

**INFORME SECRETARIAL:** Al Despacho de la Señora Juez hoy Ocho (08) de Junio del año dos mil veinte (2020), informando que la presente acción de tutela radicada bajo el número 2020 – 0117, pasa al Despacho para pronunciarse sobre la impugnación presentada por la entidad demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. en contra del fallo de tutela proferido por el Juzgado Quinto Municipal Laboral de Pequeñas Causas de Bogotá el 30 de abril de 2020.

**FANNY ARANGUREN RIAÑO**  
**SECRETARIA**

**JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO**  
**BOGOTÁ D.C., OCHO (08) DE JUNIO DEL AÑO DOS MIL VEINTE (2020)**

Entra el Juzgado a resolver la impugnación al fallo de tutela proferido por el Juez Quinto Municipal Laboral de Pequeñas Causas de Bogotá.

**A N T E C E D E N T E S:**

WILLIAM SIGIFREDO PERILLA HERNANDEZ, identificado con C.C. No. 79.523.008 interpuso acción de tutela en contra del FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION y ALIANSALUD EPS, para que se protejan los derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la vida digna.

Peticiona el accionante que a través de la acción de tutela de la referencia se ordene al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION el pago de las incapacidades medicas autorizadas por sus médicos tratantes y, a la entidad ALIANSALUD EPS prestar los servicios de salud tales como citas médicas, tratamientos, procedimientos, medicamentos de manera que sea un tratamiento integral.

Como fundamento de las suplicas sostuvo: Que el demandante tiene 50 años de edad y que ha efectuado los aportes correspondientes al sistema de seguridad social integral; Que el 17 de abril de 2019 sufrió un accidente cerebro vascular,

quedando como consecuencia paralizado su lado izquierdo debiendo trasladarse con silla de ruedas; Que estuvo hospitalizado para el periodo comprendido entre el 17 al 26 de abril de 2019 por el diagnóstico tumor maligno del ventrículo cerebral; Que la EPS ALIANSALUD canceló los primeros 180 días de incapacidad, a lo que agregó que las incapacidades generadas a partir del día 181 hasta el día 540 le corresponde al fondo de pensiones; Que el fondo accionado le realizó el 27 de septiembre de 2019 examen de pérdida de capacidad laboral en el que se determinó un porcentaje del 52.94% con fecha de estructuración 08 de octubre de 2019, dictamen que fue apelado por el demandante.

A través de providencia de fecha 20 de abril de 2020, el Juzgado Quinto Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá admitió la presente tutela y dispuso librar comunicaciones a las entidades ALIANSALUD EPS y PROTECCION S.A. FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS. Adicionalmente se dispuso vincular a la señora MARIA LUISA HERNANDEZ DE PERILLA en calidad de empleadora del accionante.

La ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. señaló en el escrito de contestación que el accionante presenta afiliación a la entidad desde el 18 de octubre de 1995; Que el accionante no cuenta con pronóstico favorable de rehabilitación por cuanto ya fue calificado y establecido su porcentaje de invalidez, razón por la que no es procedente el pago de incapacidades.

Por su parte la entidad ALIANSALUD EPS señaló en el escrito de contestación que consultada la base de datos se evidenció que el demandante se encuentra afiliado a la accionada en calidad de cotizante dependiente, actualmente activo en el sistema ; Que ALIANSALUD le ha autorizado al demandante los servicios ordenados por sus médicos tratantes, advirtiendo a este propósito que a la fecha el accionante se encuentra recibiendo servicios domiciliarios como consulta, terapias físicas, terapia ocupacional y del lenguaje, alquiler de cama y paquete de oxígeno domiciliario; Que reconoció y pagó al accionante el valor de las incapacidades por enfermedad general hasta los 180 días acumulados, advirtiendo que las incapacidades mayores a 180 días deben ser reconocidas por la Administradora de Fondos de Pensiones del afiliado. Señala finalmente

que no transgredido derecho fundamental alguno del demandante, por lo que la acción de tutela no tiene vocación de prosperar.

Por sentencia de fecha 30 de abril de 2020 el Juzgado Quinto Municipal Laboral de Pequeñas Causas de Bogotá resolvió tutelar los derechos fundamentales del mínimo vital, salud y seguridad social del accionante, ordenando lo siguiente: 1) A PROTECCION S.A. FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS pagar las incapacidades médicas para el periodo comprendido entre el 23 de octubre de 2019 al 25 de marzo de 2010 y las que se sigan originando hasta el día 540 de incapacidad y, 2) A ALIANSALUD EPS para que adelante las diligencias necesarias para que a través de visita domiciliaria el médico tratante del accionante reconsidere si los servicios en salud de terapia física integral, consulta de primera vez por especialista en medicina física y rehabilitación, consulta de primera vez por fisioterapia, y consulta por primera vez por trabajo social, deben ser prestados en el domicilio del demandante en atención a la calamidad sanitaria que ocurre en el país.

Esta decisión fue impugnada por la parte accionada PROTECCION S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. quien señaló que el demandante al tener un pronóstico desfavorable de rehabilitación no resulta procedente el pago de incapacidades médicas, a lo que agregó que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para obtener el pago de prestaciones económicas. Aclaró finalmente que en el evento en que se generen incapacidades con posterioridad al día 540 es la EPS demandada la responsable de cancelar dichas incapacidades.

### **CONSIDERACIONES**

El problema jurídico a resolver conforme al escrito de impugnación se ciñe a determinar si la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., es la responsable del reconocimiento de las incapacidades emitidas al accionante desde el día 181 y hasta el día 540, aun presentándose un concepto desfavorable de rehabilitación.

Ahora, en lo que tiene que ver con el pago de incapacidades cuando el afiliado presente un concepto de rehabilitación desfavorable, la Corte Constitucional mediante sentencia T- 401 de 2017, señaló que:

*“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 1° del Decreto 2943 de 2013, al párrafo 1° 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, 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 independiente.*

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

*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 en 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. Este 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 sobre la 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 caso.

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 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 proceder a 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”.

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 a 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, esta Corporación 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 ocasiones.

En consecuencia, las **reglas** jurisprudenciales y legales para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en enfermedad común desde el día 1 hasta el 540 son las siguientes:

(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. Como se indicó anteriormente, 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.*

*De este modo, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se explicó previamente”.*

Luego, conforme a las reglas jurisprudenciales trascritas en precedencia encuentra el juzgado que las incapacidades de los afiliados que aun recibiendo un concepto desfavorable de rehabilitación deben ser asumidas así: del día 3 al día 180 a cargo de la EPS, del día 181 al día 540 a cargo del fondo de pensiones y, del día 541 en adelante a cargo de la EPS, pago que deberá realizarse hasta que la persona se reincorpore a la vida laboral o hasta cuando se determine una pérdida de capacidad laboral superior al 50% que le permita acceder al derecho pensional (pensión de invalidez).

De lo expuesto en precedencia encuentra el juzgado que el pago de las incapacidades emitidas al accionante para el periodo comprendido entre el 23 de octubre de 2019 al 25 de marzo de 2020 y las que se sigan originando hasta el día 540 le corresponde asumirlo al demandado FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION, advirtiendo a este propósito que la determinación de dichas incapacidades no fue desconocido ni refutado por la entidad antes citada, a lo que se agrega que las incapacidades médicas generadas a partir del día 541 corren a cargo de la EPS ALIANSALUD de conformidad con lo normado por la Ley 1753 de 2015, pago que se deberá extender hasta que se emita un concepto de rehabilitación favorable por parte del médico tratante que permita al demandante reintegrarse a sus actividades de índole laboral o se emita una nueva valoración de invalidez que permita consolidar el derecho pensional, razón por la que procede la modificación parcial del fallo de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE** el **NUMERAL SEGUNDO** del fallo proferido por el JUZGADO QUINTO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C., en el sentido de ORDENAR a la Representante Legal del FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION a reconocer y pagar las incapacidades médicas emitidas a la accionante para el periodo comprendido entre el 23 de octubre de 2019 al 25 de marzo de 2020 y las que se sigan originando hasta el día 540 y, las incapacidades médicas generadas a partir del día 541 corren a cargo de la EPS ALIANSALUD de conformidad con lo normado por la Ley 1753 de 2015, pago que se deberá extender hasta que se emita un concepto de rehabilitación favorable por parte del médico tratante que permita al demandante reintegrarse a sus actividades de índole laboral o se emita una nueva valoración de invalidez que permita consolidar el derecho pensional.

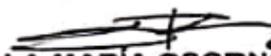
**SEGUNDO:** Se confirma en lo demás la sentencia de primer grado.

**TERCERO:** Comuníquese lo resuelto, tanto al juez a quo, como a las partes por los medios más expeditos y eficaces.

**CUARTO: ENVÍESE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional a efectos de su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LA JUEZ,

  
STELLA MARÍA OSORNO BAUTISTA

LA SECRETARIA,

FANNY ARANGUREN RIAÑO

PAMC

**JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO**

Bogotá, \_\_\_\_\_ de 2020

Notificado por anotación en estado Número

\_\_\_\_\_ de esta misma fecha.

\_\_\_\_\_  
Secretaria