



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

**Juzgado 5° Civil Municipal de Bogotá**  
**Carrera 10 No. 14-33 piso 5 Teléfono/Fax: 2815639**  
**[cmpl05bt@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:cmpl05bt@cendoj.ramajudicial.gov.co)**

Bogotá D. C., tres (3) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

**Ref: ACCIÓN DE TUTELA No. 110014003 005 2022 01040 00**  
**ACCIONANTE: ANA MARIA MALAGON VARGAS.**  
**ACCIONADO: FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION.**

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez motivado en legal forma el trámite adecuado.

### **I. ANTECEDENTES:**

Manifestó la accionante que se encuentra afiliada al fondo accionado. Que es *“un paciente diagnosticado con: C-751 TUMOR MALIGNO DE LA HIPOFISS, E230, E038 OTROS HIPOPITUITARISMO, E232 DIABETES INSIPIDA”*, razón por la cual le han sido generadas *“incapacidades desde el mes de diciembre de 2021 hasta la fecha”*.

Agregó que, *“Los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad me las cancelo la NUEVA EPS, a partir del cinco de junio de 2022 la NUEVA EPS., argumenta que estas le corresponde pagarlas a FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION”*.

Añadió que, radicadas las incapacidades Nos. 0000095081 del 05/06/2022 al 04/07/2022, 0000095564 del 05/07/2022 al 03/08/2022, 000009568 del 04/08/2022 al 03/09/2022, 0000096725 del 04/09/2022 al 03/10/2022, 0000097378 del 04/10/2022, el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, le indicó *“Que existe un vacío jurídico que a ellos no los obligan a pagar las incapacidades”*.

Agregó que, ante la negativa del pago de las incapacidades le ha generado una serie de deudas por lo que tuvo que acudir a varios préstamos que pensaba cubrir con el pago de dichas incapacidades.

### **2. LA PETICIÓN**

Solicitó se ampare sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna , y en consecuencia, ordenar al FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN, *“reconocer liquidar y pagar la incapacidad médicas Nos. 0000095081 del 05/06/2022 al 04/07/2022, 0000095564 del 05/07/2022 al 03/08/2022, 000009568 del 04/08/2022 al 03/09/2022, 0000096725 del 04/09/2022 al*

*03/10/2022, 0000097378 del 04/10/2022, generadas según orden médica y las que se sigan generando”.*

## **II. SINTESIS PROCESAL:**

Por auto de 21 de octubre de 2022, se admitió la acción y se ordenó notificar a la accionada. Igualmente, se dispuso vincular al INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGIA, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y NUEVA EPS, y se les otorgó un plazo de un (1) día para que brindaran una respuesta al amparo.

### **ADMINISTRADORA FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**

Dio contestación a la acción constitucional, oponiéndose y solicitando se niegue por improcedente. En ese sentido indicó que *“En lo que respecta a los hechos que fundamentan la presente acción de tutela, ha de indicarse que NUEVA EPS, remitió a esta administradora concepto de rehabilitación con pronóstico DESFAVORABLE el 16 de marzo de 2022 de la señora Ana Maria Malagon Vargas. De acuerdo con lo anterior, al contar la señora Ana Maria Malagon Vargas, con pronóstico desfavorable de recuperación, Protección no se encuentra obligada al pago de las incapacidades de la accionante, sino que esta administradora debe proceder con la calificación de la merma de capacidad laboral, en los términos del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012”.*

Añadió que *“Así las cosas, queda totalmente probado que de conformidad con la normatividad que rige el tema, Protección no se encuentra obligado al pago de las incapacidades de la señora Ana Maria Malagon Vargas, toda vez que el mismo NO CUENTA CON PRONOSTICO FAVORABLE DE REHABILITACIÓN y la obligación en cabeza de Protección solo surge cuando se cuenta con pronóstico FAVORABLE”.*

Agregó que *“debe indicarse que no le asiste a Protección S.A. la responsabilidad de pago de incapacidades anteriores al 16 de marzo de 2022 dado que solo hasta esa fecha se recibió por parte de la EPS el concepto de rehabilitación de la afiliada, razón por la cual es la EPS la llamada a pagar dichas incapacidades con fundamento en la sanción establecida en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012”, además, “en el evento que se sigan causando incapacidades con posterioridad al día 540, debe indicarse que ES LA RESPECTIVA EPS LA ENCARGADA DE ASUMIR DICHA PRESTACIÓN”.* Conforme a lo anterior, solicitó declarar improcedente la presente acción de tutela.

## **NUEVA EPS**

En término se pronunció, para lo cual indicó que conforme a las reglas del pago de incapacidades a partir del día 180 y hasta el día 540, le corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones el reconocimiento de dicha prestación económica, además, realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral. Agregó igualmente que, la quejosa presentó 215 días de incapacidad al 4 de julio de 2022, y que el 30 de mayo de 2022, completó los 180 días. Conforme a lo anterior, solicitó denegar o en su defecto, desvincularla de la presente acción constitucional.

## **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES.**

En término dio contestación a la acción de tutela, para lo cual alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto el pago de las incapacidades es de carácter económico que no es función de la administradora. Conforme a lo anterior, solicitó desvincularle de la presente acción constitucional.

## **MINISTERIO DE SALUD**

En término se pronunció, para lo cual alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, en tanto, la Ley 100 de 1993, estableció lo referente al reconocimiento y pago de las incapacidades. Conforme a lo anterior, solicitó desvincularles de toda responsabilidad dentro de la presente Acción de Tutela.

## **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.**

Procedió a contestar los hechos y pretensiones del accionante, para lo cual alegó falta de legitimación en la causa por pasiva, razón por la cual solicitó su desvinculación por cuanto debe ceñirse a lo estipulado mediante Decreto Único 780 de 2016, en su artículo 2.1.13.4, sobre el reconocimiento y pago de incapacidad por enfermedad general. Conforme a lo anterior, solicitó desvincularles de toda responsabilidad dentro de la presente Acción de Tutela.

## **INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA E.S.E.**

En término se pronunció, para lo cual indicó que atendió a la accionante cuando ingresó y ha sido atendida por Neurocirugía Endocrinología, Ginecología, Oncología Clínica, Cirugía de Tórax, Gaica, Oftalmología, Anestesia, Cuidados Paliativos, Rehabilitación, Psicología, siendo la última valoración el 26 de septiembre de 2022, sin

embargo, no son los competentes para reconocer incapacidades. Conforme a lo anterior, solicitó su desvinculación.

### III CONSIDERACIONES

#### 1.- LA ACCION DE TUTELA:

La jurisprudencia constitucional ha sido del criterio que las personas que pretenden el cobro de incapacidades médicas a través de la acción de tutela cuentan con otros mecanismos judiciales a través de los cuales pueden obtener su pago, procedimientos tales como el proceso ordinario laboral, o el trámite ideado ante la Superintendencia Nacional de Salud. No obstante, también se ha sostenido que a pesar de lo anterior, *“el pago de las incapacidades médicas no solo debe ser entendido como una simple obligación dineraria u económica, sino que, por el contrario, se constituye en el medio a través del cual un trabajador ve suplido su salario ante la materialización de una contingencia que afecte su salud al punto que se vea imposibilitado para desarrollar sus labores y, por tanto, los recursos básicos a partir de los cuales puede procurarse una congrua subsistencia y la de su núcleo familiar. Adicionalmente, se ha expresado que esta prerrogativa se constituye en una garantía para la recuperación de la salud del afiliado, pues a partir de su goce, éste puede reposar y asumir adecuadamente el tratamiento que requiere, sin necesidad de tener que preocuparse por reintegrarse anticipadamente a sus actividades laborales con el objetivo de recibir su sustento diario y el de su familia”*.

Por lo que *“la acción de tutela puede constituirse en el único mecanismo idóneo para que una persona obtenga la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas como producto de la negativa en el reconocimiento del pago de las incapacidades que le han sido dictaminadas”*. (Sentencia T-529 de 2017).

#### 2.- CASO CONCRETO

1. En el caso bajo estudio, la promotora solicita a través de la acción de tutela, la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna los cuales considera que la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., le ha vulnerado al no reconocer y pagar las incapacidades que describe en su escrito de tutela.

2. Al respecto, en lo que hace al requisito de **procedibilidad de la acción** de amparo, se debe destacar la promotora es una persona que padece de una enfermedad que le impide desarrollar algún tipo de actividad productiva. En ese orden, si bien la accionante tiene a su

alcance acudir ante la justicia ordinaria laboral, en criterio del despacho, en el presente caso, dicho trámite no cuenta con la idoneidad y eficacia para otorgar la protección que requiere.

3. Superado ello, al plenario se aportó copia de las incapacidades que le fueron expedidas a la promotora por enfermedad general por los periodos comprendidos del 05/06/2022 al 04/07/2022, del 05/07/2022 al 03/08/2022, del 04/08/2022 al 03/09/2022, del 04/09/2022 al 03/10/2022 y del 04/10/2022, todas ellas NEGADAS por la causal: *“Que existe un vacío jurídico que a ellos no los obligan a pagar las incapacidades”*.

4. La AFP Protección S.A. en la contestación que hizo de la acción constitucional indicó que *“la responsabilidad de pago de incapacidades anteriores al 16 de marzo de 2022 dado que solo hasta esa fecha se recibió por parte de la EPS el concepto de rehabilitación de la afiliada, razón por la cual es la EPS la llamada a pagar dichas incapacidades con fundamento en la sanción establecida en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012”, y que, “en el evento que se sigan causando incapacidades con posterioridad al día 540, debe indicarse que ES LA RESPECTIVA EPS LA ENCARGADA DE ASUMIR DICHA PRESTACIÓN”*.

Agregó que *“atendiendo al concepto DESFAVORABLE emitido por la EPS, lo procedente en el caso de la peticionaria es proceder con el trámite de calificación de pérdida de capacidad, para lo cual, mi representada procedió a realizar la calificación de pérdida de capacidad laboral la cual arrojó como resultado una disminución estimada en 46.28% de origen común y estructuración del 19 de mayo de 2022”*.

En ese orden, corresponde determinar a) si se ven afectados los derechos al mínimo vital y a la vida digna y b) si por esta vía residual ordenar el pago de las incapacidades.

Se precisa que la accionante sostuvo que con el no pago de sus incapacidades médicas, le vulneran sus derechos fundamentales, ya que es *“una persona que solo vivo de mi trabajo, respondo por los gastos de mi hogar”,* además, que, *“las aquí accionadas quienes abusando de su posición dominante me han sometido a una serie de trámites inexplicables con el fin de no reconocerme ni pagarme las incapacidades a que tengo derecho por ley para así poder llevar una vida en condiciones dignas y garantiza el mínimo vital.”*

3. Ahora bien, con el objetivo de resolver la controversia planteada es necesario advertir que a diferencia de lo que sucede en el caso de las incapacidades temporales generadas por accidentes o enfermedades laborales en donde las Aseguradoras de Riesgos Laborales son las únicas responsables de las prestaciones económicas y asistenciales a

las que tiene derecho los afiliados, cuando un trabajador es incapacitado por una afectación a su salud de origen común, son distintos los sujetos de derecho que están llamados a hacerse cargo de la situación.

Por lo anterior, aun cuando se haya determinado el origen común de la enfermedad, pueden presentarse controversias entre las Entidades Promotoras de Salud, las Administradoras de Fondos de Pensiones y los empleadores sobre quién es el encargado del pago de las prestaciones económicas en los casos de incapacidades temporales.

En ese sentido, importa hacer un recuento normativo de las disposiciones que determinan quiénes son los obligados a estos pagos en cada momento de la incapacidad del afiliado:

Del día **1 a 2** corren por cuenta del empleador, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2493 de 2013.

Del día **3 al 180** deben ser canceladas por la Empresa Promotora de Salud (EPS), de acuerdo con lo previsto por el precepto 206 de la Ley 100 de 1993. Dicho trámite debe ser adelantado por el empleador (Canon 121 del Decreto 19 de 2012).

Durante dicho lapso, la EPS debe examinar al paciente y emitir, antes de que se cumpla el día 120, el concepto de rehabilitación y remitirlo a la Administradora de Fondo de Pensión (AFP) antes del día 150 de incapacidad (Artículo 142 *ejúsdem*).

Luego de recibir el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por 360 días adicionales, cancelando las incapacidades causadas desde el día **181 en adelante**, hasta que el afiliado restablezca su salud o se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Artículo 23 del Decreto 2463 de 2001).

Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, a la EPS le corresponderá pagar las incapacidades que se causen a partir del día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.

Si el renombrado concepto no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la entidad de calificación respectiva, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si ésta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad.

**Después de los 540 días de incapacidad:** se debe dar aplicación al artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, según la cual le corresponde a las EPS cancelar las incapacidades, quienes a la vez, podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

De igual forma, se estableció por la H. Corte Constitucional mediante Sentencia T-401 de 2017, que:

*“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 [99]”.*** (se destaca)

Conforme a la normatividad anterior y la jurisprudencia citada, **sin importar si el concepto es favorable o desfavorable**, le corresponde a la AFP el reconocimiento y pago de las incapacidades que se generen posteriores al día 180 y hasta que se determine una pérdida de la capacidad laboral del afiliado superior al 50%.

En el caso bajo estudio, tanto el accionante, como la Nueva EPS, son claras al afirmar que ya se superaron los 180 días de incapacidad. Ello también se extrae de la documental aportada al plenario donde se desprende que a la actora ya le fueron expedidas incapacidades que superaron los 180 días. Así mismo, se acredita que la Nueva EPS ya emitió concepto no favorable de rehabilitación, de lo cual ya tuvo conocimiento la AFP accionada, quien negó el pago de las incapacidades aduciendo que se había emitido concepto “*desfavorable*”.

Así las cosas y en atención a la normativa y jurisprudencia antes aludida, el pago de las incapacidades generadas a la accionante, solo pueden ser asumidas por la Nueva EPS hasta el día **180**. Las causadas con posterioridad y hasta el día 540, estarán a cargo de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCION**.

Por lo tanto, es claro que corresponde a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, asumir el reconocimiento y pago de las incapacidades que han sido generadas y hasta el día 540. Por tal razón, se ordenará al Fondo de Pensiones que reconozca y pague a la accionante el valor de las incapacidades Nos. incapacidades Nos. 0000095081 del 05/06/2022 al 04/07/2022, 0000095564 del 05/07/2022 al 03/08/2022, 0000095968 del 04/08/2022 al 03/09/2022, 0000096725 del 04/09/2022 al 03/10/2022, y 0000097378, esta última con fecha de inicio 04/10/2022.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** CONCEDER la tutela reclamada por **ANA MARIA MALAGON VARGAS**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** ORDENAR al **FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION**, que en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación del presente fallo, si no lo hubiere hecho, reconozca y pague a la señora **ANA MARÍA MALAGÓN VARGAS**, las incapacidades Nos. 0000095081 del 05/06/2022 al 04/07/2022, 0000095564 del 05/07/2022 al 03/08/2022, 0000095968 del 04/08/2022 al 03/09/2022, 0000096725 del 04/09/2022 al 03/10/2022, y 0000097378, esta última con fecha de inicio 04/10/2022.

**TERCERO:** Notifíquese la presente decisión a los extremos de la acción por el medio más idóneo o expedito posible.

**CUARTO:** Si la presente decisión no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISION. Oficiese. Déjense las constancias del caso.

**NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,**



**JUAN CARLOS FONSECA CRISTANCHO**  
**JUEZ**