

Acción de Tutela No. 11001 4105 011 2022 00859 00

De: Carmen Sofía Hernández Maya

Vs: Fondo de pensiones y Cesantías Protección y Famisanar

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO ONCE MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.

Carrera 10 No. 19-65 Piso 7º Edificio Camacol – Teléfono: 2868456

WhatsApp: 322 2890129

Correo Electrónico: j11pcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Estados Electrónicos: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-11-de-pequenas-causas-laborales-de-bogota/68>

Atención al Usuario: <https://n9.cl/x6lyr>

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001 41 05 011 2022 00859 00

ACCIONANTE: CARMEN SOFIA HERNANDEZ MAYA

DEMANDADO: FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION Y FAMISANAR

SENTENCIA

En Bogotá D.C. a los veinticuatro (24) días del mes de octubre de dos mil veintidós (2022) y vencido el término legal concedido a la parte accionada y las entidades vinculadas, procede éste Despacho Judicial a decidir la Acción de Tutela instaurada por la señora **CARMEN SOFIA HERNANDEZ MAYA** contra **FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION Y FAMISANAR.**, en los términos y para los fines concebidos en el escrito de solicitud de amparo constitucional obrante en el archivo 02 del presente expediente digital.

ANTECEDENTES

CARMEN SOFIA HERNANDEZ MAYA promovió acción de tutela en contra de la **ALIANSA SALUD EPS** y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION Y FAMISANAR.**, con la finalidad de que se protejan sus derechos fundamentales a mínimo vital, seguridad social, y a la vida digna. En consecuencia, solicita:

Primera-. TUTELAR mis derechos fundamentales constitucionales al VIDA DIGNA, MÍNIMO VITAL, Y SEGURIDAD SOCIAL, vulnerados en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que se dejaron descritas en esta acción.

Segunda-. ORDENAR al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN, FAMISANAR EPS, y o a quien corresponda, que SIN MAS DILACIONES ADMINISTRATIVAS proceda dentro del término que su digno despacho disponga, conforme a su obligación legal, a reconocer y PAGARME todas las incapacidades médicas, que le correspondan dentro del periodo posterior a los 180 días de incapacidad.

Y que no han sido canceladas con ocasión de la DILACIÓN Y negación al reconocimiento y pago de incapacidades.

Tercera-. ORDENAR al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN, FAMISANAR EPS, y o a quien corresponda, que SIN MAS DILACIONES ADMINISTRATIVAS proceda dentro del término que su digno despacho disponga.

Acción de Tutela No. 11001 4105 011 2022 00859 00

De: Carmen Sofía Hernández Maya

Vs: Fondo de pensiones y Cesantías Protección y Famisanar

conforme a su obligación legal, a reconocer y PAGARME todas las incapacidades médicas expedidas durante el año 2022 no reconocidas ni pagadas, según corresponda, desde el mes de febrero 21 de 2022 hasta el 4 de agosto de 2022, que no han sido canceladas con ocasión de la DILACIÓN Y negación al reconocimiento y pago de incapacidades.

Como fundamento de la solicitud de amparo constitucional, indicó en síntesis que se permite elaborar el despacho que, padece "**TUMOR MALIGANO DE MAMA, PARTE NO ESPECIFICADA, TRANSTORNOS DE ANSIEDAD GENERALIZADA**" diagnósticos por los que se han expedido incapacidades continua e ininterrumpidas desde el 25 de agosto de 2021, que el 20 de febrero de 2022, completo los 181 días de incapacidad aproximadamente, manifiesta que las incapacidades que se causaron hasta el día 180 fueron canceladas por la EPS FAMISANAR, sin embargo desde el día 181 no han sido canceladas, por la AFP PROTECCION, quien se las negó refiriendo que no hay lugar al pago por que tiene un concepto desfavorable de rehabilitación, así mismo informa que Famisanar EPS determino la pérdida de capacidad laboral en el 67.50%, y que a la fecha el trámite de calificación se encuentra en la Junta de calificación de invalidez de Bogotá y Cundinamarca.

Refiere que a la fecha no tiene ningún ingreso económico, motivo por el cual su derecho al mínimo vital se encuentra vulnerado, que los aportes que hace al sistema de seguridad social es gracias a la colaboración de amigos y familiares.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Notificadas en debida forma, y corrido el traslado correspondiente, se recibieron las siguientes contestaciones de la siguiente manera:

AFP PROTECCION (Archivo 08), Alegó para que se declare la improcedencia de la acción de tutela manifestando que la accionante tiene un concepto de rehabilitación desfavorable, y entonces en ese caso no se encuentra obligado a cancelar las incapacidades sino a proceder con la calificación de la pérdida de capacidad laborar, así mismo que la accionante tiene a su alcance, la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria si considera que es la AFP, la que debe proceder al pago de las incapacidades, que tampoco procede la acción de tutela por inmediatez, y porque lo que reclama son pretensiones de origen económico ya que reclama el pago retroactivo de las incapacidades,

Afirma que la EPS FAMISANAR, entregó el concepto de rehabilitación desfavorables desde el 02 de diciembre de 2021, que el despacho es quien debe verificar que la AFP haya recibido el concepto desfavorable de calificación antes del día 180, y que si tuviera que pagar solo deben pagar desde el día en que lo recibió y hasta el día 540 de incapacidad.

FAMISANAR EPS (Archivo 09), Manifestó que **ha** actuado de conformidad a las reglas establecidas, por lo tanto, no le es imputable ninguna responsabilidad respecto de las solicitudes deprecaadas por la activa, anexo el certificado de incapacidades e indicó que las incapacidades comprendidas entre el 25 de agosto de 2021 y el 20 de febrero 2022, fueron canceladas por la EPS a la gestora tutelar. Afirma que quien debe pagar las incapacidades posteriores a los 180 días es la AFP PROTECCION, y solicitó que de niegue la tutela respecto de esa entidad.

Acción de Tutela No. 11001 4105 011 2022 00859 00

De: Carmen Sofía Hernández Maya

Vs: Fondo de pensiones y Cesantías Protección y Famisanar

JUANTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOGOTA Y CUNDINAMARCA (Archivo 13), Informo sobre el trámite de la calificación de la accionante refiriendo que, *"1.De la revisión de la solicitud de calificación, se encontró que lo remitido reunía la totalidad de requisitos mínimos exigidos por el Decreto 1072 de 2015, en consecuencia, el caso es asignado al Doctor Eduardo Rincón de la Sala Primera. 2.Se informa que, el día 25 de octubre de 2022, se llevó a cabo valoración médica, por parte del médico asignado al caso. En ese orden de ideas, se indica que el caso en mención está siendo objeto de revisión exhaustiva de los documentos en su totalidad y finalmente, se programará el caso para definir en audiencia privada y ser aprobado el proyecto de calificación por los demás integrantes de la sala, obre lo cual se notificará a las partes legalmente interesadas, quienes podrán hacer uso de los recursos de reposición y/o apelación dentro del término de ejecutoria de diez (10) días siguientes a la notificación."*

PROBLEMA JURIDICO

Revisado el escrito de tutela, y las contestaciones allegadas al trámite de marras corresponde a esta sede judicial determinar si a la accionante se le ha vulnerado su derecho fundamental al **MINIMO VITAL** y en consecuencia determinar si es procedente a través del mecanismo de tutela ordenar el pago de las incapacidades causadas a partir del día 181, por parte de la AFP PTOTECCIÓN.

CONSIDERACIONES

Conforme al Artículo 86 de la Constitución Política, se encuentra que la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando estos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona que se encuentre en estado de subordinación o indefensión, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES

En diversas oportunidades la H. Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela no es procedente para el reconocimiento y pago de acreencias laborales. No obstante, el pago de incapacidades es procedente excepcionalmente debido a que ese emolumento sustituye el salario durante el tiempo en el cual el trabajador se encuentra involuntariamente al margen de sus labores, es decir que el mismo se encuentra directamente ligado con a la garantía de los derechos al mínimo vital y a la vida digna.

"(...)

3.2. De igual manera, esta Corporación ha señalado reiteradamente que las sumas de dinero reconocidas como subsidio por incapacidad vienen a sustituir el salario durante el lapso en el cual el trabajador se encuentra al

margen de sus labores, constituyendo la garantía necesaria para que su recuperación transcurra de manera tranquila al no tener que preocuparse por la procura de los ingresos necesarios para el sostenimiento personal o de su grupo familiar, garantizando su subsistencia en condiciones dignas, (artículo 53 de la Carta Política). En materia de procedencia de la tutela para el reconocimiento de esta prestación, en la sentencia T-684 de 2010, se compilaron las siguientes subreglas:

"La jurisprudencia constitucional igualmente ha fijado unos criterios que deben tenerse en cuenta para que el reconocimiento de incapacidades laborales sea procedente a través de la acción de tutela, los cuales son:

i) el pago de las incapacidades sustituye el salario del trabajador, durante el tiempo que por razones médicas está impedido para desempeñar sus labores[24], cuando las incapacidades laborales son presumiblemente la única fuente de ingreso con que cuenta el trabajador para garantizarse su mínimo vital y el de su núcleo familiar;

ii) el pago de las incapacidades médicas constituye también una garantía del derecho a la salud del trabajador, pues coadyuva a que se recupere satisfactoriamente, sin tener que preocuparse por la reincorporación anticipada a sus actividades laborales, con el fin de obtener recursos para su sostenimiento y el de su familia[25]; y

iii) Además, los principios de dignidad humana e igualdad exigen que se brinde un tratamiento especial al trabajador, quien debido a su enfermedad se encuentra en estado de debilidad manifiesta[26]."

Así las cosas, en desarrollo jurisprudencial, la H. Corte Constitucional ha señalado de manera reiterada respecto de las incapacidades de origen común que:

5.1.2 Incapacidades por enfermedad de origen común

De acuerdo con las disposiciones legales que regulan la materia, dependiendo del tiempo de duración de la incapacidad, la remuneración recibida durante ese lapso podrá ser denominada **auxilio económico**¹ si se trata de los primeros 180 días contados a partir del hecho generador de la misma, o **subsidio de incapacidad**² si se trata del día 181 en adelante. La obligación del pago de incapacidades está distribuida de la siguiente manera:

i. Entre el día 1 y 2 está a cargo del empleador según lo establecido en el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013.³

ii. Entre el día 3 y 180 a cargo de la EPS según el mismo decreto.

iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52⁴ de la Ley 962 de 2005 para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.⁵

... Sobre la base de lo previsto en la Ley 1753 del 2015, el régimen de pago de incapacidades por enfermedades de origen común tiene actualmente las siguientes fases y encargados:

Periodo	Entidad obligada	Fuente normativa
<i>Día 1 a 2</i>	<i>Empleador</i>	<i>Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013</i>

¹ Código Sustantivo del Trabajo, artículo 227.

² Decreto 2463 de 2001, artículo 23.

³ El Decreto 2943 de 2013 modifica el parágrafo 1 del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999 que establecía que la obligación del empleador era pagar los primeros 3 días de incapacidades originadas por enfermedad general.

⁴ Este artículo modifica el artículo 41 de la Ley 100 de 1993.

⁵ Este concepto debe emitirse antes del vencimiento de los primeros 150 días de incapacidad. Si la EPS no cumple esta obligación, deberá asumir el pago de las incapacidades posteriores a los 180 días, hasta que emita el concepto.

Acción de Tutela No. 11001 4105 011 2022 00859 00

De: Carmen Sofía Hernández Maya

Vs: Fondo de pensiones y Cesantías Protección y Famisanar

<i>Día 3 a 180</i>	<i>EPS</i>	<i>Artículo 1 del Decreto 2943 de 2013</i>
<i>Día 181 hasta un plazo de 540 días</i>	<i>Fondo de Pensiones</i>	<i>Artículo 52 de la Ley 962 de 2005</i>
<i>Día 541 en adelante</i>	<i>EPS⁶</i>	<i>Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015</i>

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en relación con este tema ha establecido que el origen de la incapacidad determina la hoja de ruta para establecer con claridad cuál es la entidad, bien sea que pertenezca al Sistema General de Seguridad Social en Salud o al Sistema General de Riesgos Laborales, que tiene la obligación de pagar las incapacidades, en concordancia con las diferentes reglas temporales que operan en los casos de enfermedades de origen común (...)” (T-200/17)

CASO EN CONCRETO

Adentrándonos en el sub examine de las pruebas allegadas a la acción de tutela, se pudo establecer que la señora **CARMEN SOFIA HERNANDEZ MAYA**, inició incapacidades desde el 25 de agosto de 2021, y las primeras incapacidades causadas entre el 25 de agosto de 2021 y el 20 de febrero 2022, fueron canceladas por la EPS FAMISANAR, de otro lado se establece que las incapacidades han sido continuas e ininterrumpidas, entonces para determinar si la EPS dio cumplimiento a lo reglado en el Decreto 019 de 2012, se tiene que los primeros 180 días de incapacidad de la accionante se configuraron en el mes de febrero de 2022, y además que, como la misma AFP PROTECCION, aquella se lo comunico desde el 02 de diciembre de 2022.

Ahora bien, es cierto que la acción de tutela no procede cuando hay pretensiones de carácter económico, sin embargo, corresponde al Juez constitucional determinar si por el no pago de la incapacidad se pone el inminente riesgo otros derechos fundamentales del actor.

Entonces conforme a lo expuesto anteriormente, el despacho encuentra que la señora **CARMEN SOFIA HERNANDEZ MAYA**, es sujeto de especial protección constitucional, pues padece de cáncer de mama, además que es una persona de 41 años de edad que a la fecha no puede laborar precisamente por el estado de su salud, además que la enfermedad que padece pone en riesgo incluso su vida; por lo que es descabellado acoger los argumentos del accionada AFP PPROVENIR al indicar que no se satisface el requisito de la subsidiariedad, pues como lo ha indicado la activa a la fecha no trabaja, esta incapacitada, y no tiene otro ingreso económico que le permita suplir necesidades básicas, de hecho se infiere que los costos de su enfermedad demandan mayor cuidado, motivos por los cuales para esta servidora si se abre paso la acción constitucional, pues resulta que a la señora **CARMEN SOFIA HERNANDEZ MAYA**, se le está vulnerando el derecho al **mínimo vital**, por lo resultaría gravosa someterla a acudir a la justicia ordinaria, a reclamar el pago de las incapacidades generadas a partir del día 181, esto es, 21 de febrero de 2022; pues sabido es que la justicia ordinaria tardará más tiempo en resolver y dirimir la controversia que plantea la AFP PROTECCION, aunado a que se avecina la vacancia judicial y se itera la accionante padece

⁶ La EPS podrá perseguir el pago de dichas incapacidades ante la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, según el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Acción de Tutela No. 11001 4105 011 2022 00859 00

De: Carmen Sofía Hernández Maya

Vs: Fondo de pensiones y Cesantías Protección y Famisanar

cáncer de mama, entonces a penas entendible que aquella utilice como mecanismo transitorio la acción de tutela a fin de evitar un perjuicio irremediable.

A pesar de que de que hay otros mecanismos para acceder a su reclamación recordaremos lo que ha desarrollado la corte constitucional mediante sentencia de tutela **T401 /2017**

" En efecto, el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó en cabeza de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, la competencia para resolver "las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos".

Así mismo, la Corte Constitucional ha reiterado que el conocimiento de ese tipo de solicitudes exige la valoración de aspectos legales y probatorios que muchas veces escapan a la competencia del juez de tutela. De esta manera, es claro que la improcedencia es una regla general para reclamar el reconocimiento y pago de incapacidades⁷.

*10. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad⁸: (i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es **idóneo y eficaz** conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un **perjuicio irremediable**, caso en el cual la acción de tutela procede como **mecanismo transitorio**.*

Adicionalmente, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos⁹.

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

11. La Corte ha entendido que el pago del auxilio por incapacidad garantiza el mínimo vital del trabajador que no puede prestar sus servicios por motivos de salud y el de su núcleo familiar; además, protege sus derechos a la salud y a la dignidad humana, pues percibir este ingreso le permitirá "recuperarse satisfactoriamente (...) sin tener que preocuparse

⁷ Véanse, entre otras, sentencias T-968 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T.404 de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa.

⁸ Sentencia T-662 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹ Sentencias T-163 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado); T-328 de 2011 M.P. (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); T-456 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-789 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-136 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes), entre otras.

por reincorporarse de manera anticipada a sus actividades habituales con el objeto de ganar, por días laborados, su sustento y el de su familia¹⁰. **Por lo anterior, reiteradamente la jurisprudencia constitucional ha señalado que "los mecanismos ordinarios instituidos para [reclamar el pago del 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"**¹¹. (Negrilla y subrayado puesto por el despacho)

En cuanto al pago de las incapacidades superiores a los 180 días, independientemente del tipo de concepto que tenga la persona incapacitada desarrollo en la misma sentencia.

"Marco normativo y jurisprudencial en relación con el pago de incapacidades superiores a 180 días y 540 días. Reiteración de jurisprudencia¹².

17. Antes de exponer el marco normativo que rige el presente asunto, conviene distinguir entre tres conceptos complementarios pero diferenciables:

*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"*¹³ y, por tanto, en su emisión "el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada"¹⁴. 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.

18. Desde un primer momento, el Legislador estableció un apartado especial para la regulación de los auxilios económicos por incapacidad laboral. En el artículo 227 del Código Sustantivo de Trabajo, determinó que los mismos se ofrecerían "en caso de incapacidad comprobada para desempeñar las labores, ocasionada por enfermedad no profesional" y determinó tanto la cantidad por la que serían reconocidos como los sujetos obligados a otorgarlos. Igualmente, el Decreto 2351 de 1965, aún vigente, prevé en su artículo 16 la obligación del empleador de reinstalar al empleado que se hubiere encontrado incapacitado por causa de enfermedad común. En virtud de esta norma, los dictámenes médicos determinan si la reincorporación debe hacerse al mismo puesto de trabajo o a otro compatible con la capacidad física del trabajador. Después, el Decreto 770 de 1975 sustrajo de la órbita de responsabilidad del empleador el pago del auxilio de incapacidad, para radicarlo en cabeza de un agente externo a la relación laboral. De este modo, el artículo 9º de dicha normativa asignó al Instituto de Seguros Sociales la responsabilidad del pago de "un subsidio en dinero equivalente a las dos terceras (2/3) partes de [] (...) salario de base, subsidio que (...) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre

¹⁰ Sentencia T-311 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹¹ Ver, entre otras, las sentencias T-311 de 1996, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-920 de 2009, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-468 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-182 de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo; T-140 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹² Las consideraciones que se presentan en este acápite fueron retomadas de las sentencias T-144 de 2016 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado) y T-968 de 2014 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

¹³ Ministerio de la Protección Social. Concepto 295689. 04-10-2010. Asunto: Radicado 264518. En cita en: CASTELLANOS RAMÍREZ, Julio César. La incapacidad como acto médico. Universitas Médica, 54(1), 26-38. Bogotá, 2013.

¹⁴ *Ibíd.*

*que la interrupción no exceda de 30 días*¹⁵.

Posteriormente, 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. Así mismo, el Decreto 2463 de 2001¹⁶ 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. Esta disposición se mantuvo sustancialmente en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012¹⁷, norma que actualmente regula la materia.

Reconocimiento de incapacidades laborales superiores a 180 días.

19. Ahora bien, 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"¹⁸.*

20. Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las entidades promotoras de salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. Tal obligación está sujeta a la afiliación del trabajador por parte del empleador o del propio independiente¹⁹.

21. 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.

Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación 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

¹⁵ Tal reconocimiento dinerario iniciaba por virtud de dicha norma desde el cuarto día de incapacidad o desde el primer día de hospitalización si ello ocurría primero.

¹⁶ Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las juntas de calificación de invalidez.

¹⁷ Esta disposición modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y en lo pertinente establece: "Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. || Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto".

¹⁸ En el caso de enfermedad laboral o accidentes de trabajo, será la ARL quien reconocerá las incapacidades temporales desde el día siguiente al accidente. La norma citada aplica tanto para el sector público como el privado (párrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999).

¹⁹ Sentencia T-419 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán.

Acción de Tutela No. 11001 4105 011 2022 00859 00

De: Carmen Sofía Hernández Maya

Vs: Fondo de pensiones y Cesantías Protección y Famisanar

trabajador²⁰, **ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación**, como se expondrá a continuación. ”

No obstante, de las pruebas aportadas por la actora, se evidencia que la citada **AFP PROTECCION**, alega que no tiene la responsabilidad de hacer el pago de las incapacidades aludiendo al concepto desfavorable de la activa.

Así las cosas, se deduce conforme al acervo probatorio, y de acuerdo a los lineamientos trazados por la jurisprudencia constitucional adoctrinan que para nuestro caso particular, la **AFP PROTECCION, sí debe cancelar la incapacidades pendientes de pago y generadas desde el día 181 A 540, generadas entre el, 21 DE FEBRERO DE 2022 HASTA EL 04 DE AGOSTO DE 2022.**

Pues se colige en el caso estudiado, que se encuentra vulnerado el derecho fundamental al mínimo vital de **CARMEN SOFIA HERNANDEZ MAYA**, porque como se indicó no está percibiendo ningún ingreso que permita sufragar sus gastos básicos, situación que no fue controvertida por las pasivas, ni mucho menos se aportaron pruebas que desvirtuaran lo contrario.

El despacho resalta nuevamente que si bien es cierto la problemática aquí planteada debería ser resuelta en un primer momento por los jueces ordinarios, considera que con las pruebas arrimadas al expediente se encuentra suficientemente acreditada la **ocurrencia del perjuicio irremediable**, derivándose en la afectación del mínimo vital de la accionante, como quiera que la prestación reclamada constituye la única fuente de ingresos, por lo cual se hace procedente la intervención del juez constitucional, en aras de amparar los derechos fundamentales vulnerado, pues puede el trabajador incapacitado permanecer desprotegido al interior del Sistema de Seguridad Social, soportando además de la carga de tener que afrontar una enfermedad, la no posibilidad de recibir un ingreso, para su subsistencia.

Es por lo que se ordenará al **FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION** que en el término de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes contados a partir de la notificación de esta providencia, pagar a **CARMEN SOFIA HERNANDEZ MAYA** identificada con C.C. No 52.851.936, las incapacidades expedidas por su médico tratante, tal como se expidieron y como se determinaron en el presente proveído.

Al no existir responsabilidad alguna de **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOGOTA Y CUNDINAMARCA.**, se ordenará su desvinculación de la acción de tutela de la referencia, teniendo en cuenta que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales que la activa alega como trasgredidos.

DECISION

²⁰ Ver entre otras las sentencias T-097 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-698 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; T-333 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-485 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Acción de Tutela No. 11001 4105 011 2022 00859 00

De: Carmen Sofía Hernández Maya

Vs: Fondo de pensiones y Cesantías Protección y Famisanar

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

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital de **CARMEN SOFIA HERNANDEZ MAYA**, en atención a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al **FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION.**, que en el término de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes contados a partir de la notificación de esta providencia, pagar a **CARMEN SOFIA HERNANDEZ MAYA** las **incapacidades pendientes de pago y generadas desde el día 181 A 540, generadas entre el, 21 DE FEBRERO DE 2022 HASTA EL 04 DE AGOSTO DE 2022.**

TERCERO: DESVINCULAR a **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOGOTA Y CUNDINAMARCA.** De conformidad con la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: NOTIFICAR por el medio más eficaz tanto a la parte accionante como a las accionadas del resultado de la presente providencia.

QUINTO: Si no fuere impugnado el presente fallo oportunamente, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, se remitirá a la H. Corte Constitucional en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. En caso contrario se enviará a la Oficina Judicial - Reparto de los Juzgados Laborales del Circuito de esta ciudad, en los términos del artículo 32 ibídem.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Firmado Por:

Viviana Licedt Quiroga Gutierrez

Juez Municipal

Juzgado Pequeñas Causas

Laborales 11

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: **b67c0050c3f2d0d188dbe28d7e546f9d8c23732d1926ceb933404d24cd4e34d2**

Documento generado en 24/11/2022 04:21:32 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>