



República de Colombia



JUZGADO SESENTA Y SIETE PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS

**Bogotá D. C, veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintidós
(2022)**

ASUNTO

Proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela interpuesta por el señor Omar Duván García García contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, por la presunta vulneración de su derecho a la vida digna, a la salud y al mínimo vital.

SITUACIÓN FÁCTICA

Manifiesta la accionante que actualmente se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud a Salud Total EPS, y a pensiones a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, informa el actor que desde el veinte (20) de septiembre del dos mil veintiuno (2021) se encuentra incapacitado y que los primeros 180 días le fueron cancelados por Salud Total EPS y que dicha entidad le manifiesta que en adelante deben ser pagadas por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA.

Así mismo, hace saber el accionante que ha “(...) tratado de radicar las Incapacidades posteriores al día 180 en el FONDO DE PENSIONES PROTECCION, pero el mencionado fondo ni siquiera me las recibía y mucho menos hace el reconocimiento y pago de las incapacidades posteriores al día 180, vulnerando mi derecho al mínimo vital, esto es del día 29 de mayo, al día 23 de agosto de 2022

3. Es relevante manifestar a su despacho que en este momento me encuentro incapacitado, diagnosticado LINFOMA DE HODGKIN CLÁSICO CON ESCLEROSIS NODULAR, razón por la cual el médico tratante debido a mi imposibilidad para trabajar sigue generando incapacidades (...)”

Por último, manifiesta que es una persona de 33 años con una enfermedad catastrófica y de alto costo, con pocos recursos económicos y con una familia por la que responder, en ese sentido, aduce que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, al negarse a pagar las incapacidades posteriores al día 180 le está vulnerando el derecho al mínimo vital a él y a su familia.

LA PETICIÓN



Pretende el accionante que a través de este mecanismo excepcional se tutelen sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y al mínimo vital, y en consecuencia que se ordene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, a reconocer liquidar y pagar las incapacidades médicas generadas por el médico tratante y que le adeudan desde el día que se cumplieron los 180 días de incapacidad, esto desde el día 29 de mayo del 2022 hasta el día 23 de agosto 2022 y las que se sigan generando, teniendo en cuenta mi diagnóstico Linfoma de Hodgkin Clásico con Esclerosis Nodular.

IDENTIDAD DEL ACCIONANTE

Se trata de Omar Duván García García identificado con cedula de ciudadanía No. 1.026.264.778 de Bogotá, dirección de notificaciones Carrera 6 No. 1-34 casa 220 Barrio las Cruces, Localidad de Santafé de la ciudad de Bogotá D.C., dirección de correo electrónico omarduvan@hotmail.es, Tel. 3144651908 y 3204315370.

ACTUACIÓN PROCESAL

El Despacho, mediante auto de fecha doce (12) de agosto del dos mil veintidós (2022), asumió el conocimiento de la presente acción y dispuso la vinculación de la accionada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, corriéndole traslado del escrito de tutela y sus anexos para garantizar el derecho de contradicción. Así mismo, dispuso vincular como tercero con interés al Ministerio De Salud, a la Superintendencia Nacional de Salud, Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, a Salud Total EPS, a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá.

Por otro lado, mediante auto de fecha diecinueve (19) de agosto del dos mil veintidós (2022) se dispuso a vincular como terceros con interés a COLVANES SAS y a la Superintendencia Financiera.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES QUE CONFORMAN EL CONTRADICTORIO

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA

Juliana Montoya Escobar, actuando en calidad de representante legal judicial de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., informa que en este caso se presentó ante esa administradora de pensiones solicitud de pago de incapacidades el pasado veintiuno (21) de julio del dos mil veintidós (2022), así mismo indica que se procedió a probar las incapacidades desde el veintiséis (26) de mayo del dos mil veintidós (2022) hasta el veinticuatro (24) de



julio del dos mil veintidós (2022), las cuales serán canceladas a más tardar a finales del mes de agosto, lo anterior, teniendo en cuenta que Salud Total EPS solo hasta el veintiséis (26) de mayo del dos mil veintidós (2022) remitió a esa entidad el concepto favorable de rehabilitación del afiliado, y que hasta la fecha son los únicos certificados de incapacidad hasta ahora aportados por el accionante.

Aduce la accionada que Salud Total EPS incumplió “(…) con la obligación legal de remitir a esta administrado su concepto de rehabilitación antes de cumplirse el día 150 de incapacidad y, por tanto, dicha entidad debió asumir el pago de las incapacidades generadas con posterioridad al día 181, hasta la fecha de remisión del respectivo concepto, con base en la SANCIÓN establecida, para las EPS, en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 (…)”

Por otro lado, informa que de conformidad con lo establecido en el artículo 142 del decreto 019 de 2012 serán reconocidos los días que acredite el señor Omar Duván García García a partir de la fecha de remisión del concepto de rehabilitación hasta el día 360, siempre y cuando se encuentren debidamente transcritas por la EPS y conserve su pronóstico de rehabilitación, en ese sentido aduce la accionada que no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante.

Salud Total EPS-S S.A.

Irma Carolina Pinzón Ribero, obrando en calidad de administradora principal de Salud Total EPS-S S.A. sucursal Bogotá, solicita sea desvinculada esa entidad del presente tramite constitucional, alegando la falta de legitimación en la causa por pasiva, en atención a que conforme al artículo 41 de la Ley 100 de 1993, son las AFP quienes tienen el deber de pagar las incapacidades que se generen a partir del día 181 hasta el día 540 de incapacidad.

Alega también la improcedencia de la presente acción constitucional, en atención a que esta solo 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, adicional a esto aduce que *“(…)LA ACCIÓN DE TUTELA PROTEGE EXCLUSIVAMENTE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES, y, por lo tanto, NO PUEDE SER UTILIZADA PARA PERSEGUIR EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DE DIFERENTE CATEGORÍA A ESTOS, pues precisamente la acción de tutela NO se institucionalizó con el objetivo de perseguir la protección a derechos que solo tienen rango legal, o para hacer cumplir las Leyes, los Decretos o cualquier otra norma de rango inferior a la Constitución Política.(…)”*, en ese sentido, manifiesta que el derecho respecto al cual el accionante eleva reclamación en su protección, se enmarca dentro de los DERECHOS DE ORDEN ECONÓMICO, derechos que no son susceptibles de ser amparados mediante la acción de Tutela.

Superintendencia Nacional de Salud



Claudia Patricia Forero Ramírez, actuando en calidad de Subdirectora Técnica, adscrita a la Subdirección de Defensa Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud, alega la falta de legitimación en la causa por pasiva y solicita la desvinculación de esa entidad del presente trámite constitucional dado que, *“(...)la vulneración de los derechos fundamentales que se alegan como conculcados no deviene de la acción u omisión atribuible a la Superintendencia Nacional de Salud.. (...)”*,

Por otro lado, alega que la entidad accionada es una entidad que no está bajo la vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud en atención a que los *“(...)los fondos de Pensiones y Cesantías son vigilados por la Superintendencia Financiera, la cual surgió de la fusión de la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores mediante el Decreto 4327 de 2005, modificado posteriormente por el Decreto 2555 de 2010, la Ley 1480 de 2011 y el Decreto 710 de 2012.(...)”*

Por último, informa que la tutela no es el mecanismo adecuado para solicitar el pago de prestaciones laborales como el auxilio económico y el subsidio de incapacidad, en tanto a que es la jurisdicción laboral quien tiene competencia para dirimir *“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.”* (Artículo 622 de la Ley 1564 de 2012).

Ministerio De Salud

Elsa Victoria Alarcón Muñoz, actuando en calidad de apoderada general del Ministerio de Salud y Protección Social, manifiesta que en términos generales respecto al pago de prestaciones económicas derivadas de incapacidades médicas de origen común, tanto las normas vigentes, como la Sentencia T - 401 de 2017, han indicado que :

“(...) 26. En consecuencia, las reglas jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540 son las siguientes:

(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. (...)”

Alega la falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que *“(...)de conformidad con lo previsto en el Decreto Ley 4107 de 20117 , modificado por el Decreto 2562 de 20128 , este Ministerio actúa como ente rector en materia de salud, y le corresponde la*



formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, sin que dicha norma le haya otorgado facultades para reconocer y cancelar incapacidades médicas toda vez que como se indicó líneas atrás, dichas funciones está en cabeza de cada uno de los actores del sistema (EPS,AFP). (...)”

Secretaría Distrital de Salud de Bogotá

Blanca Inés Rodríguez Granados, actuando en calidad de jefe de oficina asesora jurídica de la Secretaría Distrital de Salud, informa que “(...)verificada la base de datos del BDUA-ADRES de la Secretaria Distrital de Salud el OMAR DUVÁN GARCIA GARCIA se encuentra activo afiliado al régimen contributivo en Salud Total EPS-S S.A.S. desde el 01 de marzo del 2021 (...)”. Por otro lado, invoca la falta de legitimación por pasiva, en atención a que lo solicitado por el accionante “(...) no hace parte de las competencias señaladas en el Decreto 507 de 2013, es decir que hay FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA por pasiva no siendo posible impartir orden alguna en contra de esta Secretaria, ya que las obligaciones que se pretenden derivar son de responsabilidad exclusiva de FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION, quien cuenta con los medios técnicos y recursos para atenderlas (...)”.

Junta Nacional de Calificación de Invalidez

Iván Alexander Ribón Castillo, actuando en virtud de designación efectuada por el Ministerio de Protección Social mediante Resolución No. 2052 del 16 de junio de 2022, afirma que se procedió a revisar el listado expedientes, apelaciones y solicitudes radicados en la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, provenientes de las Juntas Regionales o de los Despachos Judiciales, sin embargo, a la fecha no se encuentra radicado o expediente que corresponda al señor Omar Duván García.

Solicita que se desvincule a esa entidad teniendo en cuenta que “(...) las pretensiones señaladas por parte del señor Omar Duván Garcia están encaminadas a que Protección S.A., AFP gestione su accionar administrativo y realicen el pago de las incapacidades; razones que la Junta Nacional no tiene ninguna injerencia al resultar ajeno al desarrollo de sus funciones (...)”

Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. Y Cundinamarca

Rubén Darío Mejía Alfaro, obrando en calidad de Secretario Principal de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, en virtud de la designación efectuada por el Ministerio de la Protección Social mediante Resolución 4726 del 12 de octubre de 2011, informa que “(...)Revisando las bases de datos de los casos y documentos que reposan en esta Junta Regional de Bogotá y Cundinamarca, NO SE ENCONTRÓ REGISTRO de solicitud ni calificación a nombre del accionante que tenga por objeto resolver controversia por emitida en primera oportunidad por alguna entidad de seguridad social.(...)”

Por otro lado, informa que las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez tienen competencia de realizar la calificación en primera instancia cuando la entidad de seguridad social califica en primera



oportunidad y se presenta controversia en término, en ese evento se realiza la remisión del caso con los requisitos mínimos legales exigidos en el decreto 1072 de 2015, así las cosas, solicita que se desvincule a esa entidad de la presente acción constitucional, por cuanto en ningún momento ha vulnerado derecho fundamental al accionante, por no haber conocido si quiera del caso.

Superintendencia Financiera de Colombia (SFC)

Andrea Del Pilar Sánchez Cortes, obrando como funcionaria del Grupo de lo Contencioso Administrativo Dos de la SFC, informa que “(...) una vez revisadas las bases de datos del Sistema de Gestión Documental SOLIP, que contiene la totalidad de trámites adelantados por esta Superintendencia, no se encontró queja o reclamación alguna formulada por el accionante, relacionada con los mismos hechos narrados en el escrito de tutela. (...)”, en ese orden, alega la falta de legitimación en la causa por pasiva y la improcedencia de la presente acción constitucional frente a esa entidad, en tanto a que “(...)es claro que no existe conexión entre los presupuestos señalados por el accionante y la Superintendencia Financiera, ni en los hechos constitutivos del litigio, ni en los supuestos perjuicios que se le podrían causar a la parte accionante y terceros, evento en el cual la acción de tutela estará llamada a fracasar respecto de esta Entidad, puesto que no se vislumbra un interés jurídico y susceptible de ser resarcido por la Superintendencia Financiera.(...)”

Colvanes S.A.S

Adiela Serna Lozada, actuando en calidad de Representante Legal para Asuntos Laborales de la sociedad denominada Colvanes S.A.S., informa que el accionante suscribió con esa sociedad un contrato individual de trabajo a término indefinido desde el 8 de marzo de 2011 y el cargo actual es Promotor (A) Comercial de Punto de Servicio, adicional a esto manifiesta que “(...) la empresa conforme a lo establecido en los artículos 15 y 25 de la Ley 100 de 1.993 y artículo 13 del Decreto 1295 de 1.994, al Trabajador hoy ACCIONANTE lo afilió al Sistema General de Seguridad Social Integral, en Salud a SALUD TOTAL EPS, en Pensión a PROTECCIÓN, en Riesgos Laborales a Seguros Bolívar y en Caja de Compensación Familiar a COLSUBSIDIO, manteniendo vigentes afiliaciones a la fecha, pagando de forma oportuna los aportes a la Seguridad Social Integral, como consta en el Certificado de Aportes de la entidad operadora “MI PLANILLA”, que se adjunta a la presente respuesta. (...)”.

Informa que actualmente el accionante registra las siguientes incapacidades en su sistema de nómina:

FECHA INICIAL DE LA INCAPACIDAD	FECHA FINAL DE LA INCAPACIDAD	DÍAS OTORGADOS	ORIGEN	ENFERMEDAD	DIAGNÓSTICO
10/5/2021	10/5/2021	1	Común	ENFERMEDAD DE HODGKIN CON ESCLEROSIS NODULAR	C811
20/8/2021	21/8/2021	2	Común	DIENTES INCLUIDOS	K010
20/9/2021	29/9/2021	10	Común	LINFOMA DE CÉLULAS B, SIN OTRA ESPECIFICACION	C851
1/10/2021	30/10/2021	30	Común	ENFERMEDAD DE HODGKIN, NO ESPECIFICADA	C819
31/10/2021	29/11/2021	30	Común	ENFERMEDAD DE HODGKIN CON ESCLEROSIS NODULAR	C811
30/11/2021	20/12/2021	30	Común	LINFOMA NO HODGKIN, NO ESPECIFICADO	C859
30/12/2021	28/1/2022	30	Común	ENFERMEDAD DE HODGKIN CON ESCLEROSIS NODULAR	C811
29/1/2022	27/2/2022	30	Común	ENFERMEDAD DE HODGKIN, NO ESPECIFICADA	C819
28/2/2022	29/3/2022	30	Común	ENFERMEDAD DE HODGKIN, NO ESPECIFICADA	C819



30/3/2022	30/3/2022	1	Común	ENFERMEDAD DE HODKIN, NO ESPECIFICADA	PTE
31/3/2022	29/4/2022	30	Común	ENFERMEDAD DE HODKIN, NO ESPECIFICADA	C811
30/4/2022	29/5/2022	30	Común	ENFERMEDAD DE HODKIN, NO ESPECIFICADA	C811
30/5/2022	30/5/2022	1	Común	ENFERMEDAD DE HODKIN, NO ESPECIFICADA	C811
1/6/2022	30/6/2022	31	Común	ENFERMEDAD DE HODKIN, NO ESPECIFICADA	C811
25/7/2022	23/8/2022	30	Común	ENFERMEDAD DE HODKIN, NO ESPECIFICADA ÚLTIMA FECHA JULIO 25 A AGOSTO 23/22	C819
1/7/2022	24/7/2022	24	Común	ENFERMEDAD DE HODKIN, NO ESPECIFICADA FR 06 25 AL 24 JULIO/22	C819

Alega la vinculada que la AFP PROTECCIÓN vulnera los derechos fundamentales del accionante, en atención a que no ha cumplido con las obligaciones contempladas en el artículo 41 de la ley 100 de 1993, “(...) como es reconocer el auxilio económico de incapacidad superiores a 180 días, ya que existe CONCEPTO DE REHABILITACIÓN FAVORABLE de la EPS SALUDTOTAL. Como consecuencia de ello, nuestro Trabajador hoy Accionante lleva 340 días incapacitados hasta el 24 de julio de 2022 y AFP PROTECCIÓN no quiere recibir ni pagar las incapacidades laborales (...)”, en ese sentido, solicita conceder el amparo deprecado en contra de AFP PROTECCIÓN, ordenando el pago de incapacidades superiores a 180 días y por consiguiente, se exonere de toda responsabilidad a Colvanes S.A.S.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Este Juzgado es competente para conocer y decidir la acción de tutela, de acuerdo con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, toda vez que la mengua de los derechos fundamentales puede predicarse respecto de una autoridad y/o una entidad de carácter privado o particular.

PROBLEMA JURIDICO

De acuerdo con la situación fáctica expuesta, corresponde al Despacho establecer si i) ¿es procedente la acción de tutela para solicitar el pago de prestaciones económicas? ii) ¿existe la carencia actual de objeto por la configuración de un hecho superado? iii) ¿vulneró la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. los derechos fundamentales del accionante al no pagar las incapacidades comprendidas entre el 29 de mayo del 2022 y el 23 de agosto 2022?

De conformidad con lo establecido por el Artículo 86 de la Carta Política, respecto a la acción de tutela, toda persona tiene la posibilidad de “(...)reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.(...)”

Así las cosas, en sentencia T-447 del 2017, ha manifestado la corte que en reiterada jurisprudencia¹, ha dicho que el reconocimiento y

¹ Ver sentencias: T-684/10, T-490/15, T-593/15, T-140/16, T-144/16 y T-199/17, entre otras.



pago de las incapacidades laborales adeudadas “(...)procede por la vía de la acción de tutela, en aquellos casos en los que el juez constitucional advierta que el no pago de incapacidades pueda generar un detrimento mayor a los derechos de los respectivos accionantes, toda vez que existen factores como la edad, el estado de salud, las condiciones económicas, sociales y familiares, que son aspectos de obligatoria ponderación, pues exigirle a ciertas personas asumir las complejidades propias de los procesos ordinarios, en algunos casos podría redundar en que la vulneración de un derecho fundamental, como la dignidad humana o el mínimo vital, se prolongue de manera injustificada. (...)

En ese sentido, continua el alto tribunal constitucional en la citada sentencia, el desarrollo de la naturaleza constitucional del pago de las incapacidades médicas, expresando que estas tienen:

“(...)especial importancia en el ordenamiento jurídico, revistiendo de verdadera relevancia constitucional, pues reconocer el pago de incapacidades por enfermedades no laborales se convierte en una herramienta idónea y sustancial para lograr una verdadera tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores, entre los cuales se encuentran: “(...) (i) 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 (...) (ii) El mínimo vital, 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” . (...)”

En igual sentido, en la sentencia T-490 de 2015 reiterada en la sentencia T-200 de 2017, la Honorable Corte Constitucional, a fin de proveer un mejor entendimiento de la naturaleza y objetivo del pago de incapacidades, estableció las siguientes reglas:

“i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores, cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;

ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia; y

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta.”

Ahora bien, en ese orden la Corte ha concluido que la incapacidad laboral garantiza los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y al mínimo vital del trabajador que no se encuentra en la posibilidad de desarrollar las labores, pues permite que este reciba el ingreso necesario para satisfacer sus necesidades básicas².

² Ver Sentencia T-200 de 2017.



En ese sentido, en sentencia T-523 del 2020, manifiesta la corte que respecto al carácter sustitutivo del salario la jurisprudencia ha encontrado que, del mismo modo en que se presume la afectación del mínimo vital de un trabajador cuando no recibe su salario y devenga un salario mínimo o cuando el salario es su única fuente de ingreso - constituyendo un elemento necesario para su subsistencia al cubrir con ese dinero sus necesidades básicas-, **igualmente se presume que el no pago de las incapacidades laborales implica una afectación al mínimo vital de la persona³; correspondiéndole, en consecuencia, al empleador, a la EPS o a la AFP desvirtuar dicha presunción.**

Por otro lado, es importante hacer alusión al derecho fundamental a la seguridad social establecido en el artículo 48 de la constitución política, sienta este un “(...) servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. (...)”. Así las cosas, en virtud de los principios contenidos en esta norma toda prestación de servicios derivadas de la aplicación de la ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral, debe prestarse de manera pronta, oportuna, y en torno a la protección de los derechos del usuario.

Vista la relevancia constitucional del pago de las incapacidades médicas y en atención a los principios que estructuran el sistema de seguridad social, es necesario entrar a estudiar el fundamento legal sobre el cual se realiza el pago de las incapacidades en estas circunstancias.

Al respecto, y teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa se trata de una incapacidad médica derivada de una enfermedad de origen común, es importante traer a colación lo desarrollado por la corte en los siguientes términos:

“(...)Ahora bien, en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:

i. Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.

³ En la Sentencia T-274 de 2006, la Corte sostuvo: “el no pago de las citadas incapacidades laborales, correspondientes a 90 días de salario, hace presumir en este caso la afectación del mínimo vital de la actora, pues se aplica el mismo criterio de la cesación prolongada en el pago de salarios y prestaciones sociales, por existir las mismas razones de hecho”.



iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS. (...)"⁴

Ahora bien, es importante resaltar que el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 modificó lo dispuesto por el artículo 41 de la ley 100 de 1993, sin embargo, este último también fue modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, que respecto al tema dispuso:

"(...)ARTÍCULO 142. Calificación del estado de invalidez. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así:

(...)

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.(...)"

En ese orden, en vista de que la solicitud elevada por el actor corresponde a incapacidades que generadas con posterioridad al día 180, es claro que la responsabilidad del pago de estas prestaciones económicas está en cabeza de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA.

Hecho Superado

Respecto a este fenómeno, la jurisprudencia ha establecido que en el evento a que previo a proferir el fallo de tutela se evidencia el cese de la posible amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados, la acción de tutela como mecanismo de protección judicial pierde su viabilidad, pues en este evento carecería de objeto el pronunciamiento del juez.

En ese sentido, la corte constitucional en sentencia SU-540 del 2007 ha manifestado que *"(...)si lo pretendido con la acción de tutela era una orden de actuar o dejar de*

⁴ Sentencia T-161 del 2019.



hacerlo y, previamente al pronunciamiento del juez de tutela, sucede lo requerido, es claro que se está frente a un hecho superado, porque desaparece la vulneración o amenaza de vulneración de los derechos constitucionales fundamentales o, lo que es lo mismo, porque se satisface lo pedido en la tutela, siempre y cuando, se repite, suceda antes de proferirse el fallo, con lo cual “la posible orden que impartiera el juez caería en el vacío”⁵ (...)”

Por otro lado, respecto a la carencia de objeto por hecho superado, la corte ha puesto de presente que “(...)Este escenario se presenta cuando entre el momento de interposición de la acción de tutela y el fallo, se evidencia que como consecuencia del obrar de la accionada, se superó o cesó la vulneración de derechos fundamentales alegada por el accionante⁶. Dicha superación se configura cuando se realizó la conducta pedida (acción u abstención) y, por tanto, terminó la afectación, resultando inocua cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues ya la accionada los ha garantizado (...)”

De esta manera, para que se configure la carencia actual de objeto por hecho superado, deben acreditarse tres requisitos⁷: (i) que ocurra una variación en los hechos que originaron la acción; (ii) que esta implique una satisfacción íntegra de las pretensiones de la demanda; y (iii) que ello se deba a una conducta asumida por la parte demandada. Así, la Corte ha procedido a declarar la existencia de un *hecho superado*, por ejemplo, en casos en los que las entidades accionadas han reconocido las prestaciones solicitadas⁸, han procedido con el suministro de los servicios en salud requeridos⁹, o dado trámite a las solicitudes formuladas¹⁰, antes de que el juez constitucional o alguna otra autoridad emitiera una orden en uno u otro sentido.

DEL CASO CONCRETO

Visto el expediente objeto de estudio, evidencia el despacho que el señor Omar Duván García García, a través de la acción de tutela persigue que se le tutelen los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y al mínimo vital, los cuales considera vulnerados, en razón a que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, no le ha realizado el pago de las incapacidades medicas generadas, comprendidas entre el veintinueve 29 de mayo y el 23 de agosto del dos mil veintidós (2022), las cuales aduce el accionante que son obligación de la accionada por acumular más de 180 días de incapacidad continuos.

Respecto al estado de salud del señor Omar Duván García García, este despacho evidencia que el accionante se encuentra diagnosticado con Linfoma Hodgkin Clásico Variante Esclerosis Nodular, enfermedad que lo viene aquejando desde el año 2014 y en virtud de la cual se encuentra incapacitado desde septiembre del 2021 hasta la fecha, acumulando más de 340 días de incapacidad continua. En ese orden, a la luz de la jurisprudencia y de conformidad con la sana crítica,

⁵ Sentencia T-519 de 1992.

⁶ Sentencias T-970 de 2014, T-597 de 2015, T-669 de 2016, T-021 de 2017, T-382 de 2018

⁷ Sentencia SU- 316 del 2021.

⁸ Sentencias T-047 de 2016, T-013 de 2017 y T-085 de 2018.

⁹ Sentencias T-256 de 2018 y T-387 de 2018.

¹⁰ Sentencia T-070 de 2018.



considera el suscrito que el accionante se encuentra en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta y, por su delicada condición de salud, es un sujeto de especial protección constitucional, ello visto desde la perspectiva de que el estado de salud del accionante es tan apremiante que el médico tratante ha seguido formulando incapacidades, estando el actor ad-portas de cumplir un año continuo de estar incapacitado.

Así las cosas, en respuesta a la presente acción constitucional informa la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, que el accionante radicó la solicitud de pago de incapacidades el pasado veintiuno (21) de julio del dos mil veintidós (2022) y que el veintiséis (26) de mayo del dos mil veintidós (2022) recibió por parte de Salud Total EPS-S S.A. el concepto favorable de rehabilitación del señor Omar Duván García García. En ese orden, informa la accionada que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, procedió a autorizar los subsidios de incapacidad temporal por los periodos posteriores a la recepción del citado concepto, los cuales relacionó de la siguiente manera:

Incapacidades				
Id	Estado	Inicio Incapacidad	Fin Incapacidad	Días
568151	APROBADA	26/05/2022	24/07/2022	59

Informa la accionada, que *“(...)estos son los únicos certificados de incapacidad hasta ahora aportados por la tutelante, por lo que el pago que será realizado a más tardar el último día hábil de este mes, y así mismo se deberán seguir aportando las siguientes incapacidades transcritas por la EPS con el fin de continuar los pagos hasta el día 540, siempre y cuando se conserve el concepto de rehabilitación favorable.(...)”*

Teniendo en cuenta lo anterior, en comunicación telefónica llevada a cabo el día veintitrés (23) de agosto del dos mil veintidós (2022), al abonado celular aportado por el accionante 3144651908, este despacho se comunicó con el señor Omar Duván García García quien informó que a la fecha no le han sido pagadas las incapacidades solicitadas a través del presente trámite constitucional y que no ha recibido información alguna por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, respecto a su solicitud.

Verificada la información recopilada en el caso objeto de estudio, estima el suscrito que el actuar de la accionada ha sido a todas luces desacertado, en atención a que tal como ella misma lo informa hace ya más de un mes que el accionante radicó la solicitud de sus incapacidades, y ni siquiera ha sido informado de la aprobación de las mismas, en ese sentido, olvida la accionada que en su gran mayoría las personas que se ven avocadas a solicitar el pago de sus



incapacidades a las AFP, son personas que se encuentran en una manifiesta condición de vulnerabilidad, ello teniendo en cuenta que su estado de salud es tan delicado que han estado imposibilitados para trabajar más de 180 días continuos y si le sumamos a esto que la accionada desde el veintiséis (26) de mayo del dos mil veintidós (2022) ya tenía, aunque extemporáneo el concepto favorable de rehabilitación del señor Omar Duván García García, es ilógico pensar que solo hasta que el accionante interpuso la presente demanda de tutela le fueron reconocidos sus derechos, Maxime si se tiene en cuenta que la seguridad social debe ser un servicio que debe prestarse de manera pronta, oportuna, y en torno a la protección de los derechos del usuario, que como ya vimos se encuentra en una clara situación de vulnerabilidad.

En torno a esta situación, la corte constitucional ha dejado claro que es obligación de las entidades que conforman el sistema de seguridad social el estar en una constante coordinación, en ese sentido, en lo que respecta al reconocimiento de incapacidades, es deber tanto de las EPS como de las AFP garantizar la oportuna garantía de los derechos de sus afiliados, en otras palabras, el actuar de las entidades que conforman el sistema de seguridad social, no puede derivar en hacer más gravosa la situación de un individuo que acude a ellos por estar ya en un estado de vulnerabilidad.

Al respecto, ha manifestado la corte que:

“(…)el Sistema General de Seguridad Social es un sistema integral cuyo funcionamiento precisa de la interacción constante de los órganos que lo componen, especialmente en materia del subsidio de incapacidad en el que se ven involucrados dos subsistemas, el SGSS en Salud y el SGSS en pensiones. De esta interrelación depende la materialización de los derechos fundamentales de los afiliados y por este motivo la comunicación no es un mero ideal del Sistema, sino un verdadero deber institucional compartido entre el empleador, las EPS y las AFP. (...)”

En ese sentido, a consideración del suscrito en su actuar la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA vulnera el derecho al mínimo vital y a la seguridad social del accionante, al permanecer inoperante desde el veintiséis (26) de mayo del dos mil veintidós (2022) fecha en la que recibió el concepto favorable de rehabilitación del señor Omar Duván García García, pues desde esa fecha no se observa que la accionada haya puesto en marcha acción alguna tendiente a garantizar el pronto reconocimiento de las incapacidades del accionante, no puede solamente trasladar la responsabilidad al accionante diciendo que solo hasta el veintiuno (21) de julio del dos mil veintidós (2022) recibió la solicitud de las incapacidades, pues como ya se dijo es una persona con sendos quebrantos de salud a la que debe dificultársele estar al frente de estos trámites y es obligación de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, propender por la efectiva garantía de sus



derechos a través de la prestación de un servicio pronto, eficiente y oportuno.

En ese orden, y visto que pese a haber sido aprobadas, aun no se le han pagado las incapacidades al accionante, considera el despacho que sigue persistiendo la vulneración de sus derechos, y por tanto no se está frente a un hecho superado, en ese sentido, se tutelarán los derechos fundamentales a la salud, al mínimo vital y a la seguridad social del señor Omar Duván García García y en consecuencia, se procederá a **ORDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA a que, si aún no lo ha hecho, mediante su representante legal y/o quien haga sus veces proceda a cancelar los subsidios de incapacidad dejados de pagar al señor Omar Duván García García, esto es los correspondientes al periodo comprendido del veintiséis (26) de mayo del dos mil veintidós (2022) al veinticuatro (24) de julio del dos mil veintidós (2022), lo anterior, en el término de cuarenta y ocho (48) horas.

Aclara el despacho, que se ordena el pago de ese periodo porque es el único que se encuentra acreditado dentro del expediente, a través de la certificación de fecha nueve (09) de julio del dos mil veintidós (2022), expedida por Salud Total EPS-S S.A. y aportada por el accionante en la demanda de tutela.

Por último, se procederá a exhortar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, a que en adelante, de manera celeré y oportuna garantice la verificación, el reconocimiento y el pago de futuras incapacidades al señor Omar Duván García García, que se generen en virtud de su diagnóstico de Linfoma Hodgkin Clásico Variante Esclerosis Nodular, siempre y cuando estas sean prescritas por el médico tratante y se encuentren certificadas por su EPS, lo anterior siempre y cuando estén dentro del marco de sus competencias, conforme a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SESENTA Y SIETE PENAL MUNICIPAL CONTROL GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. – TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, al mínimo vital y a la seguridad social del señor Omar Duván García García identificado con Cedula de Ciudadanía No. 1.026.264.778 de Bogotá, conforme quedó expuesto en la parte motiva.



SEGUNDO. - ORDENAR a la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA** a que, si aún no lo ha hecho, mediante su representante legal y/o quien haga sus veces proceda a cancelar los subsidios de incapacidad dejados de pagar al señor Omar Duván García García, esto es los correspondientes al periodo comprendido del veintiséis (26) de mayo del dos mil veintidós (2022) al veinticuatro (24) de julio del dos mil veintidós (2022), lo anterior, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de este fallo.

El cumplimiento de esta orden estará en cabeza del representante legal y/o quien haga sus veces de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA**, quien deberá informar oportunamente a este juzgado del cumplimiento de la disposición.

TERCERO. - EXHÓRTESE a la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA**, a que en adelante, de manera celeré y oportuna garantice la verificación, el reconocimiento y el pago de futuras incapacidades al señor Omar Duván García García, que se generen en virtud de su diagnóstico de Linfoma Hodgkin Clásico Variante Esclerosis Nodular, siempre y cuando estas sean prescritas por el médico tratante y se encuentren certificadas por su EPS, lo anterior siempre y cuando estén dentro del marco de sus competencias, conforme a lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

CUARTO. Notifíquese esta determinación conforme a lo normado en los artículos 16 y 30 del Decreto 2591. Informándose que contra el presente fallo procede el recurso de IMPUGNACION.

QUINTO. En el evento que no sea impugnada la presente decisión, remitir a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÓSCAR ORLANDO GARZÓN VEGA
JUEZ

