante se estará frente al pago de un subsidio de incapacidad.

En cuanto a la obligación del pago de incapacidades laborales el legislador distribuyó tal responsabilidad de la siguiente manera:

1. Los dos primeros días, tal como lo dispone el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013, el pago de la incapacidad está a cargo del empleador.
2. A partir del día 3 hasta el día **180**, de acuerdo a lo normado en el citado artículo 1° del Decreto 2943 de 2013, el auxilio económico a que

tiene derecho el trabajador deberá ser pagado por la EPS a la que se encuentre afiliado.

Desde el día **181** y hasta el día **540** días, de acuerdo con previsto en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005¹ para efectos de diferir la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, el cual debe ser remitido antes del vencimiento de los primeros 150 días, el pago de las referidas incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones al que esté afiliado el trabajador.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la Administradora del Fondo de Pensiones a que pertenezca el trabajador debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación, tal como lo indica la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos², entre los que se destaca lo dicho sentencia T-401 de 2017, excepto que la EPS no haya cumplido oportunamente sus obligaciones, habida cuenta que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado al fondo de pensiones correspondiente antes del día 150.

En consecuencia, si pasados los 180 días iniciales la EPS no ha expedido el concepto de rehabilitación, ésta deberá asumir el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto, lo cual tal como lo ha dicho la jurisprudencia constitucional constituye una excepción a las reglas anteriormente explicadas³.

Al respecto, vale recordar que La Ley 1753 de 2015⁴ en su artículo 67, establece que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán destinados, entre otras cosas *“(...) al reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de*

¹ Este artículo modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

² Ver entre otras las sentencias T-097 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-698 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; T-333 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-485 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

³ Corte Constitucional, sentencia T-401 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

⁴ *“Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo comprendido entre 2014 y 2018”*.

*Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.*⁵. Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a **540** días a las EPS.

Frente a ese tópico la Corte Constitucional ha señalado que, *“a partir de la vigencia del precitado artículo 67 de Ley 1753 de 2015⁶, en todos los casos en que se solicite el reconocimiento y pago del subsidio de incapacidad superior a **540** días, el juez constitucional y las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social están en la obligación de cumplir con lo dispuesto en dicho precepto legal, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado⁷.”*

Sobre el pago de incapacidades con sustento en el ordenamiento legal referido con antelación, la jurisprudencia constitucional a través de sentencia T-200 de 2017 sintetizó el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común de la siguiente manera⁸:

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 plazo de 540 días	Fondo de Pensiones	Artículo 52 de la Ley 962 de 2005
Día 541 en adelante	EPS	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Así las cosas, teniendo en cuenta los lineamientos esbozados por la Corte Constitucional frente a este particular tema, el origen de la incapacidad constituye un punto de partida determinante para establecer a qué entidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud o del Sistema General de Riesgos Laborales, le corresponde el pago de las

⁵ Literal a del artículo 67 de la Ley 1753 del 2015.

⁶ Ley 1753 de 2015. “ARTÍCULO 267. Vigencias y Derogatorias. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.” La ley fue publicada en el Diario Oficial No. 49.538 de 9 de junio de 2015.

⁷ Corte Constitucional Sentencias T-144 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), T-200 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amarís) y T-401 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), sentencia T-693 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger), entre otras.

⁸ Cuadro extraído de la sentencia T-200 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amarís).

incapacidades, atendiendo los parámetros de temporalidad la ley prevé en caso de enfermedades de origen común.

En el sub judice acude el accionante a solicitar que se le ordene a la **EPS FAMISANAR** o a la **AFP PROTECCION** el reconocimiento y pago de las incapacidades generadas desde el 13 de abril de 2020 en adelante, las cuales a la fecha de presentación de la acción constitución de la referencia no han sido reconocidas por ninguna de las accionadas.

En ese orden y revisadas las pruebas aportadas, es decir, el certificado de incapacidades emitido por la EPS FAMISANAR y las incapacidades allegadas por la accionante, se advierte que efectivamente a la quejosa se le han venido generando incapacidades interrumpidas desde el 15 de junio de 2011 al 22 de noviembre de 2018, y posteriormente se le generaron nuevas incapacidades ininterrumpidas desde el 22 de marzo de 2019 hasta el 6 de julio de 2020.

Si bien es cierto que la accionada **FONDO DE PENSIONES PROTECCION** en respuesta alegó la improcedencia del pago de las incapacidades pretendidas, en atención a que la EPS FAMISANAR remitió concepto de rehabilitación desfavorable, por lo que no se encuentran obligados al pago de las incapacidades, por lo que procedería es el trámite de calificación de invalidez, aduciendo que el artículo 142 del Decreto 019 del 10 de enero de 2012 otorga la potestad a las Administradoras de Fondos de Pensiones, de postergar o no el trámite de calificación hasta por 360 días adicionales a los primeros 180, siempre que el afiliado cuente con pronóstico favorable de rehabilitación; caso para el cual, existiría la obligación por parte de la Administradora de pagar un subsidio equivalente a la incapacidad que venía recibiendo la tutelante; sin embargo, es preciso mencionar que en el caso de la accionante, al no tener un pronóstico favorable de recuperación, no se debe reconocer el pago de incapacidades.

Al respecto, valga resaltar que en efecto a la quejosa se le han generado incapacidades ininterrumpidas desde el 22 de marzo del 2019 hasta el 6 de julio de 2020, ello quiere decir que a la fecha cuenta con 294 días consecutivos incapacitada, con concepto desfavorable de rehabilitación. Frente a este punto, memóresele al **FONDO DE**

PENSIONES PROTECCION que el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, es claro en cuanto al trámite que debe seguir tanto las EPS así como las AFP para el reconocimiento de incapacidades y pago de las mismas, el cual reza:

“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”

Por lo anterior resulta particular el dicho de la accionada al manifestar que ante concepto desfavorable de rehabilitación, la referida norma exime a las AFP de reconocer las incapacidades que por ley tienen derecho los usuarios y trasladar esa responsabilidad a las EPS, las cuales, tal como quedó establecido ya tienen determinada su responsabilidad respecto al reconocimiento de incapacidades.

Es importante reiterar, en este caso concreto, que de acuerdo a la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, a la accionante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de incapacidades que superen los primeros 180 días, habida cuenta de la protección ameritan los

derechos de las personas que en razón de su incapacidad no se encuentran en condiciones de continuar sus labores, cuyo sustento y el de su familia, le corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, en este caso, a PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS, a través del reconocimiento y pago de forma inmediata de las incapacidades reclamadas.

Sobre el particular, se le pone de presente al accionado que la H. Corte Constitucional indicó que:

“(...) 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”.⁹

Es importante reiterar, en este caso concreto, que de acuerdo a la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, al accionante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de incapacidades, habida cuenta de la protección ameritan los derechos de las personas que en razón de su incapacidad no se encuentran en condiciones de continuar sus labores, cuyo sustento y el de su familia, le corresponde a las EPS y a las administradoras de fondos de pensiones, en este caso, a ambas, a través del reconocimiento y pago de forma inmediata de las incapacidades reclamadas.

En virtud de lo anterior se ordenará a la **EPS FAMISANAR** a través de su representante legal o quien haga sus veces que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de este proveído, si aún no lo ha hecho, autorice y pague las incapacidades otorgadas por el galeno tratante a la accionante **LAURA KATHERINE PRIETO VEGA** desde el 13 de abril y

⁹ Sentencia T-422 de 2010. M. P. Dra. María Victoria Calle Correa.

hasta el 2 de mayo de 2020, fecha en la cual se completan los 180 días de incapacidad, las cuales deberán estar debidamente radicadas por la quejosa ante esa entidad.

Así mismo se ordenará al **FONDO DE PENSIONES PROTECCION** a través de su representante legal o quien haga sus veces que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de éste proveído, si aún no lo ha hecho, autorice y pague las incapacidades otorgadas a la accionante **LAURA KATHERINE PRIETO VEGA** desde el 3 de mayo de 2020 y en adelante hasta el día 540, las cuales estén debidamente radicadas por la quejosa ante esa entidad, en todo caso, se dispondrá que de ser el caso, la EPS FAMISANAR deberá asumir las incapacidades superiores al día 541.

6.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO CUARENTA Y UNO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BOGOTÁ D. C., antes JUZGADO CINCUENTA Y NUEVE CIVIL MUNICIPAL administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

7.- RESUELVE

PRIMERO.- CONCEDER el amparo deprecado por **LAURA KATHERINE PRIETO VEGA**.

SEGUNDO.- ORDENAR al representante legal o quien haga su veces de la **EPS FAMISANAR** que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de este proveído, si aún no lo ha hecho, autorice y pague las incapacidades otorgadas por el galeno tratante a la accionante **LAURA KATHERINE PRIETO VEGA** desde el 13 de abril y hasta el 2 de mayo de 2020, fecha en la cual se completan los 180 días de incapacidad, las cuales deberán estar debidamente radicadas por la quejosa ante esa entidad, de conformidad con la normatividad y la jurisprudencia arriba citada.

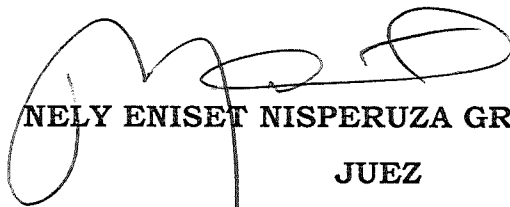
TERCERO.- ORDENAR al representante legal o quien haga su veces del **FONDO DE PENSIONES PROTECCION** que en el término de 48 horas

contadas a partir de la notificación de éste proveído, si aún no lo ha hecho, autorice y pague las incapacidades otorgadas por el médico tratante a la accionante **LAURA KATHERINE PRIETO VEGA** desde el 3 de mayo de 2020 y en adelante hasta el día 540, las cuales estén debidamente radicadas por la quejosa ante esa entidad, en todo caso, se dispondrá que de ser el caso, la EPS FAMISANAR deberá asumir las incapacidades superiores al día 541.

CUARTO.- Notifíquese esta decisión a las partes y demás interesados por el medio más expedito, indicando a las partes que pueden impugnarla dentro de los 3 días siguientes a su notificación.

QUINTO.- En caso de no ser impugnado el presente fallo, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


NELY ENISET NISPERUZA GRONDONA
JUEZ

jm