



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CIVIL MUNICIPAL
MOSQUERA CUNDINAMARCA

Febrero 14 de 2023

Radicación: **2023-00148-00**
Accionante: **DIANA MARCELA DELGADILLO GOMEZ**
Accionado: **ARL PROTECCION Y EPS FAMISANAR**

I. ASUNTO.

Se decide el mérito de la acción de tutela interpuesta por la señora **DIANA MARCELA DELGADILLO GOMEZ** quien actúa en nombre propio, contra **EPS FAMISANAR y la ARL PROTECCIÓN**, con tal fin se emiten los siguientes:

II. ANTECEDENTE.

1. Aspectos Fácticos.

Relata que se encuentra afiliada a la EPS FAMISANAR desde el año 2021, en la actualidad presente el siguiente diagnóstico "PACIENTE DE 44 AÑOS CON ANTECEDENTE DE ELINFOMA B COMPROMISO DEL SISTEMA NERVIOSO CENTRAL QUIEN SE ENCONTRABA EN SEGUNDO CICLO DE QUIMIOTERAPIA CON COMPLICACIÓN SECUNDARIA DADA POR NEUTROPENIA FEBRIL, CON REQUERIMIENTO DE ESTANCIA HOSPITALARIA CRECIMIENTO DE E. COLI EN MANEJO DE ANTIBIOTICO, SOLICITAN VALORACIÓN PARA MANEJO DOMICILIARIO ACTUALMENTE 5 DÍAS SIN NUEVOS PICOS FEBRILES, REFIERE SENTIRSE BIEN, NIEGA OTROS SINTOMAS ASOCIADOS".

De acuerdo a sus cuadros clínicos en la actualidad se encuentra en tratamiento con varios profesionales de la salud como reposa en su historial clínico, derivado de estos clínicos, se encuentra en incapacidad permanente.

El 26 de julio de 2022, por parte del médico laboral de la EPS FAMISANAR emitió concepto desfavorable, dictamen el cual no fue controvertido por ninguna de las entidades legalmente facultadas de acuerdo al Decreto 1072 de 2015.

Por lo tanto, y en cumplimiento del sistema legal colombiano concretamente en los artículos 38, 39, 40, 41 de la Ley 100 de 1993 se dirige con el fin del otorgamiento de pensión especial de invalidez, previa valoración de capacidad laboral, ya que cumple con los requisitos establecidos en la normatividad que considera inválida la persona que cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral y que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Señala que en su caso cumple con los requisitos normativos, por lo tanto, el organismo facultado para el trámite de la pensión de invalidez, en este caso es el Fondo de Pensión Protección.

En la actualidad debido a su estado de salud se encuentra en incapacidad permanente, esto mientras el Fondo de Pensiones tramita la asignación pensional, que hasta la fecha no ha realizado o notificado algún proceso con respecto al mismo.

Respecto al pago de incapacidades, desde el mes de abril hasta el mes de diciembre por parte del Fondo de Protección no se ha efectuado el pago de las incapacidades, lo que vulnera sus derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital.

El 19 de diciembre de 2022 en ejercicio del derecho de petición radicó ante el Fondo de Protección, la siguiente solicitud:

Pago de auxilio de incapacidades desde el mes de abril hasta diciembre de 2022.

Se inicie el proceso de otorgamiento de pensión especial de invalidez a favor de la señora DIANA MARCELA DELGADILLO GOMEZ.

Pero hasta la fecha por parte de la entidad, lo han dado respuesta, pasando los días hábiles establecidos para dar respuesta clara, concordante a la solicitud de fondo.

2. Pretensiones

Solicita que se tutele los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana, seguridad social, igualdad y petición y en consecuencia se ordene a EPS FAMISANAR efectuar el pago de incapacidades del día 3 al 180 de incapacidad hasta la fecha, concretamente el periodo comprendido desde el mes de abril de 2022 hasta diciembre de 2022.

Se ordene al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN efectuar el pago correspondiente de las incapacidades a partir del día 180 al 540 de incapacidad hasta la fecha, concretamente el periodo comprendido desde el mes de abril de 2022 hasta diciembre del año 2022, igualmente se ordene el pago de intereses.

3. Actuación Procesal.

Mediante proveído de fecha primero (01) de febrero de 2023, se admitió la acción de tutela, ordenándose la notificación a **LA EPS FAMISANAR y al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN**, para que ejercieran su derecho de defensa e informara sobre los hechos sustento de la misma; igualmente se vinculó a la **SECRETARIA DE SALUD DE CUNDINAMARCA**. Se vinculó igualmente a la empresa **TALENTUM TEMPORAL S.A.S.**,

4. Respuesta de los accionados

SECRETARIA DE SALUD DE CUNDINAMARCA.

A través de su representante legal, que la accionante DIANA MARCELA DELGADILLO GOMEZ se encuentra en el régimen contributivo como cotizante de la EPS FAMISANAR del municipio de Funza.

Solicita se desvincula a la entidad toda vez que el responsable de la atención integral le corresponde a la EPS FAMISANAR.

FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN

Informa que la accionante presentó concepto de rehabilitación desfavorable el día 26 de julio de 2022, de acuerdo a ello, no le corresponde el pago de incapacidades, sino que debe proceder con la calificación de la merma de capacidad laboral en los términos del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012.

Es de resaltar que la potestad que fue otorgada por el artículo 142 a las administradoras de Fondos de Pensiones, de postergar o no el trámite de calificación hasta los 360 días adicionales a los primeros 180, ocurre siempre que el afiliado cuente con pronóstico favorable de rehabilitación, caso en el cual existiría la obligación por parte de la administradora de pagar un subsidio equivalente a la incapacidad que venía recibiendo la accionante, sin embargo, es preciso mencionar

que en el caso del asunto, al no tener pronóstico favorable de recuperación, no se debe reconocer el pago de incapacidades, para efectos de fundamentar lo anterior.

Así las cosas, de conformidad con la normatividad que rige el tema, PROTECCIÓN S.A. no se encuentra obligada al pago de las incapacidades de la parte accionante, toda vez que no cuenta con pronóstico favorable de rehabilitación y la obligación en cabeza de Protección S.A. solo surge cuando se cuenta con pronóstico FAVORABLE.

EPS FAMISANAR

Informó que el usuario cuenta con más de 180 días de incapacidad con el diagnóstico C833, la entidad ha realizado el pago de incapacidades tramitadas por su empleador TALENTUM TEMPORAL S.A.S. por lo cual es pertinente informar que se registra el pago de incapacidades de los meses de abril, mayo, julio, agosto, septiembre y octubre, para lo cual adjunta pantallazo de los pagos.

De acuerdo con lo anterior es procedente solicitar la vinculación de TALENTUM TEMPORAL S.A.S., teniendo en cuenta que de acuerdo con el estatuto laboral es el empleador quien paga en los mismos periodos de salarios y posteriormente realiza el trámite administrativo de reconocimiento y pago ante la entidad.

Solicita se desvincule por improcedencia de la acción de tutela, por inexistencia de violación o puesta en peligro los derechos fundamentales de la accionante por parte de FAMISANAR EPS; igualmente por falta de legitimación en la causa por el extremo pasivo.

EMPRESA TALENTUM TEMPORAL S.A.S.

Guardo silencio.

III. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA.

Este despacho es competente para conocer de la acción de tutela contra cualquier autoridad pública de orden distrital o municipal o contra particulares, según lo normado por el artículo 37 del decreto 2591 de 1991 y teniendo en cuenta que este Juzgado tiene jurisdicción en el lugar de ocurrencia de la presente vulneración.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

La legitimación para acudir ante la jurisdicción en ejercicio de la acción de tutela corresponde indiscutiblemente al titular de los derechos fundamentales que han sido materia de vulneración con ocasión de la acción u omisión de la autoridad.

En este caso la señora, **DIANA MARCELA DELGADILLO GOMEZ** quien actúa en nombre propio, ha incoado acción de tutela, tras considerar que han vulnerados los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, dignidad humana y a la igualdad.

Igualmente, legitimación por pasiva respecto de las entidades accionadas por cuanto es contra quien se reclama la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde establecer si en el presente caso, existe vulneración a los derechos fundamentales del accionante, por parte de las entidades accionadas.

LA ACCIÓN DE TUTELA.

El artículo 86 de la Constitución Política y los Decretos Reglamentarios 2591 y 306 de 1.992, establecen que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales y fundamentales, cuando

estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular en los casos expresamente señalados en las citadas disposiciones.

Así mismo debe señalarse que la acción de tutela es un procedimiento de carácter específico, autónomo, directo y sumario, pues el artículo 6 del Decreto 2591 de 1.991, consagra que la acción de tutela no procede cuando existen otros mecanismos de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Vida digna

El Derecho a la vida, constituye el sustento y razón de ser para el ejercicio y goce de los restantes derechos, establecidos tanto en la Constitución como en la ley; con lo cual se convierte en la premisa mayor e indispensable para que cualquier persona natural se pueda convertir en titular de derechos u obligaciones¹.

La Corte Constitucional además ha sostenido que el derecho a la vida reconocido por el constituyente, no abarca únicamente la posibilidad de que el ser humano exista, es decir, de que se mantenga vivo de cualquier manera, sino que conlleva a que esa existencia deba entenderse a la luz del principio de la dignidad humana², reconocido en el artículo 1 de la Constitución Política como principio fundamental inspirador de nuestro Estado Social de Derecho.

Así mismo, en sentencia SU-062 de 1999 la Corte precisó que:

“Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano”³.

En ese orden de ideas, el derecho fundamental a la vida no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones mínimas de una vida en dignidad, lo que comporta no solo el simple hecho de existir, sino de la garantía de mínimos vitales, inherentes a la condición del ser humano, los cuales posibilitan la vida de un individuo en condiciones de dignidad.

Derecho a la salud

El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas la atención en salud, con el establecimiento de políticas para la prestación del servicio y el ejercicio de una vigilancia y control de las mismas. De ahí que el derecho a la salud tenga una doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho subjetivo fundamental del que son titulares todas las personas y, por otro, en un servicio público de carácter esencial cuya prestación es responsabilidad del Estado.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en principio consideró que el alcance del derecho a la salud se limitaba a su órbita prestacional, de ahí que su materialización era programática y progresiva y su desarrollo dependía de las políticas públicas implementadas para su ejecución a través de actos legislativos o administrativos⁴. Posteriormente, fue reconocido como un derecho fundamental cuando su amenaza o vulneración afecta otras garantías superiores como la vida⁵; y finalmente, en

¹ Sentencia T 675 de 2011, Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa, providencia del 9 de septiembre de 2011.

² Sentencia T-860 de 1999

³ SU -062/99

⁴ T-082 de 2015

⁵ Sentencia T-081 de 2016

Sentencia T-760 de 2008, la Corte estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo “en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.”⁶

Por su parte el legislador mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015, en su artículo 2° reconoció que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad.

En consideración a lo anterior, al ser la salud un derecho fundamental, puede ser protegido mediante la acción de tutela cuando resulte amenazado o vulnerado y no exista otro medio idóneo de defensa judicial, presupuesto que cobra mayor relevancia cuando los afectados son sujetos de especial protección constitucional, como quienes padecen enfermedades degenerativas, catastróficas y de alto costo, entre ellas, el cáncer⁷.

Así, debe considerarse que las personas que padecen cáncer, no están en condición de gestionar la defensa de sus derechos, como podría estarlo una persona sana o que padezca una enfermedad de menor entidad, por lo que se les debe brindar un servicio eficiente durante el curso de toda la enfermedad, de forma tal que puedan sobrellevar sus padecimientos de manera digna.

Derecho al mínimo vital.

La Corte Constitucional ha definido el derecho al mínimo vital (alimentos congruos) como el conjunto de condiciones básicas indispensables para garantizar la subsistencia digna de la persona y de su familia.

“El derecho al mínimo vital ha sido considerado por la jurisprudencia constitucional como una de las garantías más importantes en el Estado Social de Derecho. No solo porque se fundamenta en otros derechos como la vida (Art. 11 C.P.), la salud (Art. 49 C.P.), el trabajo (Art. 25 C.P.) y la seguridad social (Art. 48 C.P.), sino porque en sí mismo es ese mínimo sin el cual las personas no podrían vivir dignamente. Es un concepto que no solo busca garantizarle al individuo percibir ciertos recursos, sino permitirle desarrollar un proyecto de vida igual que al común de la sociedad. De allí que también sea una medida de justicia social, propia de nuestro Estado Constitucional. En ese sentido, derecho al mínimo vital ha sido definido por la Corte como “la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional”. Es decir, la garantía mínima de vida.”⁸

Respecto al alcance de este concepto, la Alta Corporación ha manifestado que no puede solo limitarse al aspecto monetario, toda vez que no solamente debe garantizarse la vida digna del individuo, sino que además le permita desarrollar la vida en sociedad, de lo que se colige que el mínimo vital, lleva implícita una garantía no solo cuantitativa sino cualitativa, por lo que debe examinarse cada caso concreto, con el fin de determinar su protección.

Seguridad social en salud

La Constitución Política de Colombia, en el artículo 48, al referirse a la seguridad social, la describe como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley.

Pues bien, en cuanto a la seguridad social en salud, debe entenderse que todas las personas deben tener un acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a los servicios, bienes, facilidades y establecimientos que se requieran para garantizarlo. Esto significa que, tanto legal como administrativamente, el sistema

⁶ Sentencia T-920 de 2013

⁷ Sentencia T-261 de 2017

⁸ Sentencia T-891 de 2013

de salud debe brindar unas condiciones de cobertura que incluyan su accesibilidad jurídica, física y prestacional.

La procedencia excepcional de las tutelas instauradas para reclamar el pago de las incapacidades laborales.

La Corte Constitucional ha señalado que en virtud de la existencia de unos mecanismos judiciales específicamente diseñados para resolver las controversias relativas al pago de las acreencias laborales y a la cobertura de las contingencias amparadas por el Sistema General de Seguridad Social Integral (SGSSI), en principio, se impide que las discusiones sobre el reconocimiento y pago de derechos pensionales, salarios, indemnizaciones o incapacidades sean sometidos a consideración del juez de tutela; de manera que la posibilidad de discutir esos asuntos en sede constitucional ha sido admitida en situaciones excepcionales, en las que exigirle al peticionario el agotamiento de los medios ordinarios de defensa puede resultar excesivo, bien sea porque se trata de un sujeto de especial protección constitucional o porque, por distintas razones, tal trámite lo expone a un perjuicio irremediable⁹.

Por eso, la Corte ha insistido ampliamente en que el examen de subsidiariedad de la acción constitucional debe establecerse a partir del análisis fáctico que sustenta la pretensión de amparo, teniendo en cuenta aspectos como la edad, el estado de salud, las condiciones económicas y la forma en que está integrado el grupo familiar de quien reclama la protección¹⁰.

Frente al caso específico de las tutelas impetradas para obtener el pago de incapacidades laborales, ha dicho la Corte que debe considerarse un aspecto adicional, relacionado con la importancia que estas representan para quienes se ven obligados a suspender sus actividades laborales por razones de salud y no cuentan con ingresos distintos del salario para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia¹¹; de manera que, la falta de pago de la incapacidad médica no implica solamente el desconocimiento de un derecho laboral, sino además, se pueden ver trasgredidos derechos fundamentales, como el derecho a la salud y al mínimo vital del peticionario y, en allí donde resulta viable acudir a la acción de tutela, para remediar de la forma más expedita posible la situación de desamparo a la que se ve enfrentada una persona cuando se le priva injustificadamente de los recursos que requiere para subsistir dignamente¹².

Las incapacidades laborales por enfermedad común que superan los 180 días. Responsabilidad de los empleadores, las EPS y las administradoras de pensiones en su reconocimiento y pago.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo (enfermedad profesional) y el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 (enfermedad de origen Común), el subsidio por incapacidad laboral hace parte del esquema de prestaciones económicas diseñado con el objeto de cubrir a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral frente a las eventualidades que menoscaban su salud y su capacidad económica. En concreto, ha dicho la Corte Constitucional, el subsidio cumple el propósito de sustituir el salario cuando el trabajador debe ausentarse del lugar en el que cumple sus actividades laborales, tras sufrir una enfermedad o un accidente que le impide desempeñar temporalmente su profesión u oficio¹³.

Así, el papel que cumple el subsidio de incapacidad laboral es la de proteger a quienes quedan temporalmente desprovistos de los recursos que destinaban a satisfacer sus necesidades básicas y la de su familia por razones de salud. En ese orden de ideas, y en concordancia con lo previsto en el Decreto 1049 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se ha entendido que el empleador es responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a dos días¹⁴ y que las EPS

⁹ Sentencia T-333 de 2013

¹⁰ Sentencia T-721 de 2012.

¹¹ Ídem 6.

¹² Sentencia T-311 de 1996, T-404 de 2010 y T-154 de 2011, citadas en sentencia T-333 de 2013

¹³ Sentencia T-333 de 2013.

¹⁴ Parágrafo 1º, Artículo 40 del Decreto 1049 de 1999: “Serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral

cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180, a menos que el empleador no haya afiliado a su trabajador al SGSSI o haya incurrido en mora en las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, en cuyo caso las incapacidades correrán por su cuenta.¹⁵

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad en el pago de las incapacidades causadas después del día 180, según lo previsto en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, norma que regula el trámite previo a la solicitud de la calificación de la invalidez, les asigna a las administradoras de fondos de pensiones (AFP) y a las administradoras de riesgos profesionales (según se trate de incapacidades de origen común o laboral, respectivamente) la función de remitir a sus afiliados a las juntas de calificación, previo concepto de rehabilitación integral.

Así, por regla general, tal remisión debe efectuarse antes de que se cumpla el día 150 de incapacidad temporal, salvo lo dispuesto en el artículo 30 de la misma norma, que permite que la AFP postergue el trámite de calificación hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal que otorgó la EPS, si el mencionado concepto de rehabilitación es favorable y con la condición de que “otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador”¹⁶.

En éste punto, 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; no obstante la Corte Constitucional ha enfatizado en que estas corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación¹⁷.

Respecto del concepto favorable de rehabilitación se debe 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, por lo que, 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.

*Bajo tal contexto, la Corte Constitucional¹⁸ ha dicho 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 que asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador, y que constituye 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 económico¹⁹.*

*Así las cosas, en los términos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia T-401 de 2017, 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; deber que es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad, pues en ese - estado de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida*

originada por enfermedad general, tanto en el sector público como en el privado. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados”.

¹⁵ Artículo 1 Decreto 2943 de 2013

¹⁶ Artículo 30 Decreto 2463 de 2001

¹⁷ Sentencia T-401 de 2017

¹⁸ Idem 14

¹⁹ Decreto 2463 de 2001, artículo 23 inciso 1º

de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso.

Al respecto, cabe indicar que la normatividad legal que regula la materia 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 laboral²⁰.

La Corte ha sido enfática en que el afiliado no tiene por qué soportar, bajo ninguna circunstancia, los efectos de esas controversias, mucho menos cuando existe certeza sobre su derecho. Así, ha insistido en que las diligencias previas al reconocimiento y pago de las prestaciones del sistema de seguridad social integral deben resolverse oportunamente, sin inmiscuir al afiliado en disputas que no le competen y que, en cualquier caso, pueden poner en riesgo sus condiciones mínimas de existencia y, **con el mismo propósito, avaló la posibilidad de que los jueces de tutela señalen un responsable provisional del pago de las incapacidades laborales, para salvaguardar los derechos fundamentales de quienes las reclaman, mientras las entidades del caso definen cuál de ellas es la encargada de cancelarlas, en aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias respectivas**²¹.

En conclusión, en atención a las condiciones en que se encuentran las personas que por razones de salud se ven afectadas en su sustento diario, se debe privilegiar la protección de sus garantías mínimas, sobre las disputas de índole contractual que puedan presentarse en relación con la responsabilidad de los actores del SGSS en el reconocimiento y pago de esas prestaciones²².

Ahora bien, con respecto a quién le corresponde el pago de las incapacidades la Corte estableció las pautas normativas vigentes en la materia:

“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 correspondiente²³.

(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.**

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. Como se indicó anteriormente, el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un

²⁰ Sentencia T-920 de 2009

²¹ Sentencia T-333 de 2013

²² Sentencia T-786 de 2009, T-404 de 2010 y T-1047 de 2010

²³ Es indispensable aclarar que el empleador deberá asumir el pago de las incapacidades y en general de todas las prestaciones garantizadas por el Sistema de Seguridad Social Integral cuando no haya afiliado al trabajador o cuando a pesar de haber sido requerido por las entidades del sistema, se haya encontrado en mora en las cotizaciones al momento de ocurrir el siniestro. Ver: sentencias T-146 de 2016 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-723 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa).

subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente”²⁴ (Negrita y subrayado fuera del texto)

Las anteriores precisiones tienen como fundamento las precarias situaciones en las que se encuentran las personas que reclaman incapacidades laborales, pues no solamente están aquejadas por una enfermedad o accidente, sino que también, en la medida en que no pueden continuar laborando normalmente, se ve afectado su ingreso, más aún cuando las entidades a las que le corresponde asumir el pago de las incapacidades someten a los usuarios a una espera injustificada de estas remuneraciones con la excusa de definir a quién le corresponde pagarlas, menoscabando, aún más, su condición.

De conformidad con lo expuesto y habiéndose clarificado jurisprudencialmente a quien le corresponde el pago de las incapacidades, responsabilidad que está determinada por el periodo de tiempo que se reclama, debe revisarse lo relativo a la interrupción de los periodos de las incapacidades que, en el sub lite, superan los 30 días.

En ese sentido necesario resulta citar el art. 2.2.3.2.3. del Capítulo 11 titulado “REVISIÓN PERIÓDICA DE LA INCAPACIDAD, CONCEPTO DE REHABILITACIÓN” del Decreto 1333 del 27 de julio de 2018, el cual prevé: “Prórroga de la incapacidad. Existe prórroga de la incapacidad derivada de enfermedad general de origen común, cuando se expide una incapacidad con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión o por otra que tenga Relación directa con esta, así se trate de diferente código CIE (Clasificación Internacional de Enfermedades), siempre y cuando entre una y otra, no haya interrupción mayor a 30 días calendario”.

Conjuntamente con lo transcrito, ha de tenerse en cuenta el concepto 2-2016-060190 emitido por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD sobre el pago de incapacidades por enfermedad general:

“[...] Ahora bien, es necesario precisar que en relación con las prórrogas o interrupciones de las incapacidades, no existe una norma que establezca las reglas en tal sentido, tal como lo ha sostenido el Ministerio de Salud y Protección Social, en reiterados conceptos tales como el radicado con el número 201511600088971 del 26 de enero de 2015 [...], en consecuencia las EPS aplican lo establecido en la Resolución 2266 del 6 de agosto de 1998, “Por la cual se reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y Licencias de Maternidad en el Instituto de los Seguros Sociales.”, el cual indica en su artículo 13 lo siguiente: “Se entiende por prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a treinta (30) días calendario.” De conformidad con lo anteriormente expuesto y para efectos de reconocer y pagarla prestación económica en las proporciones indicadas en el artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo, se tendrá en cuenta que no haya transcurrido más de 30 días calendario entre incapacidad e incapacidad, originada por la misma enfermedad o lesión, para establecer que se trata de una prórroga de la inicial, o en el caso contrario, **al transcurrir más de 30 días calendario entre la una y la otra**, se estaría frente a una nueva incapacidad que originaría el pago de los dos primeros días por parte del empleador y a partir del tercer día por parte de la EPS respectiva”²⁵.

DEL CASO EN CONCRETO

Conforme lo expuesto en precedencia, se tiene que la señora **DIANA MARCELA DELGADILLO GOMEZ**, acudió a este mecanismo constitucional, con el propósito de que se protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social,

²⁴ C.C. T-401/17

²⁵ <https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Conceptos/Cto%202-2016-060190%20-.pdf>

dignidad humana y a la igualdad, pues las entidades accionadas no han pagado la prestación económica por concepto de incapacidades de los meses de abril hasta diciembre de 2022, quien cuenta con concepto desfavorable de fecha 26 de julio de 2022 por parte del médico laboral de la EPS FAMISANAR.

Se adjuntó como anexo los siguientes certificados de incapacidad médica.

- 1) Certificado de Incapacidad No.94166 - Incapacidad por 30 días, desde el 09/03/2022 hasta el 07/04/2022.
- 2) Certificado de Incapacidad No.178818 - Incapacidad por 30 días, desde el 07/05/2022 hasta el 05/06/2022.
- 3) Certificado de Incapacidad - Incapacidad por 30 días, desde el 06/06/2022 hasta el 05/07/2022.
- 4) Certificado de Incapacidad No.255952 - Incapacidad por 30 días, desde el 01/07/2022 hasta el 30/07/2022.
- 5) Certificado de Incapacidad No.30042 - Incapacidad por 30 días, desde el 29/07/2022 hasta el 27/08/2022.
- 6) Certificado de Incapacidad No.354811 - Incapacidad por 30 días, desde el 28/08/2022 hasta el 26/09/2022.
- 7) Certificado de Incapacidad - Incapacidad por 30 días, desde el 27/10/2022 hasta el 26/11/2022.
- 8) Certificado de Incapacidad - No. 2187922 Incapacidad por 30 días, desde el 27/11/2022 hasta el 26/12/2022.

A lo anterior, según información suministrada por la **EPS FAMISANAR** en la respuesta a la presente acción de tutela, la señora **DIANA MARCELA DELGADILLO GOMEZ** se encuentra afiliada a dicha entidad promotora de salud, en estado actual activo cotizante, y como empleador la empresa **TALENTUM TEMPORAL S.A.S.**, informando que han procedido al pago de incapacidades de los meses de abril, mayo, julio, agosto, septiembre y octubre de 2022.

Conforme la historia clínica allegada, se tiene también que es una paciente DE 44 AÑOS, con LESION INTRAAXIAL PARIETOOCCIPITAL IZQUIERDA, BIOPSIA; ESTUDIOS INMUNOHISTOQUIMICA, - LINFOMA B DIFUSO DE CELULAS GRANDES CON INMUNOFENOTIPO NO CENTROGERMINAL, y se encuentra en estudio de inmunohistoquímica.

De igual manera conforme los hechos de la acción de tutela y lo informado por la **EPS FAMISANAR**, la accionante cuenta con concepto de rehabilitación desfavorable de fecha 26/07/2022 por parte del AREA DE MEDICINA LABORAL.

En lo que respecta a cada una de las incapacidades se verifica de acuerdo la respuesta otorgada por FAMISANAR EPS, que la usuaria cuenta con más de 180 días de incapacidad continuas con diagnostico C833.

Conforme los anexos allegados por la **EPS FAMISANAR**, fueron pagadas las incapacidades correspondientes a los meses de abril, mayo, julio, agosto, septiembre y octubre de 2022 a la empresa **TALENTUM TEMPORAL S.A.S**, según el siguiente pantallazo allegado:

DELGADILLO GOMEZ DIANA MARCELA

Consultas Comunicación puntos apoyo Herramientas

CC 52662007 Ultimo Periodo Pagado Ene/2023

Movilidad Régimen Afiliados Pagos Empl Empleador Informació

Afiliado Grupo Familiar Fui Pagos

Revalidaciones Pagos Subsidiado Comunicaciones Cartera

Traslados sal Recobro aportes otras E Ctas de Cobro Cotiza Cta de cobro Empl

Incapacidades Hist duplicidad Radicaciones Documentos

Cause Incapacidad	Dias Solici.	Fecha Inicial	Fecha Final	Estado	Rtpef
IGUNO DE LOS AN	30	05/09/2022	04/10/2022	Pagada	✓
IGUNO DE LOS AN	30	31/07/2022	29/08/2022	Pagada	✓
IGUNO DE LOS AN	30	01/07/2022	30/07/2022	Pagada	✓
IGUNO DE LOS AN	30	08/04/2022	07/05/2022	Pagada	✓
IGUNO DE LOS AN	30	09/03/2022	07/04/2022	Pagada	✓
IGUNO DE LOS AN	17	20/02/2022	08/03/2022	Pagada	✓
IGUNO DE LOS AN	29	22/01/2022	19/02/2022	Pagada	✓
IGUNO DE LOS AN	8	03/01/2022	10/01/2022	Negada	✓
IGUNO DE LOS AN	12	22/12/2021	02/01/2022	Pagada	✓
IGUNO DE LOS AN	30	17/10/2021	15/11/2021	Pagada	✓
IGUNO DE LOS AN	30	17/09/2021	16/10/2021	Pagada	✓

De igual manera se verifica de las incapacidades allegadas al escrito de tutela, conforme las relacionadas anteriormente arrojando un histórico de incapacidades sumadas de más de 180 días, desde el 17 de enero de 2021 hasta el 05 de septiembre de 2022, hecho que fue confirmado por la EPS FAMISANAR en su respuesta de tutela

En este sentido, la afectación a los derechos fundamentales que alega la accionante, se configuran desde el mes de abril de 2022, fecha en que dejó de recibir los recursos necesarios para acceder a su mínimo vital, y pagos que en virtud del principio de solidaridad que debe ostentar el Sistema de Seguridad Social, corresponden a las entidades a la que se encuentran afiliada la accionante, siendo el cese de estos auxilios una afectación a los derechos fundamentales que alega como conculcados, tomando además en cuenta que según el **concepto desfavorable** de recuperación de su patología, puede colegirse que no puede obtener a través de un trabajo regular los recursos para su congrua subsistencia.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta, el concepto de rehabilitación de la accionante, se le siguen expidiendo certificados de incapacidad, lo que la ubica en situación de debilidad manifiesta, por lo que el no pago de dichas prestaciones le vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital y la vida digna, siendo procedente ordenar al representante legal de **TALENTUM TEMPORAL S.A.S**, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo efectúe el pago de las incapacidades comprendidas para los meses de abril al 16 de octubre de 2022, a la señora **DIANA MARCELA DELGADILLO GÓMEZ**, atendiendo a que se verifica que la **EPS FAMISANAR** según el sistema actualizado de información cancelo las incapacidades que por Ley le correspondían.

De igual manera, conforme la pauta jurisprudencial, reseñada se ordenará a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, el pago de las incapacidades desde el día 17/10/2022 en adelante, que señala:

(v) 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.**

Por lo que deberá **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, continuar cancelando las incapacidades que con motivo de su padecimiento se generen de forma continua a la señora **DIANA MARCELA DELGADILLO GOMEZ**, hasta tanto se emprenda el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación o la pensión de invalidez según corresponda.

De otro lado, y respecto al derecho fundamental de petición de igual manera se encuentra vulnerado por parte de la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES**

Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., por cuanto se verifica que la accionante radicó el día 19 de diciembre de 2022 en la Oficinas de la entidad derecho de petición en el cual solicitó el pago de auxilio de incapacidades desde el mes de abril hasta diciembre de 2022 y solicitó el inicio el proceso de otorgamiento de pensión especial de invalidez a favor de la accionante, sin que se evidencia remisión de la respuesta por parte de la accionada a la peticionaria.

Ahora bien, el Despacho debe precisar que el derecho fundamental de petición, consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, conlleva a que la autoridad o particular requerido emita una pronta respuesta a lo pedido, esto es, respetando el término concedido para tal efecto. Sin embargo, esa garantía no sólo implica que la solución al *petitum* se emita dentro del plazo oportuno, sino que dicha respuesta debe: *i)* ser de fondo, esto es, que resuelva la cuestión sometida a estudio, bien sea favorable o desfavorable a los intereses del peticionario; *ii)* ser congruente frente a la petición elevada; y, *iii)* debe ser puesta en conocimiento del peticionario. Entonces, si la respuesta emitida por el ente requerido carece de uno de estos tres presupuestos, se entenderá que la petición no ha sido atendida, conculcándose el derecho fundamental.

Visto desde esta perspectiva, este Despacho considera que **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, ha vulnerado el derecho de petición de la señora **DIANA MARCELA DELGADILLO GOMEZ**, en tanto no acreditó la remisión respuesta.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Civil Municipal de Mosquera, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

V. FALLA

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales de la señora **DIANA MARCELA DELGADILLO GOMEZ**, quien actúa en nombre propio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal y/o quien haga sus veces de **TALENTUM TEMPORAL S.A.S**, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo efectúe el pago de las incapacidades comprendidas desde el mes de abril hasta el 16 de octubre de 2022 a la accionante **DIANA MARCELA DELGADILLO GOMEZ**, en atención a que fueron debidamente pagadas por la **EPS FAMISANAR**, sin perjuicio de las acciones que puede emprender para el reembolso de los dineros cancelados, en virtud de la norma referida.

TERCERO: ORDENAR al Representante Legal y/o quien haga sus veces de la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo autorice, liquide y efectúe el pago de las incapacidades que continúan desde el 17 de octubre de 2022 hasta la fecha, a la accionante **DIANA MARCELA DELGADILLO GOMEZ**, momento en que se transfiere la responsabilidad a la AFP, hasta emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación.

CUARTO: ORDENAR al Representante Legal de al Representante Legal de **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y/o quien haga sus veces, que en el término de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes a la notificación de esta sentencia, se conteste el derecho de petición radicado por la señora **DIANA MARCELA DELGADILLO GOMEZ** radicado el día 19 de diciembre de 2022, allegando al expediente copia de la respuesta y la constancia de envío recibida por la accionante o su comunicación personal según sea el caso

QUINTO: DESVINCULAR: de la presente acción constitucional a las entidades **SECRETARIA DE SALUD DE CUNDINAMARCA**, por no encontrar de su parte vulneración a los derechos fundamentales de la accionante.

SEXTO: NOTIFIQUESE la presente decisión, **VIA CORREO ELECTRONICO** al accionante, como a la accionada. De no ser posible utilícese el medio más expedito.

SÉPTIMO: REMITIR las presentes diligencias de no ser impugnada la presente decisión a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Oficiese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

**ASTRID MILENA BAQUERO GUTIERREZ.
JUEZA**

Firmado Por:

Astrid Milena Baquero Gutierrez

Juez

Juzgado Municipal

Civil 000

Mosquera - Cundinamarca

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: **73eb2825d6675a2719d53dbc7b9d7aa24b15ba36e4eedf23783821b8a9bd0b3d**

Documento generado en 14/02/2023 05:30:33 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>