

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**

Bogotá, D.C., once (11) de marzo de dos mil veintidós (2022)

ACCIÓN DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA RAD. 110014003054**20220010601**

Se decide la impugnación interpuesta por el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. contra el fallo proferido el 28 de febrero de 2022 por el **Juzgado Cincuenta y Cuatro (54) Civil Municipal de Bogotá**, dentro de la acción de tutela que promovió **Ricardo Gamboa Luengas** contra **Colombiana de Comercio S.A. ALKOSTO**.

**1. ANTECEDENTES**

Concretamente, la parte accionante pidió la protección de su derecho al mínimo vital, vulnerado presuntamente por la accionada en razón al no pago de incapacidades medicas.

El *a quo* concedió el amparo, ordenando al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (en adelante Protección S.A.), procediera a liquidar y pagar las incapacidades expedidas a favor del actor a partir del 15 de diciembre de 2021 al 9 de febrero de la presente anualidad y hasta cumplir los 540 días; en razón a que por disposición legal, es la AFP quien debe asumir la responsabilidad del pago de tales acreencias, generadas a partir del día 181 al 540 de incapacidad, sin importar de que exista concepto favorable o desfavorable.

Después de conocer el fallo de primer grado, la vinculada Protección S.A. impugnó el mismo, manifestando que se había omitido lo reglado en el artículo 2.2.3.2.1. del Decreto 1333 de 2018, comoquiera que al habersele emitido un concepto de rehabilitación desfavorable al actor y por tal motivo, se le suspendió el pago de incapacidades, para proceder a iniciar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral.

Además, que conforme a lo reglado en el parágrafo 3º del artículo 5º de la Ley 1562 de 2012, quien debe asumir el pago de incapacidades cuando existe concepto de rehabilitación desfavorables es la EPS.

**2. CONSIDERACIONES**

Conforme a lo reglado en el artículo 32 del Decreto 2195 de 1991 y demás normas concordantes, este Despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela. En tal sentido, ha de tenerse en cuenta que en términos del artículo 86 de la Constitución Política, la tutela es el procedimiento pertinente para reclamar la protección de los derechos constitucionales fundamentales cuando ellos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los eventos taxativamente regulados por la norma.

## Problema jurídico.

En el caso que es objeto de revisión de este Despacho, a efectos de resolver la impugnación objeto de revisión, se impone a verificar si el reconocimiento y pago de las incapacidades medicas otorgadas al demandante, superiores a los 180 días de incapacidad, deben ser asumidas por su EPS en razón a la existencia de un concepto de rehabilitación desfavorable.

## Marco jurídico.

De acuerdo con el artículo 48 de la Constitución Política, el Estado Colombiano debe garantizar *a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social*. Postulado que le han permitido al ordenamiento jurídico adoptar una serie de medidas tendientes a garantizar la protección de aquellos trabajadores que se ven inmersos en una situación que les impida desarrollar sus labores, como consecuencias de un accidente o enfermedad, lo que a su vez deriva en la imposibilidad de recibir los recursos necesarios para su subsistencia.

Frente a tal tema – pago de incapacidades labores- la Corte Constitucional en sentencia T-876 de 2013, advirtió que *“los mecanismos para el pago de estos auxilios fueron implementados [] en aras de garantizar que la persona afectada no interrumpa sus tratamientos médicos o que pueda percibir un sustento económico a título de incapacidad o de pensión de invalidez, cuando sea el caso. Tal hecho permite concluir que el Sistema de Seguridad Social está concebido como un engranaje en el cual se establece que ante una eventual contingencia exista una respuesta apropiada”*.

Por otro lado, se ha de indicar que conforme al parágrafo 1º del artículo 3.2.1.10 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016, el pago de los dos primeros días de incapacidad por enfermedad de origen común corresponde al empleador y a partir del tercer día a la EPS a la que se encuentre afiliada la persona. Así, en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, el pago de las incapacidades expedidas entre el día tres (3) y el día ciento ochenta (180) están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador.

Ahora, respecto al pago de incapacidades médicas que superan los 180 días continuos, de acuerdo con el Decreto 019 de 2012, las incapacidades comprendidas entre el día 181 al día 540, están a cargo de las Administradores de Fondos de Pensiones, siempre y cuando cuenten con el concepto de rehabilitación por parte de la EPS, sin importar si éste es favorable o desfavorable para el afiliado, tal como se ha indicado en reiterada línea jurisprudencial *“Si bien esto último fue 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 con independencia de la decisión contenida en el concepto”*<sup>1</sup>.

Finalmente, el Ministerio de Salud y Protección Social, emitió el Decreto 1333 de 27 de julio de 2018, a través del cual se reguló el reconocimiento y pago de incapacidades superiores a 540 días de incapacidad por concepto de enfermedad de origen común, indicando que tal obligación está a cargo de las EPS y demás Entidades Obligadas a Compensar (EOC), en los casos indicados en el artículo 2.2.3.3.1.<sup>2</sup> de la enunciada normatividad.

<sup>1</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-401 de 2017; M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>2</sup> 1. Cuando exista concepto favorable de rehabilitación expedido por el médico tratante, en virtud del cual se requiera continuar en tratamiento médico.

### Caso concreto.

El señor Ricardo Gamboa Luengas, quien padece las patologías de lumbago, trastorno de disco lumbar y otro con radiculopatía y al que se le ha generado incapacidades superiores a 180 días, tal como se observa en el certificado de incapacidades pagadas por Protección S.A., que obra dentro del presente asunto y que da cuenta el reconocimiento y cancelación de tales auxiliares, desde el 29 de abril hasta el 12 de diciembre de 2021, para un total de 224 días pagados.

Asimismo, está probado que posterior a la fecha del 12 de diciembre de 2021, se le han seguido generando incapacidades médicas por enfermedad común (Nos. 0008588853, 0008573082, 0008566207 y 0008535537), las cuales no han sido canceladas por Protección S.A. y es éste el motivo de la presente acción constitucional.

Ahora, en cuanto al tema de pago de incapacidades superiores a 180 días, por disposición legal, tal subsidio de incapacidad están a cargo de la AFP (Decreto 019 de 2012), sin importar si existe o no concepto de rehabilitación favorable tal como se expuso en el marco teórico de esta sentencia; luego entonces, el argumento de Protección S.A., tendiente a que la suspensión del pago de las incapacidades médicas, obedeció a que al actor se le generó un concepto desfavorable de recuperación y por disposición legal, se inició el trámite para su calificación de pérdida de capacidad laboral, no es de recibo para este Despacho tal justificación, en razón a que resulta ser contrario a las disposiciones legales<sup>3</sup> y a lo reglado por la Corte Constitucional en su línea jurisprudencial, quien ha sido clara en expresar que:

*“Al respecto, cabe indicar que la norma legal referida 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 laboral[97].*

*25. Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, esta Corporación estableció en la sentencia T-920 de 2009[98] que las incapacidades de los afiliados que reciban un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas por los fondos de pensiones hasta el momento en que la persona se encuentre en condiciones de reincorporarse a la vida laboral o hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Dicha regla ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones”<sup>4</sup>*

---

2. Cuando el paciente no haya tenido recuperación durante el curso de la enfermedad o lesión que originó la incapacidad por enfermedad general de origen común, habiéndose seguido con los protocolos y guías de atención y las recomendaciones del médico tratante.

3. Cuando por enfermedades concomitantes se hayan presentado nuevas situaciones que prolonguen el tiempo de recuperación del paciente.

De presentar el afiliado cualquiera de las situaciones antes previstas, la EPS deberá reiniciar el pago de la prestación económica a partir del día quinientos cuarenta y uno (541)”

<sup>3</sup> Decreto 019 de 2012.

<sup>4</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-401 de 2017; M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Razones suficientes para confirmar el fallo de primer grado, en tanto que Protección S.A., no puede eludir su responsabilidad legal del reconocimiento y pago de incapacidades medicas que se le han generado al actor, posterior al día 180 día y hasta el día 540 de incapacidad, comoquiera que tal conducta resulta ser lesiva al derecho fundamental al mínimo vital y seguridad social del señor Ricardo Gamboa Luengas.

Como último punto de análisis, la accionada solicitó que en el eventual caso de que se confirmara el fallo impugnado, la protección debía ser de forma transitoria, hasta que el Juez ordinario resolviera tal controversia, súplica que no se atenderá por cuanto que al estar probado la indefensión del actor, esto es, su pérdida de capacidad laboral del 52,36%, según dictamen recaudado en esta causa, la protección se debe conceder de forma definitiva, dado que al estar acreditado la condición de persona especial de protección, *“los mecanismos ordinarios instituidos para [reclamar el pago de auxilio por incapacidad], 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”*<sup>5</sup>.

### 3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Tercero (3º) Civil del Circuito de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE:

**3.1. CONFIRMAR** el fallo proferido el 28 de febrero de 2022 por el **Juzgado Cincuenta y Cuatro (54) Civil Municipal de Bogotá**, conforme a las razones expuestas.

**3.2. COMUNICAR** lo resuelto, tanto a la Juez *a quo* como a las partes, por el medio más expedito y eficaz.

**3.3. REMITIR** las presentes diligencias a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

  
**LILIANA CORREDOR MARTÍNEZ**  
**JUEZ**

<sup>5</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-140 de 2016; M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.