

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JURISDICCIONAL

Radicación: 25-473-40-03-001-2021-01080-00
Accionante: JHON SEBASTIAN VALDES VELEZ
Accionado: FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN
EPS CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR CAFAM
EMPRESA MILLENIUM BPO S.A
Radicación: 2021 – 01080

**JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA
MOSQUERA CUNDINAMARCA**

Septiembre tres (3) de dos mil veintiuno (2021)

ASUNTO A DECIDIR

Surtido el trámite que le es propio, procede el Despacho a proferir fallo dentro de la **ACCIÓN DE TUTELA** de la referencia.

IDENTIFICACIÓN DEL ACCIONANTE

Recurre al trámite de la acción constitucional **JHON SEBASTIAN VALDES VELEZ**

IDENTIFICACIÓN DE LA ACCIONADA

La acción es instaurada en contra del **FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN, EPS FAMILIAR, CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR –CAFAM- Y EMPRESA MILLENIUM BPO S.A**

DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE TRASGREDIDOS O AMENAZADOS

Busca el accionante se le amparen, los derechos fundamentales Mínimo vital, a la salud en conexidad con la seguridad social y la vida, al derecho a la igualdad, a la dignidad humana.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL

Para fundamentar el amparo, se citan los hechos que a continuación se compendian:

Manifiesta el tutelante que, desde el 19 de diciembre de 2019 a la fecha, labora para la empresa MILENIUM BPO, encontrándose afiliado desde el año 2011 a la E.P.S. CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR CAFAM.

Que en la actualidad presenta una patología de HERNIA DISCAL L51, PARACENTRAL DERECHA PSEUDOCIATICA IZQUIERDA, DOLOR LUMBAR CRONICO, razón por la que en la actualidad presenta una incapacidad ininterrumpida superior a ciento veinte (180) días.

Señala que las incapacidades medicas han sido radicadas en la empresa para la cual labora las cuales se las venían cancelando sin reparo alguno, sin embargo no ocurre lo mismo con las que se han expedido desde el 24 de mayo de año en vigencia hasta la fecha, toda vez, que la empresa

MILENIUM BPO aduce que no es la responsable de seguir cancelando el salario, indicándole que el responsable de seguir cancelándole dichos rubros es el FONDO DE PENSIONES PROTECCION y que por tanto la empresa tan solo se hace cargo del pago de la seguridad social.

Las incapacidades que faltan por cancelar son:

La que inicia el 24 de mayo de 2.021 hasta 12 de junio de 2.021

La que inicia el 15 de junio de 2.021 hasta 29 de junio de 2.021

La que inicia el 30 de junio de 2.021 hasta 09 de julio de 2.021

La que inicia el 10 de julio de 2.021 hasta 24 de julio de 2.021

La que inicia el 14 de julio de 2.021 hasta 12 de agosto de 2.021

Pone de presente el accionante que no cuenta con ninguna otra fuente de ingreso que le permita sufragar su costo de vida y por ende el de su familia quienes dependen de sus ingresos, razón por la cual el NO RECONOCIMIENTO Y PAGO DE las PRESTACIONES ECONOMICAS, pone en riesgo su DIGNIDAD HUMANA, y mi MINIMO VITAL.

PETICIÓN DE LA TUTELA

En concreto pretende el petente del juez constitucional que se le ordene al **FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN, CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR CAFAM Y EMPRESA MILLENIUM BPO S.A:**

El RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS PRESTACIONES ECONOMICAS que van desde:

El 24 de mayo de 2.021 hasta 12 de junio de 2.021

El 15 de junio de 2.021 hasta 29 de junio de 2.021

El 30 de junio de 2.021 hasta 09 de julio de 2.021

El 10 de julio de 2.021 hasta 24 de julio de 2.021

El 14 de julio de 2.021 hasta 12 de agosto de 2.021

TRÁMITE PROCESAL y CONTRADICTORIO

Mediante providencia de fecha 23 de agosto de 2021, se admitió la acción de tutela ordenándose la notificación a **CAJA DE COMPENSACION CAFAM, EMPRESA MILLENIUM BPO S.A y el FONDOD DE PENSIONES PROTECCION** para que rindieran informe sobre los hechos en que sustenta la misma y ejercieran su derecho de defensa.

Por auto de 26 de agosto hogaño y teniendo en cuenta lo señalado en la contestación de la accionada **PROTECCION S.A** se ordenó la **VINCULACION** a las presentes diligencias a **COMPENSAR EPS** para que rindiera informe sobre los hechos en que sustenta la misma y ejerciera su derecho de defensa.

Mediante providencia adiada el 31 de agosto atendido la respuesta allegada por **COMPENSAR EPS** se ordena **VINCULAR** a la presente acción a **FAMISANAR EPS** a la presente acción constitucional para que rindiera informe sobre los hechos en que sustenta la misma y ejerciera su derecho de defensa.

RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS

Surtida la notificación a la **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR –CAFAM–** representada legalmente por el Gerente **ANDRÉS EDUARDO ZULUAGA CAMACHO**, a través de apoderada judicial, manifiesta que de acuerdo con las normas de seguridad social vigentes, el sistema de seguridad social en salud cuenta dentro de su organización institucional con un subsector privado conformado por Entidades Promotoras de Salud EPS, Instituciones Prestadoras de Servicio IPS, Aseguradoras de Riesgos Laborales (ARL) y Fondo de Pensiones y Cesantías.

En virtud de lo anterior es claro que las entidades señaladas son entes jurídicamente independientes y con funciones específicamente contempladas en la Ley.

Por lo anterior, señala que el reconocimiento y pago de incapacidades corresponde a un servicio a cargo del asegurador y del ministerio de salud, lo cual en ningún caso y conforme a las normas de Seguridad Social en salud le corresponden a la I.P.S. CAFAM, ya que la Caja de Compensación Familiar CAFAM, brinda servicios de salud a través de sus diferentes I.P.S., debidamente habilitadas por el Asegurador, y por ende, no es su competencia dirimir controversias que son netamente de la relación entre la Accionante y su asegurador

ACCIONADA EMPRESA MILLENIUM BPO

A través de **LORENA DAZA ARAGÓN** en calidad de Representante Legal Suplente de la accionada se opone a todos y cada uno de los hechos expuestos por el accionante, teniendo en cuenta que la empresa a la que representa no es quien debe pagar las incapacidades de los trabajadores, ya que por disposición legal (ley 100 de 1993 y demás normas concordantes) han indicado que la obligación de cancelar las incapacidades de ORIGEN COMUN SON LAS EPS o en su defecto las AFP.

Manifiesta que desde el inicio del contrato de trabajo la empresa MILLENIUM BPO le ha cancelado en forma puntual los salarios, prestaciones sociales y vacaciones a que tiene derecho el actor.

Que el salario fue pagado puntualmente al accionante, mientras prestó personalmente sus servicios a la empresa y quien tiene la obligación de pagar el valor de las incapacidades corresponde al Sistema General de Seguridad Social, toda vez que, al afiliar al trabajador a dicho sistema, el empleador subroga en las entidades de previsión social, los riesgos relacionados con la salud del trabajador.

Manifiesta que MILLENIUM BPO S.A no es la llamada a reconocer el monto de las incapacidades que reclama el accionante toda vez que el auxilio monetario a que tiene derecho el señor JHON SEBASTIAN VALDEZ VELEZ, debe ser cubierto por la EPS o de la AFP.

Señala la representante legal de la accionada que se tramitaron en forma oportuna y puntual todas y cada una de las incapacidades que se le otorgaron al trabajador motivo por el cual la EPS las reconoció por lo menos parcialmente, por lo tanto, corresponde a la EPS realizar los trámites tendientes para emitir el concepto de rehabilitación favorable o no del señor JHON SEBASTIAN VALDEZ VELEZ.

Igualmente manifiesta que su representada no ha vulnerado derecho alguno del actor por cuanto no es la responsable legal de cancelar las incapacidades que se le generen al accionante ya sea por un término inferior a 180 días o un término superior a 181, siendo la norma clara al establecer que la E.P.S. es la responsable de cancelar el monto de la incapacidad por los primeros 180 días y que a

partir del día 181 y previo concepto médico de rehabilitación el responsable de continuar cancelando las incapacidades otorgadas al trabajador es la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES.

Que Millenium BPO S.A. no puede pagarle salarios al demandante porque éste no se encuentra laboralmente activo, por lo cual lo que corresponde es el pago de las incapacidades que se generen, reconocimiento que tiene una naturaleza diferente al salario.

ACCIONADA FONDO DE PENSIONES PROTECCION

A través de su Representante Legal **JULIANA MONTOYA ESCOBAR**, manifiesta que el señor **JHON SEBASTIÁN VALDÉS VÉLEZ**, presenta afiliación al FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS administrado por PROTECCIÓN S.A. desde el 10 de julio de 2018, con fecha de efectividad desde el 1 de septiembre de 2017, como traslado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA ADMINISTRADO por COLPENSIONES.

Que, en lo que respecta a los hechos que fundamentan la presente acción de tutela ha de indicarse, que la EPS COMPENSAR le remitió a esta administradora CONCEPTO DE REHABILITACIÓN con pronóstico DESFAVORABLE el 5 de abril de 2021, por lo tanto, el caso del citado señor fue remitido ante la COMISIÓN MÉDICO LABORAL, con quien Protección S.A. tiene celebrado contrato de prestación de servicios, con el fin de determinar si había lugar al pago de incapacidad superior a 180 días, o si al contar con pronóstico desfavorable de recuperación, se debía 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.

En concordancia con lo anterior y teniendo en cuenta que el accionante no cuenta con pronóstico favorable de rehabilitación, **NO ES PROCEDENTE EL PAGO DE INCAPACIDADES, PUES SEGÚN LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 142 DEL DECRETO 019 DE 2012 ES PRESUPUESTO INDISPENSABLE PARA DICHO PAGO QUE EL AFILIADO CUENTE CON CONCEPTO FAVORABLE DE REHABILITACIÓN Y SE POSTERGUE EL TRÁMITE DE CALIFICACIÓN, LO QUE EN SU CASO NO SE CUMPLE.** (mayúsculas texto original).

Así las cosas, lo procedente en el caso del peticionario, es proceder con el trámite de calificación de pérdida de capacidad, para lo cual se le brindó una asesoría preliminar sobre su trámite y se recibió su **HISTORIA CLÍNICA COMPLETA** la cual fue remitida ante los médicos laborales con el fin de que sea valorado el afiliado y se califique su pérdida de capacidad laboral.

Manifiesta la representante legal de la accionada PROTECCION S.A, que la comisión médica laboral se comunicó con el accionante vía telefónica el pasado 23 de agosto de 2021, para explicarle claramente el procedimiento para continuar, sin embargo, hasta la fecha no se tienen novedades del caso, y se sigue a la espera que el accionante aporte los documentos solicitados, de conformidad con el Debido Proceso establecido, pues como administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía está sometida al imperio de la Ley y como tal solo puede reconocer las prestaciones económicas que cumplan con los presupuestos previamente establecidos por el legislador.

Adicionalmente, cabe resaltar que en el evento en que se generen incapacidades con posterioridad al día 540, de acuerdo con el artículo 67 de la ley 1753 de 2015, “**POR LA CUAL SE EXPIDE EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2014-2018**”, sancionada el día 9 de junio de 2015, es la EPS la que debe cancelar las incapacidades ya que, es clara la ley en establecer que los Recursos que administrará el Sistema General de Seguridad Social en Salud se destinarán al reconocimiento y pago de las demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los **QUINIENTOS CUARENTA (540) DÍAS** continuos.

Manifiesta la accionada que la presente acción no está llamada a prosperar, por lo menos en lo que concierne a PROTECCIÓN S.A. por lo cual esta Administradora considera que la presente acción de tutela debe ser denegada por carencia de objeto y más cuando la pretensión del accionante ya fue satisfecha, es decir, se procederá con la calificación de la pérdida de capacidad laboral. (subrayo texto original)

LA VINCULADA COMPENSAR EPS representada legalmente por **LUIS ANDRÉS PENAGOS VILLEGAS**, a través de apoderada judicial señaló que el usuario no registra datos de afiliación en Compensar EPS y que al verificar los datos en la BDU registra los siguientes datos: activo en la Entidad FAMISANAR en régimen contributivo, en calidad de cotizante.

**ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL
DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES**

Información de Afiliados en la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud
Resultados de la consulta

Información Básica del Afiliado :

COLUMNAS	DATOS
TIPO DE IDENTIFICACIÓN	CC
NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN	1094918859
NOMBRES	JHON SEBASTIAN
APELLIDOS	VALDES VELEZ
FECHA DE NACIMIENTO	****
DEPARTAMENTO	CUNDINAMARCA
MUNICIPIO	MOSQUERA

Datos de afiliación :

ESTADO	ENTIDAD	REGIMEN	FECHA DE AFILIACIÓN EFECTIVA	FECHA DE FINALIZACIÓN DE AFILIACIÓN	TIPO DE AFILIADO
ACTIVO	EPS FAMISANAR S.A.S.	CONTRIBUTIVO	01/12/2019	31/12/2999	COTIZANTE

No obstante, lo anterior, se corrió el traslado al proceso de prestaciones económicas que nos precisó lo siguiente:

“De acuerdo a la solicitud me permito informar que no hay registros de incapacidades radicadas ante la EPS correspondiente al usuario JHON SEBASRIAN VALDES VELEZ, no presenta ningún trámite ante medicina laboral, según validación ante la adres registra afiliado a otra EPS FAMISANAR E.P.S.”

En la presente acción, las peticiones del accionante aducen pago de incapacidades, en esto COMPENSAR EPS no tiene responsabilidad alguna, toda vez que JHON SEBASRIAN VALDES VELEZ, **NO TIENE VÍNCULO CON LA MISMA.**

LA VINCULADA E.P.S FAMISANAR

A través de **ESPERANZA PATIÑO ARIAS, DIRECTORA DEL NODO SABANA SUR FACATATIVÁ** y como encargada del cumplimiento de los fallos de tutela, señala que FAMISANAR EPS ha autorizado y garantizado todos los servicios que ha requerido el paciente y, en cuanto a la solicitud del accionante es pertinente indicar que:

*“(…) Cuenta con incapacidad continua del 09/07/2020 al 24/07/2021 por un total de 283 días; **Cumplió 180 días el 03/04/2021.** Se emitió CRH Desfavorable el 26/02/2021, recibido por AFP el 03/04/2021 (…)”* (comillas y resalto dentro del texto original)

Que, FAMISANAR EPS NO está legitimada en la presente causal para asumir la responsabilidad de las pretensiones aducidas, si bien es cierto que las incapacidades reclamadas SI están transcritas, su pago corresponde al fondo de pensiones de la accionante, debido a que el periodo reclamado está dentro de las incapacidades acumuladas superiores al día 180.

Es importante señalar 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.

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.

CONSIDERACIONES:

COMPETENCIA

Es competente este juzgado para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Política, en concordancia el artículo 37 inciso 1° del Decreto 2591 de 1991.

CUESTIÓN PRELIMINAR:

Previo al análisis de fondo de la acción de tutela interpuesta, se estudiarán los requisitos de procedencia de la misma con relación a (a) la legitimación por activa y por pasiva, (b) el requisito de inmediatez y (c) subsidiariedad.

Legitimación en la causa.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentren amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de unrepresentante que actúe en su nombre.

En este caso el señor **JHON SEBASTIAN VALDEZ VELEZ**. incoan acción de tutela, tras considerar que la **CAJA DE COMPENSACION CAFAM, EMPRESA MILLENIUN BPO S.A** y el **FONDOD DE PENSIONES PROTECCION** han vulnerado los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud en conexidad con la seguridad social y la vida, al derecho a la igualdad, a la dignidad humana existiendo legitimación por activa. Igualmente, legitimación por pasiva respecto de la entidad accionada por cuanto es la entidad contra la cual se reclama la protección de dichas garantías.

Inmediatez

El requisito de inmediatez

“exige que la acción sea promovida de manera oportuna, esto es, dentro de un término razonable luego de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos”.

(...) el examen de la inmediatez no consiste únicamente en revisar el paso del tiempo entre el hecho generador de la vulneración de un derecho fundamental y la interposición de la acción de tutela. Existen casos en los que el Juez de tutela debe verificar “si existe un motivo válido, entendiéndolo como una justificación para el no ejercicio de la acción constitucional de manera oportuna, circunstancia justificativa que debe estar plenamente demostrada, y que debe responder a criterio de protección constitucional ...”¹

En el caso que se analiza los hechos generadores del presente amparo se presentaron en el 24 de mayo de la presente anualidad, fecha desde la que se han dejado de cancelar al accionante las

¹ Corte Constitucional, sentencia T-199/15

incapacidades generadas en virtud a los padecimientos del accionante: “HERNIA DISCAL L51, PARACENTRAL DERECHA PSEUDOCIATICA IZQUIERDA, DOLOR LUMBAR CRONICO”, luego se cumple el requisito de INMEDIATEZ.

PROBLEMA JURÍDICO:

Corresponde al Despacho determinar si **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR – CAFAM-, EMPRESA MILLENIUN BPO S.A y el FONDOD DE PENSIONES PROTECCION** han vulnerado los derechos fundamentales de **JHON SEBASTIAN VALDEZ VELEZ**, por cuanto, según se afirma, le adeudan el pago de las incapacidades y/o salarios desde el 24 de mayo de 2021 a la fecha de presentación de la acción tutelar.

En tal sentido, para resolver el problema jurídico planteado el juzgado, abordará:

- (i) La naturaleza de la acción de tutela y su procedencia;
- (ii) Del principio de subsidiariedad de la acción de tutela ante la existencia de mecanismos de defensa judicial pertinentes y del pago de las prestaciones económicas por incapacidad y del mínimo vital
- (iii) Cancelación de incapacidades medicas cuando existe concepto de rehabilitación desfavorable
- (iv) Arribará al caso en concreto.

DE LA NATURALEZA Y PRECEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

La figura de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional fue instituida con el fin que las personas puedan reclamar ante el órgano judicial, en todo momento y en cualquier lugar, la protección inmediata de derechos fundamentales de rango constitucional, mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando se consideren conculcados o amenazados por los hechos u omisiones en que incurra una autoridad pública o determinados particulares. “Esta acción 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.”

De ahí que es dable indicar que la acción de tutela exige la inexistencia o el agotamiento de todos los recursos e instancias que el afectado hubiere tenido a su alcance para solicitar la protección del derecho amenazado o vulnerado, porque de lo contrario, se hace inminente su declaratoria de improcedencia, así lo ha reiterado la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal Constitucional.

DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA ANTE LA EXISTENCIA DE MECANISMOS DE DEFENSA JUDICIAL PERTINENTES; DEL PAGO DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS POR INCAPACIDAD LABORAL Y DEL MINIMO VITAL Y MOVIL.

Corresponde al Despacho revisar cuáles son los mecanismos de defensa judiciales existentes en el ordenamiento jurídico para solicitar el pago de incapacidades laborales, así como la idoneidad y eficacia de los mismos cuando el accionante se encuentra en una situación de debilidad manifiesta.

El numeral 4 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social establece que le corresponde a la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, conocer de

"Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras,

cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica de los actos jurídicos que se controviertan".

Por lo anterior, las reclamaciones relativas al reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, en principio, no podríanser ventiladas por vía de tutela.

Sin embargo, estos pagos se constituyen en el medio de subsistencia de la persona que como consecuencia de una afectación en su estado de salud ha visto reducida la capacidad de procurarse por sus propios medios los recursos para su subsistencia y la de su familia, tal como se refirió en la Sentencia T-761 de 2006:

"El pago de incapacidades laborales sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Entonces, no solamente se constituye en una forma de remuneración del trabajo sino en garantía para la salud del trabajador, quien podrá recuperarse satisfactoriamente, como lo exige su dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia".

Lo anterior en atención a que la persona que se encuentra incapacitada carece de las condiciones para prestar la labor correspondiente, por lo que sería impreciso hablar de una remuneración respecto de aquellos pagos que sustituyen al salario en el tiempo durante el cual la persona no puede prestar sus servicios, constituyéndose el reconocimiento y pago de las incapacidades en el medio para garantizar su sustento y el de su familia.

De lo anterior claramente se identifica que en aquellos casos en que se incurre en una vulneración de garantías fundamentales por el no pago de incapacidades, la acción de tutela se erige como el mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales como el mínimo vital y móvil y la salud, máxime al tener en cuenta que el peticionario se ve desprovisto de un ingreso mensual y por las entidades correspondientes se niega el reconocimiento y pago de las incapacidades a que haya lugar.

Lo anterior, aun cuando el conocimiento de las reclamaciones concernientes a las prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social Integral corresponda, en principio, a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social.

Al respecto la Corte en sentencia T 920 de 2009. Refirió:

"Así las cosas, esta Corporación ha procedido a ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales por vía de tutela, cuando se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital del trabajador, en la medida en que dicha prestación constituya la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades personales y familiares, ello sobre la base de que los mecanismos ordinarios instituidos para el efecto, no son lo suficientemente idóneos en procura de garantizar una protección oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza".

A su vez en sentencia T 468 de 2010 se aludió sobre la posibilidad de ocurrencia de un PERJUICIO IRREMEDIABLE derivado de la falta de pago de las incapacidades laborales:

"Es así, como a pesar de la existencia de otras vías judiciales por las cuales se pueden reclamar las acreencias laborales, entre ellas las incapacidades, esta Corporación ha reiterado, que cuando no se pagan oportunamente las incapacidades debidamente certificadas al trabajador y con ello se vulneran de paso derechos constitucionales, el juez de tutela se legitima para pronunciarse sobre el fondo del asunto con el fin de neutralizar el perjuicio irremediable al que se ve sometido el asalariado y su núcleo familiar."

Sobre la posibilidad de AFECTACIÓN DEL MÍNIMO VITAL de las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta por su precario estado de salud, la Corte indicó:

"Cuando quiera que no se paguen las incapacidades laborales de manera oportuna y completa, se afecta el mínimo vital del trabajador y el de su familia, razón por lo cual la acción de tutela es procedente, la Corte ha sostenido que al determinar la procedencia excepcional de la acción de tutela en aquellos eventos en donde se comprueba la existencia de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, por su avanzada edad, por su mal estado de salud, por la carencia de ingreso económico alguno, por su condición de madre cabeza de familia con hijos menores de edad y/o por su situación de desplazamiento forzado, entre otras; que dependen económicamente de la prestación reclamada y que carecen de capacidad económica para garantizarse su propia subsistencia, se exige del juez un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales y si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional. Así mismo, es importante resaltar que los requisitos para la procedencia de la acción de tutela en tratándose del pago de acreencias laborales -como son las incapacidades laborales-, deben ser analizados con mayor flexibilidad, en atención a que los peticionarios son sujetos de especial protección constitucional. "

Esta posición fue recogida en la Sentencia T-097 de 2015 en donde se hizo énfasis en la idea de que, en el caso de las INCAPACIDADES LABORALES, se deben analizar las circunstancias concretas de cada caso para verificar si existe la posibilidad de consumación de un PERJUICIO IRREMEDIABLE:

"Para terminar, la simple declaratoria de improcedencia de la acción, sin un análisis de los elementos tácticos y probatorios de cada caso en particular, traería consigo la posibilidad de que se deje librada al azar la ocurrencia de un perjuicio irremediable y la vulneración de derechos fundamentales de cualquier individuo."

De esta manera se concluye que si bien existen mecanismos de defensa judiciales en la vía ordinaria para ventilar las reclamaciones por prestaciones económicas garantizadas por el Sistema de Seguridad Integral, cuando estas versen sobre incapacidades laborales, le corresponde al juez de tutela verificar las circunstancias concretas del accionante en cuanto al hecho de que estas sean su única fuente de ingreso.

CANCELACION INCAPACIDADES MEDICAS CUANDO EXISTE CONCEPTO DE REHABILITACIÓN DESFAVORABLE.

Inicialmente debe relievase la función crucial que cumple el subsidio de incapacidad, el cual refulge como mecanismo sustitutivo del salario cuando el trabajador se ve obligado a suspender temporalmente sus actividades laborales por razones de salud y, en esa medida, se ve desprovisto del único ingreso con que cuenta para subsistir dignamente.

Así mismo, cuando el concepto de rehabilitación no sea favorable, la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES debe remitir al afiliado a la junta de calificación de invalidez, para que califique la pérdida de su capacidad laboral y, de acuerdo con el porcentaje de pérdida, determine si se le debe reconocer la pensión de invalidez o reintegrarlo a su cargo o, en caso dado, reubicarlo en uno acorde con su situación de incapacidad, *así como pagarle el subsidio de incapacidad mientras ello sucede.*

En el anterior orden de ideas, deben atenderse lineamientos expuestos por el Legislador, respecto de la entidad a la cual corresponde el pago de las incapacidades de sus afiliados. En ese sentido, la Ley 100 de 1993 (art. 206), Decreto 692 de 1994 (art. 26), Decreto 1406 de 1999 (art. 40) y el Decreto 2943 de 2013, entre otras disposiciones, se encuentra regulado lo relativo al reconocimiento de las incapacidades laborales generadas por enfermedad de origen común o laboral, determinándose la entidad a la cual corresponde su pago, teniendo en cuenta el tiempo de duración de ese padecimiento; como a continuación pasa a exponerse:

Estarán a cargo:

- (i) Del respectivo empleador las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad del trabajador (art. 1° del Decreto 2943 de 2013);
- (ii) De las Entidades Promotoras de Salud, a partir a partir del tercer día y las que se prorroguen hasta el 180 (art. 1° del Decreto 2943 de 2013).
- (iii) Del fondo de pensiones, desde el día 181 al 540 (art. 142 del Decreto Ley 019 de 2012).
- (iv) 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.
- (v) 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 subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.

Además de lo anterior, reitera la Corte Constitucional en sentencia Sentencia T-161/19:

“En ese orden, el Gobierno Nacional, expidió la Ley 1753 de 2015 mediante la cual buscó dar una solución a al aludido déficit de protección. Así, dispuso en el artículo 67 de la mencionada ley, 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 Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.” Es decir, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS.

Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte ha reiterado que, a partir de la vigencia del precitado artículo 67 de Ley 1753 de 2015, 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 afiliado”

A pesar de que la anterior determinación legislativa es clara al señalar que el pago de INCAPACIDADES POR ENFERMEDAD DE ORIGEN COMÚN debe darse si se cumple con la condición de un concepto favorable de rehabilitación, la Jurisprudencia nacional ha puesto en duda tal aseveración, en el entendido de amparar al trabajador que a pesar de recibir un concepto de rehabilitación desfavorable, debe percibir el pago de las incapacidades por parte de la EPS o la Administradora de Fondos de Pensiones a la cual esté vinculado, con el fin de evitar un detrimento de su derecho al mínimo vital, tras considerar que el pago de dichas incapacidades es el único sustituto de la prestación salarial que venía recibiendo el trabajador, de manera previa a la ocurrencia la enfermedad de origen común, para el presente caso que nos convoca.

Al respecto, al resolver la impugnación de un caso similar la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP8372 de 8 de junio de 2017, radicación 92083, señaló que al margen de que el concepto de rehabilitación, es decir, sea favorable o no, las incapacidades causadas después del día 180, deben ser pagadas por la Administradora de Pensiones a la cual se encuentra afiliado el paciente, al advertir:

"Por su parte, Protección S.A. reconoció que tiene conocimiento del estado de salud de la accionante, sin embargo, refirió que no le corresponde pagar las incapacidades superiores al día 180 a favor debido a que el concepto de rehabilitación remitido por la EPS fue desfavorable.

"No obstante, contrario a lo señalado por a la AFP, la Corte Constitucional ha indicado que tales incapacidades deben ser asumidas por dicho fondo sin que para ello se deba tener en cuenta el tipo de concepto (favorable o desfavorable) de recuperación. Al respecto, en sentencia CC T-144/16, indicó:

*(...) Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, **ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad sin mayor dilación, pues la recuperación***

del estado de salud del trabajador es médicamente improbable”

Es necesario hacer hincapié en que el concepto favorable o desfavorable de recuperación, es una determinación médica de las condiciones de salud del trabajador y constituye un pronóstico sobre el eventual restablecimiento de su capacidad laboral. Asegura que el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador”².

*La forma condicionante en que el artículo 142 del Decreto-Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto, lleva a pensar que se orienta al equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del sistema. **Da un mamen de espera y rehúsa tener por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad, y que se fijaron a cargo de las AFP.***

Bajo esta óptica, el concepto sobre la rehabilitación ha sido previsto como una condición para la ampliación del término de las incapacidades hasta por 360 días para que el trabajador enfermo pueda recuperarse con la tranquilidad de recibir un apoyo económico. (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Así las cosas, razón le asistió al Tribunal Superior de Cali, cuando indicó que aunque el concepto de la EPS sea desfavorable, lo cierto es que el Fondo de Pensiones (en este caso Protección S.A.), está en la obligación de por un lado, calificar el grado de invalidez del paciente y, de otro, cancelar el auxilio económico por incapacidad del trabajador”

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, comose explicó previamente.

En efecto, de conformidad con el citado proveído, el subsidio de incapacidad por enfermedad de origen común que sobrepasen los 180 días iniciales, deben ser cancelados por la respectiva Administradora de Fondo de Pensiones, excepto si la EPS incumple con la obligación de emisión del concepto de rehabilitación en los términos atrás indicados. En esos casos la EPS asumirá dicho pago hasta tanto sea emitido el mencionado concepto.

Por su parte, una sentencia del 26 de junio de 2018³ proferida por la misma Corporación, reafirma lo anteriormente dicho, al manifestar que:

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

(...) si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS, es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificarla pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado”

CASO EN CONCRETO:

Continuando, se debe tener claro que el accionante presenta la presente acción tutelar, en contra de **CAJA DE COMPENSACION CAFAM, EMPRESA MILLENIUN BPO S.A y el FONDO DE PENSIONES PROTECCION**, tras considerar que la negativa de dichas entidades de reconocer y pagar las incapacidades laborales expedidas por su médico tratante a partir del 24 de mayo de 2021, vulnera sus derechos fundamentales al Mínimo vital, a la salud en conexidad con la seguridad social y la vida, al derecho a la igualdad, a la dignidad humana, debiéndose precisar que las incapacidades otorgadas al señor **JHON SEBASTIAN VALDEZ VELEZ**, se produjeron como consecuencia de su diagnóstico de una **“HERNIA DISCAL L51, PARACENTRAL DERECHA PSEUDOCIÁTICA IZQUIERDA, DOLOR LUMBAR CRONICO”** sin que a la fecha haya sido posible su reintegro a

² Decreto 2463 de 2001. Artículo 23 inciso 1°.

³ Sentencia T-246 del 26 de junio de 2018; Mag. Ponente ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

la vida laboral, ni la correspondiente calificación del porcentaje de pérdida laboral sufrida.

Así las cosas, en punto del análisis de procedibilidad, resulta preciso indicar que de acuerdo a lo definido por la H. Corte Constitucional, se encuentra demostrada la procedibilidad formal de la acción de tutela formulada por el señor **JHON SEBASTIAN VALDEZ VELEZ**, pues fueron aportados cada uno de los elementos de prueba de los cuales es posible inferir que su estado actual de salud lo sitúa en un alto grado de vulnerabilidad, circunstancia ampliamente agravada por el no pago de las incapacidades alegadas, impidiéndose por parte del **FONDO DE PENSIONES PROTECCION** que se perciba un ingreso mínimo para él y para su núcleo familiar.

Y es que si bien es cierto el **FONDO DE PENSIONES PROTECCION** acude a la carencia de concepto favorable de rehabilitación para negarse al reconocimiento y pago de incapacidades, acudiendo para tal fin a lo preceptuado en el artículo 142 de la Ley 019 de 2012, a juicio de esta Corporación se evade la interpretación gestada por la H. Corte Constitucional, en donde se han erigido una serie argumentaciones dispuestas a proteger las prerrogativas mínimas de quienes por motivos de salud se han visto obligados a dejar sus puestos de trabajo.

En punto de lo anterior, es del caso señalar que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, prevé que en los casos en que:

"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", y que en esos eventos "la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador".

Lo anterior, de inicio impondría una interpretación según la cual, una vez remitido en término por la EPS el concepto favorable de rehabilitación, las incapacidades causadas después del día 180, deben ser pagadas al trabajador por la Administradora de Pensiones hasta tanto se califique la pérdida de su capacidad laboral con el fin de determinar si mejoró la patología que imposibilitaba su desempeño o, si por el contrario, su condición impide reincorporarse a sus tareas habituales, siendo procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Sin embargo, de acuerdo a la interpretación realizada por la H. Corte Constitucional en sentencia T-144/16, el concepto de rehabilitación, sea favorable o no, impone a la Administradora del Fondo de Pensiones la remisión del afiliado a la JUNTA DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, ello con el fin de que sea calificada la pérdida de su capacidad laboral y, de acuerdo con el porcentaje de pérdida, determine si se le debe reconocer la pensión de invalidez o reintegrarlo a su cargo, o reubicarlo en uno acorde con su situación de incapacidad, así como pagarle el subsidio de incapacidad mientras ello sucede.

Implica lo dicho que el concepto sobre rehabilitación ha sido impuesto e interpretado como una condición que permite la ampliación del término de las incapacidades, pasados los primeros 180 días, por 360 días más, ello con el fin de que el paciente o afiliado pueda recuperarse con la plena convicción de que se encuentra amparado por un sistema de seguridad social que le garantiza un ingreso económico, interpretación pregonada y acogida ampliamente por la H. Corte Suprema de Justicia⁴, en donde claramente se ha señalado que:

"la Corte Constitucional ha indicado que tales incapacidades deben ser asumidas por dicho fondo sin que

⁴ Sentencia STP8372 del 8 de junio de 2017. Rad. No. 92083

*para ello se deba tener en cuenta el tipo de concepto (favorable o desfavorable) de recuperación. Al respecto, en sentencia CC T-144/16, indicó: (...) Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, **ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad sin mayor dilación**, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable."*

De este modo, claramente se denota que el CONCEPTO DE REHABILITACIÓN DESFAVORABLE no emerge como un argumento suficiente para limitar o suspender el pago de las incapacidades reconocidas por parte de la administradora de pensiones a partir del día 180, pues las incapacidades justamente se estructuran como la forma de salvaguardar las garantías de quien por una situación de salud ha perdido o se ha visto limitada su capacidad laboral.

En ese orden de ideas, existen suficientes elementos de juicio para considerar que al accionante, le fueron vulnerados sus derechos a Mínimo vital, a la salud en conexidad con la seguridad social y la vida, al derecho a la igualdad, a la dignidad humana, en su faceta prestacional de pago de incapacidades a partir del 24 de mayo de 2021, esto por cuenta de la omisión del **FONDO DE PENSIONES PROTECCION**, pues la ausencia de pago de las incapacidades laborales ordenadas por su médico tratante acaece pese a que el peticionario indicó en su escrito de tutela que no contaba con fuente de ingresos diferente al pago de su salario y, como se argumentó, estas incapacidades sustituyen el salario, de manera que su no pago en el presente asunto lesiona las garantías fundamentales del señor **JHON SEBASTIAN VALDEZ VELEZ**.

De los anteriores argumentos deviene la procedencia transitoria de la presente solicitud de amparo, pues la omisión de **JHON SEBASTIAN VALDEZ VELEZ** y el frágil estado de salud del actor imponen la necesaria conclusión de que no se contaba con otra alternativa que acudir a este mecanismo constitucional para garantizar su mínimo vital, ello, por cuanto carece de recursos, además de que su núcleo familiar depende de sus ingresos.

En consecuencia, de lo anterior ordenar al Representante legal de **FONDO DE PENSIONES PROTECCION**, que en el término de CINCO (5) DÍAS hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia, proceda a cancelar al accionante **JHON SEBASTIAN VALDEZ VELEZ**, las incapacidades otorgadas por **FAMISANAR E.P.S.** que se hayan generado desde el día 181 y por el término de cuatro (4) meses contados a partir de la notificación del presente proveído término con que cuenta para la calificación.

Por lo anterior se conmina a **JHON SEBASTIAN VALDEZ VELEZ**, para que dentro del término de DOS (2) MESES contados a partir de la notificación del presente proveído, allegue al **FONDO DE PENSIONES PROTECCION**, la documentación completa y necesaria que le fue requerida para proceder a la calificación de incapacidad.

Se ordena la desvinculación de **EPS CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR – CAFAM-**, **EMPRESA MILLENIUM BPO S.A**, **COMPENSAR E.P.S** Y **FAMISANAR E.P.S**, por las razones expuestas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CIVIL MUNICIPAL DE MOSQUERA – CUNDINAMARCA-**, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR como MECANISMO TRANSITORIO y por el término de CUATRO (4) MESES, los derechos invocados al Mínimo vital, a la salud en conexidad con la seguridad social y la vida, al derecho a la igualdad, a la dignidad humana, instaurada por **JHON SEBASTIAN VALDEZ VELEZ** contra el **FONDO DE PENSIONES PROTECCION S.A.** representada legalmente por **JULIANA MONTOYA ESCOBAR**.

SEGUNDO: ORDENAR al FONDO DE PENSIONES PROTECCION S.A., Representada Legalmente por la Dra. Representante Legal Judicial Dra. **JULIANA MONTOYA ESCOBAR** en su calidad de Representante Legal Judicial o quien haga sus veces que en el término de CINCO (5) DÍAS HÁBILES contados a partir de la notificación de ésta providencia, proceda a cancelar al accionante **JHON SEBASTIAN VALDEZ VELEZ**, las INCAPACIDADES otorgadas por **FAMISANAR E.P.S.** que se hayan generado desde el día **CIENTO OCHENTA Y UNO (181)** y por el término de **CUATRO (4) MESES** contados a partir de la notificación del presente proveído, allegándose las constancias correspondientes.

TERCERO: DESVINCULAR de la presente acción a la **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR –CAFAM-** representada legalmente por su Gerente **ANDRES EDUARDO ZULUAGA CAMACHO**, **EMPRESA MILLENIUM BPO S.A** representada legalmente por **LORENA DAZA ARAGÓN**, **COMPENSAR E.P.S** representada legalmente por **LUIS ANDRÉS PENAGOS VILLEGAS Y FAMISANAR E.P.S.** representada legalmente por **ESPERANZA PATIÑO ARIAS, DIRECTORA DEL NODO SABANA SUR FACATATIVÁ**

CUARTO: ORDENAR al ACCIONANTE JHON SEBASTIAN VALDEZ VELEZ, que, dentro del término de **DOS (2) MESES**, contados a partir de la notificación de la presente providencia, allegue al **FONDO DE PENSIONES PROTECCION**, la documentación completa y necesaria que le fue requerida para proceder a la calificación de pérdida de capacidad.

QUINTO: NOTIFICAR VIA CORREO ELECTRONICO lo aquí resuelto al accionante y a las entidades accionadas y vinculadas, y de no ser posible utilícese el medio más expedito.

SEXTO: las diligencias de no ser impugnada la presente decisión a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Oficiense.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Firmado Por:

Maria Del Pilar Oñate Sanchez

Rad: 25-473-40-03-001-2021-01080-00

Juez Municipal

Civil 001

Juzgado Municipal

Cundinamarca - Mosquera

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:

393841cefa3d84bb87f2b044a84364b68124ea129ae12a1f7811fb7ca9b3c2bd

Documento generado en 03/09/2021 04:05:25 PM

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