



Bogotá D.C., 11 de marzo de 2022

-REF.: Acción de Tutela N° 2022-00136 de DIANA CAROLINA MUÑOZ TRIANA contra AFP PROTECCIÓN S.A-

SENTENCIA

Corresponde a este Despacho resolver en primera instancia la Acción de Tutela promovida por Diana Carolina Muñoz Triana contra la AFP Protección S.A por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales de la seguridad social, de la salud, igualdad y mínimo vital.

ANTECEDENTES

1. Hechos de la demanda

La accionante señaló que padece de *"DEX ADENOCARCINOMA DE CE CERVIX TIPO ENDOCERVICAL ESTADIO IVB COMPROMISO PULMONAR EN MANEJO ONCOLOGICO Y TRANSTORNO DE ADAPTACION QUE INVOLUCRA ESTADO EMOCIONAL"*.

Sostuvo que se la EPS Famisanar ha generado en su favor incapacidades medicas desde el 17 de febrero de 2021 hasta el 19 de marzo de 2022.

Afirmó que la EPS pagó los periodos que van del 19 de febrero de 2021 a 21 de agosto de 2021, correspondientes a los primeros 180 días.

Adujó que la AFP Protección sufragó las incapacidades que van del 5 de septiembre de 2021 hasta el 28 de diciembre de 2021; no obstante, el 14 de febrero de 2022 la AFP le informó que no pagaría las incapacidades posteriores al 28 de diciembre de 2021, pues, en dicha fecha la EPS Famisanar profirió concepto de rehabilitación desfavorable respecto de las patologías por las que ha sido incapacitada.

Señaló que la falta de pago de las incapacidades que van del 29 de diciembre de 2021 al 19 de marzo de 2022 afecta su mínimo vital, ya que no cuenta con otros ingresos para solventar sus gastos y los de su familia.

2. Objeto de la Tutela

De acuerdo con lo anterior, la accionante solicita que, a través de la presente acción, se protejan sus derechos fundamentales de la seguridad social, de la salud, igualdad y mínimo vital y, en consecuencia, pide ordenar a la AFP Protección pague las incapacidades generadas desde el 29 de diciembre de 2021 hasta 19 de marzo de 2022, así como, las que se emitan con posterioridad al día 540.

TRÁMITE DE INSTANCIA

La presente acción fue admitida por auto del 3 de marzo de 2022, a través del cual ordenó la vinculación de la EPS Famisanar y dispuso librar comunicaciones a la accionada y vinculada con el fin de ponerles en conocimiento el escrito de tutela y se les solicitó suministrar información pertinente.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

Informes recibidos

La **AFP Protección** señaló que pagó los subsidios derivados de las incapacidades generadas del 5 de septiembre al 28 de diciembre de 2021, toda vez que en el mes de julio de 2021 la EPS Famisanar profirió un concepto de rehabilitación favorable.

No obstante, alegó que la accionante presentó una variación en su trámite de recuperación que conllevó a que el 28 de diciembre de 2021 la ESP Famisanar emitiera un nuevo concepto de rehabilitación, esta vez con pronóstico desfavorable, situación que impide el pago de los subsidios por incapacidad de los periodos posteriores al 28 de diciembre de 2021.

Solicitó negar la acción constitucional en su contra toda vez que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante.

La **EPS Famisanar** adujo que pagó todos subsidios por incapacidad generados en favor de la accionante respecto de los primeros 180 días.

Señaló que los periodos de incapacidad reclamados por la señora Diana Carolina Muñoz Triana en esta acción de tutela son posteriores al día 180, por ende, debe sufragarlos la AFP Protección.

Solicitó negar la acción en su contra y ordenar su desvinculación, en tanto que, no es la llamada a responder por las incapacidades pretendidas por la accionante.

CONSIDERACIONES

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la constitución política de Colombia, norma que la establece como un mecanismo jurídico sumario y que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando le son vulnerados o están en amenaza debido a la acción o la omisión de una autoridad o de un particular.

Sin embargo, para que prospere la acción constitucional se debe demostrar la vulneración de los preceptos fundamentales que se consideran conculcados y en algunos casos, también la causación de un perjuicio irremediable, para que el juez de tutela concrete su garantía, pues únicamente cuando sea indubitable su amenaza o vulneración resulta viable por esta vía ordenar el reconocimiento de una situación que puede llegar a ser dirimida por otro medio de defensa judicial (C.C., T – 471 de 2017).

Procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de Incapacidades médicas.

En relación con la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de incapacidades médicas que se generan en ejecución de un contrato de trabajo, contrato de prestación de servicios o alguna otra actividad independiente, es oportuno señalar que aun cuando estas reclamaciones no pueden ser ventiladas por esta vía excepcional, toda vez que existe el trámite procesal correspondiente al proceso ordinario ante el juez laboral, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que este mecanismo puede ser procedente en la medida en que tales pagos constituyen un medio de subsistencia de la persona que como consecuencia de una afectación en su estado de salud, se ha visto reducida en su capacidad de procurarse por sus propios medios los recursos para su subsistencia y la



de su familia, por lo que a partir de allí puede garantizarse no solo su derecho a la salud, sino su mínimo vital.

En otras palabras, como el pago de incapacidades médicas sustituye al salario o la remuneración mensual durante el tiempo en que un trabajador permanece retirado de sus actividades económicas por enfermedad debidamente certificada, estas se convierten no solo en una garantía para el estado de salud de esta persona, quien puede recuperarse satisfactoriamente como lo exige la dignidad humana, sin tener que preocuparse por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales, sino que se convierten en el sustento económico propio y el de su familia (C. C., T-140 de 2016 y T-200 y T-401 de 2017). De allí que, cuando existe una negación del pago de incapacidades o una dilación o demora injustificada en sus pagos, lo más probable es que como se afecta gravemente la condición económica de un trabajador, sea dependiente o independiente, la acción de tutela sea el mecanismo más adecuado para obtenerlas y, por lo tanto, lo que sigue es que se estudie de fondo de la controversia, a fin de determinar la vulneración invocada.

Reconocimiento y pago de incapacidades de origen común, su marco legal y jurisprudencial (SENTENCIAS T-401 DE 2017 y T-246 DE 2018)

Antes de exponer el marco normativo que regula las incapacidades de origen común, es importante distinguir tres conceptos: El **certificado de incapacidad temporal**, el cual resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir que surge de *“un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica”* y, por tanto, en su emisión *“el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada”*. Éste genera durante los primeros 180 días un **auxilio económico** a cargo de la EPS, que desde el día 181 se sustituye por un **subsidio de incapacidad** equivalente al auxilio, pero asumido por el Fondo de Pensiones al que se haya afiliado el trabajador.

La Ley 100 de 1993 contempló la figura de la incapacidad en su artículo 206, conforme al cual los afiliados al Régimen Contributivo en salud tienen derecho al reconocimiento dinerario por incapacidades generadas por enfermedad común. Por su parte, el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012 dispuso que las AFP, previo concepto favorable de recuperación, tienen la potestad de postergar la calificación de pérdida de la capacidad laboral hasta por 360 días posteriores a los 180 que se encuentran a cargo de las EPS, siempre y cuando se otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas, deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, lo cual dependerá de la prolongación de la situación de salud del trabajador.

Así, el lapso que hay entre el primer y el segundo día de la incapacidad, competen económicamente al empleador, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999. En virtud de dicha disposición *“[e]n el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente”*.

Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud (EPS) y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador, conforme el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012:

Artículo 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado,



de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

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. Sobre la responsabilidad del pago, la Corte Constitucional ha sido enfática en resaltar que las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador¹, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

Sobre la base de lo expuesto, el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común, está previsto de la siguiente manera:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
Día 1 y 2	Empleador	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013
Día 3 a 180	E.P.S.	Artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 e concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012
Día 181 hasta el 540	A.F.P.	Artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012
Día 541 en adelante	E.P.S. con recobro a ADRES	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Pago de incapacidades en las que media concepto de rehabilitación desfavorable

En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181. Si bien en principio eran objeto de debate, en tanto se asumía que el pago estaba condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación, la Corte Constitucional¹ ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador, ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.

Ahora, en el evento que la EPS no cumpla con la emisión del concepto de rehabilitación -sea favorable o desfavorable- antes del día 120 de incapacidad temporal y la remisión de este a la AFP correspondiente, antes del día 150, de que trata el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, esto, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Así mismo, de acuerdo con la norma citada, una vez el fondo de pensiones disponga del concepto favorable de rehabilitación, podrá postergar el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral *"hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal que otorgó [y pagó] la EPS"*. Sin embargo, en caso de que la AFP decida utilizar dicha prerrogativa, la ley prevé como condición el pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador. Contrario *sensu*, si el concepto de rehabilitación que recibe el fondo de pensiones por parte de la EPS es desfavorable, la primera deberá proceder de manera inmediata a calificar la pérdida de capacidad del afiliado, toda vez que la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. En todo caso, los subsidios por incapacidades del día 181 al día 540, están a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, siempre que cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sea este favorable o no para el afiliado.

¹ Sentencia T-194 de 2021



Caso concreto

En el presente caso, pretende la accionante el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, de la salud, igualdad y mínimo vital y, en consecuencia, pide ordenar a la AFP Protección pagar las incapacidades generadas desde el 29 de diciembre de 2021 hasta 19 de marzo de 2022, así como, las que se emitan con posterioridad al día 540.

Para sustentar sus pedimentos, aportó el certificado de incapacidades² generado por la EPS Famisanar, mediante el cual se observa que las incapacidades prescritas desde el 22 de agosto de 2021 superan los 180 días.

Así mismo, allegó certificación³ del 16 de febrero de 2022 expedida por la AFP Protección donde acredita los pagos que ha hecho por concepto de subsidio por incapacidad desde el 5 de septiembre hasta el 28 de diciembre de 2021.

Por otra parte, aportó comunicación⁴ de 14 de febrero de 2022 en la que la AFP Protección negó el pago de subsidios por incapacidad posteriores al 28 de diciembre de 2021 con fundamento en que la EPS Famisanar profirió en esa misma fecha un concepto de rehabilitación desfavorable.

Finalmente, allegó el concepto de rehabilitación desfavorable⁵ de 28 de diciembre de 2021 proferido por la EPS Famisanar.

Así las cosas y teniendo en cuenta la documental aportada por la promotora, se observa que en efecto ha estado incapacitada desde el 17 de febrero de 2021 al 19 de marzo de 2022, para un total de 382 días, con interrupciones no mayores a 30 días por las patologías denominadas C531 *"Tumor maligno de exocérnix"* y Z933 *"Colostomía"*, que según la historia clínica obrante en el archivo 1 folio 13 del expediente digital son diagnósticos relacionados, lo que implica la continuidad en el conteo de los periodos de incapacidad, acorde con lo establecido en la Resolución 2666 de 1998.

De acuerdo con lo expuesto, es claro que nos encontramos ante una persona sujeto de especial protección, frente a la cual es viable hacer el análisis constitucional correspondiente, en aras de resolver si se están vulnerando sus derechos fundamentales al no recibir el pago de las incapacidades que se le han causado, en tanto requiere de un pronunciamiento pronto y oportuno sobre el pago de sus incapacidades, toda vez que se está viendo afectado su mínimo vital, en la medida que en la actualidad no se encuentra devengando ingreso económico alguno y demorar el pago de estos conceptos, podría constituir un perjuicio para su calidad de vida y la de los miembros de su familia que dependan económicamente de ella.

Ahora bien, la EPS Famisanar adujo que pagó todos los subsidios por incapacidad generados en favor de la accionante respecto de los primeros 180 días y que los periodos de incapacidad reclamados por la señora Diana Carolina Muñoz Triana en esta acción de tutela son posteriores al día 180, por ende, debe sufragarlos la AFP Protección.

² Archivo 1 Folios 25 a 27

³ Archivo 1 Folio 34

⁴ Archivo 1 Folio 35 a 36

⁵ Archivo 1 Folios 23 a 24



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
República de Colombia

Por su parte, la AFP Protección sostuvo que pagó los periodos de incapacidad que van 5 de septiembre de 2021 al 28 de diciembre de 2021, posteriores al día 180; no obstante, afirmó que no realizó el pago de las incapacidades que van del 29 de diciembre de 2021 al 19 de marzo de 2022 como quiera que la accionante cuenta con un concepto de rehabilitación desfavorable proferido el 28 de diciembre de 2021.

Al respecto, debe tenerse en cuenta lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia T-194 de 2021, en punto al pago de subsidios por incapacidad superiores al día 180 y con pronóstico de rehabilitación desfavorable:

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

Acorde con la jurisprudencia a la que se acaba de hacer referencia, no es viable la negativa de la AFP de no realizar el pago de las incapacidades solicitadas, como quiera que es la encargada de realizar el pago de las incapacidades que superen los 180 días, incluso cuando existe un pronóstico de rehabilitación de desfavorable.

Así las cosas, se ordenará a la AFP Protección que a través de su representante legal Juan David Correa Solórzano o quien haga sus veces, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente decisión pague a la señora Diana Carolina Muñoz Triana identificada con c.c. 1.019.019.783 los subsidios por incapacidad de los periodos que van del 29 de diciembre de 2021 al 19 de marzo de 2022.

Sobre el pago de las incapacidades que se sigan generando

Finalmente, frente a esta pretensión, el Despacho la negará ya dicha solicitud constituye un hecho futuro e incierto y no a un hecho existente y constituyente de alguna violación a las garantías constitucionales, recordándole al accionante que no tiene justificación, fundamento ni objeto la tutela instaurada con el fin de depurar un hecho posiblemente incierto, aleatorio o puramente remoto.

No obstante, se exhortará a la señora Diana Carolina Muñoz Triana para que en el evento en que le sean emitidas más incapacidades las radique ante la AFP Protección y esta última las tramite de acuerdo con las disposiciones legales correspondientes.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y mandato de la Constitución,



RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales a la seguridad social, de la salud, igualdad y mínimo vital invocados por **Diana Carolina Muñoz Triana** identificada con c.c. 1.019.019.783 contra la **AFP Protección** acorde con lo aquí considerado.

SEGUNDO: ORDENAR a la **AFP Protección** que a través de su representante legal Juan David Correa Solórzano identificado con c.c. 98.542.022 o quien haga sus veces, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente decisión pague a la señora Diana Carolina Muñoz Triana identificada con c.c. 1.019.019.783 los subsidios por incapacidad de los periodos que van del 29 de diciembre de 2021 al 19 de marzo de 2022.

TERCERO: EXHORTAR a la señora Diana Carolina Muñoz Triana para que en el evento en que le sean emitidas más incapacidades, las radique ante la AFP Protección y esta última las tramite de acuerdo con las disposiciones legales correspondientes.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito y eficaz.

QUINTO: PUBLICAR esta providencia en la página de la Rama Judicial e informar a las partes sobre la forma de consultar la misma.

SEXTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada por la parte interesada dentro de los 3 días hábiles siguientes a su notificación efectiva.

Notifíquese y Cúmplase,

La Juez,

LORENA ALEXANDRA BAYONA CORREDOR

Firmado Por:

Lorena Alexandra Bayona Corredor
Juez Municipal
Juzgado Pequeñas Causas
Laborales 3
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

d0b9da72b9b08b0dca52d66e83162497b15552b03e9053bc7be2fcf88699d397

Documento generado en 11/03/2022 08:49:36 AM

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