

INFORME SECRETARIAL: Bogotá D.C., primero (1º) de abril de dos mil veintidós (2022). Al Despacho de la señora Juez el expediente **2022-00141**, informando que a la fecha se encuentra para resolver la impugnación presentada por la accionada Protección S.A. Sírvase proveer.



SANDRA MILENA FIERRO ARANGO
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.

Bogotá D. C., primero (1º) de abril de dos mil veintidós (2022).

I. ANTECEDENTES

El señor Albert Isnardo Pinzón Castañeda, identificado con cédula de ciudadanía 1.015.408.271 y actuando en causa propia, interpuso acción de tutela en contra de la AFP Protección S.A. y la sociedad Operaciones Nacionales de Mercadeo Ltda., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna.

Como sustento de sus aspiraciones, informó que ha recibido de la Nueva EPS las incapacidades relacionadas del 13 de diciembre de 2021 al 27 de febrero de 2022, y que según le informó su empleador, por ser superiores a 180 días el pagador debe ser la AFP. En vista que la encargada de radicar las incapacidades es la empresa, ha presentado las incapacidades ante el Jefe de Recursos Humanos para justificar su ausencia. A la fecha, Protección S.A. le informó que no obra radicación de las incapacidades y por tanto no le serán pagadas.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se ordene a la empresa empleadora radicar las incapacidades ante la A.F.P. Protección S.A., y a ésta última efectuar el pago de éstas.

II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

La presente acción de tutela fue admitida por el Juzgado 9º Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., mediante auto del 28 de

febrero de 2022, ordenando a las accionadas ejercer su derecho a la defensa, y vinculando al trámite a la Nueva E.P.S., al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Superintendencia Nacional de Salud y a la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

El **Ministerio de Salud y Protección Social**, contestó la acción en oficio radicado 202211300341441 del 2 de marzo de 2022, solicitando que se declare improcedente y se exonere a la entidad en la medida que no es la competente para reconocer prestaciones económicas derivadas de incapacidades médicas.

Informó que dentro de sus competencias y funciones no tiene asignado el reconocimiento y pago de prestaciones económicas derivadas de incapacidades médicas, siendo únicamente la encargada de fijar las políticas en materia de pensiones, riesgos profesionales y salud.

La **Nueva EPS** respondió mediante oficio del 2 de marzo de 2022, solicitando negar las pretensiones y su desvinculación del trámite.

Manifestó que el área responsable de, eventualmente, dar cumplimiento a la acción, es la de Prestaciones Económicas. Que el accionante se encuentra en estado de afiliación ACTIVO en el Régimen Contributivo, que la tutela es improcedente para petitionar el reconocimiento de prestaciones económicas, y explicó el procedimiento para transcripción de incapacidades ante la EPS.

La **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES**, respondió mediante oficio del 3 de marzo de 2022, solicitando negar el amparo pretendido por improcedente, al conllevar pretensiones de índole económico.

Indicó que la acción no contiene los requisitos de procedibilidad, puesto que se persigue el reconocimiento de prestaciones de contenido netamente económico y no se demuestra que los mecanismos ordinarios no sean idóneos. Agregó que no es función de la entidad pagar las incapacidades inferiores a los 540 días, y con ello se colige que la eventual amenaza acaecería por intermedio de otra entidad.

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, contestó indicando que no es el responsable del pago de las incapacidades pretendidas. Explicó las condiciones legales para el pago de las incapacidades, y los criterios que se deben observar para determinar si el pago corresponde a las EPS o a las ARL.

La **Superintendencia Nacional de Salud** dio respuesta en oficio 20221610000237561 del 4 de marzo de 2022, solicitando su desvinculación del trámite, toda vez que su amenaza o vulneración no deviene del actuar de la entidad.

Informó las funciones de la entidad en materia de aseguramiento en Salud, que no es el superior jerárquico de los actores del sistema de seguridad social en salud, y finalmente explicó sus atribuciones en materia jurisdiccional.

En memorial del 8 de marzo de 2022, la **Nueva EPS** dio alcance a la respuesta, agregando que carece de legitimación en la causa por pasiva toda vez que las incapacidades superan los 180 días y están a cargo de la AFP del trabajador.

Surtido el trámite de instancia, la sociedad Operaciones Nacionales de Mercadeo Ltda. **guardó silencio**.

III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Juzgadora de Primera Instancia en sentencia de tutela del 11 de marzo de 2022, amparó los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, y ordenó a la AFP Protección que, en el término de 48 horas, reconociera y pagara las incapacidades causadas del 23 de diciembre de 2120 al 31 de marzo del año en curso, y desvinculó del trámite al Ministerio de Salud y Protección Social, a la Nueva EPS S.A., la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social En Salud – ADRES, a la Superintendencia Nacional de Salud y la sociedad Operaciones Nacionales de Mercadeo LTDA.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que las incapacidades que se causan del día 181 en adelante, y que en vista que se aportó concepto médico favorable de rehabilitación, que fue remitido oportunamente a la AFP, y todas las incapacidades están catalogadas como de "*Enfermedad General*".

Así mismo, consideró que la EPS pagó las incapacidades hasta el día 180 y al haber emitido su el concepto de rehabilitación, ya sea favorable o desfavorable, pese a que no obra determinación del origen, al no haber pagos efectuados por parte de la ARL se colige que la AFP es la encargada de pagar las incapacidades hasta el día 540, o hasta tanto el afiliado haya sido dictaminado con más del 50% de pérdida de capacidad laboral, o hasta que el afiliado se recupere. En todo caso, señaló que de determinarse que las patologías son de origen laboral, Protección S.A.

puede ejercer el respectivo recobro de las incapacidades ante la respectiva ARL.

Finalmente, resolvió desvincular las entidades señaladas, al no evidenciar vulneración de derecho fundamental alguno por su actuar.

IV. LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, la AFP Protección S.A. la impugnó solicitando, en primer término, revocar la decisión primigenia, y subsidiariamente aclarar o modificar el fallo, en el sentido de establecer que la EPS debe aclarar las incapacidades y dictaminar el origen de las patologías y, de ser el caso, si se determina como de origen laboral, se ordene que la ARL reconozca las prestaciones.

Argumentó que el tutelante se encuentra en proceso de determinación del origen de las patologías padecidas, ante la Nueva EPS. En la medida que no hay claridad sobre el origen, la encargada de pagarlas es la EPS, de ser de origen común, o la ARL, si se dictaminan como de origen laboral.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Como problema jurídico, se estudiará si le asiste razón a la recurrente en sus argumentos, y si es procedente efectuar alguna modificación a la decisión de primera instancia.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con el artículo 86 Superior, el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el numeral 1° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 y el artículo 1 del Decreto 333 de 2021, este Despacho es competente para conocer la presente acción constitucional.

2. De la procedencia de la acción de tutela para el pago de incapacidades.

En primer término, debe ponerse de presente que, en principio, la acción de tutela no resultaría procedente para la consecución del reconocimiento y pago de incapacidades, en la medida que la jurisdicción ordinaria laboral es competente para dirimir dicha controversia, máxime cuando ésta es de contenido netamente económico.

Sin embargo, al evidenciarse una serie de condiciones particulares de la parte que la invoca, aunado al hecho que la incapacidad corresponde al sustituto temporal del salario devengado por el trabajador, puede proceder su estudio ante el juez constitucional.

Así fue considerado por la H. Corte Constitucional, en sentencia T-268 de 2020 al memorar el precedente sentado en la materia:

"Este Tribunal ha precisado que existen eventos en los cuales es posible que el juez de tutela pueda desatar de fondo controversias relacionadas con el reconocimiento de incapacidades médicas, dependiendo de las circunstancias del caso, toda vez que dicha prestación podría ser el único sustento de las personas en situación de discapacidad para garantizar para sí mismos y para su familia un mínimo vital y una vida digna.

Así lo señaló la Corte en la Sentencia T-008 de 2018: "(...) 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 vital (...).

(...) 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.

De esta manera, no basta con la existencia de medios de defensa judiciales para establecer la improcedencia de la acción de tutela, sino que debe determinarse si los mismos son idóneos y eficaces (...)."

Igualmente, debe ponerse de presente que en sentencia T-401 de 2017, la mencionada Corporación estudió los parámetros legales y jurisprudenciales para el pago de las incapacidades:

"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."

Respecto de las causadas con posterioridad al día 540, y en específico de las condiciones que se deben observar para estudiar la interrupción, considero lo siguiente:

"Ahora bien, contrario a lo sostenido por la EPS Sanitas, 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 han reconocido tanto esta Corporación como 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 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”.

3. Caso en concreto.

Descendiendo al caso en concreto, obra en el plenario certificado de incapacidades emitido por la Nueva EPS del 4 de marzo de 2022, en el que se vislumbra que el promotor de la acción se encuentra incapacitado desde el 19 de diciembre de 2019 de manera ininterrumpida y hasta el 31 de marzo del año en curso.

Como se lee en las mencionadas constancias, la contingencia es “ENFERMEDAD GENERAL”, criterio que ha sido consistente desde la primera y hasta el momento en que se registra la última anotación de la incapacidad emitida cuyo extremo final es el anteriormente mencionado.

Si bien en el Concepto de Pronóstico de Rehabilitación del 19 de septiembre de 2021 se indica que la patología padecida se encuentra en proceso de determinar el origen, hecho que se repite en las incapacidades expedidas los días 13 y 30 de diciembre de 2021, así como las que datan del 29 de enero, 7 y 21 de febrero de la corriente anualidad, no es menos cierto que en las restantes se lee que su origen es COMÚN, y no obra algún documento que permita si quiera inferir que en algún momento se dictaminaron las patologías como de origen laboral y mucho menos se efectuó pago alguno por parte de la ARL., o ello no fue probado por parte de Protección S.A.

Es pertinente recalcar que si bien la tutela goza de informalidad para su trámite, no es menos cierto que el Juez Constitucional tiene el deber de soportar su decisión en el acervo probatorio. Tal supuesto impone una carga en cabeza de la accionante, como lo ha expuesto la sentencia T-571 de 2015:

“En igual sentido, ha manifestado que: “un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario.” Así las cosas, los hechos afirmados por el accionante en el trámite de una acción de tutela, deben ser probados siquiera sumariamente, a fin de que el juez

pueda inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo constitucional.

Por otra parte, la Corte en Sentencia T-131 de 2007 se pronunció sobre el tema de la carga de la prueba en sede de tutela, afirmando el principio "onus probandi incumbit actori" que rige en esta materia, y según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor. Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez obedezca certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho".

De igual forma, en caso tal que posteriormente se determine que las incapacidades se fundan en un patología de origen laboral, la AFP cuenta con facultades de recobro de dichos dineros, sin que el accionante deba esperar por un trámite administrativo para el goce de sus derechos, como acertadamente lo esgrimió la *a quo*, por ser ello responsabilidad exclusiva de las entidades que administran los recursos del sistema, situación que escapa al debate adelantado en el presente asunto en sede constitucional.

Como consecuencia, se observa que por parte de la accionada no se logró desvirtuar el sustento fáctico y jurídico que motivó la sentencia primigenia, y se avizora que la decisión fue ajustada a derecho, por lo que se confirmará en su totalidad.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia de tutela proferida el 11 de marzo de 2022 por el Juzgado 9° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C. dentro del asunto de la referencia.

SEGUNDO: **NOTIFICAR** la presente providencia a las partes a través de correo electrónico, de conformidad con el Acuerdo PCSJA20-11632 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura y en atención a la situación sanitaria del país por la enfermedad denominada Covid-19.

TERCERO: **ENVIAR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



YUDY ALEXANDRA CHARRY SALAS

ERBC