

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2021-00491-00

ACCIONANTE: MARÍA SANTOS ALDANA HERNANDEZ

ACCIONADAS: A.F.P. PROTECCIÓN

A.R.L. SURA

E.P.S. FAMISANAR

SENTENCIA

En Bogotá D.C. a los veinticuatro (24) días del mes de agosto del año dos mil veintiuno (2021), procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por **MARÍA SANTOS ALDANA HERNANDEZ**, quien pretende el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida y al mínimo vital, presuntamente vulnerados por la **E.P.S. FAMISANAR**, la **A.R.L. SURA** y la **A.F.P. PROTECCIÓN**.

RESEÑA FÁCTICA

Afirma la accionante, que la E.P.S. FAMISANAR le prescribió una incapacidad de origen común del 28 de mayo al 21 de junio de 2020.

Que a partir de esa incapacidad se extendieron otras incapacidades continuas las cuales le imposibilitaron el reintegro a su trabajo.

Que el 5 de octubre de 2020 la E.P.S. le emitió un concepto desfavorable de rehabilitación.

Que el 29 de octubre de 2020 la E.P.S., mediante Dictamen No. 4612191, le otorgó una pérdida de la capacidad laboral del 50.99%.

Que los primeros 180 días de incapacidad fueron cubiertos por la E.P.S.

Que mediante petición con radicado QOR-02601089 le solicitó a la A.F.P. PROTECCIÓN el reconocimiento y pago de las incapacidades posteriores al día 181.

Que el 18 de mayo de 2021 la A.F.P. dio respuesta negativa a la solicitud, argumentando que *«no procede el pago de incapacidades ya que los pagos se realizan siempre y cuando exista un pronóstico de recuperación favorable. En su caso, su EPS FAMISANAR emitió un concepto de rehabilitación desfavorable el 5 de octubre de 2020»*.

Que la A.R.L. SURA, a través de los oficios S21062122804874 y S21062122804874 del 2 y 28 de junio de 2021 respectivamente, impuso trabas administrativas para el reconocimiento y pago del auxilio por incapacidad.

Que en el oficio del 28 de junio de 2021 la A.R.L. le indicó que las incapacidades se deben hacer a través de un link, sin embargo, desconoció que la información se cargó a la plataforma mediante radicado No. 460063 el 16 de junio de 2021.

Que a la fecha, ni la A.F.P. PROTECCIÓN, ni la A.R.L. SURA, ni la E.P.S. FAMISANAR han realizado el pago de las incapacidades superiores a los 180 días.

Que es sujeto de especial protección constitucional, toda vez que se encuentra en incapacidad y en estado de debilidad manifiesta.

Que depende única y exclusivamente de los salarios que devenga y de los dineros que recibe por concepto de auxilio por incapacidad, en virtud de que no goza de una pensión ni tiene bienes de los cuales pueda usufructuar.

Por lo anterior, solicita se tutelen sus derechos fundamentales, y como consecuencia: *“se ordene a quien corresponda de las accionadas, que realice el pago de las incapacidades que los médicos tratantes han expedido y que aún no han sido canceladas por la entidad que le corresponde, y todas aquellas incapacidades que se causen con posterioridad, hasta tanto se obtenga la pensión de invalidez o se obtenga dictamen con concepto favorable de rehabilitación”*.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

A.F.P. PROTECCIÓN S.A.

La accionada allegó contestación el 13 de agosto de 2021, en la que manifiesta que la accionante se encuentra afiliada desde el 26 de enero de 2001 con fecha de efectividad el 1 de marzo de 2001.

Que no hay lugar al pago de las incapacidades por razón del concepto de rehabilitación **desfavorable** emitido por la E.P.S. FAMISANAR el 5 de octubre de 2020.

Que el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 otorgó la potestad a las A.F.P. de postergar el trámite de calificación hasta por 360 días adicionales a los primeros 180, siempre y cuando el afiliado cuente con un pronóstico favorable de rehabilitación, en cuyo caso estaría en la obligación de pagar las incapacidades.

Que desconoce si el dictamen de pérdida de la capacidad laboral emitido por la E.P.S. FAMISANAR mediante el cual se le otorgó a la accionante una pérdida de la capacidad laboral del 50.99% de origen común, se encuentra en firme, toda vez que no ha recibido constancia de ejecutoria por parte de la EPS.

Que la A.F.P. se encuentra sometida al imperio de la ley y por consiguiente solo puede reconocer las prestaciones económicas que cumplan con los presupuestos establecidos por el legislador y, en tal sentido, no ha transgredido ningún derecho fundamental.

Que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para el pago de las prestaciones económicas, ya que existe el procedimiento que se surte ante la Superintendencia Nacional de Salud cuya regulación se encuentra en el literal g del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado por el artículo 126 de la ley 1438 de 2011.

Por lo anterior, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela, por cuanto no se configuró desconocimiento alguno de los derechos fundamentales de la accionante.

E.P.S. FAMISANAR

La accionada allegó contestación el 13 de agosto de 2021, en la que manifiesta que la accionante se encuentra afiliada a la E.P.S. en calidad de cotizante.

Que cuenta con incapacidades continuas desde el 28 de mayo de 2020 hasta el 27 de agosto de 2021 para un total de 380 días.

Que el 23 de noviembre de 2020 cumplió los primeros 180 días, los cuales fueron pagados por la E.P.S., tal como lo afirmó la accionante.

Que el 5 de octubre de 2020 se emitió concepto de rehabilitación **desfavorable**, el cual fue recibido por la A.F.P. PROTECCIÓN, y en consecuencia, las incapacidades que se causaron a partir del 24 de noviembre de 2020 estarán a cargo de la A.F.P. hasta que se cumpla el día 540.

Que de conformidad con el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, las E.P.S. solo están obligadas a reconocer las prestaciones por incapacidad hasta el día 180; a partir del día 181 la obligación se transfiere a los Fondos de Pensiones, al igual que la remisión a la Junta de Calificación de Invalidez a efectos de determinar el grado de pérdida de la capacidad laboral y si hay lugar al reconocimiento de la pensión por invalidez.

Que la acción de tutela no es procedente en virtud de que no existió una vulneración de los derechos fundamentales, dado que su actuar fue legítimo y ajustado a la ley.

Que la accionante no logró demostrar que existió una vulneración al mínimo vital, así como tampoco allegó la documentación o medio probatorio que así lo indicara.

Que se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la E.P.S. no es la legitimada para satisfacer las incapacidades reclamadas por la accionante, sino la A.F.P.

Conforme a lo anterior, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela, ante la ausencia de vulneración de derechos fundamentales de su parte.

A.R.L SURA

La accionada allegó contestación el 13 de agosto de 2021, en la que manifiesta que la accionante se encuentra afiliada desde el 19 de mayo de 2018, y cuenta con los siguientes expedientes:

1. Expediente 1411329565. Incluye la patología: *SMR derecho, tenosinovitis de D'quervain bilateral, tenosinovitis de flexoextensores del carpo, y bursitis de hombro derecha, calificado el 01 de febrero de 2021 por la EPS como de origen laboral.*

2. Expediente 1411356930. Incluye patologías:
*C764 TUMOR MALIGNO DEL MIEMBRO SUPERIOR
M751 SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO
M48 OTRAS ESPONDILOPATIAS
M198 OTRAS ARTROSIS ESPECIFICADAS
M50 TRASTORNOS DEL DISCO CERVICAL
M51 OTROS TRASTORNOS DE LOS DISCOS INTERVERTEBRALES
R522 OTRO DOLOR CRONICO*

3. Expediente 1411329521. Incluye las patologías: *Otros trastornos no especificados de los discos intervertebrales lumbares y discopatía cervical, calificados por la EPS el 01 de febrero de 2021 como de origen común.*

Que respecto al expediente No. 2, las patologías fueron calificadas por la E.P.S. FAMISANAR con una pérdida de la capacidad laboral del 50.99% el 29 de octubre de 2020, cuyo dictamen se encuentra en firme.

Que reconoció 65 días de incapacidad, discriminados de la siguiente forma:

- Incapacidad médica No. 16, consecutivo No. 892619588, del 14 de marzo de 2021 al 18 de marzo de 2021. (SMR) Reconocida.
- Incapacidad médica No. 17, consecutivo No. 894953780 del 19 de marzo de 2021 al 17 de abril de 2021. (SMR) Reconocida.
- Incapacidad médica No. 18, consecutivo No. 113460 del 26 de abril al 25 de mayo de 2021. M751 Síndrome de manguito rotatorio. Reconocida.

Conforme a lo anterior, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela, ante la ausencia de vulneración de derechos fundamentales de su parte.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en los antecedentes expuestos, el Despacho se plantea los siguientes problemas jurídicos: ¿Es procedente la acción de tutela para ordenar el reconocimiento y pago de incapacidades laborales, dadas las particularidades del caso concreto? En caso de ser positiva la respuesta, ¿La **E.P.S. FAMISANAR**, la **A.F.P. PROTECCIÓN** y/o la **A.R.L. SURA**, han vulnerado los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida y al mínimo vital de la señora **MARÍA SANTOS ALDANA HERNANDEZ** al negarle el pago de las incapacidades superiores a los 180 días?

MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, 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 éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona 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 DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES (SENTENCIA T-008 DE 2018)

La acción de tutela tiene carácter residual, y procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice para evitar un perjuicio irremediable. El cumplimiento de este mandato ha sido denominado requisito de subsidiariedad y tiene como finalidad *“reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”*¹.

En la Sentencia T-530 de 2017, la Corte Constitucional dijo al respecto:

“La acción de tutela no es un mecanismo principal para la protección de derechos, sino que tiene un carácter extraordinario. Ello no implica que quien encuentre amenazados sus derechos fundamentales, deba agotar absolutamente todos los medios de defensa que existan, sino sólo aquellos que sean idóneos y eficaces para dar solución al problema planteado.

*La idoneidad se predica de la existencia de un procedimiento pertinente y conducente para solucionar la controversia jurídica. En tanto que la eficacia es la posibilidad de que el medio que se reputa idóneo genere una consecuencia jurídica desprovista de arbitrariedad en un plazo razonable”*².

Así las cosas, el mecanismo idóneo para solucionar las controversias sobre el reconocimiento y pago de incapacidades que puedan presentarse entre un afiliado y las entidades del Sistema de Seguridad Social Integral o su empleador, corresponde a la justicia ordinaria.

Sin embargo, cuando el pago de incapacidades laborales constituye el único medio para la satisfacción de necesidades básicas, la acción de tutela también se convierte en mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental al mínimo vital³.

En la Sentencia T-920 de 2009, la Corte Constitucional expuso:

“...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

¹ Sentencias T-139 de 2017, T-106 de 2017, T-633 de 2015, T-603 de 2015, T-291 de 2014, T-367 de 2008, T-580 de 2006.

² Sentencias T-263 de 2017 y T-530 de 2017.

³ Sentencia T-140 de 2016.

oportuna y eficaz, en razón al tiempo que llevaría definir un conflicto de esta naturaleza”.

La idoneidad de la acción de tutela para reclamar el pago de incapacidades también se fundamenta en que la omisión en el cumplimiento de tal obligación puede generar un perjuicio irremediable, como fue señalado en la Sentencia T-468 de 2010:

“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”.

De esta manera, el estudio sobre la subsidiariedad en los casos de acciones de tutela en las cuales se reclame el pago de incapacidades laborales debe realizarse de manera flexible, máxime si quien impetra el amparo es una persona que, debido a su estado de salud, se encuentra en estado de debilidad manifiesta, como fue señalado por la Corte en la Sentencia T-182 de 2011:

“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...”.

Tales consideraciones fueron reiteradas en las Sentencias T-097 de 2015 y T-140 de 2016 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.

En síntesis, la Corte Constitucional ha reconocido que la interposición de acciones de tutela para solicitar el pago de incapacidades laborales es procedente, aun cuando no se

han agotado los medios ordinarios de defensa, cuando de la satisfacción de tal pretensión dependa la garantía del derecho fundamental al mínimo vital.

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE INCAPACIDADES DE ORIGEN COMÚN, SU MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL (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.

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[l] (...) salario de base, subsidio que (...) se reconocerá por el término de 180 días continuos o discontinuos siempre que la interrupción no exceda de 30 días*”.

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 2001 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 en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, norma que actualmente regula la materia.

RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES LABORALES SUPERIORES A 180 DÍAS

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, compete económicamente al **empleador**, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al parágrafo 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 **E.P.S.**, y el trámite tendiente a su reconocimiento debe adelantarlo el empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012.

Ahora bien, respecto de las incapacidades expedidas a partir del día 181, el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 142. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así:

“Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación

deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad.

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.”

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 trabajador⁴, **ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación.**

⁴ Sentencias T-485 de 2010, T-333 de 2013, T-698 de 2014 y T-097 de 2015.

Respecto del concepto favorable de rehabilitación conviene destacar que, conforme al Decreto Ley 019 de 2012, las EPS deben emitirlo antes del día 120 de incapacidad temporal. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP que corresponda. No obstante, en los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal, en caso de que la incapacidad se prolongue más allá de los 180 días. En tal sentido, asumirá desde el día 181 y hasta el día en que emita el concepto en mención.

Es necesario enfatizar, 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. Éste asegura que el proceso de calificación de la disminución ocupacional se verifique una vez se haya optado por el tratamiento y rehabilitación integral del trabajador.

La forma condicional en que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, hace alusión a dicho concepto indica que el objetivo de dicha norma es el equilibrio entre los derechos del afectado y la sostenibilidad del Sistema. Por tanto, se otorga un margen de espera y propende por evitar que se tenga por definitiva una condición médica con probabilidades de rehabilitación, sin afectar el auxilio económico por incapacidad. Durante este período, el Legislador dispuso que los subsidios de incapacidad estuvieran a cargo de las AFP.

Desde esta óptica, el concepto de 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.

Cuando antes del día 180 de incapacidad el concepto de rehabilitación sea desfavorable, ha de emprenderse el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral sin mayor dilación, pues la recuperación del estado de salud del trabajador es médicamente improbable. Dicho deber es aún más apremiante cuando ya transcurrieron los primeros 180 días de incapacidad. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación debe efectuarse y promoverse por las AFP hasta agotar las instancias del caso⁵.

Así mismo, de acuerdo con la normativa citada, el fondo de pensiones 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”*, una vez disponga del concepto favorable de rehabilitación. Sin embargo, en caso de que la

⁵ Sentencia T-419 de 2015.

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.

Como resultado de tal valoración es posible que se determine una disminución ocupacional parcial, esto es, inferior al 50%. En dicho evento, *“el empleador debe reincorporar al trabajador en el cargo que venía desempeñando o en otra actividad acorde con su situación de discapacidad, siempre y cuando los conceptos médicos determinen que se encuentra apto para ello”*⁶.

No obstante lo anterior, es factible que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, pese a haber sido evaluado por la junta de calificación de invalidez y habersele dictaminado una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%. Por tanto, es indispensable determinar cuál entidad del Sistema General de Seguridad Social debe encargarse del pago de dichas incapacidades.

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.

Por tanto, a partir de una interpretación sistemática de la disposición legal en cuestión, la Corte Constitucional estableció en la Sentencia T-920 de 2009 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 ocasiones⁷.

En consecuencia, las **reglas jurisprudenciales y legales** para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común, son las siguientes:

⁶ Sentencia T-920 de 2009. Concepto Jurídico 201511400874021 de 21 de mayo de 2015 del Ministerio de Protección Social.

⁷ Sentencia T-268 de 2020, T-146 de 2016, T-004 de 2014, T-333 de 2013, T-729 de 2012, T-920 de 2009.

(i) Los primeros dos días de incapacidad el **empleador** deberá asumir el pago del auxilio correspondiente.

(ii) Desde el tercer día hasta el día 180 de incapacidad, la obligación de sufragar las incapacidades se encuentra a cargo de las **EPS**.

(iii) A partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las **AFP**, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable.

(iv) No obstante, existe una excepción a la regla anterior. 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.

Sobre la base de lo expuesto, el régimen de pago de incapacidades o subsidios por incapacidad por enfermedades de origen común, se resume 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 en concordancia con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012
Día 181 hasta el 540	Fondo de Pensiones	Artículo 142 del Decreto 019 de 2012
Día 541 en adelante	E.P.S. con recobro a ADRES	Artículo 67 de la Ley 1753 de 2015

Por último, la Corte Constitucional en Sentencia T-401 de 2017 señaló que **la simple interrupción** de la continuidad de los períodos en los que se prescriben certificados de incapacidad no basta para que se pueda predicar una ausencia de continuidad en las incapacidades.

En efecto, como lo ha reconocido la Corte⁸ y el Ministerio de Salud y Protección Social, las interrupciones inferiores a 30 días no rompen con la continuidad de un período de incapacidad. De este modo, a partir de la aplicación analógica del artículo 13 de la Resolución 2266 de 1998, *“se entiende como prorroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación*

⁸ Sentencia T-144 de 2016.

*directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya interrupción mayor a treinta (30) días calendario*⁹.

CASO CONCRETO

La señora **MARÍA SANTOS ALDANA HERNANDEZ**, por intermedio de apoderado judicial interpone acción de tutela en contra de la **A.R.L. SURA**, la **A.F.P. PROTECCIÓN** y la **E.P.S. FAMISANAR**, por considerar que han vulnerado sus derechos fundamentales a la Seguridad Social, al Mínimo Vital y a la Vida, al negar el reconocimiento y pago de las incapacidades médicas superiores a los 180 días, y todas aquellas que se causen con posterioridad, hasta tanto se obtenga la pensión de invalidez o el concepto favorable de rehabilitación.

Conforme a ello, lo primero que debe advertirse, es que la presente acción de tutela cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que entre el 24 de noviembre de 2020 -fecha a partir de la cual la accionante reclama el pago de sus incapacidades- y la fecha de presentación de la tutela -10 de agosto de 2021-, ha transcurrido un término razonable.

De otro lado, en atención a la naturaleza prestacional del derecho que se reclama, es necesario, previo a realizar un análisis de fondo, determinar si en el presente caso se cumple el requisito de subsidiariedad, o si por el contrario debe acudir al mecanismo ordinario de defensa judicial ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Al respecto, se encuentra probado que la señora **MARÍA SANTOS ALDANA HERNANDEZ** se encuentra afiliada a la **E.P.S. FAMISANAR**, en calidad de cotizante activa.

La accionante manifiesta en el escrito de tutela que depende única y exclusivamente del salario que devenga y, por ende, de los dineros que recibe por concepto de auxilio por incapacidad; que no posee una pensión, ni tiene bienes de los cuales pueda usufructuar.

Frente a ello, revisada la certificación de incapacidades allegada por la E.P.S. FAMISANAR¹⁰ se observa, que el salario base de cotización de la accionante corresponde al salario mínimo legal mensual vigente (2020 y 2021), hecho que permite concluir, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional¹¹, que los ingresos percibidos apenas le alcanzan para garantizar su mínimo vital, lo que evidencia su incapacidad económica; situación que no fue desvirtuada por las entidades accionadas.

⁹ Ministerio de Salud y Protección Social. Conceptos 201511600088971 de 26 de enero de 2015 y 201611601330861 del 7 de julio de 2016.

¹⁰ Páginas 13 y 14 del Pdf. "006.ContestaciónFamisanar".

¹¹ Sentencia T-161 de 2019.

Las anteriores circunstancias, en criterio del Despacho, hacen procedente el mecanismo constitucional toda vez que se comprueba la afectación del derecho al mínimo vital, en tanto las incapacidades que reclama la actora constituyen la única fuente de ingresos para satisfacer sus necesidades básicas, por lo que los medios ordinarios de defensa no resultan idóneos ni eficaces¹².

Establecido lo anterior, procede el Despacho a realizar un pronunciamiento de fondo respecto de las incapacidades cuyo pago se pretende por parte de la accionante:

(i) De conformidad con el certificado de incapacidades allegado por la **E.P.S. FAMISANAR** en su contestación, se tiene que a la señora **MARÍA SANTOS ALDANA HERNANDEZ** le han sido generadas incapacidades continuas desde el 28 de mayo de 2020 hasta el 27 de agosto de 2021 para un total de 380 días, de la siguiente manera:

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	DIAGNOSTICO	Nº DIAS DE INCAPACIDAD	ESTADO
28/05/2020	21/06/2020	D162	25	PAGADA
22/06/2020	28/06/2020	D162	7	PAGADA
29/06/2020	29/06/2020	D162	1	PAGADA
30/06/2020	06/07/2020	D162	7	PAGADA
07/07/2020	05/08/2020	M751	30	PAGADA
06/08/2020	06/08/2020	M751	1	PAGADA
07/08/2020	21/08/2020	D487	15	PAGADA
22/08/2020	17/09/2020	R223	27	PAGADA
18/09/2020	02/10/2020	D099	15	PAGADA
03/10/2020	27/10/2020	C764	25	PAGADA
28/10/2020	29/10/2020	D099	2	PAGADA
30/10/2020	23/11/2020	D162	25	PAGADA
24/11/2020	27/11/2020	D162	4	NEGADA
28/11/2020	25/12/2020	C149	28	NEGADA
26/12/2020	20/01/2021	M255	26	NEGADA
21/01/2021	04/02/2021	C419	15	PAGADA
05/02/2021	03/03/2021	D160	27	NEGADA
04/03/2021	13/03/2021	M255	10	NEGADA
17/04/2021	19/04/2021	M255	3	NEGADA
20/04/2021	25/04/2021	M255	6	NEGADA
26/04/2021	25/05/2021	M751	30	NEGADA
09/06/2021	23/06/2021	M255	15	NEGADA
24/06/2021	29/06/2021	M255	6	NEGADA
29/07/2021	12/08/2021	M255	15	NEGADA
13/08/2021	27/08/2021	M255	15	NEGADA
TOTAL DÍAS ACUMULADOS			380	

¹² Sentencia T-008 de 2018.

(ii) En la tabla anexa en el punto anterior, se vislumbra que las incapacidades que le fueron concedidas a la accionante se dieron con ocasión a diversos diagnósticos, como lo son:

M255: DOLOR EN ARTÍCULACIÓN

M751: SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO

D162: TUMOR BENIGNO DE LOS HUESOS LARGOS DEL MIEMBRO INFERIOR

D487: TUMOR DE COMPORTAMIENTO INCIERTO O DESCONOCIDO DE OTROS SITIOS ESPECIFICOS

R223: TUMEFACCIÓN, MASA O PROMINENCIA LOCALIZADA EN EL MIEMBRO SUPERIOR

D099: CARCINOMA IN SITU, SITIO NO ESPECIFICADO

C764: TUMOR MALIGNO EN MIEMBRO SUPERIOR

C419: TUMOR MALIGNO DEL HUESO Y DEL CARTILAGO ARTICULAR, NO ESPECIFICADO¹³

No obstante, es procedente afirmar, que las incapacidades fueron prorrogadas de manera sucesiva e ininterrumpida¹⁴ dado que, entre la expedición de una y otra no existe un lapso superior a treinta (30) días calendario; y, además, corresponden a diagnósticos de una misma enfermedad o en relación directa con esta, toda vez que tienen en común una afección ósea y articular del sistema musculoesquelético.

(iii) Tal como se observa en la tabla anexa en el punto anterior, el día 180 de incapacidades sucesivas corresponde al día **23 de noviembre de 2020**, y no hay discusión respecto a que dichas incapacidades las pagó la **E.P.S. FAMISANAR**. Sin embargo, después de dicha data a la accionante se le siguieron generando incapacidades sucesivas hasta el día 27 de agosto de 2021, cuyo pago es el que se discute.

(iv) La **A.F.P. PROTECCIÓN** argumentó que no está obligada a reconocer las incapacidades pretendidas, teniendo en cuenta que sólo se reconocen cuando el afiliado cuenta con un concepto de rehabilitación favorable; y, en este caso, la accionante presenta un concepto de rehabilitación desfavorable, presupuesto ante el cual lo que procede es iniciar el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral.

(v) La **E.P.S. FAMISANAR** afirmó, por su parte, que las incapacidades que reclama la accionante con posterioridad al día 181, están a cargo del Fondo de Pensiones hasta el día 540, sin importar si el concepto de rehabilitación fue favorable o desfavorable.

(vi) Pues bien, a efectos de establecer a cuál de las accionadas le corresponde pagar la prestación económica causada con posterioridad al día 180, se tiene que el Decreto 019 de 2012 señala que **las EPS deben emitir el concepto de rehabilitación antes del día**

¹³ Tabla de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud, Décima Revisión (CIE-10) Para el Registro Individual de Prestaciones de Servicios (RIPS) Con Restricciones de Sexo, Edad y Códigos que no son Afección Principal. Tomado de <file:///C:/Users/arena/Downloads/CIE-10.pdf>

¹⁴ Sentencia T-364 de 2016.

120 de incapacidad. Luego de expedirlo deben remitirlo antes del día 150 a la AFP. En los eventos en que no se cumpla con tales plazos, compete a la EPS pagar con sus propios recursos el subsidio equivalente a la respectiva incapacidad, en caso de que ésta 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.

Atendiendo la norma anterior, se encuentra acreditado que la **E.P.S. FAMISANAR** emitió el concepto de rehabilitación de la señora **MARÍA SANTOS ALDANA HERNANDEZ** el día 5 de octubre de 2020¹⁵, y lo notificó a la **A.F.P. PROTECCIÓN** ese mismo día, tal como da cuenta el documento denominado *"NOTIFICACION ELECTRÓNICA PERSONA JURÍDICA"*¹⁶, circunstancia frente a la cual no existe discusión por parte de esta última.

Significa ello, que la EPS remitió oportunamente el concepto de rehabilitación a la AFP, de conformidad con lo previsto en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, por lo que le corresponde a la AFP reconocer el pago de las incapacidades temporales generadas a partir del día 181.

En este punto es menester resaltar, que no son de recibo los argumentos esgrimidos por la **A.F.P. PROTECCIÓN** para negar el pago de la incapacidad¹⁷, pues tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, no es válido argumentar que la norma no prevé el pago del subsidio cuando se expide concepto desfavorable de rehabilitación, toda vez que bajo ningún motivo debe el trabajador soportar la carga que surge ante el vacío legal. Lo anterior por cuanto, ha señalado la Corte, el pago de tales incapacidades debe efectuarse por parte del fondo de pensiones, sin importar si el concepto es favorable o desfavorable, hasta tanto se determine una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% o hasta que se cumplan el día 540 de incapacidad.

En consecuencia, se concederá el amparo y se ordenará a la **A.F.P. PROTECCIÓN** el pago de las incapacidades, de origen común, generadas desde el **24 de noviembre de 2020** hasta el **27 de agosto de 2021**, que corresponde a la última incapacidad probada.

(vii) Ahora bien, en cuanto a la **A.R.L SURA**, de las pruebas aportadas se evidencia que reconoció las incapacidades No. 892619588 del 14 de marzo al 18 de marzo de 2021 y No. 894953780 del 19 de marzo al 17 de abril de 2021¹⁸, por ser de origen laboral; en consecuencia, no se evidencia vulneración alguna a los derechos fundamentales de la actora por parte de la ARL.

¹⁵ Páginas 22 y 23 del Pdf. "001.AcciónTutela", y páginas 15 y 16 del Pdf. "006.ContestaciónFamisanar".

¹⁶ Página 17 del Pdf. "006.ContestaciónFamisanar".

¹⁷ Página 9 del Pdf. "013.AtiendeRequerimientoAccionante"

¹⁸ Páginas 45 y 59 del pdf "001.AcciónTutela"

Respecto a la incapacidad No. 113460 comprendida entre el 26 de abril y el 25 de mayo de 2021¹⁹ que aduce haber reconocido, encuentra el Despacho que ésta fue emitida por la **E.P.S. FAMISANAR** como de origen común y, en tal sentido, no le corresponde a la ARL su reconocimiento.

(viii) Finalmente, frente a la pretensión del reconocimiento y pago de las incapacidades futuras, debe indicarse que no es posible para el Juez decretar un mandato futuro e incierto, pues los fallos judiciales deben ser determinables e individualizables. En caso de no puntualizarse la orden de pago de las incapacidades, se estaría presumiendo la mala fe de la E.P.S. y/o del Fondo de Pensiones, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, en contravía del mandato previsto en el artículo 83 de la Constitución²⁰.

En ese orden, la pretensión de pago de incapacidades futuras solicitada por el actor no está llamada a prosperar, pues no es posible conceder el amparo a partir de suposiciones sobre hechos futuros o con el fin de precaver hipotéticas vulneraciones a los derechos fundamentales.

Como no se advierte acción u omisión que amenace o vulnere derechos fundamentales por parte de la **E.P.S. FAMISANAR** ni de la **A.R.L. SURA**, se les desvinculará por falta de legitimación en la causa.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO 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: AMPARAR los derechos fundamentales a la Seguridad Social y al Mínimo Vital de la señora **MARÍA SANTOS ALDANA HERNANDEZ** en contra de la **A.F.P. PROTECCIÓN**.

SEGUNDO: ORDENAR a la **A.F.P. PROTECCIÓN** que en el término de DIEZ (10) DÍAS HÁBILES siguientes a la notificación de esta providencia, liquide y pague en favor de la señora **MARÍA SANTOS ALDANA HERNANDEZ** las incapacidades de origen común generadas desde el **24 de noviembre de 2020** hasta el **27 de agosto de 2021**, conforme las consideraciones de esta providencia.

¹⁹ Página 48 Ibidem.

²⁰ Sentencia T-092 de 2018.

TERCERO: DESVINCULAR a la **E.P.S. FAMISANAR** y a la **A.R.L. SURA**, por falta de legitimación en la causa.

CUARTO: NOTIFÍQUESE a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta decisión.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus COVID-19, la impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

QUINTO: En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ